

Bases para la reforma del proceso penal



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevidéo



SERPAJ Uruguay

Bases para la reforma del proceso penal

Santiago Garderes - Gabriel Valentín

© 2007 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctora

María Cristina Dutto

Paginado, impreso y encuadernado

en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 343.831 - Comisión del Papel

Edición amparada por el Decreto 218/96

ISBN

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Esta publicación se distribuye exclusivamente en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Sumario

Abreviaturas	9
Capítulo I.	
Las normas procesales penales	13
Capítulo II.	
Los sujetos del proceso	41
Capítulo III.	
La acción penal	55
Capítulo IV.	
Los actos procesales	61
Capítulo V.	
Las actividades procesales (funciones procesales)	75
Capítulo VI.	
Las estructuras procesales	107
Capítulo VII.	
La prisión preventiva	131
Apéndice I:	
El derecho procesal penal: las normas	139
Apéndice II:	
La prisión preventiva	227

Abreviaturas y siglas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica)
CC	Código Civil
CIC	Código de Instrucción Criminal de 1879
CGP	Código General del Proceso de 1989
CPC	Código de Procedimiento Civil de 1878
CPP	Código del Proceso Penal de 1980
CPP 1997	Código del Proceso Penal de 1997
CPP Argentina	Código del Proceso Penal de la República Argentina de 1991
CPP Bolivia	Código del Proceso Penal de Bolivia de 1999
CPP Buenos Aires	Código del Proceso Penal de la provincia argentina de Buenos Aires de 1996
CPP Córdoba	Código del Proceso Penal de la provincia argentina de Córdoba de 1991
CPP Colombia	Código del Proceso Penal de Colombia de 2004
CPP Costa Rica	Código del Proceso Penal de Costa Rica de 1999
CPP Chile	Código del Proceso Penal de Chile de 2000
CPP Chubut	Código del Proceso Penal de Chubut de 2006
CPP Modelo	Código del Proceso Penal Modelo para Iberoamérica
CPP Paraguay	Código del Proceso Penal de Paraguay de 1998
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal de España de 1882
<i>LJU</i>	Revista <i>La Justicia Uruguaya</i>
LOT	Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales de 1985
PICDP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
<i>RUDP</i>	<i>Revista Uruguaya de Derecho Procesal</i>

Prólogo

En el marco de un proyecto conjunto de la Fundación Konrad Adenauer (FKA) y el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) que se desarrolló durante cinco meses de este año 2007, elaboramos estas *Bases para la reforma del proceso penal*.

En dicho proyecto participaron activamente los doctores Guillermo Payssé y Graciela Romero, así como la procuradora Betania Silvera, en reuniones periódicas en las que se analizaron y discutieron varios de los temas incluidos en las bases.

En la formulación de las bases se tuvo principalmente en cuenta la necesidad de adecuar el proceso penal a las normas y principios constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay, prestando especial atención a los modelos más modernos de la región, en particular el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el Código Procesal Penal chileno (2000) y el Código Procesal Penal de la provincia argentina de Chubut (2006).

Las bases fueron debatidas en dos jornadas de evaluación, con el análisis crítico de los doctores Alejandro Abal Oliú y Raquel Landeira, y fueron presentadas en un seminario denominado “Bases para la reforma del proceso penal en un Estado de derecho”, celebrado en la Intendencia Municipal de Montevideo el 26 de setiembre de 2007.

Tanto en las jornadas de evaluación como en el seminario final, las bases fueron compartidas en sus líneas generales por los evaluadores y panelistas invitados, en particular, en torno a la necesidad de instaurar un sistema acusatorio en el que se encuentren claramente diferenciadas

las funciones de investigar y juzgar, con una etapa preliminar de investigación a cargo del Ministerio Público con el control de un juez de garantía, seguida de la acusación y el juicio oral y público con plena vigencia de la inmediación.

En esta presentación se incluye el “Informe final” en el que se desarrollan las bases, y dos apéndices: uno sobre el *derecho procesal penal*, que analiza las fuentes, los principios constitucionales e internacionales que lo rigen, las normas sobre interpretación e integración, etcétera, y otro sobre la *prisión preventiva*, que analiza el régimen que se debería consagrar en una futura reforma, desde una perspectiva constitucional.

Adherimos de esta forma a la corriente de opinión que postula un cambio sistemático en el proceso penal, cambio que se percibe como impostergable a la luz del desajuste entre la normativa legal vigente y la Constitución de la República, así como los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

Capítulo I

Las normas procesales penales

1. Introducción

En este primer capítulo identificaremos las principales normas que rigen al proceso penal uruguayo y analizaremos especialmente las que rigen su interpretación e integración.

2. Constitución de la República

2.1. En la actual concepción del Estado de derecho, cualquier análisis del proceso penal debe partir de los mandatos contenidos en la Constitución, ya que en ella se encuentra el fundamento de validez del ordenamiento jurídico.

En Uruguay este enfoque resulta realmente trascendente, ya que la regulación del proceso penal, contenida en el CPP vigente —que, como veremos, mantuvo a grandes rasgos el sistema del anterior CIC—, es en muchos aspectos contraria al texto constitucional. Por otra parte, el CPP ha sido objeto de varias reformas parciales que en cierto modo le han hecho perder su fisonomía original, y en varios aspectos está derogado por la normativa internacional.

2.2. El constituyente patrio, desde la primera formulación de 1830, ha incluido un elenco de principios y normas generales que configuran el

sustrato mínimo, el extracto del cual debe ineludiblemente partir el legislador:

- No se puede determinar la existencia de un delito ni imponer una pena sin un previo proceso jurisdiccional que culmine con una sentencia ajustada a la ley (artículo 12).
- El orden y las formas de ese proceso jurisdiccional sólo pueden ser establecidos por ley nacional (artículos 12 y 18).
- El proceso penal debe comenzar por acusación de parte (quien alega ser la víctima del pretendido delito) o del acusador público (es decir, el propio Estado); quedan abolidas y consecuentemente prohibidas las “pesquisas secretas” (artículo 22).
- En ese proceso debe darse al indagado una razonable oportunidad de ser oído, por lo que se prohíbe el proceso penal en rebeldía. La ley debe proveer lo conveniente a este respecto (artículos 12, 21 y 22 *in fine*).
- Asimismo, debe darse al indagado una razonable oportunidad de comparecer y defenderse contradiciendo las afirmaciones del actor (incluyendo en este ámbito la oportunidad de declarar en su defensa) y el derecho a la prueba (con todo lo que ello implica: oportunidad de ofrecer prueba, de controlar las resoluciones del tribunal que rechacen las pruebas ofrecidas por él o que admitan las de la parte actora, participar en el diligenciamiento de las pruebas, tener una oportunidad para valorar el resultado de éstas antes de la sentencia, etcétera) (artículos 12, 16 y 20).
- El indagado tiene derecho a ser tratado como inocente durante el proceso penal (artículos 7, 12 y 72). De este principio surgen varios derivados: el derecho del indagado a recibir un trato acorde con la dignidad de la persona humana, por lo que no puede ser considerado como un objeto de la persecución penal —y es por eso que en sus declaraciones los indagados no pueden ser tratados como reos (artículo 20)—; la prohibición de aplicar medidas provisionales (penas

anticipadas), por lo que la prisión preventiva y cualquier otra medida limitativa de la libertad adoptada en el curso del proceso penal deben perseguir una finalidad estrictamente cautelar (artículos 12 y 27); la necesidad de que la condena sea siempre precedida de una actividad probatoria, por lo que no se admite una condena sin pruebas y estas pruebas deben ser legítimas (artículo 20); el *in dubio pro reo*, según el cual la sentencia de condena sólo puede fundarse en la certeza positiva —es decir, en el pleno convencimiento— del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado (artículos 12 y 72).

- Nadie puede ser preso sino in fraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, con orden escrita de juez competente (artículo 15). En cualquiera de estos dos casos, el juez, bajo su más seria responsabilidad, debe tomar declaración al arrestado dentro de las veinticuatro horas de la detención, en presencia del defensor. Esta declaración, como cualquier otra que preste dentro del proceso, debe ser libre y espontánea, no sujeta a ninguna coacción, por lo que en ella quedan abolidos los juramentos de los “acusados” y éstos no pueden ser tratados como reos. Dentro de las cuarenta y ocho horas, a lo sumo, empezará la etapa que se denomina *sumario*, y el defensor tiene derecho a asistir a todas las diligencias que se practiquen en esa etapa (artículo 16).
- Si se produce una prisión indebida, el interesado o cualquier persona puede interponer ante el juez competente el “recurso” de *hábeas corpus*, cuya finalidad es que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida dicho juez (artículo 17).
- En el proceso penal rige el principio de igualdad y consecuentemente sus derivados de bilateralidad y contradictorio (artículo 8).
- Estrechamente vinculado con la igualdad, el tribunal debe ser estructural y funcionalmente imparcial. Es decir que no es parte

y en consecuencia no puede realizar tareas que corresponden a la parte, debe ser completamente ajeno a los intereses específicos del objeto del proceso (imparcialidad estructural) y debe resolver ateniéndose exclusivamente a los argumentos y pruebas, sin influencias y especialmente sin directivas de ninguna persona (imparcialidad funcional). Por esa razón, se prohíben especialmente los juicios por comisión, es decir aquellos encomendados a tribunales que se crean *ex post facto*, para un caso en particular (artículo 19).

- Rige la publicidad interna inmediata salvo excepciones cautelares (artículos 16 y 22 *in fine*) y la publicidad externa inmediata salvo excepciones razonablemente fundadas en razones vinculadas a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno (artículos 72 y 239 numeral 1.º).
- En los procesos penales el tribunal debe ser el Estado (no un árbitro), representado por los jueces competentes (artículos 11, 15, 16, 17, 19 y 233). Para ciertos casos la Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva (artículo 239 numeral 1.º). Sin perjuicio de ello, la ley puede establecer el proceso por jurados (artículo 13).
- En caso de delitos militares y en estado de guerra, la competencia corresponde a la “jurisdicción militar”, cuya ubicación institucional no es predeterminada por la norma, pero los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz corresponden a la “justicia común”, es decir a los jueces competentes del Poder Judicial (artículo 253).
- Los jueces son responsables de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder establecido en la ley (artículo 23). El Estado es civilmente responsable del daño causado a terceros en ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión —incluido el servicio jurisdiccional— (artículo 24). Si el daño es causado por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones o en ocasión

- de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el Estado puede repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación (artículo 25).
- Las cárceles en las que se cumple la prisión preventiva o la pena limitativa de la libertad física no pueden servir para mortificar, sino sólo para asegurar a procesados y penados —y en el caso de estos últimos, para perseguir su reeducación— la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito. Aun cuando esto es una cuestión sustancial y no procesal, cabe recordar que esta norma prohíbe la pena de muerte (artículo 26).
 - Cuando se haya dispuesto la prisión preventiva, si la pena a recaer en el proceso no es de penitenciaría, los jueces pueden poner al acusado en libertad, dando fianza de acuerdo con lo que diga la ley (artículo 27).
 - El hogar es un sagrado inviolable, por lo que de noche nadie puede entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo con orden expresa y por escrito de juez competente, y en los casos expresamente previstos en la ley (artículo 11). También son inviolables los papeles de los particulares y su correspondencia particular, telegráfica o de “cualquier especie” (lo que permite incluir la correspondencia en soporte digital o electrónico), por lo que nunca puede hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general (artículo 28).
 - Finalmente, la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno (artículos 72), y los preceptos que reconocen derechos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a

los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas (artículo 332).

3. Normas internacionales

3.1. Generalmente se entiende que en el ámbito del derecho interno uruguayo las normas internacionales tienen la jerarquía correspondiente a la ley, aunque eso no significa desconocer la diversa naturaleza que corresponde a una y otra normativa.

3.2. Sin perjuicio de esa similar jerarquía que en principio se atribuye a las leyes y a las normas internacionales, existen algunas constituciones que confieren al tratado una jerarquía superior a la ley o confieren jerarquía suprallegal a los tratados relativos a derechos humanos.

En nuestro país, aun en ausencia de una norma expresa como la mencionada, se ha postulado la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, al menos de aquellos que establecen derechos y garantías que derivan de la personalidad humana o provienen de la forma republicana de gobierno (artículo 72), y que la regulación constitucional e internacional de los derechos humanos conforma un verdadero “bloque de los derechos humanos”, cuyos eventuales desajustes normativos internos deben resolverse eligiendo la norma que mejor proteja el derecho en juego, con independencia de su nivel jerárquico. Sin perjuicio de estas opiniones, de *lege ferenda* sería deseable la inclusión de una disposición similar a la contenida en la Constitución del vecino país.

3.3. Entre las normas internacionales multilaterales ratificadas por el país más importantes pueden mencionarse el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889, el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (especialmente los artículos 7.º a 14), la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (especialmente los artículos 22, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 37,

38, 39, 40, 44 y 45) y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (especialmente los artículos 31, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 53, 61 y 63); la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados (especialmente los artículos IV, V, VI y VII y el Anexo IV), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947 y en el ámbito interno por el decreto ley 14 715, de 14 de octubre de 1977; el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de Estados Americanos (especialmente los artículos 1 a 4, 7, 8, 10, 11, 13 y 14), abierto a la firma el 15 de mayo de 1949 y aprobado por el decreto ley 14 801, de 5 de julio de 1978; la Convención sobre las Misiones Especiales (especialmente los artículos 25 a 31, 36 a 43 y 45), abierta a la firma el 16 de diciembre de 1969 y aprobada por el decreto ley 15 072, de 16 de octubre de 1980; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (especialmente los artículos 8, 10 y 13 a 18), de 9 de diciembre de 1994, aprobada por ley 17 108, de 21 de mayo de 1999; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (especialmente los artículos 2 numeral 3.º, 3, 4, 6 a 10, 14 y 26) y su Protocolo Facultativo; la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (especialmente los artículos 4 a 8, 24, 25 y 27); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur; el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur; el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

4. Las leyes

4.1. En los comienzos de la existencia de nuestro país como estado independiente, la regulación del proceso penal era la contenida en las Leyes de Partidas, junto con las modificaciones introducidas por las primeras leyes patrias.

4.2. El Código de Instrucción Criminal (CIC) fue aprobado por decreto de LATORRE de 31 de diciembre de 1878, y empezó a regir el 1.º de mayo de 1879 (ley 1 423).

El CIC fue reformado por varias leyes posteriores.

4.3. El 28 de enero de 1943 se sanciona el decreto ley 10 326, por el que se aprueban el Código Penal Militar (artículos 1 a 65), el Código de Organización de los Tribunales Militares (artículos 66 a 129) y el Código de Procedimiento Penal Militar (artículos 130 a 514). El Código de Organización de los Tribunales Militares fue modificado por leyes posteriores.

4.4. El 7 de julio de 1980 se aprueba el decreto ley 15 032, que contiene el Código del Proceso Penal actualmente vigente.

En líneas generales este código mantuvo el sistema del CIC con algunas adaptaciones sugeridas por la experiencia práctica.

Luego de su entrada en vigencia fueron aprobadas varias leyes que lo reformaron parcialmente, pero que han modificado en gran medida su fisonomía original.

4.5. El nuevo Código del Proceso Penal fue aprobado por la ley 16 893, de 16 de diciembre de 1997.

El 31 de diciembre de 1999 se aprobó la ley 17 221 que lo reformó en varios artículos. La entrada en vigencia del Código fue sucesivamente prorrogada hasta que la ley 17 506, de 18 de junio de 2002, la suspendió indefinidamente y al mismo tiempo creó una nueva comisión encargada de estudiar modificaciones.

4.6. Actualmente existe una Comisión encargada de elaborar un nuevo Código del Proceso Penal, designada de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la ley 17 897. A fines del 2006 esta Comisión elaboró unas bases mínimas para la reforma del CPP y actualmente está trabajando en el texto articulado.

5. Integración de las leyes procesales penales

5.1. El régimen de integración de las leyes penales vigente es el establecido en el artículo 5.º del CPP.

Se admite que, en caso de vacíos legales “técnicos” o “lógicos”, las normas procesales penales se integren por la vía de las disposiciones contenidas en las leyes análogas, o en los principios generales de derecho, o aplicando las soluciones indicadas por las doctrinas más recibidas sobre cómo debería ser la norma que regule el punto, sin jerarquía alguna entre estos procedimientos.

5.2. En una futura reforma del sistema procesal penal debería establecerse expresamente que, en aquellos casos en que los procedimientos mencionados indiquen soluciones diferentes, deberá atenderse a “las circunstancias del caso” y agregar una prohibición de extender analógicamente las disposiciones que restrinjan la libertad y demás derechos del imputado o limiten el ejercicio de sus facultades (prohibición de la analogía *in malam partem*).

6. Interpretación de las leyes procesales penales

6.1. De acuerdo con el régimen vigente (CPP, artículo 5.º), el intérprete debe acudir en primer lugar al tenor literal de las palabras, las que deben entenderse en su sentido natural y obvio según el uso general, salvo definición expresa distinta; si trata de palabras técnicas de una ciencia o arte, estas deben interpretarse de acuerdo con el sentido que les dan quienes profesan esa ciencia o arte, salvo también en este caso que exista una definición distinta. Finalmente, el sentido literal debe coordinarse con el contexto de la norma. Si de dicho análisis del tenor

literal resultan dudas o si la interpretación resultante no armoniza con el contexto normativo, el intérprete puede apartarse del tenor literal para adoptar una interpretación acorde con la finalidad (el “espíritu”) claramente manifestada en la misma norma; y si aún persisten dudas o desajustes con el contexto, puede dejar de lado la interpretación literal para adoptar una interpretación acorde con la finalidad (“espíritu”) claramente manifestado en la “historia fidedigna” de la sanción de la norma.

6.2. En una futura reforma del sistema procesal penal debería consagrarse en forma explícita la solución que se considera vigente en materia procesal civil, de acuerdo con el artículo 14 del CGP: el intérprete de las leyes procesales penales debe buscar el sentido de la norma a través de todos los medios posibles para luego elegir, si hubiera más de una posible significación, la que mejor se corresponda con la regla de que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, y, si aún persiste la duda, a la interpretación que mejor respete la significación gramatical, pero solamente en cuanto no contradiga los principios generales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso.

A nuestro juicio, no existen normas expresas ni implícitas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente que establezcan el principio *in dubio pro reo* como regla interpretativa de normas procesales penales. Sin embargo, en una futura reforma del sistema se podrían consagrar algunas disposiciones legales que establezcan expresamente la interpretación restrictiva de las disposiciones procesales que limiten la libertad ambulatoria u otros derechos del imputado.

7. Principios del proceso penal

7.1. DEBIDO PROCESO LEGAL

7.1.1. La base normativa del principio del *debido proceso legal* en nuestra Carta se encuentra directamente consagrada en sus artículos 12, 18, 20, 21 y 22.

El derecho del demandado a comparecer, ejercer su defensa y ofrecer prueba emerge en primer lugar del artículo 16 de la Constitución.

La oportunidad de ofrecer prueba no está consagrada explícitamente en el texto constitucional, aunque surge en forma implícita, pero inequívoca, de algunos de sus textos (artículos 16 y 20).

Por último, la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial y de la “jurisdicción adecuada” surge en forma indirecta de la norma constitucional que establece que “quedan prohibidos los juicios por comisión” (artículo 19) y de aquellas que refieren al “Juez” (artículo 16) o “Juez competente” (artículo 15), así como de las que regulan la organización del Poder Judicial y la competencia de sus órganos (artículos 233, 239, 241, 244 y 248) y las que delimitan el contenido de la “jurisdicción militar” (artículo 253).

7.1.2. En el ámbito internacional, la base normativa de esa regla surge del artículo 10 de la DUDH, el artículo 14 del PIDCP y el artículo 8 de la CADH.

7.1.3. El CPP consagra expresamente el principio en los artículos 2.º, 85 y 93. Sin embargo, no sólo varias disposiciones concretas sino el propio sistema del Código atentan contra las derivaciones más elementales del principio del debido proceso.

7.2. PRINCIPIO DE INOCENCIA

7.2.1. Aunque este principio no ha sido expresamente consagrado en nuestra Constitución, se entiende pacíficamente que se infiere con igual

firmeza de los artículos 7.º (que garantizan la libertad y seguridad), 12 (ya que la imposición de una pena consecuente con una declaración de culpabilidad sólo puede emerger de una *sentencia legal* dictada con *forma de proceso*), 20 (en tanto prohíbe tratar a los imputados como “reos”) y 72 (en cuanto permite la aplicación de los principios inherentes a la personalidad humana y a la forma de gobierno).

7.2.2. También ha sido recogido en las normas internacionales que la denominan *presunción* de inocencia (DUDH, artículo 11, numeral 1.º; PIDCP, artículo 14, numeral 2.º; CADH, artículo 8, numeral 2.º).

7.2.3. En el plano legal el principio de inocencia puede inferirse del artículo 2.º del CPP vigente. Sin embargo, el articulado del CPP no consagra las consecuencias jurídicas que derivan naturalmente de éste.

7.2.4. En una futura regulación deberían adoptarse fórmulas similares a las del CPP Costa Rica y el CPP Chubut, en cuanto establecen que todo imputado debe ser considerado inocente del delito que se le atribuye y ser tratado como tal hasta que sea declarada su culpabilidad por sentencia firme, fundada en pruebas legítimas que la acrediten indudablemente, y que hasta ese momento ninguna autoridad podrá presentarlo como culpable, sin perjuicio de la publicación de los datos indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación o captura.

7.2.5. En realidad, este principio sólo significa que la persona a la que se atribuye de cualquier manera la participación en un hecho aparentemente delictivo tiene derecho *a ser tratada como si fuera* inocente, independientemente de que en realidad *sea* culpable o inocente. Mientras dura el proceso, entonces, la persona debe gozar de la misma situación que un inocente, con absoluta independencia de que en la sentencia definitiva firme sea declarada culpable o inocente.

La regla de la inocencia tiene varias repercusiones:

- El demandado tiene derecho a la *inviolabilidad de la defensa*, ya que es un sujeto y no un objeto del proceso penal. Entre otras consecuencias, el derecho a ser tratado como un inocente es lo que permite comprender la abolición constitucional de los juramentos de los imputados en sus declaraciones o confesiones sobre hechos propios, y que se prohíba en ellas tratarlos como reos (artículo 20). Asimismo, desde esta perspectiva, la declaración del indagado debe perseguir primordialmente una función de defensa y no probatoria, y es por eso que debe ser asistido por un defensor, no sólo en la declaración de los indagados detenidos, sino en “todas las diligencias sumariales” (artículo 16).
- *La condena debe ser necesariamente precedida de una actividad probatoria* producida con todas las garantías procesales. Especialmente, las pruebas deben ser recibidas en la etapa de plenario o proceso principal, y todas las pruebas obtenidas por el actor en la etapa preliminar deben ser repetidas, salvo aquellas que se hayan diligenciado como prueba anticipada (por existir un riesgo de frustración) y respetando el contradictorio. Asimismo, las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas.
- Con relación a la *valoración de la prueba*, la sentencia de condena sólo puede estar fundada en el pleno convencimiento del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación del acusado. Esto quiere decir, por un lado, que no se puede condenar en caso de duda ni aun de probabilidad, ya que se exige la plena convicción del juzgador. Por otra parte, significa que no se puede condenar por presunciones que deriven de omisiones del acusado y, particularmente, que éste no puede ser condenado por no colaborar con el tribunal en la búsqueda o en el diligenciamiento de los medios de prueba.
- Con relación a la *carga de la prueba*, el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, es decir,

de demostrar que el demandado cometió un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, y no el demandado la carga de demostrar su inocencia.

- En virtud del principio de inocencia rige en el proceso penal el principio *in dubio pro reo*, pero ello no impide la vigencia de la regla de la carga de la prueba. En el proceso penal rige la regla de la carga de la prueba, pero con una diferencia: cuando no existe plena prueba de la existencia o inexistencia de un hecho modificativo, impeditivo o extintivo —al contrario de lo que ocurre en el proceso en general, en el cual la duda determina que no se considere como existente el hecho impeditivo alegado, con base en el principio *in dubio pro reo*—, en el marco de un proceso penal ese hecho, aun siendo dudoso, deberá considerarse existente (ABAL OLIÚ).
- Finalmente, como derivación del principio de inocencia, *se prohíben las penas anticipadas*, ya que en el proceso penal *están vedadas las medidas provisionales*. Todas las medidas limitativas de la libertad durante el proceso sólo pueden responder a una finalidad cautelar, es decir, a evitar la frustración de la instrucción o de la ejecución de la eventual condena penal.

7.3. IGUALDAD PROCESAL

7.3.1. El principio de *igualdad ante la ley* está consagrado genéricamente en el artículo 8.º de la Carta, y como desarrollo directo de éste se extrae el principio de igualdad de las partes en el proceso y sus derivados de bilateralidad, contradicción e imparcialidad.

7.3.2. Los pactos internacionales también contienen una consagración general del principio de igualdad, distinguiendo entre la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (DUDH, artículos 1.º, 2.º y 7.º; PIDCP, artículos 2.º, numeral 1.º, 3.º y 26; CADH, artículos 1.º numeral 1.º y 24).

En estos instrumentos también se consagra en forma expresa el principio de igualdad procesal (DUDH, artículo 10; PIDCP, artículo 14, numeral 1.º).

Pero además, estas normas consagran aplicaciones concretas del principio de igualdad procesal y sus derivados de bilateralidad y contradicción.

Por último, en estas normas internacionales se prevén algunas soluciones que enfrentan el problema del indagado o imputado carente de recursos (PIDCP, artículo 14, numeral 3, literal *d*; CADH, artículo 8, numeral 2, literal *e*).

7.3.3. En el plano legal, el CPP vigente no consagra el principio de igualdad en forma expresa y con carácter general, aunque contiene aplicaciones concretas del principio (por ejemplo, artículo 113 vigente).

Sin embargo, existen varias normas que suponen un trato desigual de las partes: por ejemplo, no se prevé expresamente y con carácter general a la participación del defensor en el sumario, aunque esa posibilidad se ha admitido por una interpretación contextual de los artículos 79, 115 y 134 del CPP o por aplicación analógica del artículo 113 vigente.

En la ampliación sumarial rige la igualdad, pero su fundamento es el de otorgar una tardía compensación al demandado, ya que hasta ese momento el tribunal, con la participación prevalente del Ministerio Público, ha recogido la prueba que no sólo permitirá fundar la acusación, sino que podrá servir de base a la sentencia.

Lo mismo puede decirse del plenario: aunque teóricamente se trata de una etapa en la que rige plenamente la igualdad, existe una desigualdad a primera vista sorprendente: el Ministerio Público no puede pedir la apertura a prueba (CPP, artículos 165 y 233), pero sí puede hacerlo la defensa (artículo 241). El fundamento de esta aparente desigualdad es el mismo que justifica la existencia de una ampliación sumarial: el actor ya tiene su prueba, recogida por el juez en el presumario y en el sumario, y esa prueba podrá fundar una condena dictada por ese mismo juez.

Desde esta última perspectiva, la propia estructura del proceso penal se convierte en un instrumento que acentúa la desigualdad entre el Ministerio Público y el demandado.

7.3.4. El principio de igualdad implica que las partes tienen derecho a recibir un trato igualitario en el proceso, tanto en el proceso preparatorio como en el proceso principal, desde la presentación de la acusación hasta que se dicta sentencia definitiva y desde que comienza hasta que finaliza la ejecución de la eventual sentencia de condena.

Cuando el titular de la acción es el Ministerio Público (como sucede en nuestro país), la propia organización de dicha institución, la especialización de sus agentes, la superioridad de medios, etcétera, lo colocan necesariamente en situación de preeminencia frente al imputado.

Sin embargo, desde otro punto de vista, la vigencia del principio de inocencia y de su derivado el *in dubio pro reo* coloca al demandado en una posición privilegiada: al menos en teoría, el Ministerio Público debe lograr la plena prueba de la inexistencia de hechos modificativos, impeditivos o extintivos, ya que en caso de duda o probabilidad de que exista alguno de ellos el tribunal deberá considerarlo como existente y en consecuencia desestimar la acusación.

Por otra parte, del principio de igualdad también deriva la necesidad de que todos los indagados tengan la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional en condiciones similares. Algunas normas internacionales y nacionales atienden, aunque en forma insuficiente, las posibles dificultades económicas de los indagados (PIDCP, artículo 14, numeral 3, literal *d*; CADH, artículo 8, numeral 2, literal *e*; CPP, artículos 78, 113 inciso 1.º, 126, 144, numeral 2.º, y 351).

De cualquier manera, cabe preguntarse hasta qué punto no lesiona el principio de igualdad en el proceso el esquema tradicional de organización y funciones de la defensoría oficial, con un escaso número de defensores, remuneraciones inadecuadas y, fundamentalmente, cuando tiene a su cargo la defensa de la inmensa mayoría de los imputados.

Como derivados de este principio pueden mencionarse los principios de bilateralidad, contradictorio e imparcialidad. A diferencia del proceso civil, en el proceso penal no basta que al demandado se le confiera una “razonable oportunidad” de ser oído, controlar la prueba del adversario y producir la propia, sino que se exige algo más: que el tribunal verifique “de cuerpo presente” que el demandado fue colocado en la situación de aprovechar, realmente, las oportunidades que se le brindaron.

7.3.5. Cualquier excepción a este principio es inconstitucional por violar el artículo 8.º de la Carta, salvo que esté fundada en otra disposición constitucional. Son excepciones constitucionales admitidas el in *dubio pro reo* y la *apelación automática* en beneficio del condenado, que se fundan en el principio de inocencia (artículos 7, 12 y 72 de la Carta) y los privilegios a favor de ciertos indagados (artículos 113, 114, 171, 178, etcétera).

7.4. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

7.4.1. Este principio deriva directamente del principio de igualdad, por lo que su fundamento primero reside en el mismo artículo 8.º de la Carta. El mismo principio surge en forma indirecta de la norma constitucional que establece que “quedan prohibidos los juicios por comisión” (artículo 19) y en definitiva de todas aquellas que aluden a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado (artículo 15, 16, 233, 239, 241, 244 y 248) y las que facultan al legislador a organizar un proceso penal por jurados (artículo 13).

Los pactos internacionales exigen el juzgamiento por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (artículo 10 de la DUDH; artículo 14, numeral 1.º, del PIDCP, y artículo, 8 numeral 1.º, de la CADH; de esta última surge expresamente la exigencia de constitución con “anterioridad”).

7.4.2. El principio de imparcialidad se desdobra en lo que BARRIOS DE ÁNGELIS ha denominado imparcialidad *estructural* y *funcional*.

De acuerdo con la primera, el tribunal debe ser ajeno a los intereses específicos del objeto del proceso, y sólo puede guiarse por el máximo interés de la jurisdicción: el cumplimiento del derecho objetivo. Por la segunda, estrechamente vinculada a la independencia de los órganos jurisdiccionales, se indica que el tribunal no puede estar sometido a jerarquía y sólo puede resolver un asunto en función de los argumentos y pruebas de las partes, por lo que no puede recibir instrucciones superiores acerca de cómo resolver un asunto, no rige el criterio de la avocación, etcétera.

7.4.3. Desde otro punto de vista igualmente válido puede distinguirse entre imparcialidad extraproceso o *externa* y la imparcialidad intraproceso o *interna*.

La *imparcialidad externa* coincide a grandes rasgos con el concepto de imparcialidad funcional.

En una primera línea, se requiere que los jueces sean independientes de otros poderes del Estado, y aun de otros órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

En regímenes como el nuestro, en que el Estado es actor (acción pública, aunque la Constitución también prevé la acción privada) y simultáneamente tribunal (aunque la Carta faculta al legislador a organizar un proceso por jurados), resulta fundamental atribuir esos roles a órganos diferentes.

A nuestro juicio, la Carta sólo establece la competencia del Poder Ejecutivo, con venia del Senado o de la Comisión Permanente, para designar a los titulares de los órganos integrantes del Ministerio Público (artículo 168, numeral 13), pero no impone su ubicación institucional bajo la égida del Poder Ejecutivo ni bajo la de ningún otro Poder del Estado, por lo que el punto es de resorte puramente legislativo.

Conforme ha sostenido recientemente CORREA FREITAS, la ley podría asignar al Ministerio Público una ubicación institucional similar a la establecida para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas.

La independencia del juez respecto de otras autoridades del Estado debe garantizarse con un adecuado sistema de designación y remoción y con una serie de privilegios como la permanencia e inamovilidad en el cargo, la intangibilidad de sus remuneraciones, etcétera.

En una segunda línea, se exige que sean independientes frente a presiones de cualquier otra persona distinta de los poderes del Estado.

La *imparcialidad interna* refiere a la relación del juez con el tema debatido, con las propias partes y con las funciones que se le atribuyen en el proceso penal.

En un primer nivel puede mencionarse la imparcialidad respecto al tema debatido y a las partes, que se vincula estrechamente con la denominada imparcialidad estructural: el juez debe ser ajeno a los intereses específicos del objeto. Por supuesto, esto significa que no puede ser parte actora o demandada, pero además, que no puede tener una relación de amistad o enemistad con ninguna de ellas. Una garantía de esta imparcialidad son los sistemas de recusación y excusación de los jueces.

En un segundo nivel, a nuestro juicio violan el principio de imparcialidad aquellos sistemas que atribuyen al juez la función de instrucción —especial pero no exclusivamente la instrucción preparatoria— y con mayor razón aún aquellos que atribuyen a un mismo juez la instrucción preparatoria y la de juzgamiento.

Con relación al primer problema, en la etapa de instrucción preparatoria pueden surgir conflictos de naturaleza constitucional entre el investigador y el investigado, que deben ser resueltos por un tercero imparcial. No es concebible que el juez actúe simultáneamente como investigador y a la vez como protector de las garantías individuales.

Por otra parte, es evidente que el juez instructor termina trabajando para el actor, ya que éste formulará su acusación en función de la prueba recogida por el juez. Se ha pretendido superar esta crítica señalando que la instrucción es objetiva, ya que el juez debe recoger prueba de cargo pero también de descargo. Sin embargo, en el proceso penal y por vigencia del estado de inocencia, solamente son imprescindibles las

pruebas de cargo, dado que las de descargo no hacen más que confirmar el estado de inocencia inicial de todo imputado.

Esta misma razón debería vedar el otorgamiento al tribunal de iniciativa probatoria en cualquier etapa del proceso penal, incluyendo el propio proceso principal. Dicha circunstancia no obsta a que el juez formule preguntas aclaratorias a los testigos luego del interrogatorio realizado por las partes, o requiera aclaraciones o ampliaciones en audiencia de un dictamen pericial, ya que en esos casos el juez no sustituye a las partes en la función de investigación de los hechos. En cambio, otros códigos del área establecen que el juez no podrá suplir las preguntas de las partes durante el interrogatorio de testigos (CPP Chubut, artículo 192).

Finalmente, la acumulación en un mismo juez de las funciones de instruir y resolver también viola el principio de imparcialidad.

En nuestro sistema normativo, tanto los pactos internacionales (artículo 10 de la DUDH; artículo 14, numeral 1.º, del PIDCP; y artículo 8, numeral 1.º, de la CADH) como la propia Constitución (artículos 8, 12, 19 y otros antes mencionados al fundamentar el principio) consagran la garantía del juez imparcial. En consecuencia, se pueden invocar los mismos fundamentos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español para sostener que dentro de esa garantía se incluye la prohibición de que el juez que haya participado en la instrucción (con mayor razón si se le atribuye iniciativa probatoria) participe en el proceso principal ni dicte la sentencia definitiva. En consecuencia, el CPP de 1980, que reúne las tareas de instruir y resolver en un mismo juez, es contrario a la Constitución y a los pactos internacionales que obligan al país.

Inclusive en aquellos sistemas que atribuyen la investigación preparatoria al Ministerio Público con un juez de garantías, este juez no puede ser el mismo que interviene en el proceso penal principal. En efecto, aun cuando se suprima el auto de procesamiento —como proponemos—, ese juez de garantías será quien decida sobre el pedido de prisión preventiva, para lo cual deberá realizar un análisis en grado de

probabilidad acerca de la existencia del hecho con apariencia delictiva y la participación del indagado (lo que se denomina *humo del buen derecho* o probabilidad de que en definitiva se obtenga una sentencia definitiva favorable). Si a ese juez que resuelve sobre la prisión preventiva se le atribuye competencia para entender en el proceso penal principal, el principio de imparcialidad se vería seriamente afectado.

Sería aconsejable consagrar en la parte general del Código una norma similar al artículo 18 del CPP Chubut, en cuanto dispone que los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal y, claramente, que “Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa”.

7.4.4. Finalmente, como derivación del principio de imparcialidad debe mencionarse el *derecho a ser juzgado por un tribunal preestablecido por la ley* (artículo 19).

Como derivación de este principio, las leyes procesales que modifican la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia penal no pueden ser aplicadas en forma inmediata, por lo que el órgano jurisdiccional que esté conociendo en un proceso debe conservar su competencia hasta la finalización de éste (de tal manera se consagra la denominada *ultraactividad* de la ley derogada). En una futura reforma del proceso penal deberá consagrarse esta misma solución.

7.5. ACUSATORIO

7.5.1. Del sistema constitucional emerge nítidamente un sistema acusatorio (artículos 8.º, 12, 13, 15, 16, 19, 21 y 22).

En primer lugar, porque el artículo 22 de la Carta desdobra claramente las funciones de acusar y de juzgar, ya que es de esencia en un sistema republicano de gobierno que esas actividades no estén concentradas en las mismas manos, es decir, que sea una persona privada (acusación

de parte) o un órgano (acusación pública) el que ejercite la acción penal y otro órgano (el tribunal) el que decida sobre su fundabilidad.

Por otra parte, si *juicio criminal* equivale a *plenario*, ello podría significar que las pesquisas secretas sólo han quedado abolidas en dicha etapa y permitidas en las anteriores, y es claro que el texto en examen sólo tiene sentido si comprende el comienzo del sumario, porque entonces sí puede afirmarse que quedan abolidas las pesquisas secretas, ya que nadie puede ser procesado sin la previa petición de parte o del Ministerio Público.

Pero además, el indagado debe estar presente en el sumario penal, ya que “está vedado el juicio criminal en rebeldía” (Constitución, artículo 21) y el defensor tiene “derecho de asistir a todas las diligencias sumariales” (Constitución, artículo 16).

La “forma de proceso” a la que se refiere el artículo 12 de la Carta sólo puede ser la estructurada sobre la base del principio acusatorio, en tanto éste potencia al máximo el principio de igualdad consagrado en el artículo 8 de la misma norma, por cuanto sólo en el sistema acusatorio se equilibran los poderes de las partes del proceso penal.

Si cada vez que la Constitución se refiere al “juicio criminal” debe entenderse que sólo alude al plenario, se llegaría al absurdo de aceptar que en las demás etapas se permite proceder en rebeldía (artículo 21), que no está prohibido actuar por comisión (artículo 19) y que se admiten las “pesquisas secretas” (artículo 22).

El artículo 27 no consagra la prisión preventiva de principio (lo que significaría consagrar una pena anticipada), sino que simplemente establece en forma expresa la posibilidad de que el indagado que fue detenido preventivamente (cuando ello corresponda) pida la libertad provisional, cumpliendo ciertos requisitos establecidos por la ley. En una interpretación contextual, esta norma debe coordinarse con las reglas que establecen la imposibilidad de ser penado o confinado sin un previo proceso penal que culmine con una sentencia ajustada a la ley (artículo 12) y los supuestos excepcionales en los que se puede privar de libertad a una persona sometida al proceso penal (artículo 15).

7.5.2. El principio acusatorio también emerge de las normas internacionales, que hacen referencia a la “acusación” y al consecuente derecho del acusado a ser oído y a defenderse, y a ser juzgado en plena igualdad y por un tribunal imparcial (DUDH, artículos 10 y 11, numeral 1; PIDCP, artículo 14, numerales 1 y 3; CADH, artículo 8, numerales 1 y 2).

7.5.3. Por una tradición secular que arranca en el Código de Instrucción Criminal y se continúa con el Código del Proceso Penal de 1980, la ley reguló el proceso penal sobre la base de un sistema mixto, con una primera etapa (sumarial) claramente inquisitiva y una segunda (ampliación sumarial y plenario) de corte pretendidamente acusatorio.

El legislador nunca respetó cabalmente el mandato constitucional de reglamentar un proceso jurisdiccional de acuerdo con el sistema acusatorio.

7.5.4. En una futura reforma deberían consagrarse las siguientes aplicaciones del principio:

- Cualquier etapa del proceso, incluyendo las medidas preparatorias y las medidas cautelares privativas de la libertad, sólo puede iniciarse a pedido del actor público o privado, nunca por el tribunal.
- El objeto del proceso principal es el determinado por el actor, quien en su acusación debe exponer los hechos, realizar la calificación jurídica y formular el petitorio. Dicho objeto puede modificarse mediante la modificación de la acusación, la incorporación por el demandado de otros hechos al contestar la acusación, y en los casos excepcionales en que la ley habilite a modificar el objeto del proceso mediante la alegación de hechos nuevos. El tribunal puede incorporar una norma jurídica no invocada (*iura novit curia*), pero nunca puede modificar la calificación jurídica, ni modificar los hechos ni el petitorio (aplicación del principio de congruencia).
- El objeto de la prueba debe determinarse en función de las alegaciones de las partes. En consecuencia, corresponde probar

los hechos alegados en los actos de proposición y aquellos introducidos por las partes en los casos excepcionales en que la ley habilita a modificar el objeto del proceso mediante la alegación de hechos nuevos.

- La iniciativa probatoria está a cargo de las partes.
- El impulso procesal está a cargo de las partes, sin perjuicio del impulso legal por el mero vencimiento de los plazos perentorios.

7.6. ORALIDAD, INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN E IDENTIDAD FÍSICA DEL JUZGADOR

7.6.1. La Constitución no consagra expresamente y con carácter general el principio de la oralidad.

Sin embargo, es indudable que la oralidad coordinada con la publicidad externa posibilita un contralor popular de la forma en que las partes y el tribunal actúan en los procesos jurisdiccionales y permite que las personas conozcan la forma en que se efectiviza la tutela de los derechos subjetivos. Adicionalmente, la oralidad coordinada con la inmediación permite una instrucción más adecuada del asunto y por ende hace posible una resolución más adecuada del asunto. Desde esa doble perspectiva, no resulta aventurado señalar que la oralidad es un principio inherente a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno adoptada por nuestro país, y por ende implícitamente reconocido por la Constitución (artículo 72).

Este principio de oralidad debe complementarse con los de inmediación, concentración e identidad física del juzgador.

7.6.2. La necesidad de consagrar el principio de la oralidad y sus complementarios también emerge del sistema de las normas internacionales, ya que el derecho a un “juicio público” o a ser “oída públicamente”, que según esas normas tiene toda persona, sólo puede lograrse con la implantación del principio de la oralidad y sus derivados.

7.7. PUBLICIDAD

7.7.1. El artículo 22 de la Constitución establece como regla la publicidad interna de los procesos penales.

El mismo principio emerge del artículo 16 de la Carta en cuanto exige la presencia del defensor en el presumario y en “todas las diligencias sumariales”.

De esas mismas normas puede inferirse que la publicidad debe ser, como regla general, inmediata. Por ello el legislador puede consagrar —como excepción— una publicidad interna diferida, pero en ningún caso puede eliminar absolutamente la publicidad interna (es decir, que aun en esos supuestos excepcionales debe existir al menos publicidad diferida).

El sistema de normas internacionales coincide puntualmente con el que emerge del sistema constitucional: puede haber excepciones a la regla de la publicidad interna inmediata, fundadas en razones de tipo cautelar, pero incluso en esos casos debe garantizarse la existencia de una publicidad diferida (DUDH, artículo 10; PIDCP, artículo 9, numeral 2.º, y artículo 14, numerales 1.º y 3.º, literal *a*; CADH, artículo 7, numeral 4.º; artículo 8, numeral 2.º, literal *b*, y numeral 5.º).

7.7.2. En cuanto a la *publicidad externa*, la Constitución nacional sólo la exige en forma expresa para los casos de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia (artículo 239, numeral 1.º).

De esta norma puede extraerse una preferencia general de la Carta por este tipo de publicidad, argumento al que puede añadirse que, como forma de participación ciudadana en la administración de justicia y como instrumento de contralor, la publicidad externa deriva de la “forma republicana de gobierno”, lo que habilita su ingreso directo al elenco de principios constitucionales (artículo 72).

Las excepciones a la publicidad externa pueden fundarse también en cuestiones inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno (artículo 72).

Independientemente de ese sustento constitucional, la publicidad externa ha sido consagrada con singular énfasis en la normativa internacional,

aunque con ciertas excepciones razonables (DUDH, artículo 10; PIDCP, artículo 14, numeral 1.º; CADH, artículo 8, numeral 5.º).

Si dirigimos nuestra atención hacia el sistema legislativo vigente, nuestras leyes consagraron un sistema apartado de los textos constitucionales y de las normas internacionales ratificadas por el país, y ese apartamiento se hizo más notorio a partir de la ratificación de la CADH y de su incorporación al derecho interno.

7.7.3. En una futura reforma del proceso penal deberán tenerse en cuenta las soluciones comparadas en cuanto a la investigación preparatoria. Es decir, consagrar la publicidad interna inmediata, salvo que ella pudiera entorpecer la actividad investigativa, y la reserva externa absoluta, de modo de evitar las posibles presiones sobre el investigador y la exposición de un investigado respecto del cual aún no existe imputación alguna, aunque esto signifique eliminar para esta etapa las indudables virtudes de la publicidad externa.

Luego de la investigación preparatoria debería consagrarse el principio de la publicidad interna inmediata para todas las etapas del proceso penal, salvo excepciones fundadas en razones cautelares.

Asimismo, debería consagrarse la publicidad externa inmediata de todas las etapas, salvo que por disposición fundada el tribunal disponga la reserva externa por razones de moral, orden público o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes y de la víctima, pero aun en estos casos la sentencia definitiva debe ser pública.

Capítulo II

Los sujetos del proceso

1. El Ministerio Público

Al Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal en los casos de acción pública, le compete el ejercicio de la acción mediante la acusación, y en un sistema acusatorio le compete igualmente la investigación preparatoria dirigida a obtener los elementos de juicio necesarios para establecer la procedencia de la acusación (o, en caso contrario, solicitar el sobreseimiento).

En general, los modernos sistemas procesales vigentes en la región ponen a cargo del fiscal la investigación preparatoria (CPP Modelo, CPP Chile, CPP Costa Rica, CPP Paraguay, CPP Chubut, entre otros), asignándole las facultades necesarias para reunir los elementos de prueba que le permitan valorar los fundamentos de la denuncia y determinar la procedencia de la acción penal (acusación), sujeto en todo caso al control jurisdiccional (juez de garantía o de instrucción), ante el cual deberá requerir las medidas que impliquen limitación de garantías fundamentales del imputado o de terceros.

La función de investigar corresponde, en consecuencia, al fiscal y no al juez.

A esos efectos, cuenta con el auxilio de la policía judicial, regulada, en la mayoría de los sistemas de derecho comparado considerados en el marco de este informe, como un servicio que opera bajo la dirección del Ministerio Público.

Compete también al fiscal requerir la adopción de medidas cautelares y en particular la prisión preventiva del imputado en los casos previstos legalmente.

En general, los distintos modelos consultados prevén medidas de control de la actividad fiscal, fundamentalmente en lo relativo al archivo del expediente durante o al finalizar la etapa de investigación preparatoria.

La vigencia del modelo acusatorio en los términos reseñados, y en particular la atribución de funciones de investigación al Ministerio Público, no plantea dificultades desde el punto de vista de su adecuación al modelo constitucional —que consagra, como vimos, el principio acusatorio en su artículo 22—, toda vez que se asegura la vigencia de las garantías fundamentales durante la etapa de investigación preparatoria mediante el control asignado al juez de garantía.

La actuación del Ministerio Público está regida, en todo caso, por los principios de legalidad y objetividad, y —fundamentalmente— de independencia técnica.

Como señalamos en el capítulo de bases sobre normas procesales, en nuestra opinión no existe impedimento constitucional para que el Ministerio Público se reubique legalmente fuera del sistema orgánico del Poder Ejecutivo, ya que lo único que regula la Constitución al respecto es la designación del fiscal de Corte y demás fiscales letrados (artículo 168, numeral 13).

Por otra parte, conforme ha sostenido recientemente CORREA FREITAS, la ley podría asignar al Ministerio Público una ubicación institucional similar a la establecida para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas.

2. El imputado

2.1. CONCEPTO DE IMPUTADO

A fin de asegurar la vigencia de las garantías fundamentales *desde el inicio* de las actuaciones (incluida la etapa de investigación preparatoria, ante el Ministerio Público o la Policía), los distintos modelos legales recogen un concepto amplio de *imputado*. A vía de ejemplo se cita la redacción del CPP Modelo (artículo 6.^o):

Las facultades que las leyes fundamentales del Estado y este Código otorgan al imputado, puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye la participación en un hecho punible desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece.

El CPP Chile (artículo 7.^o) contiene una redacción similar:

Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a la que se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

2.2. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Los derechos y garantías fundamentales del imputado resultan de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por nuestro país y las leyes que regulan el proceso penal, por lo que nos remitimos en este punto a las bases sobre las normas procesales penales

(capítulo I) y a las referencias a los principios contenidas en las restantes secciones y referidos particularmente a la actividad procesal y a las distintas etapas del proceso penal. Sin perjuicio de ello, resulta conveniente establecer en forma expresa una enumeración de los derechos que asisten al imputado desde el inicio del proceso penal y el deber de informarlo acerca de ellos, como la contenida en los modelos procesales considerados. A vía de ejemplo se cita (por tratarse de una de las reformas más recientes en la región) el CPP Chubut, artículo 82 (aunque la fórmula legal se reitera, con variantes, en otros modelos, como el CPP Chile):

Derechos del imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible que a él le asisten los derechos siguientes:

- 1) a conocer el o los hechos que se le imputan, la causa o motivo de su detención y el funcionario que la ordenó, entregándole, si la hubiere, copia de la orden judicial emitida en su contra;
- 2) a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad, y a designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su captura y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido;
- 3) a ser asistido desde el primer acto del procedimiento por el defensor que proponga él o una persona de su confianza y en defecto de éste, por un defensor público con quien deberá entrevistarse en condiciones que aseguren confidencialidad, en forma previa a la realización del acto de que se trate;
- 4) a presentarse al fiscal o al juez, para que se le informe sobre los hechos que se le imputan;
- 5) a prestar declaración dentro de las veinticuatro horas de efectivizada la medida, si ha sido detenido;
- 6) a declarar cuantas veces quiera, siempre que no fuere manifiesta la intención de dilatar el procedimiento, con la presencia de su defensor, lo que se le hará saber cada vez que manifieste su deseo de hacerlo, como la de realizar peticiones, formular solicitudes y observaciones en el transcurso del proceso;
- 7) a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad;

- 8) a que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el juez o el fiscal; y
- 9) a acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código, constituyendo falta grave su ocultación o retaceo.

En todos los casos deberá dejarse constancia del cumplimiento del deber de información de los derechos establecidos en este artículo.

El incumplimiento de estas previsiones [...] hace incurrir en grave falta al magistrado o funcionario responsable de observarlas o hacerlas observar, a los fines de su destitución, exoneración o cesantía.

Se destaca como una de las garantías fundamentales del imputado durante el proceso penal el principio de inocencia y el *derecho a esperar la sentencia en libertad*, salvo motivo fundado en razones cautelares que habilite a privarlo de su libertad a título preventivo (véase el capítulo VII de estas bases: “La prisión preventiva”), así como el derecho a un proceso de duración razonable.

3. El defensor

La defensa técnica constituye una garantía para el imputado, por lo que en general se regula la actuación del defensor, su designación y los derechos que le asisten.

Nuestro sistema procesal penal excluye la autodefensa (CPP, artículo 75), a diferencia de la CADH (artículo 8.2), que la autoriza (al igual que otros sistemas legales de la región). Resulta conveniente mantener en este punto la solución vigente en nuestro país, por cuanto ofrece mayores garantías que la prevista en la CADH.

En cuanto a los derechos que asisten al defensor, debe consagrarse una fórmula amplia que asegure en la práctica el efectivo ejercicio del derecho de defensa del imputado, por lo que aquél debe contar con

todas las atribuciones necesarias para el desempeño de sus funciones en el marco más amplio del derecho de defensa. A vía de ejemplo, cabe citar el CPP Chile, artículo 104, en cuanto dispone:

El defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal.

En particular, y siguiendo los lineamientos de los modelos considerados, debe asegurarse la vigencia del derecho a la defensa técnica desde el inicio de las actuaciones, incluso en sede policial, como lo prevén —por ejemplo— el CPP Chile (artículos 8, 94, 96), el CPP Chubut (artículos 10, 92). Nuestro sistema legal vigente autoriza la actuación del defensor desde el inicio del presumario, pero no contempla expresamente el ejercicio de la defensa técnica en sede policial, y aun plantea dificultades la plena vigencia de esta garantía al inicio del presumario (antes de la primera declaración ante el juez).

Insistiendo en la misma idea, la efectiva vigencia del derecho de defensa técnica desde el inicio de las actuaciones requiere el reconocimiento del derecho del imputado a entrevistarse privadamente con su defensor, incluso en sede policial (CPP Chile, artículo 94).

Para finalizar con este punto, se cita a continuación el CPP Chubut, que en su artículo 10 refiere a la “dignidad del defensor” como una garantía de defensa, en estos términos:

En el desempeño de su ministerio y desde el inicio de su actuación en el procedimiento, el abogado defensor está equiparado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele. La violación a esta norma dará lugar a reclamación ante el superior jerárquico del infractor, que se sustanciará sumariamente, a cuyo efecto tendrá legitimación tanto el profesional afectado como el Colegio Público de Abogados al que perteneciera y el del lugar donde ocurriere el hecho. En dependencias policiales, penitenciarias o de organismos de seguridad, deberán proporcionarse al abogado los informes que este requiera respecto de los motivos de detención de cualquier persona y el nombre del juez a cuyo cargo se hallare la causa. Dicho informe deberá ser proporcionado por escrito

y por intermedio del funcionario de mayor jerarquía existente al momento del requerimiento. No podrán establecerse horarios para evacuar tales pedidos, a cuyo efecto se consideran hábiles las veinticuatro horas del día. La sola exhibición de la credencial otorgada por el Colegio es requisito suficiente para acreditar la condición de abogado. Todo menoscabo infligido al abogado defensor se considera como lesión a la inviolabilidad de la defensa del imputado [...].

4. El tribunal

4.1. PRINCIPIOS

Los principios que rigen la organización y actuación del tribunal en materia penal se concretan fundamentalmente en los siguientes, cuyo concepto fue desarrollado en las restantes bases (en particular, las referidas a las normas procesales, capítulo I): juez natural, legalidad, responsabilidad, igualdad de partes (cuya vigencia debe asegurar), imparcialidad e intermediación. Asimismo, en la organización y distribución de la competencia debe tenerse en cuenta el derecho al recurso efectivo consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica. En lo que refiere al rol del tribunal en el proceso penal, debe adecuarse al modelo acusatorio previsto en la Constitución, lo que exige una clara diferenciación de las funciones de acusar (asignada al titular de la acción) y juzgar.

4.2. ORGANIZACIÓN

La tendencia de las reformas procesales penales en la región se orienta hacia la distribución de competencia a distintos órganos jurisdiccionales según la etapa del proceso penal, asignando competencia a un juez de garantía o de instrucción durante la etapa de inicial de investigación preparatoria, y a un juez o tribunal en la sustanciación y decisión del juicio oral (etapa posterior a la acusación). Tal distinción se funda principalmente en el principio de imparcialidad, en la medida en que se procura asegurar el menor contacto posible del juez de sentencia

con la investigación inicial (a cargo del fiscal en la mayoría de los sistemas). Nos remitimos en este punto a lo expuesto acerca del principio de imparcialidad en las bases sobre normas procesales (capítulo I) y en las referidas a la prisión preventiva (capítulo VII).

En la medida de lo posible, esa separación debería mantenerse en segunda instancia, con un tribunal o dos que entiendan exclusivamente en la segunda instancia de la etapa preparatoria (respecto de las apelaciones de las sentencias de los jueces de garantía) y otros que entiendan en la segunda instancia del proceso penal principal.

A vía de ejemplo de los modelos procesales de la región, cabe citar los siguientes:

- CPP Modelo: Distribuye la competencia entre los siguientes órganos:
 - Juez de la instrucción: competente para las medidas jurisdiccionales o de control a que dé lugar el procedimiento preparatorio (instrucción).
 - Tribunal: órgano competente para el debate oral y la sentencia.
- CPP Chubut: Distribuye la competencia entre los siguientes órganos:
 - Jueces penales: competentes para conocer, entre otras cuestiones, del “control de la investigación, de las garantías y de todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria”, de las “impugnaciones en contra de las decisiones adoptadas durante la etapa preparatoria” y del “control de la ejecución de las sentencias y de la suspensión del proceso a prueba”.
 - Tribunales de juicio, que podrán ser unipersonales o colegiados: competentes para conocer de la sustanciación y decisión del juicio.
- CPP Chile: Distribuye la competencia entre los siguientes órganos:
 - Jueces de garantía: competente para las medidas jurisdiccionales o de control a que dé lugar el procedimiento preparatorio (investigación).

- Tribunales de juicio oral en lo penal: competente para conocer del juicio oral (tras la acusación).
- CPP Paraguay: Distribuye la competencia entre los siguientes órganos:
 - Jueces penales: competentes para actuar como jueces de garantía y de control de la investigación.
 - Tribunales de sentencia (unipersonales o pluripersonales): competentes para la sustanciación y decisión del juicio.
 - Jueces de ejecución: competentes para la ejecución de las sentencias, la suspensión condicional del procedimiento, el trato del prevenido y el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, y la sustanciación y resolución de todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de ejecución. Asimismo, tienen a su cargo el control del cumplimiento de las finalidades constitucionales de las sanciones penales, y la defensa de los derechos de los condenados.

La distribución de competencia en los términos reseñados no representa necesariamente un incremento en el número de jueces, si tenemos presente que la función de instrucción que actualmente desarrollan los jueces penales (presumario y sumario) se asigna al Ministerio Público, y las funciones del juez de garantía o de instrucción se concretan en el control de la investigación a cargo del fiscal, la prueba anticipada (por definición, excepcional) y las medidas cautelares que pueden adoptarse en esta etapa preparatoria (en especial, la prisión preventiva).

La distribución de competencia entre los jueces de garantía (o instrucción) y los jueces o tribunales del juicio oral (o de *plenario*, para mantener la denominación tradicional en nuestro medio), podría considerarse innecesaria en la medida en que la atribución de la investigación preparatoria al fiscal reduce los riesgos de “contaminación” probatoria del juez de instrucción a que aluden recomendaciones y fallos in-

ternacionales. Sin embargo, la intervención del juez en la etapa preparatoria, fundamentalmente en materia cautelar y concretamente en lo relativo a la prisión preventiva, determina la conveniencia del sistema dual de competencia ya referido, asignando la competencia para la decisión de la causa a un tribunal que no participó en la etapa de investigación preparatoria ni en la decisión acerca de la eventual privación de libertad del imputado.

Finalmente, en cuanto a la etapa de ejecución, en los modelos se opta por dos posibles sistemas: o la competencia se atribuye al mismo juez de garantías que entiende en la etapa preparatoria, o se otorga a jueces especializados. A nuestro juicio, y sin necesidad de crear nuevos juzgados, en el departamento de Montevideo es posible encargar a algunos de ellos en forma exclusiva la ejecución de las sentencias penales.

5. La víctima

En lo atinente a la víctima, se observa una tendencia al reconocimiento y la consagración expresa de sus derechos en el marco del proceso penal, que en general refieren al derecho a la información, el derecho a solicitar medidas de protección o seguridad, el derecho a ser oída y el derecho a ejercer actos de control (referidos fundamentalmente a la actuación del fiscal).

En algunos casos se le atribuye la titularidad de la acción penal en determinados delitos de acción privada.

Al margen de los distintos sistemas relevados sobre el punto, consideramos conveniente regular en forma expresa los derechos de la víctima en el proceso penal, en particular y como lo prevé el CPP Chubut:

- el derecho a recibir un trato digno y respetuoso y que se hagan mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
- el derecho a que se respete su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación;

- el derecho a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes, y a ser asistida en forma integral y especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social;
- el derecho a intervenir en el procedimiento penal y en el juicio;
- el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él;
- el derecho a examinar documentos y actuaciones, a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado;
- el derecho a aportar información durante la investigación;
- el derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente;
- el derecho a ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

Los límites de los derechos de la víctima en el marco del proceso penal están representados, en nuestro concepto, por las garantías fundamentales del imputado, por lo que hemos optado por excluir algunos de los derechos que se reconocen a la víctima en los sistemas consultados, por cuanto pueden afectar —por ejemplo— el principio acusatorio, el derecho de defensa o la prohibición de la persecución penal múltiple.

Así y a vía de ejemplo, algunos sistemas reconocen a la víctima el derecho a “requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante” (CPP Chubut), lo que puede afectar, en nuestra opinión, la prohibición de la persecución penal múltiple.

Capítulo III

La acción

Se considera conveniente mantener el sistema de acción pública como regla, cuya titularidad se asigna al Ministerio Público, solución que se complementa con la consagración de delitos de acción privada, en cuyo caso la titularidad corresponderá a la víctima.

En el marco de los delitos de acción pública, el reconocimiento de derechos a la víctima conforme lo expuesto en el capítulo anterior no puede determinar la alteración de la titularidad de la acción ni afectar la prohibición de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), aunque se le reconozcan a la víctima facultades de control del ejercicio de la acción.

Se observa en algunas legislaciones modernas una ampliación en la legitimación, similar a la que viene desarrollándose en el proceso civil al influjo de los intereses (o derechos) difusos y colectivos. Así y a vía de ejemplo, el CPP Chubut (artículo 103) reconoce a “cualquier persona” el derecho de iniciar y proseguir querrela “en específica protección de [determinados] derechos de incidencia colectiva [...] cuando: 1) los delitos violen los derechos humanos fundamentales y hayan sido cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función o en ocasión de ella; 2) los delitos impliquen abuso del poder público y conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado; 3) los delitos afecten intereses difusos; o 4) se trate de delitos de lesa humanidad”. El CPP Costa Rica también consagra una legitimación amplia (“cualquier persona”) con relación a delitos cometidos por funcionarios públicos que impliquen violación de derechos humanos o abuso de funciones, así como delitos que lesionen intereses difusos.

Como lo observa BOVINO, cuando la acción popular refiere a delitos cometidos por agentes del Estado, “la razón que justifica la intervención de todo ciudadano o asociación de ciudadanos (CPP Guatemala, artículo 116) y de las asociaciones (CPP Guatemala, artículo 117, inciso 4) en calidad de querellantes se vincula con las especificidades del grupo de casos comprendido en la regla legal”. Se trata, en síntesis y como lo indica el autor citado, de “un control de la sociedad civil respecto de la actuación de los órganos estatales encargados regularmente de la persecución penal, cuando se trata de delitos cometidos por otros agentes del Estado, tales como delitos contra los derechos humanos o delitos cometidos por funcionarios con abuso de su cargo”.

Desde un punto de vista estructural, el ejercicio de la acción penal se hace efectivo mediante la acusación, tras la etapa de investigación preparatoria; aunque la propia investigación preparatoria está sujeta a la iniciativa del Ministerio Público, el cual la formaliza tras la denuncia o el informe policial, de modo que la acción también se ejerce en ese ámbito y, en particular, constituye presupuesto ineludible de cualquier actividad jurisdiccional en materia penal, incluidas las medidas de instrucción que puedan desarrollarse durante la etapa preparatoria (por ejemplo, prueba anticipada) y las medidas cautelares (en particular, la prisión preventiva).

Resulta conveniente la consagración de criterios de oportunidad cuando se trate de hechos que no comprometan gravemente el interés público, aunque deberá regularse de modo tal que asegure un adecuado control de la motivación del pedido fiscal de clausura y la intervención de la víctima, a cuyos efectos puede resultar de interés la regulación de este punto en los modelos procesales penales más modernos de la región, como el CPP Chile (artículo 170) o el CPP Chubut (artículo 44). A continuación se transcriben, a modo de ejemplo, los criterios de oportunidad previstos en el último de los ordenamientos citados (CPP Chubut):

Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o

parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad:

- 1) siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años;
- 2) en los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena;
- 3) cuando la pena que probablemente podría imponerse por el hecho que se trata, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por otros hechos.
- 4) cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público.
- 5) en los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal, salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad.

[...].

Capítulo IV

Los actos procesales

1. Principios relativos a los actos

1.1. INTRODUCCIÓN

En este primer apartado individualizaremos las bases mínimas en torno a algunos principios especiales que deberían regir la realización de los actos en el proceso penal.

1.2. INMEDIACIÓN

1.2.1. CONSAGRACIÓN. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Debe consagrarse expresamente el principio de inmediación para todas las etapas del proceso penal, que comprende los eventuales procesos preparatorios (pruebas anticipadas, procesos para la adopción de una medida cautelar de prisión preventiva o medida cautelar alternativa, su modificación, sustitución o cese), procesos incidentales y principales, en su etapa de conocimiento y ejecución.

En consecuencia, en principio el juez debe realizar personalmente todos los actos procesales correspondientes al tribunal, y todos los actos procesales de las partes, de los auxiliares del tribunal (testigos, peritos, etcétera) y de los auxiliares de las partes (defensores) deben realizarse ante él. Debe admitirse la posibilidad de que el juez se constituya en cualquier lugar del territorio nacional, aun fuera del ámbito de su competencia territorial y, excepcionalmente, efectuar

diligencias probatorias en el extranjero, con autorización de la Suprema Corte de Justicia y el consentimiento de las autoridades del país requerido (por ejemplo, consagraba esta solución el artículo 96 del CPP 1997). Todo ello sin perjuicio de la práctica de pruebas mediante videoconferencia que analizamos más adelante.

Este principio deberá incluirse en el capítulo general relativo a los actos procesales o al menos en la parte general del Código, estableciendo expresamente que, en caso de que se incumpla, la irregularidad determinará la nulidad insanable del acto. De esta manera se podrá evitar el incumplimiento sistemático de disposiciones como la contenida en el artículo 135 del CPP vigente.

1.2.2. LA INMEDIACIÓN Y EL REGISTRO DE LAS AUDIENCIAS

Aun cuando el registro de las audiencias será analizado entre las actividades procesales, queremos resaltar en este momento su influencia sobre la inmediación.

Las nuevas técnicas de registro permitirían reforzar el principio de inmediación en primera instancia: al dictar la sentencia, el juez podría ver y oír cuantas veces quisiera las actuaciones realizadas en audiencia, lo que le permitiría percibir elementos de prueba que pasaron inadvertidos en el momento de la recepción (palabras a las que no se prestó atención, gestos que pasaron inadvertidos, etcétera) o recordar más vívidamente lo ocurrido en la audiencia. Por otra parte, la concentración procesal que habitualmente genera la aplicación de estas técnicas se traduciría en una proximidad mayor entre la recepción de la prueba y el dictado de la sentencia definitiva.

Por otra parte, el registro audiovisual de las audiencias permitiría alcanzar la efectiva vigencia de este principio en segunda instancia, especialmente en cuanto a los medios de prueba personales diligenciados en primera instancia. Si bien no es exactamente lo mismo presenciar las actuaciones y contemplarlas a través de un monitor de computadora o un televisor, el registro audiovisual permitiría que los órganos jurisdiccionales

de alzada pudieran ver y oír lo mismo que el órgano jurisdiccional de primera instancia.

1.2.3. LA INMEDIACIÓN Y LAS AUDIENCIAS POR VIDEOCONFERENCIA

La realización de audiencias a través de videoconferencia no lesiona ni limita el principio de inmediación. Estas tecnologías refuerzan positivamente la valoración de la prueba, ya que los tribunales intervinientes, aun el de segunda instancia, podrían oír las respuestas del declarante, ver sus gestos, las modulaciones de su voz, etcétera, cuantas veces deseen.

En consecuencia, debe establecerse expresamente la posibilidad de realizar audiencias por videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal (por ejemplo, podría consagrarse una solución similar a la de los artículos 146 *bis* del Codice de Procedura Penale italiano y 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España).

Debe asignarse al juez de la causa la conducción de las audiencias, con la asistencia de un juez en el lugar donde se encuentra el participante. La presencia de este juez auxiliar es imprescindible, por ejemplo, para controlar la identidad del testigo, aplicarle apercibimientos (incluyendo su conducción forzada al lugar desde donde prestará la declaración), controlar que no se ejerzan influencias ilegítimas o presiones sobre él, evitar la lectura de notas o apuntes (salvo el caso de cifras, fechas u otros casos en que lo autorice el juez de la causa), etcétera. En todos los casos la dirección de la audiencia corresponde al juez de la causa, quien debe realizar el interrogatorio del testigo, dirigir el interrogatorio efectuado por las partes a través de sus abogados, rechazar las preguntas inconducentes, innecesarias, dilatorias, perjudiciales o agraviantes para

el testigo, dar por terminado el interrogatorio y autorizarlo a retirarse de la sala remota. Si se consagra la posibilidad de tomar declaración del imputado desde establecimientos carcelarios, se debe exigir —con los mismos cometidos, así como para garantizar la seguridad del declarante— la presencia de auxiliares del juez en ese lugar.

Especialmente debe admitirse en cuanto al diligenciamiento de pruebas a distancia. En estos casos, la utilización de la videoconferencia es siempre más respetuosa del principio de inmediación que su práctica por tribunal comisionado (por ejemplo, nadie puede dudar que es preferible que el juez de la causa tome declaración a un testigo domiciliado en un lugar distante de la sede por videoconferencia, a que cometa su diligenciamiento al tribunal de ese lugar), y aun cuando se consagre la regla antes mencionada que habilita al juez a trasladarse a cualquier lugar, incluyendo excepcionalmente al extranjero, la videoconferencia siempre puede resultar más económica, sin pérdidas relevantes para la inmediación. Debe asimismo consagrarse la posibilidad de utilizar la videoconferencia en sustitución de las declaraciones por informe, en los casos de personas llamadas a declarar como testigos que ocupan ciertos cargos relevantes. Asimismo, debe admitirse como forma de protección de la víctima o testigos, que pueden declarar con mayores condiciones de tranquilidad y seguridad personal, particularmente en casos de delitos sexuales.

En cuanto al imputado privado de libertad, su declaración por videoconferencia desde el establecimiento carcelario sólo debería admitirse en los casos en que exista riesgo de fuga o de agresiones al declarante. En todas las hipótesis de declaración de imputados a distancia debe exigirse la presencia de un defensor en el lugar desde donde se presta la declaración y garantizar la comunicación reservada de éste con su defendido a través de medios técnicos idóneos (artículo 146 *bis*, numeral 4.º, del Codice di Procedura Penale italiano).

También debe admitirse la utilización de videoconferencia para inspeccionar cosas o lugares peligrosos o de muy difícil acceso.

1.2.4. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Deben admitirse las siguientes excepciones a este principio:

- La primera y más relevante es que, en el diseño del proceso penal planificado, la primera instancia del proceso penal se divide en tres grandes etapas (etapa preparatoria, etapa de conocimiento y etapa de ejecución). La primera, preceptiva para los delitos de acción pública, es llevada adelante por el Ministerio Público, pero si se pretende realizar pruebas anticipadas, o recoger prueba que implique una posible limitación a los derechos del indagado, o adoptar medidas cautelares limitativas de la libertad, será competente el juez de la etapa preparatoria (habitualmente denominado *juez de garantías*). En la etapa de conocimiento del proceso principal no puede intervenir el mismo juez, ya que, como vimos en las bases sobre normas procesales penales, ello redundaría en una violación del principio de imparcialidad, por lo que en esa etapa debe otorgarse competencia a otro juez (*juez letrado de primera instancia en lo penal o competente en materia penal*). Finalmente, en la etapa de ejecución de la eventual sentencia de condena debe otorgarse competencia a otro juez (habitualmente conocido como *juez letrado de primera instancia de ejecución en materia penal*). En segunda instancia la competencia debe otorgarse a tribunales de apelaciones. En la medida de lo posible, esa competencia debería dividirse entre un tribunal o dos que entiendan exclusivamente en la segunda instancia de la etapa preparatoria y uno o dos que entiendan en la segunda instancia del proceso penal principal, de modo de mantener en segunda instancia la separación entre los órganos jurisdiccionales de garantía y los órganos jurisdiccionales del proceso principal.
- Por *delegación externa* para la realización de actos concretos fuera del ámbito territorial de competencia del juez de la causa, en el territorio nacional o fuera de él (notificaciones, recepción de declaraciones testimoniales, inspecciones judiciales). En el caso de las

notificaciones en domicilios constituidos, la delegación externa sólo debería admitirse hasta tanto se implementen notificaciones por medios electrónicos, que permitirían sustituir el auxilio judicial con gran economía de tiempo, y en el caso de diligenciamiento de pruebas, la delegación externa sólo debería admitirse en tanto no se implemente la recepción de audiencias por videoconferencia.

- Por *delegación interna* para la realización de actos que impliquen la realización de actividad procesal secundaria por los auxiliares de juez. En consecuencia, debe prohibirse la delegación interna de actos que impliquen actividad procesal primaria (especialmente relevamiento, instrucción, satisfacción y control), con una regla similar a la del artículo 18 del CGP. Puntualmente, debe prohibirse la recepción de pruebas por funcionarios auxiliares del juez (receptores).
- Por atribución de *competencias específicas* a funcionarios auxiliares del juez: por ejemplo, las competencias atribuidas a los actuarios en cuanto al control, comunicación, autenticación y conservación de expedientes (artículos 117 y 123 de la LOT), a otros funcionarios para dejar ciertas constancias (por ejemplo, artículo 74 del CGP), a funcionarios dependientes del Ministerio del Interior (autoridad carcelaria, decreto ley 14 470) y aun, si decide crearse, a una policía dependiente del Poder Judicial o del Ministerio Público.
- *Otros casos* no comprendidos en los supuestos anteriores, como la actuación de jueces subrogantes o de feria.

1.3. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Este principio debe regir en todas las etapas del proceso penal, no sólo en la etapa preparatoria, sino también en la etapa de conocimiento y en la etapa de ejecución, en primera y segunda instancia.

Debe consagrarse en el capítulo general relativo a los actos procesales o al menos en la parte general del Código. Sería relevante estable-

cer que su incumplimiento en ciertos casos puntuales determinará la nulidad insanable del acto.

2. Requisitos de los actos procesales

2.1. REGLAS GENERALES

En estas bases sólo mencionaremos algunos requisitos procesales formales (o de *admisibilidad*), dejando de lado aquellos requisitos procesales de fondo (o de *fundabilidad*) y otros requisitos no procesales de los actos.

En principio se deberán aplicar las exigencias relativas a los requisitos procesales formales de los actos realizados en los procesos civiles, contenidas en diversos artículos del Código General del Proceso, si bien sería deseable una nueva sistematización de acuerdo con los aportes de la doctrina sobre el punto.

Sin perjuicio de ello, en los apartados siguientes formularemos algunas bases acerca de algunos requisitos.

2.2. REQUISITOS RELATIVOS A LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS

Debe consagrarse una regla similar a la prevista en el proceso civil, que establezca que los actos deben presumirse realizados voluntariamente y que debe prevalecer la voluntad declarada sobre la interna del sujeto, salvo disposición en contrario o prueba de que ha sido formulada por violencia, dolo o error de hecho no culpable. Como se advierte, se formulan dos modificaciones al texto modelo del artículo 62 del CGP: se elimina el adjetivo “fehaciente”, ya que la prueba siempre debe ser completa para destruir un hecho presumido, y se incluye expresamente la referencia a que el error debe ser “de hecho”, siguiendo la interpretación predominante en doctrina y jurisprudencia.

En el caso de las declaraciones del indagado, estas presunciones sólo deberían operar si fueron prestadas ante un juez, si antes de la declaración éste le comunicó detalladamente cuál es el hecho que se le

atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueran de importancia para su calificación jurídica y las disposiciones legales que resultaran aplicables, y si fueron prestadas en presencia de su abogado defensor. Naturalmente, además, la presunción debe caer si se acredita que la declaración fue prestada por dolo, violencia o error.

En el caso de las sentencias debe consagrarse una regla similar a la del artículo 222 del CGP: luego de notificada, la sentencia es inmodificable de oficio por el mismo juez; en consecuencia, luego de ese momento sólo puede modificarse en virtud de los recursos interpuestos por las partes. Los errores meramente materiales deben poder corregirse en cualquier momento. También podría habilitarse la corrección de errores de cómputo de la pena hasta que la sentencia quede firme, sin perjuicio de admitir, aun en etapa de ejecución, las correcciones a favor del condenado.

2.3. REQUISITOS RELATIVOS AL LUGAR

Debe admitirse la posibilidad de que el juez se constituya en cualquier lugar del territorio nacional, inclusive fuera del ámbito de su competencia territorial, y, excepcionalmente, que pueda efectuar diligencias probatorias en el extranjero, con autorización de la Suprema Corte de Justicia y con el consentimiento de las autoridades del país requerido (por ejemplo, artículo 112 del CPP Modelo; artículo 96 CPP 1997).

2.4. REQUISITOS RELATIVOS AL TIEMPO

2.4.1. REGLAS GENERALES SOBRE PLAZOS

Deben consagrarse expresamente reglas similares a las contenidas en los artículos 92 a 99 del CGP, realizando algunas modificaciones a los textos que se han prestado a interpretaciones disímiles. Por ejemplo, para despejar equívocos debe establecerse expresamente que los plazos que se computan en meses o en años no se suspenden en la semana de

turismo y en las ferias judiciales (lo que a nuestro juicio ya surge del texto del artículo 94 del CGP, pero el punto se ha discutido).

En consecuencia, los plazos procesales deben ser perentorios e improrrogables; salvo regla expresa en contrario, se aplican las reglas mencionadas en cuanto al comienzo, cómputo, suspensiones, interrupciones y finalización del plazo. Esas soluciones han sido adoptadas en todos los modernos códigos procesales penales, con excepciones aisladas.

Debe admitirse la posibilidad de presentar ciertos escritos particularmente importantes dentro del horario hábil del día siguiente al vencimiento del plazo (por ejemplo, la contestación de la acusación) o dentro de las dos horas del día hábil siguiente. Es el conocido *día de gracia* consagrado en ciertos códigos (por ejemplo, artículo 116 del CPP Modelo; artículo 139 del CPP de la provincia argentina de Buenos Aires; artículo 164 del CPP Argentina).

Puede establecerse una regla especial de cómputo para los plazos de las medidas cautelares que impliquen limitaciones a la libertad ambulatoria, que disponga que cualquiera sea su extensión se computen tanto los días hábiles como los inhábiles (artículo 115 del CPP Modelo).

2.4.2. REGLAS GENERALES SOBRE DÍAS Y HORAS HÁBILES ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

Debe consagrarse una regla similar a la establecida en los artículos 87 de la LOT y 96 y 97 del CGP (al igual que ahora, artículo 86 del CPP vigente). En el caso del artículo 96, debe aclararse que el horario de la oficina a que se refiere es el horario de atención al público.

Adicionalmente, debe consagrarse una regla expresa que disponga que se considera hábil todo el tiempo necesario para el diligenciamiento de pruebas (artículos 86 CPP vigente y 97 CPP 1997 —este último sólo si el indagado está detenido—, artículo 116 CPP Argentina).

Asimismo, debe admitirse la recepción de denuncias o instancias por los tribunales y el Ministerio Público en forma continuada y permanente las veinticuatro horas, inclusive fuera de las jornadas ordinarias

de trabajo de los tribunales, estableciendo turnos al efecto en todo el territorio nacional (CPP Paraguay, artículo 135).

2.4.3. CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE ESTE REQUISITO

En cuanto a los actos de las partes, el incumplimiento de este requisito (acto realizado fuera del momento preciso o del plazo previsto para su realización, o en día inhábil) debe aparejar su nulidad insanable.

En cuanto al tribunal, la realización del acto fuera del momento preciso previsto para ello, fuera del plazo constitucional o legal, o en día u hora inhábil, debe aparejar su nulidad insanable. En principio, las sentencias deberían dictarse en audiencia. Sin perjuicio de ello, cuando se dictaran fuera de audiencia, podría considerarse la posibilidad de mantener el sistema vigente para el proceso penal o consagrar un sistema similar al establecido para el CGP. En el proceso penal vigente rigen los artículos 9 a 22 de la ley 9 594 (denominada Primera Ley de Abreviación de los Juicios), con las modificaciones resultantes del artículo 90 del CPP vigente; de acuerdo con los artículos 7, 15 y 17 de aquella ley, pasados los plazos para dictar sentencia definitiva o interlocutoria o para su estudio en el caso de los tribunales colegiados, el juez o ministro o tribunal, según el caso, quedarán impedidos, y si dictaran sentencia en esas condiciones ésta será nula (ello sin perjuicio de que ABAL OLIÚ ha advertido fundamentamente que la nulidad puede derivar de la pérdida de legitimación procesal del tribunal) y corresponde aplicar sanciones administrativas.

En cambio, en el CGP el incumplimiento de los plazos sólo determina la aplicación de sanciones administrativas (artículos 210 a 213). Esta última fue la solución preferida en el CPP de 1997 (artículo 106). A nuestro juicio, debe consagrarse también para los actos del tribunal la consecuencia de la nulidad insanable, salvo que fuera absolutoria para el demandado, y ello por varias razones: a) el derecho a un proceso de duración razonable se considera parte de la garantía del debido proceso; b) es la única manera de lograr el efectivo cumplimiento de los plazos

para el dictado de las resoluciones, ya que habilita un efectivo control de las partes mediante los recursos jurisdiccionales. Ello sin perjuicio de establecer la extinción de la acción penal si el proceso excede un plazo a determinar (por ejemplo, tres años: CPP Paraguay, artículos 136 y 137).

Finalmente, aun cuando éste es un punto más específico, deberían reducirse los plazos para el estudio y el dictado de sentencias.

3. Consecuencias de la irregularidad de los actos procesales

3.1. REGLAS GENERALES

El CPP vigente contiene una serie de reglas (habitualmente conocidas como *principios de las nulidades*) que resultaban bastante avanzadas en el momento de su sanción (artículos 97 a 104) y que fueron luego reiteradas, con una mayor depuración técnica, en el CGP (artículos 110 a 116).

Sin embargo, algunas de esas reglas tienen tal generalidad que resulta sumamente difícil en cada caso concreto resolver si el acto irregular debe declararse nulo.

De cualquier manera, ninguno de los modelos consultados en este informe ha llegado más lejos que las normas nacionales.

A este respecto y con carácter general, creemos que debería adoptarse un régimen similar, pero formulando algunas modificaciones y/o aclaraciones de los textos actuales:

- Si bien ninguna lista es completa, debería formularse un listado de nulidades insanables lo más completo posible, para despejar dudas. Por ejemplo, aun cuando con ciertas imprecisiones, deben tenerse presentes los artículos 225 del CPP de 1997, 167 del CPP Argentina, 202 del CPP Buenos Aires y 185 del CPP Córdoba. En ese listado deberían incluirse, sin perjuicio de otras, las siguientes nulidades explícitas: el incumplimiento de principios procesales gene-

rales de raigambre constitucional, como el de igualdad, o más específicos, como el de inmediación; la ausencia de algunos de los denominados *presupuestos procesales*, como la falta de capacidad o de legitimación en la causa requeridas para ser tribunal y la falta de competencia por la calidad del interesado principal, la materia y la etapa del proceso (sin perjuicio de la validez de ciertos actos como el que dispone una medida cautelar limitativa de la libertad); la ausencia de algunas de las denominadas *cuestiones previas* (que en definitiva también podrían considerarse presupuestos procesales), como la falta de instancia de parte; la infracción de las disposiciones que rigen la intervención, asistencia letrada y representación del imputado (tomando esta expresión en el más amplio sentido posible), así como todas aquellas que regulan las limitaciones a la libertad física; también, aunque puede resultar un elemento polémico, la ausencia de motivación de las sentencias (por ejemplo, artículo 123 del CPP Argentina; artículo 106 del CPP Buenos Aires; artículo 142 del CPP Córdoba; artículo 142, inciso 4.º, del CPP Costa Rica), respecto a lo cual debe considerarse que la simple remisión a los fundamentos expresados por el Ministerio Público constituye un supuesto de ausencia de motivación.

- La regla anterior es sin perjuicio de la consagración de una regla sobre nulidades implícitas, que comprenda la ausencia de otros presupuestos procesales no mencionados en el listado.
- En los modelos tenidos en cuenta se establece un sistema de preclusiones por etapa: por ejemplo, las nulidades producidas en la etapa de instrucción sólo pueden reclamarse en el curso de ésta o en el término de citación a juicio (verbigracia, artículos 170 del CPP Argentina; 205 del CPP Buenos Aires; 161 del CPP Chile; 188 del CPP Córdoba).

Capítulo V

Las actividades procesales

(funciones procesales)

1. La actividad probatoria

1.1. LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

La actividad probatoria debe organizarse de modo tal de asegurar la vigencia de los siguientes principios:

- Principio de *inocencia* (CADH, artículo 8.2), al que se hizo referencia en el capítulo sobre normas procesales, que proyecta —entre otras— las siguientes consecuencias (a modo de *principios consecuenciales*, a los que también se hizo referencia en el capítulo respectivo):
 - *In dubio pro reo*. Esta regla implica, en síntesis, que la condena requiere la *certeza positiva* acerca de la responsabilidad penal del imputado como grado de aproximación a la verdad, cualquier otro estado excluye la condena. En cuanto a las circunstancias impeditivas o extintivas (estado de necesidad, legítima defensa, por ejemplo), la duda acerca de su configuración en el caso concreto también favorece al imputado. En el plano normativo, resulta necesaria una referencia expresa a este principio; al respecto se destaca la fórmula del CPP Chile, que exige la “convicción fuera de toda duda razonable” como presupuesto de la condena.¹

¹ CPP Modelo: “Artículo 3. [...] La duda favorece al imputado”. CPP Chile: “Artículo 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal

- *El estado de inocencia y la coerción probatoria.* Debe consagrarse a texto expreso el derecho de no autoincriminación (CADH, artículo 8.2).² El imputado tiene derecho a guardar silencio y a que su silencio no sea utilizado en su contra. Esta garantía debe consagrarse en forma expresa a fin de asegurar su vigencia práctica. A vía de ejemplo se cita el CPP Modelo (artículo 41), en cuanto dispone que antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye y “[...] se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio [...]”.³
- Principio de *defensa* (debido proceso legal)
 - El derecho de defensa comprende el *derecho a la prueba*: derecho a ofrecer pruebas, a que éstas sean diligenciadas (previo control de su admisibilidad), a que sean valoradas por el tribunal al dictar sentencia (motivación del fallo con referencia específica a la prueba),⁴ derecho a controlar las

que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley [...]”. CPP Chubut: “Artículo 28. DUDA. En caso de duda, se estará siempre a lo que sea más favorable para el imputado, en cualquier instancia y grado del proceso [artículo 44, VI, C.Ch]”.

² CPP Chubut: “Artículo 8. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad.

”Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendiente a que el imputado declare contra sí mismo o a menoscabar su voluntad.

”A la declaración del imputado deberá asistir siempre su defensor [artículo 45, IV y I, C.Ch.]”.

³ CPP Chubut: “Artículo 82. DERECHOS DEL IMPUTADO. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible que a él le asisten los derechos siguientes: [...] 2) a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad [...]”. El CPP Chile contiene una regulación similar en su artículo 93.

⁴ A vía de ejemplo: CPP Chubut: “Artículo 25. DECISIONES JUDICIALES. REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. SENTENCIA. MOTIVACIÓN. Todas las decisiones

- pruebas aportadas por la contraparte y las decisiones del tribunal en materia probatoria (impugnación de decisiones probatorias).
- El derecho a la prueba rige desde las primeras actuaciones, incluso durante la investigación preparatoria y durante la sustanciación de la solicitud fiscal de prisión preventiva.
 - El derecho a la prueba exige que el rechazo liminar de un medio de prueba sólo pueda fundarse en razones de admisibilidad, manifiesta inconducencia o impertinencia, y en caso de duda debe primar el derecho a la prueba.
 - Principio de *igualdad* de partes, con referencia particular al ámbito probatorio (*efectiva* igualdad de oportunidades de aportación de prueba y de control de la actividad probatoria).
 - Principio de libertad probatoria: derivado del derecho a la prueba y referido principalmente a los medios de prueba admisibles, con el límite de las pruebas inadmisibles (prohibidas por la regla de derecho).
 - Principios de *oralidad* y *publicidad* (CADH, artículo 8, numeral 5). Debe consagrarse la publicidad interna desde las primeras actuaciones (investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público), aunque puede limitarse a título excepcional y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar la eficacia de una medida probatoria. La publicidad externa rige durante el proceso

judiciales, salvo las de mero trámite, deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal [Artículo 169, I, C.Ch.] e indicarán el valor asignado a cada medio de prueba.

”La misma exigencia rige para los requerimientos y conclusiones de los acusadores.

”Sin perjuicio de lo que se dispone para los supuestos de intervención de jurados, las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

”La fundamentación no se podrá reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales [...]”.

penal y se encuentra limitada durante la investigación preparatoria, como garantía para el imputado.⁵

- Principio de *inmediación*. Previsto en el sistema legal vigente (CPP, artículo 135), no tiene aplicación práctica en la generalidad de los casos (aunque en algunos el juez recibe directamente la declaración del imputado o de testigos, con presencia del defensor y del Ministerio Público). A fin de asegurar su vigencia práctica resulta conveniente trasladar la fórmula legal prevista para el proceso civil, que incluye una referencia expresa a la nulidad insanable en casos de delegación de la actividad probatoria por parte del tribunal.⁶ En el derecho comparado se destaca la fórmula del CPP Modelo, que se reitera en otros sistemas regionales.⁷ Con relación a la estructura del proceso penal, la *inmediación* rige indudablemente durante la etapa del juicio oral (tras la acusación fiscal) que se concentra en audiencia, pero también en las etapas iniciales (investigación preparatoria) fundamentalmente en la anticipación jurisdiccional de pruebas. Insistiendo en el aspecto estructural del proceso, la vigencia del principio de *inmediación* determina que la prueba obtenida durante la investigación preparatoria no pueda servir de fundamento a la sentencia de condena, salvo la prueba anticipada

⁵ A vía de ejemplo, CPP Chubut: “Artículo 281. CARÁCTER DE LAS ACTUACIONES. El procedimiento preparatorio será público para las partes o sus representantes, pero no para terceros, salvo las audiencias orales [...]”.

⁶ CGP, artículo 8.

⁷ CPP Modelo: “Artículo 291. *Inmediación*. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

”El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusare asistir, será custodiado en una sala próxima y representado a todos los efectos por su defensor.

”Si el defensor no comparece al debate o se aleja de la audiencia, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el artículo 63”.

- diligenciada ante el juez de garantía y con control del imputado.⁸
- *Identidad física* del tribunal. Conectado con el anterior principio, la identidad física del juez procura asegurar que la sentencia de mérito sea pronunciada por el juez o tribunal del juicio oral que presenció la audiencia de prueba (inmediación). Ello determina que la sentencia sólo puede fundarse en la prueba producida en el debate oral (en audiencia), con plena vigencia de las garantías del contradictorio, y no en la prueba diligenciada por el Ministerio Público durante la investigación preparatoria (con la excepción de la anticipación jurisdiccional de prueba en esta etapa, de medios definitivos e irreproducibles).
 - Principio de *continuidad de las audiencias*. Su vigencia efectiva requiere la fijación de plazos máximos para la convocatoria a la audiencia preliminar y para la audiencia de prueba o debate oral.
 - Principio de *imparcialidad*. En su conexión con la prueba, el principio de imparcialidad frente al caso exige la separación de la función de investigar (que corresponde de principio al titular de la acción) y juzgar.⁹ Nos remitimos en este punto a lo expuesto en las bases sobre normas procesales (principios). En el plano estructural, la tendencia de los nuevos modelos legales refleja la separación competencial entre el juez de garantía o de instrucción (que interviene en la etapa de investigación

⁸ A vía de ejemplo: CPP Chubut, artículo 258. VALOR DE LAS ACTUACIONES. Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, salvo aquellas que fueran recibidas de conformidad con las reglas de los anticipos de prueba y las que este Código autoriza excepcionalmente introducir al debate por lectura.

⁹ A vía de ejemplo, se reitera la fórmula del reciente CPP Chubut, artículo 18: "SEPARACIÓN DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGAR Y DE JUZGAR. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal.

"Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa".

preparatoria) y el juez o tribunal del juicio oral (que interviene en la audiencia tras la acusación y decide la causa).

- Principio *acusatorio* y principio de congruencia. Con referencia particular al ámbito probatorio, el principio acusatorio exige que la prueba esté referida a los hechos alegados por las partes (no introducidos de oficio por el tribunal), y la regla de congruencia exige que la sentencia esté referida a los hechos alegados por las partes (y a la prueba sobre esos hechos).
- Principio de *aportación de parte*. Conectado con el acusatorio, aunque con un perfil conceptual propio, el principio de aportación de parte determina que, de regla, la aportación de pruebas corresponde a las partes, no al tribunal. En este punto, el principio de separación de funciones previsto en el artículo 18 del CPP Chubut puede constituir una pauta interpretativa eficaz.¹⁰

1.2. LOS MOMENTOS DE LA PRUEBA

Según lo expuesto en el capítulo sobre estructura del proceso penal, y siguiendo la tendencia de las reformas procesales en la región, se distinguen los siguientes momentos o etapas de la prueba:

- *Etapas de investigación preparatoria*. Es dirigida por el Ministerio Público como titular de la acción, con el control del juez de garantía y con vigencia del contradictorio, y admite la proposición de pruebas por el imputado con reclamación ante el juez de garantía en caso de denegatoria infundada (CPP Chubut). Se prevé el anticipo jurisdiccional de prueba a solicitud de cualquiera de las partes, la que debe diligenciarse ante el juez de garantía.
- *Etapas del juicio oral*. Las partes podrán proponer la prueba en sus respectivos actos introductorios (acusación y contestación

¹⁰ Véase nota anterior.

de la acusación), cuya admisibilidad será definida en la audiencia preliminar, donde se fijará el objeto de la prueba y se ordenará el diligenciamiento de los medios admitidos en el auto de apertura del juicio oral (CPP Chubut, artículos 295 ss.; CGP, artículo 340 ss.).

1.3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1.3.1. CONCEPTO. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN

La valoración de la prueba consiste en una operación intelectual que el tribunal realiza en la sentencia (definitiva o interlocutoria) y por la cual resuelve acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que forman parte del objeto de la prueba, en función de los medios probatorios admitidos y diligenciados en el proceso (principal o incidental).

Debe distinguirse la valoración de la prueba, como operación intelectual, de la eficacia de los medios probatorios, como resultado de dicha operación intelectual. El tribunal debe valorar la prueba en función del sistema adoptado por el sistema jurídico correspondiente, y como resultado de esa actividad puede llegar a tres posibles resultados: se convence plenamente acerca de la existencia o inexistencia de los hechos (certeza), se convence pero sólo en grado de probabilidad (verosimilitud), o, finalmente, se encuentra en un estado en el que existen tantos elementos que indican la existencia como elementos que indican la inexistencia del hecho (duda).

Desde una perspectiva teórica, esta tarea del tribunal es por completo independiente de la atribución o no de una iniciativa probatoria de oficio. En consecuencia, es posible la existencia de un sistema inquisitivo o acusatorio en el que se consagre cualquiera de los sistemas de valoración: un sistema inquisitivo con prueba tasada, sana crítica o libre convicción, o un sistema acusatorio con prueba tasada, sana crítica o libre convicción.

Sin embargo, la experiencia histórica demuestra que el tema de los sistemas de valoración de la prueba replantea, en un nivel micro, el

tema general de los sistemas procesales: el sistema de valoración tasada o tarifada es generalmente adoptado por los sistemas inquisitivos; el sistema de valoración razonable o de la *sana crítica* es propio de los sistemas acusatorios cuando el tribunal es el propio Estado representado por los jueces o cuando se adopta el sistema de tribunal escabinado; el sistema de la íntima convicción se vincula íntimamente con los sistemas acusatorios que consagran un tribunal popular o el jurado.

En consecuencia, en el marco de un sistema acusatorio como el propuesto, en que el tribunal es el propio Estado, debería optarse por el sistema de la sana crítica.

1.3.2. DERECHO COMPARADO

Los códigos tenidos en cuenta en este informe, que en mayor o menor medida regulan un proceso acusatorio en el que el tribunal es el Estado representado por sus jueces, optan por el sistema de la sana crítica (CPP Modelo, artículo 149; CPP Argentina, artículos 241, 263, numeral 4.º, y 398; CPP Bolivia, artículos 173, 194 y 359; CPP Córdoba, artículo 193; CPP Costa Rica, artículo 184; CPP Chubut, artículos 25 y 329; CPP Paraguay, artículo 175).

Aunque sin utilizar la denominación *sana crítica*, el CPP Buenos Aires establece que para la valoración de la prueba “sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción”, y esta regla es aplicable “en cualquier etapa o grado de los procedimientos” (artículo 210, según ley 12 059).

El CPP Chile, en el mismo sentido, dispone que los tribunales deben valorar la prueba “con libertad”, pero “no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados” (artículo 297). Este último modelo es particularmente exigente en requerir el “señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados”, para “permitir

la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia” y, además, la indicación de las pruebas que hubiere desestimado, “indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

1.3.3. RÉGIMEN EN LAS NORMAS NACIONALES

La Constitución Nacional no impone expresamente un sistema de valoración probatorio. Sin embargo, si recordamos que nuestra Carta consagra un sistema acusatorio, de acuerdo con lo que indica la historia de este sistema podemos colegir que prefiere un sistema de valoración basado en las reglas de la sana crítica (cuando el tribunal es el Estado: artículos 15, 16 y 233, entre otros) o un sistema basado en la íntima convicción (si se decidiera adoptar el enjuiciamiento por jurados: artículo 13).

La preferencia constitucional por el sistema de la sana crítica en el caso de que el tribunal sea el Estado también puede inferirse del artículo 236 numeral 1.º, que en los procesos de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia exige el dictado de una sentencia definitiva motivada, y del propio artículo 12, que exige una sentencia “legal”, ya que de esta norma se ha inferido la exigencia de una sentencia motivada en forma racional, completa y legítima.

En las normas internacionales puede arribarse a la misma conclusión, en cuanto se adopta un sistema acusatorio. En el caso de los procesos que tramitan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguno de los reglamentos de este tribunal internacional (adoptados en virtud de su Estatuto) opta expresamente por ningún sistema de valoración, pero en su jurisprudencia aplica el sistema de la sana crítica (así lo señalan recientemente, entre otros, Alirio ABREU BURELLI, juez de la Corte, y Héctor FIX ZAMUDIO).

El CIC original, cuando el tribunal era el Estado, adoptaba como regla general el sistema de la sana crítica, aunque consagrando varios supuestos de prueba tasada (artículos 223, 237 y 251), y cuando el tribunal

era un jurado se establecía el sistema de la libre convicción (artículo 301), con expresiones muy similares a la ley francesa de 1791, aunque no se podía imponer pena de muerte “sino cuando medien pruebas tan claras como la luz del día”; la confesión no era suficiente si no estaba acompañada de otras pruebas (artículo 312). Esta última norma quedó derogada con la abolición de la pena de muerte, en 1907, y el artículo 301 corrió la misma suerte al suprimirse el jurado, en 1938. Finalmente, la libre convicción fue consagrada para ciertos casos especiales: delitos de proxenetismo (artículo 8.º de la ley 8 080), usura (artículo 9 de la ley 14 095), usurpación (artículo 82 del decreto ley 14 219) y juegos de carreras de caballo y quinielas clandestinos (artículo 6.º del decreto ley 14 319).

El CPP vigente consagró como regla la sana crítica (artículo 174), pero sin derogar las previsiones de leyes especiales con referencia a determinados hechos delictivos, expresión que alude a las leyes recién mencionadas que adoptaron la libre convicción para casos excepcionales. Luego de la aprobación del CPP, se agregaron nuevos casos en que se prefirió la libre convicción: procesos a autores y coautores de homicidio intencional consumado en el marco de la ley de amnistía (artículo 9, inciso 2.º, de la ley 15 737), delitos y faltas por actos de violencia en escenarios deportivos (artículo 4 de la ley 16 359); delitos vinculados a estupefacientes (artículo 61 de la ley 17 016, ley 17 343 y artículo 8.º de la ley 17 835, en la redacción dada por el artículo 28 de la ley 18 026).

Según lo que hemos señalado, las leyes procesales penales predominantemente inquisitivas, como las que han regido en nuestro país desde su independencia hasta el presente, generalmente adoptaron un sistema de prueba tasada; sin embargo, en conjunto con algunas manifestaciones acusatorias en sus etapas finales y gracias a la influencia de las reformas procesales penales posteriores a la Revolución Francesa de 1789, en nuestro país se optó por el sistema de la sana crítica.

Finalmente, el CPP 1997 (que nunca entró en vigencia), de corte acusatorio “atenuado”, al decir de sus autores, eligió el mismo sistema de la sana crítica como regla, sin perjuicio de la subsistencia de leyes especiales

y de la consagración expresa de la regla de la indivisibilidad de la confesión del imputado (artículo 133).

1.3.4. RÉGIMEN A ADOPTAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma, si se opta por consagrar un sistema acusatorio con el Estado como tribunal, debería mantenerse el sistema de la sana crítica. Sin perjuicio de la larga tradición de ese sistema en nuestro país, sería deseable consagrar una norma similar a la mencionada del CPP Chile, que establezca el deber del tribunal de señalar los medios de prueba mediante los cuales se tuvieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, de modo de permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegara la sentencia, y el deber de indicar las pruebas que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones que haya tenido en cuenta para hacerlo. De ese modo se estaría cumpliendo cabalmente el mandato constitucional que exige una sentencia “legal” y “motivada”, lo que supone una fundamentación racional, completa y legítima. Asimismo, se debería establecer que estas reglas de valoración rigen tanto para el dictado de la sentencia definitiva como para las interlocutorias (por ejemplo, sentencia interlocutoria que resuelve un pedido de prisión preventiva o un pedido de excarcelación provisional) y que en caso de incumplimiento de los deberes recién mencionados para la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva se abre la vía del recurso de casación.

Como señalamos al analizar los principios procesales, rige en nuestro derecho el principio de inocencia, según el cual el ordenamiento jurídico debe tratar al indicado de cualquier manera como partícipe en un hecho aparentemente delictivo como si fuera inocente, independientemente de que en efecto sea culpable o inocente; por ello, mientras dura el juicio, la persona debe gozar de la misma situación que un inocente (independientemente de que en realidad lo sea). Una consecuencia directa de esa regla en el tema que nos ocupa es que la sentencia de condena

sólo puede estar fundada en el pleno convencimiento del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación del acusado. Esto quiere decir, por un lado, que no se puede condenar en caso de duda ni aun de probabilidad, ya que se exige la plena convicción del juzgador. Por otra parte, significa que no se puede condenar por presunciones que deriven de omisiones del acusado, y particularmente que éste no puede ser condenado por no colaborar con el tribunal en la búsqueda o en el diligenciamiento de los medios de prueba. También ejemplar en este punto es el CPP Chile en cuanto establece que “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”, que “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral” y que “No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” (artículo 340).

1.4. SOBRE CARGA DE LA PRUEBA. LA REGLA *IN DUBIO PRO REO*

1.4.1. INTRODUCCIÓN

Luego de realizada la actividad de valoración para verificar si sucedieron los hechos objeto de la prueba, el tribunal puede encontrarse en una de estas tres situaciones: a) considera que aquellos hechos están plenamente probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; b) considera que la existencia o inexistencia de esos hechos no es enteramente cierta pero es probable o verosímil; y c) duda acerca de la existencia o inexistencia de esos hechos.

En el primer caso, ningún problema existe en torno al tema que nos ocupa: para el tribunal es absolutamente irrelevante determinar sobre quién recaía, en concreto, la carga de la prueba. La función probatoria, en ese caso, ha logrado su finalidad; los hechos invocados están plenamente probados y para el cumplimiento de la función jurisdiccional eso basta, independientemente de quién haya proporcionado el o los

medios probatorios necesarios. Los códigos procesales penales generalmente consagran el denominado principio de *comunidad de la prueba*: sólo interesa que los hechos objeto de prueba hayan sido, a criterio del tribunal, suficientemente probados, con absoluta independencia de que la prueba de esos hechos haya sido suministrada por la parte interesada en su prueba, o por la parte contraria, o por el tribunal en ejercicio de su iniciativa probatoria, en los casos excepcionales en que esta iniciativa se admite. De modo que, si el tribunal considera que se probó plenamente la existencia del hecho descrito en el tipo penal (dar muerte a una persona con intención de matar, por ejemplo), que además se probó plenamente que no existieron causas justificantes (legítima defensa, por ejemplo), ni causas de inculpabilidad (error de prohibición, por ejemplo), ni causas que impidan la aplicación de la pena (pasión provocada por el adulterio, por ejemplo), debe condenar; y si considera que se probó plenamente que no hubo muerte de una persona o que hubo muerte pero el autor no fue el demandado, o que existió el hecho justificante, o la causa de inculpabilidad o de impunidad, debe absolver.

Si se tratara de una medida cautelar (por ejemplo, la prisión preventiva), la *probabilidad* de la existencia del hecho y de la participación del autor resulta suficiente para disponer la medida; a la inversa, la *probabilidad* de la inexistencia del hecho o de la participación del autor lo debe llevar a rechazarla. Por lo tanto, en este caso, si el tribunal alcanza el estado intelectual de probabilidad, tampoco le interesa saber sobre quién recaía la carga de la prueba.

1.4.2. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

El principio de inocencia antes mencionado también impacta en este tema, en virtud de uno de sus derivados: el denominado principio *in dubio pro reo*. Como señalamos al analizar el principio de inocencia, la consecuencia del *in dubio pro reo* en este tema es que el tribunal debe absolver no sólo cuando el demandado acredita plenamente la existencia de hechos que eliminan el delito o la aplicación de la pena, sino también cuando la existencia

de esos hechos es probable o dudosa. Si tomamos nuevamente el caso anterior, si de la prueba resulta que es *probable* que hayan existido los hechos que configuran legítima defensa (esto es, que no se ha probado plenamente su existencia pero ella resulta verosímil) o existe *duda* acerca de la existencia o inexistencia del hecho, en virtud del principio *in dubio pro reo* el tribunal debe considerarlo existente y en consecuencia absolver.

1.4.3. LA REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Cuando al dictar la sentencia definitiva el hecho alegado por el actor se consideraba dudoso o aun meramente probable, en determinados ordenamientos y en ciertas épocas se admitía que el tribunal emitiera un *non liquet*, a través del cual se abstenía de resolver el requerimiento de fondo por no tener la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos invocados, o que realizara una *absolutio ab instancia*, que no impedía un nuevo enjuiciamiento penal.

En nuestro sistema procesal actual, en cambio, como un derivado inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, el ordenamiento jurídico exige que el tribunal resuelva en un sentido u otro; ya no se admite, en ningún caso, que el tribunal se exima de este deber con un simple *sibi non liquere*. Para el cumplimiento de este deber, el mismo ordenamiento le indica cómo debe fallar en ese caso; ésa es, precisamente, la función de las reglas que distribuyen la carga de la prueba. Estas reglas, que actúan cuando la función probatoria no ha logrado su finalidad, le señalan el contenido de su fallo.

Aunque existen varios sistemas sobre el punto, la regla generalmente aceptada es que corresponde al actor (público o privado) la prueba de todos los hechos constitutivos de su pretensión. En consecuencia, volviendo al ejemplo anterior: si al dictar la sentencia definitiva el tribunal cree que es *probable* o *duda* acerca de la existencia del hecho constitutivo (dar muerte a una persona), debe absolver, ya que el actor no cumplió con su “carga” (deber, si es actor público).

Asimismo, si se tratara de una sentencia interlocutoria que resuelve un pedido de medida cautelar (por ejemplo, prisión preventiva) y el tribunal considera dudosa la existencia del hecho o la participación del autor, debe desestimar el pedido, ya que el actor no cumplió con su carga (o deber) de probar.

1.4.4. DERECHO COMPARADO

La regla *in dubio pro reo* como derivado de la inocencia es consagrada en términos amplios en el CPP Modelo (artículo 3.º, inciso 4.º): “La duda favorece al imputado”. En los mismos términos el CPP Argentina (artículo 3.º), el CPP Buenos Aires (artículo 1.º, inciso 3.º), el CPP Colombia (artículo 7.º, inciso 2.º), el CPP Córdoba (artículo 406), el CPP Costa Rica (artículo 9.º, inciso 1.º) y el CPP Chubut (artículos 28 y 329).

La prueba de los hechos constitutivos del delito se establece siempre a cargo del Ministerio Público (CPP Bolivia, artículo 6.º, inciso 3.º; CPP Colombia, artículo 7.º, inciso 2.º; CPP Paraguay, artículo 53; CPP Chubut, artículo 113).

1.4.5. EL SISTEMA CONSAGRADO EN LAS NORMAS NACIONALES

En nuestra Carta rige el principio de inocencia (artículos 7, 12, 20 y 72) y, en consecuencia, su derivado *in dubio pro reo*.

El CIC establecía que la prueba de los hechos alegados en la acusación correspondía al Ministerio Público (artículo 216) y que la ley no reconocía otras presunciones contra el acusado que las que resultaran de los hechos, ni otras responsabilidades que las que se justificaran (artículo 217).

El CPP no consagró expresamente ninguna regla, pero la doctrina ha entendido que el Ministerio Público tiene el *deber* de probar los hechos constitutivos de su pretensión de condena y que rige el principio de inocencia, por aplicación directa del mandato constitucional.

1.4.6. EL SISTEMA A CONSAGRAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma del proceso penal debe regularse este tema en forma cuidadosa y detallada. En el sutil mecanismo de estas reglas se ponen en juego los principios vertebrales del proceso penal.

Esa regulación debe establecer claramente la regla *in dubio pro reo*, explicitando su preciso alcance y su relación con la regla de la carga de la prueba.

1.5. SOBRE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA

1.5.1. REGLAS GENERALES

Como derivación del principio de inocencia, los medios de prueba deben diligenciarse normalmente en el proceso principal, en el que deben regir los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

Todas las pruebas obtenidas por el actor en la etapa preliminar deben ser diligenciadas en el proceso principal, salvo aquellas que se hayan diligenciado como prueba anticipada (por existir un riesgo de frustración) y respetando el contradictorio.

Debe consagrarse la regla de la libertad probatoria: en el proceso penal todos los hechos pueden ser probados por cualquier medio de prueba.

Sin embargo, también como derivado del principio de inocencia, las pruebas obtenidas deben ser legítimas, por lo que se prohíben las que signifiquen una vulneración de derechos o principios consagrados en la Constitución y en las normas internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, deben consagrarse limitaciones derivadas del respeto a la dignidad del ser humano en un Estado de derecho.

1.5.2. RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE PARTE

El derecho a ser tratado como un inocente explica la abolición constitucional de los juramentos de los imputados (“acusados”) en sus declaraciones o confesiones sobre hechos propios, y que se prohíba en

ellas tratarlos como reos (artículo 20). En consecuencia, no se les puede imponer juramento o promesa de decir la verdad, ni pueden ser objeto de ningún tipo de coacción física o síquica.

La declaración del indagado debe perseguir primordialmente una función de defensa y no probatoria. Siempre debe declarar asistido por su defensor, con el derecho de comunicarse libre y privadamente con él antes de la declaración.

Debe admitirse el derecho del demandado a guardar silencio, y la negativa a declarar no puede valorarse como un indicio en su contra.

1.5.3. RESPECTO A LA PRUEBA TESTIMONIAL

El testigo tiene los deberes de comparecer, declarar y decir la verdad.

En la investigación preparatoria, en caso de negativa a comparecer o declarar, el Ministerio Público podrá pedir su citación a través del juez de garantías.

Por la relevancia de sus cargos, ciertas autoridades deben estar eximidas del deber de comparecer, y se habilita su declaración por informe escrito. Ello sin perjuicio de que renuncien a ese privilegio y decidan prestar su declaración oralmente, y sin perjuicio también de la aplicación de nuevas tecnologías, como la videoconferencia.

En el caso de los testigos que residen en lugares distantes del tribunal, debe habilitarse su declaración por tribunal comisionado o su declaración mediante videoconferencia (que siempre resultará más económica y respetuosa del principio de intermediación).

No se puede aplicar al testigo ninguna coacción que implique una limitación de su libertad de expresión, salvo la advertencia de la existencia de sanciones penales para el caso de desobediencia abierta al mandato del tribunal, de no comparecer invocando falso pretexto, de no prestar su concurso a la justicia o de declarar afirmando lo falso, negando lo verdadero u ocultando en todo o en parte la verdad.

Sin embargo, todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiera acarrearle peligro de persecución

penal por un delito. Tendrá el mismo derecho cuando por su declaración pudiera incriminar a ciertos parientes (por ejemplo, CPP Chile, artículo 305).

Luego de recabados sus datos por el tribunal y de formularle las advertencias mencionadas, el interrogatorio debe realizarse en el siguiente orden: primero la parte que lo propuso, luego la contraria y finalmente el tribunal.

En cuanto al tiempo en que el testigo está a disposición del tribunal, debe consagrarse la prohibición de descontar ese tiempo del salario del testigo (por ejemplo, artículo 160.5 del CGP; más ampliamente, en cuanto a las obligaciones laborales y educativas, artículo 313 del CPP Chile). Sin embargo, como esta solución no elimina el problema cuando se trata de un trabajador no dependiente, debe considerarse la posibilidad de pagarle una retribución o indemnización (por ejemplo, artículo 312 del CPP Chile).

Debe regularse detalladamente los casos en que el testigo tiene la *facultad* (ciertos parientes y otras personas) o el *deber* de abstenerse de declarar (deber de secreto).

1.5.4. RESPECTO A LA PRUEBA PERICIAL

El designado como perito tiene el deber de aceptar el cargo, salvo causa justificada o impedimento, los que deberán justificarse sumariamente ante el tribunal. Asimismo, puede ser recusado en caso de que existan motivos que puedan afectar su imparcialidad (debe carecer de intereses en el objeto del proceso y no puede depender o estar subordinado a una de las partes).

Aceptado el encargo, tiene el deber de realizar el dictamen pericial en el plazo establecido por el tribunal.

El costo del peritaje debe ser asumido por quien lo pide. Sin embargo, en el caso de demandados carentes de recursos, debe encargarse el peritaje a un funcionario público, técnico en la materia, quien no podrá excusarse ni percibir honorarios; si no existieran funcionarios públicos técnicos en la materia, el costo del peritaje debe asumirse por el tribunal.

En su exposición ante el tribunal, el perito podrá utilizar nuevas tecnologías (por ejemplo, exposiciones gráficas, simulaciones, etcétera).

1.6. SOBRE MEDIOS IMPUGNATIVOS EN MATERIA PROBATORIA

El deber de fundamentación o motivación de los fallos es una regla general en nuestro ordenamiento, que no rige exclusivamente para la sentencia definitiva sino también para las interlocutorias, en particular aquellas que se pronuncian sobre la inadmisibilidad de la prueba. Por ello, el eventual rechazo de la prueba ofrecida por las partes deberá estar fundado en razones de inadmisibilidad, inconducencia o manifiesta impertinencia.

El derecho a la prueba comprende el derecho a controlar las decisiones judiciales sobre admisibilidad y diligenciamiento de pruebas. El control de las decisiones judiciales sobre admisibilidad y diligenciamiento de la prueba comprende el derecho a impugnar dichas decisiones.

A fin de evitar la excesiva duración del proceso, la apelación de las sentencias interlocutorias denegatorias de prueba debe ser sin efecto suspensivo.

2. La actividad de resolución

(resoluciones judiciales)

2.1. MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Un requisito procesal de todas las sentencias, definitivas o interlocutorias, es que deben contener una motivación racional, legítima y completa. Este requisito se exige en forma expresa en todos los modelos tenidos en cuenta en este informe (por ejemplo, CPP Modelo, artículo 142, inciso final).

La motivación debe incluir una indicación de los hechos que se consideran probados y de las normas de derecho aplicables. Si se trata

de una sentencia de condena, debe referir cuáles hechos se adecuan al tipo penal, objetiva y subjetivamente, la participación del o de los condenados, las causas de su culpabilidad, los elementos tenidos en cuenta para individualizar la pena o la medida de seguridad eliminativa y, en su caso, las circunstancias atenuantes y agravantes. Siguiendo el modelo chileno (artículo 297), debe establecerse el deber de señalar los medios de prueba mediante los cuales se tuvieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, de modo de permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia, y el deber de indicar las pruebas que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones que haya tenido en cuenta para hacerlo. De ese modo se estaría cumpliendo cabalmente el mandato constitucional que exige una sentencia “legal” y “motivada”, lo que supone una fundamentación racional, completa y legítima.

No constituye motivación suficiente la mera remisión a fundamentos contenidos en requerimientos de una de las partes, ni la mera referencia formal a actos realizados en el proceso (por ejemplo, artículo 142, inciso 2.º, del CPP Costa Rica; artículo 124, inciso 2.º, del CPP Bolivia; artículo 36 del CPP Chile; artículo 25, inciso 4.º, del CPP Chubut).

El incumplimiento de este requisito debe determinar la nulidad de la sentencia. Ésta es la solución establecida en los siguientes modelos: artículo 123 del CPP Argentina; artículo 106 del CPP Buenos Aires; artículo 142 del CPP Córdoba; artículo 142, inciso 4.º, del CPP Costa Rica.

2.2. PRINCIPIO O REGLA DE LA CONGRUENCIA

2.2.1. CONCEPTO DE CONGRUENCIA

La regla de la congruencia impone una correspondencia de la sentencia con el objeto del proceso en que fue dictada, correspondencia que, como señala ABAL OLIÚ, consistirá en que no se deje de resolver sobre todo lo que comprende ese objeto ni se resuelva sobre extremos

no comprendidos en él. Adaptando su formulación al proceso penal, el objeto del proceso comprende tres elementos: la mera declaración y la condena que se piden al tribunal (petitorio principal o requisitoria), en razón de haber ocurrido determinados hechos (fundamentos de hecho) previstos en determinadas normas jurídicas penales que imponen aquéllas como consecuencia de éstos (fundamentos de derecho).

En el proceso penal principal —por ejemplo, en primera instancia— el objeto del proceso se determina a partir de la acusación, y puede ser modificado posteriormente por el actor a través de la modificación de la acusación, o por el actor y el demandado por la alegación de hechos nuevos, o en otras oportunidades que prevea la ley.

La sentencia, sea definitiva o interlocutoria, de primera o segunda instancia, debe corresponderse con el objeto del proceso en los tres elementos mencionados: hechos, derecho y petitorio principal o requisitoria.

2.2.2. FUNDAMENTO

Este principio deriva directamente del principio acusatorio, y el fundamento de su consagración reside en la necesidad de respetar el principio de igualdad y sus derivados de bilateralidad, contradicción e imparcialidad del tribunal.

Particularmente en el proceso penal, la variación de los hechos o de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa y generarle indefensión. La determinación de la calificación jurídica por el actor, desde este punto de vista, no sólo limita al tribunal sino que orienta a la actividad defensiva.

En los casos en que como excepción se admite que el tribunal advierta sobre la posible aplicación de una calificación jurídica no incluida en la acusación o en su ampliación, se incluye una posibilidad de reabrir el debate, de modo de no conculcar el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, en estos casos puede verse afectada la imparcialidad, en cuanto el tribunal adelanta una opinión sobre el tema sometido a su resolución.

2.2.3. DERECHO COMPARADO

Todos los modelos tenidos en cuenta en este informe consagran la regla general de la congruencia, con mayor o menor precisión. En ocasiones sólo se alude a la correspondencia de la sentencia con los hechos; en otras se mencionan los hechos y las normas de derecho o la calificación jurídica; en otras, en fin, se mencionan los hechos, las normas o la calificación jurídica y el petitório.

Respecto a los hechos, en general se consagra la regla de la congruencia de la sentencia con los hechos alegados en la acusación o en su ampliación (por ejemplo, artículo 362 del CPP Bolivia). Algunos códigos admiten una excepción fundada en el principio de inocencia: se permite que la sentencia refiera a hechos no alegados en la acusación ni en su ampliación siempre que “favorezcan al imputado” (artículo 365 del CPP Costa Rica y artículo 400, inciso 1.º, del CPP Paraguay).

Existe una tendencia a admitir que el tribunal formule una calificación jurídica distinta a la realizada en la acusación o en la modificación de la acusación, aun cuando ello implique aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas. Generalmente se establece que esto sólo puede ocurrir cuando se advirtió al acusado de la posibilidad mencionada durante una audiencia del proceso principal, y en este caso el acusado tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal debe suspender el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa (por ejemplo, con diferentes matices: artículo 322, inciso 2.º, del CPP Modelo; artículo 341, incisos 2.º y 3.º, del CPP Chile; artículo 332, inciso 1.º, del CPP Chubut; artículo 400, incisos 2.º y 3.º, del CPP Paraguay). Asimismo, en algunos códigos se admite que, si en el momento de dictar la sentencia el juez o tribunal considera la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta a la establecida en la acusación, que no haya sido objeto de discusión durante la audiencia, debe reabrir el debate entre las partes (CPP Chile, artículo 341, inciso 3.º). Estrictamente en

estos casos el tribunal modifica el objeto del proceso, ya que puede modificar la requisitoria fiscal introduciendo una nueva calificación jurídica y aplicando una pena mayor o distinta de la pedida; pero se respetan los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción. Sin embargo, como ya advertimos, esta regulación podría significar una violación al principio de imparcialidad.

2.2.4. NUESTRO DERECHO POSITIVO

Ni la Constitución Nacional ni las normas internacionales tienen un nivel de concreción tan específico como para referir expresamente a la regla de la congruencia. Sin embargo, en esos cuerpos normativos se consagran los principios acusatorio, de igualdad, bilateralidad, contradicción e imparcialidad (ver el capítulo sobre normas procesales penales, en sede de principios), por lo que puede señalarse que la regla de la congruencia deriva directamente de las normas constitucionales e internacionales vigentes.

En el plano legal, el CIC contenía una disposición poco explícita (artículo 317, inciso 1.º), que generó no pocos problemas interpretativos durante su vigencia. Al respecto se perfilaron tres opiniones conocidas: para una parte de la doctrina y la jurisprudencia, el juez siempre estaba vinculado por la acusación del fiscal, en virtud del principio acusatorio; para otro sector, el juez siempre podía aplicar una pena diferente o superior a la pedida por el fiscal, en virtud del principio de legalidad de la pena; finalmente, para un último grupo, el juez estaba en principio vinculado por la requisitoria fiscal, pero podía imponer una pena distinta o superior si la pena pedida por el fiscal era ilegal.

El CPP vigente refirió al tema en el artículo 246 y consagró la tercera tesis perfilada en vigencia del CIC: en principio rige la regla de la congruencia, aunque sólo se consagra expresamente con referencia a la requisitoria o petitorio principal (incisos 1.º y 3.º), y se establece una excepción para los casos en que por error manifiesto la pena pedida sea ilegal, supuesto en el cual el tribunal puede resolver condenando por

una pena o medida de seguridad superior o distinta de la contenida en la acusación (incisos 2.º y 3.º). A nuestro juicio esta norma es violatoria de la Constitución y de las normas internacionales vigentes, por lesionar los principios de igualdad, bilateralidad, contradicción e imparcialidad, así como el acusatorio del que deriva directamente.

El CPP 1997 consagró una norma respetuosa de la Constitución y de las normas internacionales al imponer la regla de la congruencia sin excepciones pero sólo con referencia a la requisitoria o petitorio principal, aclarando que los errores del fiscal pueden ser juzgados, eventualmente, en vía administrativa (artículo 108). Para la segunda instancia y la casación estableció que, si sólo recurrió la parte del procesado o si se trata de segunda instancia automática, no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de aquél (artículo 109).

2.2.5. LAS NORMAS A ADOPTAR EN UNA REFORMA

En una futura reforma debería consagrarse expresamente la regla de la congruencia, con referencia a todos los elementos del objeto del proceso. Su ubicación sistemática correcta sería en el capítulo relativo a los requisitos de los actos procesales del tribunal, pero es común ubicarla entre los artículos que refieren a la sentencia definitiva.

Respecto a los hechos, debería establecerse expresamente que la sentencia no puede dejar de referir a ninguno de los que forman parte del objeto del proceso, ni referir a hechos que no forman parte de él. En este último caso podría considerarse la posibilidad de consagrar el deber del juez de incluir aquellos hechos que no forman parte del objeto del proceso pero que favorecen al imputado, en aplicación del principio de inocencia. Sin embargo, esta solución podría considerarse violatoria del principio de igualdad.

Al dictar sentencia, el tribunal puede incorporar una norma jurídica no invocada, en virtud del principio *iura novit curia*, pero nunca puede modificar la calificación jurídica, ni modificar el petitorio. En consecuencia, debe establecerse la estricta correspondencia de la sentencia

con la calificación jurídica realizada y con la pena o medida de seguridad solicitada por el actor.

Puede considerarse la posibilidad de admitir la solución —consagrada en el CPP Modelo y varios códigos del área— que habilita al tribunal a realizar una calificación jurídica distinta a la formulada en la acusación o su modificación, aun cuando ello implique aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas, siempre que se haya advertido al acusado de la posibilidad mencionada durante una audiencia del proceso principal y otorgándole suficientes posibilidades de contradicción. Esta solución no conculca los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción, pero resulta violatoria del principio de imparcialidad, dado que el tribunal estaría adelantando opinión sobre el fondo del asunto, por lo que entendemos que esta solución no es aceptable.

3. Actividad de control

(medios impugnativos)

3.1. EN GENERAL SOBRE MEDIOS IMPUGNATIVOS

Debería incluirse una regulación general de los medios impugnativos que incluya los siguientes aspectos mínimos:

- Que indique que todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo norma expresa en contrario.
- Que contenga un listado de los medios específicos de impugnación: a) las excepciones; b) los recursos, entre los cuales deben incluirse los de aclaración, ampliación (y reducción, como diremos enseguida), reposición, apelación, casación, queja y revisión; c) la oposición contra providencias con citación; d) el incidente.
- Que indique cuáles son los requisitos generales de todo medio impugnativo: a) existencia de una resolución impugnable (en principio todas lo son); b) cumplimiento de los requisitos procesales

formales (entre los cuales la forma de expresión, la presentación en plazo, la invocación de un perjuicio, etcétera); c) impugnación a través del medio específico, sin perjuicio de la canjeabilidad del medio impugnativo si se hubieran cumplido los requisitos procesales formales del medio impugnativo correspondiente.

- Que establezca el efecto extensivo de los recursos: cuando existan varios imputados, el recurso interpuesto por cualquiera de ellos favorece a los demás, salvo que se invoquen motivos de agravio exclusivamente personales (por ejemplo, artículo 335 del CPP Modelo; artículo 453 del CPP Paraguay).

3.2. RECURSOS DE ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN O REDUCCIÓN

Estos recursos deberían admitirse contra todas las resoluciones, salvo norma expresa que establezca la inimpugnabilidad.

El de aclaración, para casos en que los fundamentos de la resolución, o el fallo, o ambos, resultan ininteligibles u oscuros.

Los de ampliación o reducción, para defectos de incongruencia por restricción o exceso, respectivamente. Generalmente sólo se incluye el primero, que cubre exclusivamente el caso de incongruencia por restricción, seguramente la más habitual, pero no tiene explicación razonable la ausencia de un recurso inverso, para los casos de incongruencia por exceso.

3.3. RECURSO DE REPOSICIÓN

Este recurso debe admitirse contra todas las providencias de mero trámite y contra las sentencias interlocutorias.

La interposición del recurso debe significar reserva de recurrir en apelación o en casación, si el vicio señalado no es saneado y la resolución provoca un agravio al recurrente (por ejemplo, CPP Modelo, artículo 337; CPP Paraguay, artículo 452; CPP Buenos Aires, artículo 429; etcétera).

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. SU CONSAGRACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Dentro de las garantías mínimas esenciales del proceso penal, las normas internacionales incluyen el derecho “a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (PIDCP, artículo 14, numeral 5.º) o el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 8.º, numeral 2.º, literal *h* de la CADH), aunque generalmente sólo se menciona esta última norma como la que consagra el derecho al recurso ante un tribunal superior.

Un punto debatido en doctrina es si esta exigencia de las normas internacionales se cubre en aquellos sistemas que consagran una instancia única con tribunal colegiado y un recurso de casación para los errores de derecho.

Más allá del problema de si su consagración responde a una necesidad jurídica impuesta por esos tratados o a un tema de oportunidad política, postulamos la inclusión del recurso de apelación contra todas las sentencias (definitivas o interlocutorias), adoptadas por el juez de garantías (en la etapa preparatoria) o por el juez de la etapa de conocimiento y el juez de la etapa de ejecución (en el proceso principal).

En efecto, el mayor obstáculo que se invoca para la consagración de un recurso de apelación en los sistemas que han implantado un sistema acusatorio es que en la segunda instancia se pierde la inmediación. Sin embargo, las nuevas tecnologías de registro audiovisual de las audiencias permiten alcanzar la efectiva vigencia de este principio en segunda instancia, especialmente en cuanto a los medios de prueba personales diligenciados en primera instancia. En efecto, si bien no hay una identidad absoluta entre presenciar las actuaciones, participando activamente, y contemplarlas a través de un monitor de computadora o de un televisor, el registro audiovisual permite que los órganos jurisdiccionales de alzada puedan ver y oír lo mismo que el órgano jurisdiccional de primera instancia. En consecuencia, siempre que se implanten estas

nuevas técnicas, la existencia de un recurso de apelación no distorsiona el sistema propiciado.

La apelación debe proceder tanto por razones de forma como de fondo, absorbiendo al vigente recurso de nulidad.

3.4.2. SENTENCIAS APELABLES

En la etapa de la investigación penal preparatoria, a cargo del Ministerio Público, el juez de garantías puede dictar sentencias que causen agravio tanto al propio Ministerio Público (por ejemplo, la que rechaza el pedido de realizar un allanamiento en el domicilio o un pedido de prisión preventiva) como al imputado (por ejemplo, la que concede una prueba anticipada en una hipótesis en la que no hay riesgo de frustración de la prueba o la que deniega una libertad provisional). A nuestro juicio debería admitirse un recurso de apelación para todas las sentencias, salvo norma expresa en contrario.

En la etapa de conocimiento del proceso principal debe admitirse el recurso de apelación contra todas las sentencias, salvo norma expresa en contrario.

En la etapa de ejecución la regla debe ser la inapelabilidad, salvo norma expresa en contrario.

3.4.3. EFECTOS

La apelación de las sentencias definitivas de condena debe tener efecto suspensivo, y la apelación de las sentencias definitivas absolutorias debe ser sin efecto suspensivo, por lo que, si el imputado estuviere detenido, se debe disponer su libertad provisional.

La apelación de las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, en principio, debe ser con efecto suspensivo.

La apelación contra las sentencias interlocutorias simples debe ser sin efecto suspensivo, y en algunos casos con el llamado *efecto diferido* (que en realidad se trata de una modalidad de efecto no suspensivo con

un procedimiento especial), a fin de evitar una prolongación no razonable del proceso.

3.4.4. APELACIÓN AUTOMÁTICA

Si la sentencia definitiva de primera instancia condena al procesado a una pena o medida de seguridad eliminativa o a ambas a la vez, por más de tres años, debe admitirse la tramitación de una segunda instancia de oficio, pero sólo a favor del imputado.

El imputado debe poder renunciar al recurso en el plazo que tenga para apelar.

3.5. CASACIÓN

Debe admitirse un recurso de casación contra las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas de segunda instancia, por errores de derecho.

Podría admitirse, asimismo, el recurso de casación directo contra las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas de primera instancia, por errores de derecho (*per saltum*).

Debe consagrarse expresamente la posibilidad de adherir a este recurso.

3.6. QUEJA

El recurso de queja debe admitirse por denegación de inconstitucionalidad, casación o apelación, o por otorgamiento del efecto diferido cuando éste no procede.

3.7. REVISIÓN

Debe admitirse un recurso de revisión contra las sentencias definitivas firmes dictadas por cualquier tribunal, en cualquier momento, pero sólo a favor del imputado.

Las causales deben ser taxativas, incluyendo los supuestos conocidos del CPP vigente y CPP 1997. En el caso de aprobación de una ley procesal más benigna, debería admitirse la aplicación de oficio en cualquier etapa del proceso, sin perjuicio de la posibilidad de que el propio imputado lo plantee.

Capítulo VI

Las estructuras del proceso penal

1. La investigación preliminar o preparatoria

1.1. EL MODELO CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República consagra un *modelo acusatorio*, al disponer que “todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público” (artículo 22). Se sigue en este punto lo expuesto al formular las bases normativas sobre normas procesales aplicables al proceso penal, conforme al cual nuestro modelo constitucional exige un proceso penal caracterizado por los *principios* de defensa (debido proceso legal), inocencia, igualdad procesal, imparcialidad, acusatorio, publicidad, juez natural.

La Constitución consagra, en sus artículos 15 y 16, garantías para la *detención* al disponer que “nadie puede ser preso sino *infraganti* delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”, y señala plazos para la declaración judicial del arrestado en presencia de su defensor (24 h) e inicio del sumario (48 h). Desde una perspectiva estructural, tales garantías se aplican a los supuestos de detención, ya sea en caso de flagrancia o cuando media orden escrita de juez competente, por lo que en ese caso (detención) la etapa inicial del proceso penal deberá adecuarse a esas directivas (declaración judicial, inicio del proceso penal).

Se prohíbe el juicio penal en rebeldía (artículo 21).

Se contempla la posibilidad de establecer el juicio por jurados en las causas criminales (artículo 13).

Desde el punto de vista orgánico, la Constitución contempla los siguientes órganos jurisdiccionales: Suprema Corte de Justicia, tribunales de apelaciones, juzgados letrados y jueces de paz.

1.2. LOS PACTOS INTERNACIONALES

Sin perjuicio de remitirnos también en este punto a las bases sobre normas procesales penales, se plantean a continuación los *principios* y garantías derivados de los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país, en particular la CADH, vinculados con el procedimiento o estructura del proceso:

- Debido proceso legal (CADH, artículo 8.1 y 8.2).
- Derecho a un proceso de duración razonable (CADH, artículo 7.º y 8.1).
- Principio de igualdad procesal (CADH, artículo 8.2)
- Principio de inocencia (CADH, artículo 8.2)
- Principio de imparcialidad (CADH, artículo 8.1).
- Principio del juez natural (CADH, artículo 8.1)
- Derecho de toda persona detenida a ser informada sin demora de los cargos formulados en su contra (CADH, artículo 7.º).
- Derecho de toda persona detenida a ser llevada sin demora en presencia de un juez.
- Principios de oralidad y publicidad (CADH, artículo 8.5).
- Principio de la doble instancia (CADH, artículo 8.2).
- *Ne bis in idem* (prohibición de la persecución penal múltiple, CADH, artículo 8.4).

1.3. LA TENDENCIA DE LAS REFORMAS PROCESALES PENALES EN LA REGIÓN

Siguiendo los modelos considerados en este informe, pueden señalarse las siguientes *pautas estructurales*:

- Clara diferenciación de los roles de acusar y juzgar. El CPP Chubut (2006) constituye un interesante ejemplo en cuanto a la formulación legal del principio, al disponer en su artículo 18 bajo el título “Separación de la función de investigar y de juzgar”, lo siguiente:

Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal. Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa.

- La iniciación del proceso le corresponde al titular de la acción penal (en general, el Ministerio Público), lo que se aplica incluso al proceso preliminar (investigación preparatoria) y al eventual proceso cautelar (en particular, la prisión preventiva).
- La investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público, que debe requerir autorización judicial previa para la realización de diligencias que afecten o limiten derechos o garantías constitucionales del imputado o de terceros.¹¹
- Se admite en esta etapa el anticipo jurisdiccional de pruebas que pudieran perderse o destruirse (actos definitivos e irreproducibles), que deberá diligenciarse ante el juez de garantía con vigencia del contradictorio como regla.¹²

¹¹ Autorización judicial previa: CPP Chile, artículo 9; CPP Chubut, artículo 34.

¹² CPP Chubut, artículo 259: “Corresponderá al juez penal ordenar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y controlar el cumplimiento de los principios y garantías procesales.

”El fiscal y los funcionarios policiales no están autorizados para recibir informes o declaraciones bajo juramento.

”Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, peritación o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar alguien que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante la audiencia preliminar o el debate, el fiscal podrá requerir a un juez la realización del acto.

- La investigación preliminar a cargo del Ministerio Público se caracteriza por la publicidad interna¹³ (con posible reserva a título excepcional), y se reconoce al imputado el derecho a participar de las diligencias ordenadas por el fiscal y proponer pruebas. Se destaca en ese sentido la redacción del CPP Chubut, que ante la negativa del fiscal a diligenciar la prueba ofrecida por el imputado en esta etapa preparatoria, habilita la reclamación ante el juez penal con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.¹⁴

CPP Chile, artículo 191 (anticipo jurisdiccional de prueba testimonial).

CPP Modelo, artículo 258: “Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el ministerio público o cualquiera de los intervinientes requerirán al juez de la instrucción que lo realice.

El juez de la instrucción practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado a todos los efectos por su defensor, salvo que pidiere expresamente intervenir personalmente y siempre que su detención se cumpla en el mismo lugar donde se practica el acto.

Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de los intervinientes de manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellos”.

¹³ El CPP Chubut, artículo 281, representa un ejemplo en tal sentido:

“El procedimiento preparatorio será público para las partes o sus representantes, pero no para terceros, salvo las audiencias orales.

Los abogados que invocaren un interés legítimo serán informados sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos.

El juez penal, por resolución motivada, podrá disponer la reserva parcial de las actuaciones en los casos en que la publicidad afectare la moral o la seguridad pública, por un plazo que no podrá superar los diez días [artículo 23]”.

¹⁴ CPP Chubut, artículo 278: “Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud,

- A fin de asegurar la vigencia de las garantías fundamentales durante esta etapa inicial, los distintos modelos legales recogen un concepto amplio de imputado.¹⁵
- El control de las garantías del imputado y de terceros durante la investigación preliminar está a cargo de un juez de garantía o juez de instrucción, que no interviene en el debate oral ni en la decisión de mérito.
- La investigación preliminar está sujeta en general a un plazo máximo de duración (prorrogable en la mayoría de los sistemas considerados), vencido el cual se decreta el sobreseimiento y cesan las eventuales medidas cautelares dispuestas (en particular, la prisión preventiva).¹⁶

se podrá reclamar ante el juez penal con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia”.

¹⁵ A vía de ejemplo, puede citarse el CPP Modelo, artículo 6.º: “CALIDAD DEL IMPUTADO. Las facultades que las leyes fundamenta les del Estado y este Código otorgan al imputado puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye la participación en un hecho punible desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización.

”Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece”.

¹⁶ CPP Chubut: “Artículo 282. Duración. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de *seis meses* desde la apertura de la investigación.

Transcurrido ese plazo deberá dictarse el sobreseimiento del imputado, salvo lo dispuesto en el siguiente artículo.

No obstante, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez penal que fije un plazo menor cuando no exista razón para la demora. Se resolverá en audiencia oral y pública [...]”.

CPP Modelo. Artículo 262. Duración. El ministerio público procurará dar término al procedimiento preparatorio lo antes posible, procediendo con la diligencia que el caso requiera.

Pasados *seis meses* desde la individualización y comparecencia del imputado, cualquiera de los intervinientes podrá requerir al juez de la instrucción la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación. El juez emplazará al ministerio público, según las circunstancias particulares del caso.

Vencido este plazo, el ministerio público procederá conforme a las reglas del capítulo siguiente. Si no lo hiciera, a requerimiento de parte o de oficio, el juez de la instrucción

- La investigación preliminar culmina con la solicitud de archivo por falta de mérito, o en la apertura a juicio mediante la formulación de la acusación fiscal, en la que debe aportarse la prueba.¹⁷
- En general, no se requiere un pronunciamiento jurisdiccional (juicio de probabilidad) acerca de la responsabilidad penal del imputado como presupuesto de la apertura a juicio: corresponde al titular de la acción deducir su pretensión al concluir la etapa de investigación preparatoria, o pedir el sobreseimiento, pero no se exige una decisión judicial similar al “auto de procesamiento” que contempla nuestro sistema legal vigente.
- La acusación fiscal es seguida en algunos sistemas por una etapa intermedia de *saneamiento procesal*. La reciente reforma del CPP Chubut contempla la resolución de estas cuestiones previas en la audiencia preliminar.¹⁸

procederá a examinar las actuaciones, y a emplazarlo por última vez para que cumpla los actos faltantes, que determinará en la decisión, y para que concluya según las reglas del capítulo siguiente”.

El CPP Chile fija un plazo máximo de *dos años* para la investigación preliminar (artículo 247), aunque prevé la posibilidad de fijación judicial de un plazo menor (artículo 234).

¹⁷ A vía de ejemplo: CPP Chubut. “Artículo 284. ACTOS CONCLUSIVOS. La etapa preparatoria concluirá a través de los siguientes actos:

- ”1) la acusación del fiscal o el querellante;
- ”2) el sobreseimiento”.

¹⁸ *CPP Chubut*: “Artículo 294. ACTIVIDAD DE LA DEFENSA. Inmediatamente de vencido el plazo del artículo 292, el juez emplazará al acusado y su defensor por diez días. En este plazo, con la acusación del fiscal o del querellante y los elementos presentados en su poder, la defensa podrá:

- ”1) objetar la acusación, instando el sobreseimiento;
- ”2) oponer excepciones;
- ”3) solicitar el saneamiento o la declaración de nulidad de un acto;
- ”[...]”
- ”7) ofrecer pruebas para el juicio [...]”.

“Artículo 295. AUDIENCIA PRELIMINAR. Vencido el plazo del artículo anterior, el juez penal convocará a las partes a una audiencia oral y pública, dentro de los cinco días siguientes, en cuyo ámbito se tratarán las cuestiones planteadas.

- Algunos sistemas contemplan la contestación de la acusación en audiencia; otros optan por la contestación escrita y posteriormente se convoca a audiencia a los efectos de diligenciar la prueba y finalmente resolver sobre la acusación.¹⁹
- En todo caso, superada la etapa de acusación, la actividad se concentra en audiencia bajo el principio de celeridad (reflejado en los plazos previstos para la convocatoria) y continuidad de las audiencias (reflejado en los plazos previstos para la continuación de la audiencia), ante un juez o tribunal que no participó en la investigación preliminar (a fin de preservar la garantía de imparcialidad).

”Al inicio de la audiencia, el juez penal hará una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes. La audiencia se llevará a cabo según las reglas del debate, con la presencia ininterrumpida del juez, del imputado y de su defensor, y de los demás intervinientes constituidos en el procedimiento. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos.

”La presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia constituye un requisito de validez de la misma. La falta de comparecencia del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el juez, quien, además, pondrá este hecho en conocimiento del superior y, en su caso, del Consejo de la Magistratura. Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso. Rigen los artículos 16, 95, 97, 114, III y IV y 144.

”La falta de comparecencia del querellante, debidamente notificado y cuando se le haya concedido oportunidad a la víctima para expresarse, implica abandono de la persecución penal; el procedimiento seguirá su curso sin su intervención posterior.

”Si se hubiere solicitado, el juez resolverá sobre la procedencia de la suspensión del proceso a prueba o del procedimiento abreviado.

”El juez decidirá, incluso de oficio si no existe objeción alguna, sobre la admisibilidad de la acusación; en caso de advertir defectos, los designará detalladamente y ordenará al acusador su corrección con fijación del plazo razonable para ello.

”Si el acusado no hubiere ejercido por escrito las facultades previstas en el artículo 294, el juez le otorgará la oportunidad de efectuarlo verbalmente”.

¹⁹ Véase como ejemplo, el CPP Chubut, artículo 294 (citado en nota anterior).

1.4. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La investigación preparatoria resulta necesaria en el proceso penal, al menos cuando la titularidad de la acción está confiada al Ministerio Público, a fin de que el titular de la acción (que, a diferencia de la parte actora en el proceso civil, no conoce los hechos) reúna los elementos de juicio necesarios para determinar si procede deducir acusación.

Conceptualmente, la investigación preparatoria se asimila a la actividad preparatoria de la demanda en el proceso civil, que corresponde naturalmente a la parte y que puede determinar una etapa judicial preparatoria (diligencias preparatorias) con el fin de establecer o completar la legitimación pasiva en el proceso a iniciar, o anticipar el diligenciamiento de prueba que de otra forma pudiera perderse.

En un sistema acusatorio, la investigación preliminar debe estar a cargo del Ministerio Público (no del juez), aunque con el control de un juez de garantía (o de instrucción).

Insistiendo en la idea anterior, la necesaria diferenciación de roles en el proceso penal determina que corresponde al titular de la acción la función de investigar y reunir los elementos de juicio necesarios para la acusación, y al juez la función de juzgar a partir de los elementos de juicio (hechos y pruebas) aportados por las partes, sin perjuicio de la iniciativa probatoria que, con carácter complementario y no de principio, pueda asignarle la ley.²⁰

A los efectos de la investigación preliminar, el Ministerio Público debe contar con las potestades necesarias.²¹

²⁰ CPP Chubut: "Artículo 18. SEPARACIÓN DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGAR Y DE JUZGAR. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal.

"Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa".

²¹ A vía de ejemplo y por tratarse de las reformas más recientes en la región, se cita a continuación el CPP Chubut:

Cuando la medida pueda afectar garantías constitucionales del imputado o de terceros, el Ministerio Público deberá requerir autorización judicial ante el juez de garantía.²²

“Artículo 112. FUNCIONES. El Ministerio Público Fiscal, a través de sus funcionarios y de sus órganos auxiliares, ejerce las facultades y funciones establecidas en el artículo 195, C.Ch. Dirige la investigación de los hechos punibles y promueve la acción penal pública contra los autores y partícipes. Con este propósito, debe realizar todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas por este Código y en su ley orgánica.

“Todas las dependencias públicas estatales están obligadas a proporcionar la colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formule el Ministerio Público Fiscal en cumplimiento de sus funciones y conforme las facultades conferidas por este Código y las leyes orgánicas, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley”.

“Artículo 278. ATRIBUCIONES. PROPOSICIÓN DE DILIGENCIAS. El fiscal practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no tengan contenido jurisdiccional.

“Podrá exigir informaciones a cualquier funcionario o empleado público, quienes están obligados a colaborar con la investigación según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley [artículos 112, II y 152].

“También podrá disponer las medidas que resulten necesarias y razonables para proteger y aislar elementos de prueba en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias o elementos materiales.

“Para esos fines, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente.

“Para el cumplimiento de los fines de la investigación se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados. En estos casos, una vez verificada la operación se certificará el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción

El imputado tiene derecho a participar en la investigación preliminar y ejercer los actos de control pertinentes. En esta etapa rige el principio de publicidad interna, aunque el Ministerio Público puede disponer la reserva de determinada diligencia probatoria para preservar la eficacia de la medida.²³

A esos efectos (garantías del contradictorio), el Ministerio Público debe comunicar al juez de garantía la iniciación de la investigación preliminar, la que será notificada al imputado a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa desde el inicio de las actuaciones.²⁴

Cuando exista riesgo de que una prueba pueda perderse si se espera a la etapa procesal respectiva, deberá requerirse su diligenciamiento

de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación.

"Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

"Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante el juez penal con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia".

²² Véase infra, nota 2.

²³ Véase infra, notas 4 y 5.

²⁴ CPP Chubut: "Artículo 274. APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. Cuando existan elementos suficientes, el fiscal dispondrá la apertura de la investigación preparatoria del juicio formando un legajo en el que hará constar los siguientes datos:

"1) una sucinta enunciación de los hechos a investigar;

"2) la identificación del imputado;

"3) la identificación del agraviado;

"4) la calificación legal provisional; y

"5) el fiscal a cargo de la investigación.

"A partir de este momento comenzará a correr el plazo de duración del proceso.

"El fiscal, al comunicar al juez la apertura de la investigación, adjuntará copia de la resolución. El juez convocará a una audiencia oral y pública para anunciar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del imputado.

"Se ampliará el objeto de la investigación si se incorporan nuevos hechos o imputados. En estos casos no será necesaria una nueva audiencia".

CPP Chile, artículos 229 y siguientes (formalización de la investigación).

ante el juez de garantía y comunicarse la instancia probatoria al imputado a fin de que pueda comparecer a la audiencia y ejercer los derechos que le asistan, en especial cuando se trate de pruebas definitivas e irreproducibles en una instancia judicial posterior.²⁵

Salvo en hipótesis como la indicada (prueba anticipada diligenciada ante el juez de garantías y con plena vigencia del contradictorio), las pruebas recogidas por el fiscal durante la investigación preliminar no podrán servir de fundamento a la sentencia de condena y deberán reproducirse en el juicio oral para tener valor probatorio (en audiencia con plena vigencia del contradictorio y del principio de inmediación).²⁶

La investigación preliminar debe estar sujeta a un plazo máximo de duración, como lo establecen los modelos procesales de la región, a cuyo vencimiento deberá el fiscal proceder a la acusación o al pedido de sobreseimiento; en caso contrario, se dictará el sobreseimiento definitivo que extinguirá las eventuales medidas cautelares adoptadas (en particular, la prisión preventiva).²⁷

Cuando se ha decretado la prisión preventiva, debe establecerse un plazo más breve a los efectos de la presentación de la acusación por el fiscal, y en caso contrario se extinguirá la prisión preventiva (solución prevista en el proceso civil para las medidas cautelares, cuando se adoptan con carácter previo a la demanda principal).

La eventual solicitud fiscal de prisión preventiva (o de medidas cautelares sustitutivas) debe formularse (y resolverse) ante el juez de garantía si se plantea en esta etapa de investigación preparatoria.

²⁵ Véase *infra*, nota 3.

²⁶ CPP Chubut: “Artículo 258. VALOR DE LAS ACTUACIONES. Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, salvo aquellas que fueran recibidas de conformidad con las reglas de los anticipos de prueba y las que este Código autoriza excepcionalmente introducir al debate por lectura”.

²⁷ Los plazos considerados en el derecho comparado oscilan entre los seis meses (CPP Chubut, CPP Paraguay) y los dos años (CPP Chile), aunque en general se prevé la posibilidad de solicitar una prórroga.

El juez de garantía no puede intervenir en el juicio o debate oral ni en la decisión de la causa (sentencia definitiva), por haber intervenido en esta etapa inicial de investigación preparatoria y —eventualmente— en la decisión acerca de la prisión preventiva o medidas cautelares alternativas, solución inspirada en el principio de imparcialidad.

Intentando trazar un paralelo con el sistema legal vigente, la investigación preliminar correspondería al actual “presumario” y sumario, en tanto esas etapas tienen por función reunir elementos de juicio para la iniciación del proceso y la acusación.

La estructura referida no requiere del instituto conocido actualmente como “auto de procesamiento”, pronunciamiento jurisdiccional que representa un juicio de probabilidad acerca de la responsabilidad penal del imputado. Tal juicio de probabilidad sólo se exige en esta etapa preparatoria para la eventual adopción de una medida cautelar, en particular la prisión preventiva; fuera de esa hipótesis, debe evitarse todo pronunciamiento jurisdiccional de probabilidad acerca del mérito de la causa durante esta etapa de investigación preparatoria, preservando la garantía de imparcialidad.

Cuando media detención del imputado (en supuestos de flagrancia o por orden escrita de juez competente), rigen los respectivos plazos constitucionales (artículos 15 y 16), por lo que una vez que el detenido sea puesto a disposición del juez deberá convocarse a audiencia con presencia del Ministerio Público y del defensor para resolver sobre la privación de libertad del imputado (prisión preventiva) y el inicio del “sumario”. En ese marco, la referencia constitucional al sumario no obsta a la estructura planteada, en la que la investigación preparatoria se asigne al Ministerio Público con el control jurisdiccional apuntado, estructura que —como vimos— se adapta mejor a los lineamientos del sistema acusatorio previsto en la Constitución.

En cuanto al *trámite* de la investigación preparatoria:

- Se inicia con la denuncia o informe policial, en ningún caso de oficio por el juez.

- Una vez recibida la denuncia o el informe policial, el Ministerio Público debe efectuar un control liminar (“valoración inicial”, en términos del reciente CPP Chubut, artículo 269) para determinar si procede la apertura de la investigación preparatoria o la desestimación (archivo) de la denuncia o informe policial (el CPP Chubut fija a esos efectos un plazo de 15 días).
- Admitida la denuncia, el Ministerio Público debe comunicar al juez de garantía la apertura de la investigación preparatoria, y éste convocará a las partes a una audiencia para anotar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del imputado (CPP Chubut, artículo 274; CPP Chile, artículos 229 ss.).
- Cuando media detención del imputado (artículos 15 y 16 de la Constitución), el juez de garantía debe proceder, en primer término y dentro del plazo constitucional, a convocar a las partes a una audiencia a fin de resolver sobre la eventual solicitud de prisión preventiva que formule el Ministerio Público. La investigación preparatoria se inicia a partir de ese momento siempre que el fiscal así lo manifieste (en virtud del principio acusatorio).
- El Ministerio Público cuenta durante la investigación preliminar con las potestades probatorias necesarias para el cumplimiento de sus fines, aunque debe requerir autorización judicial cuando la medida pueda afectar garantías constitucionales del imputado o de terceros.
- Toda medida probatoria que disponga el fiscal deberá comunicarla al imputado y su defensor, con excepción de aquéllas que pudieran frustrarse por el previo aviso al imputado.
- El imputado podrá proponer medidas probatorias al fiscal durante esta etapa.²⁸

²⁸ Véase infra, notas 4 y 5.

- El Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía la adopción de medidas cautelares sobre el imputado, en particular la prisión preventiva o medidas cautelares sustitutivas, solicitud que se sustanciará en audiencia con vigencia del contradictorio.
- La investigación preliminar estará sujeta a un plazo máximo de duración,²⁹ al cabo del cual el Ministerio Público deberá proceder al cierre de la investigación y a la presentación de la acusación o al pedido de sobreseimiento por falta de mérito. En caso contrario, vencido el plazo respectivo se dictará el sobreseimiento definitivo.
- Cuando medie prisión preventiva, la acusación deberá presentarse dentro de un plazo más breve, y en caso contrario caducará la referida medida cautelar.
- En cuanto a la etapa intermedia prevista en algunos sistemas para el saneamiento procesal (relevamiento de nulidades procesales y excepciones previas), se considera conveniente el modelo de la reciente reforma del CPP Chubut, conforme al cual serán resueltas en la audiencia preliminar, sistema similar al vigente en nuestro país para el proceso civil.

2. Proceso penal principal ordinario

2.1. CUESTIONES GENERALES

La estructura del proceso penal principal ordinario podría ser similar a la adoptada para el proceso civil principal ordinario (judicial, naturalmente), con algunas pocas variantes.

²⁹ Resulta conveniente el plazo actualmente previsto para la duración del presumario, de un año, a pesar de la tendencia de las más recientes reformas procesales de la región, que fijan un plazo menor (seis meses; CPP Chubut y CPP Paraguay).

En particular, deben excluirse todas aquellas normas que refieren a cuestiones disponibles (por ejemplo: actitud del demandado denominada *allanamiento*; consecuencias derivadas de la incomparecencia a audiencias) o que impliquen la existencia de un proceso penal contra un ausente (por ejemplo: declaración en rebeldía, llamamiento por edictos).

2.2. DEMANDA (ACUSACIÓN O QUERELLA)

Es formulada por el actor público o privado ejercitando una pretensión penal. En el primer caso, se plantea una vez culminada la investigación penal preparatoria.

Debe cumplir con ciertos requisitos procesales formales, especialmente: a) en el caso de actor privado, nombre, domicilio real y procesal; b) nombre y domicilio del imputado; c) la relación precisa y circunstanciada del hecho típico que se atribuye al imputado y su participación en él; d) la calificación jurídica del hecho y la indicación de las normas penales aplicables; e) la pena o medida de seguridad que se solicita; f) la agregación de la prueba documental y el ofrecimiento del resto de los medios de prueba que se pretende utilizar.

2.3. EMPLAZAMIENTO

Sólo puede realizarse en el domicilio del demandado (real o constituido en el eventual proceso preparatorio).

2.4. ACTITUDES DEL DEMANDADO

La contestación de la demanda debe cumplir con los mismos requisitos procesales formales que la demanda, en lo pertinente.

Debe admitirse la reconvencción para formular una pretensión penal contra el actor, en el caso de proceso penal promovido por la víctima (por ejemplo, en un caso de difamación o injuria, o por simulación de delito).

2.5. AUDIENCIAS Y SENTENCIA

Las pruebas deben diligenciarse en audiencia, con estricta aplicación de los principios de inmediación e identidad del juzgador. El incumplimiento de estos principios debe generar la nulidad insanable de lo actuado.

Si no compareciera el fiscal, será subrogado por otro, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias correspondientes. Si no compareciera el defensor público, se procederá de la misma manera, sin perjuicio del derecho del imputado de nombrar un defensor privado. Si no compareciera el defensor privado, el tribunal declarará el abandono de la defensa y designará un defensor de oficio, sin perjuicio del derecho del imputado a nombrar un nuevo defensor privado. En todos los casos en que se sustituya al defensor por incomparecencia debe ordenarse la suspensión de la audiencia por un plazo a determinar, para permitir que el defensor designado se interiorice del caso (solución del CPP Chile, artículo 286).

En cuanto al principio de concentración, sería deseable consagrar una norma como la contenida en el CPP Chile, que establece que la audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. *Sesiones sucesivas* se consideran aquellas que tengan lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal (artículo 282). De acuerdo con ese código, se admiten suspensiones en casos excepcionales, pero la suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que exceda de diez días impedirá su continuación, y en tal caso el tribunal debe decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio (artículo 283).

Las audiencias deben registrarse por los modernos medios técnicos de registro de la imagen y el sonido.

La sentencia debe dictarse al final de la audiencia complementaria, con posibilidad de diferir la fundamentación en aquellos casos en que las audiencias de prueba se hayan extendido por más de cinco días. En este caso, los fundamentos deben expresarse en el plazo máximo de cinco días.

2.6. SEGUNDA INSTANCIA Y CASACIÓN

En este punto nos remitimos a la actividad de control (medios impugnativos) incluidas en el capítulo anterior.

2.7. EJECUCIÓN

2.7.1. COMPETENCIA

En el departamento de Montevideo y en aquellos lugares en que la especialización por razón de la materia lo permita, la competencia para entender en la etapa de ejecución debe atribuirse a juzgados de la etapa de ejecución penal. En el resto de los lugares se atribuirá al mismo juez letrado de primera instancia del interior que fue competente en la etapa de conocimiento.

Los jueces de ejecución tendrán a su cargo el control de la ejecución de las sentencias interlocutorias que dispongan medidas cautelares de prisión preventiva o medidas alternativas a la prisión preventiva, y de las sentencias definitivas que impongan penas limitativas de la libertad y penas alternativas. Asimismo, tendrán a su cargo el control de la ejecución de las penas privativas de libertad o penas alternativas impuestas por incumplimiento de la pena de multa. Especialmente, podría establecerse una norma expresa similar al CPP Paraguay, artículo 492, que les atribuye el control del cumplimiento de los fines de la prisión preventiva y de las finalidades constitucionales de las sanciones penales. Entre otras medidas, podrían disponer inspecciones en los establecimientos penitenciarios y hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Estos jueces serán competentes para la unificación de penas, el otorgamiento de salidas laborales y familiares.

Serán asimismo competentes para el otorgamiento de las libertades condicional y anticipada, en primera instancia. En la segunda instancia serán competentes los tribunales de apelaciones en lo penal.

También serán competentes en instancia única para resolver en casos de sanciones disciplinarias graves, a solicitud de la autoridad encargada de la custodia.

Finalmente, serán competentes para entender en todos los incidentes que se generen en etapa de ejecución.

La competencia por razón de territorio corresponderá al juez del lugar donde se esté cumpliendo la sentencia, salvo en el caso de las ejecuciones de sentencia que se realizan en el Penal de Libertad, que serán de competencia de los jueces de ejecución del departamento de Montevideo.

2.7.2. REGLAS GENERALES

Las sentencias definitivas que condenan a una pena o medida de seguridad sólo pueden ejecutarse una vez que alcancen la cosa juzgada. El juez de la etapa de conocimiento debe remitir, dentro de un plazo a establecer, copia de la sentencia y de todo otro elemento utilizado para la determinación de la pena al juez de la etapa de ejecución.

Si se trata de una pena privativa de libertad y la persona está cumpliendo un régimen de prisión preventiva, deberá comunicarse al establecimiento a fin de que sea alojado en el sector establecido para los condenados (de existir ese sector en el establecimiento) o sea remitido al establecimiento que corresponda por su calidad de condenado. Si estuviere en libertad se ordenará su aprehensión y se remitirá al establecimiento que corresponda.

Si se trata de una inhabilitación absoluta para cargos, empleos públicos y derechos políticos, se comunicará a la Corte Electoral y a los organismos que corresponda. Si se trata de una inhabilitación especial o suspensión, se realizarán las comunicaciones a los organismos o autoridades que correspondan.

Si se trata de una pena de multa, se fijará el plazo para el pago y la forma de su efectivización.

Si se trata de una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, se comunicará a la institución encargada de su ejecución.

2.7.3. REGLAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Sin perjuicio de las reglas a establecer en la ley penitenciaria, el Código debe incluir las siguientes reglas generales de cumplimiento de la pena privativa de libertad:

- La privación de libertad sólo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos y que cumplan las condiciones previstas en la Constitución Nacional y en las normas internacionales de protección de los derechos humanos, sin perjuicio, naturalmente, de aquellas privaciones de libertad que se cumplen mediante arresto domiciliario.
- Los hombres y las mujeres deben ser reclusos en establecimientos diferentes. Si ello no fuera posible, en el establecimiento de reclusión deben separarse ambos sectores.
- Los que estén cumpliendo una pena deben ser separados de los que cumplan un régimen de prisión preventiva.
- Todos los reclusos deben ser tratados con el respeto que merece su dignidad como seres humanos.
- La pena no servirá para mortificar sino sólo para asegurar a procesados y penados —y en el caso de estos últimos, para perseguir su reeducación— la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito. En consecuencia, todos los reclusos tienen derecho a participar en actividades culturales y educativas y a realizar actividades laborales remuneradas en condiciones compatibles con su régimen de reclusión.
- Todos los reclusos tienen derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Los establecimientos carcelarios deben contener lugares apropiados a tal fin. Las entrevistas entre el condenado y su defensor podrán realizarse en presencia de un funcionario encargado de la custodia, pero éste no podrá hallarse a una distancia que le permita oír la conversación.

3. Procesos penales no ordinarios

Aunque este punto merecería indudablemente un análisis mucho más profundo, entendemos que para un adecuado funcionamiento del sistema deben consagrarse estructuras procesales no ordinarias.

En esa línea, puede considerarse la adopción de algunas soluciones comparadas que consagran estructuras procesales más sencillas (proceso penal abreviado) o aun más complejas (proceso para asuntos complejos, o con varios demandados, o para ciertos delitos como los vinculados con el crimen organizado).

Por ejemplo, el Código Modelo regula un “procedimiento abreviado” cuya tramitación corresponde si el Ministerio Público lo solicita por estimar suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta, y siempre que cuente con el acuerdo del imputado y su defensor, el que se extiende a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él y a la vía propuesta (artículo 371).

La estructura comprende los siguientes actos: a) petición del Ministerio Público; b) sustanciación con el imputado; c) resolución del tribunal; y d) eventual recurso de casación. En su resolución el tribunal puede absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado, pero la condena nunca puede superar la pena requerida por el Ministerio Público (congruencia). Si el tribunal no admite la vía solicitada y estima conveniente seguir el procedimiento común “para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida”, rechaza el requerimiento y emplaza al Ministerio Público para que concluya la investigación y requiera lo que corresponda. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el debate.

El CPP Chubut también prevé un procedimiento abreviado en condiciones muy similares a las del Modelo (artículo 355), aunque exige que la pena privativa de libertad estimada por el Ministerio Público

sea de seis años o inferior a ella, o que se trate de una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta con aquélla. Para ello, el fiscal debe contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, y, en su caso, del querellante, acuerdo que se extiende a la admisión del hecho descrito en la acusación, a la participación del imputado en él y a la vía propuesta.

En cuanto al procedimiento, el Ministerio Público debe concretar su requerimiento en la acusación, y en la audiencia preliminar el juez penal debe controlar la existencia y seriedad de estos acuerdos. El juez puede absolver o condenar al finalizar la audiencia, según corresponda, y debe fundar su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado, y en las demás circunstancias que eventualmente incorpore el imputado o su defensor. La condena nunca puede superar la pena requerida por el fiscal (congruencia). Si el juez, “para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida”, no admite la vía solicitada y estima conveniente continuar el procedimiento, la audiencia preliminar continúa su curso en la forma prevista para el procedimiento común. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al tribunal, ni a los acusadores en el debate. Cuando la solicitud sea rechazada se elimina todo vestigio sobre el acuerdo previo.

El CPP Chile también tiene un “procedimiento simplificado” regulado en forma detallada (artículos 388 a 399).

Estas soluciones son en general admitidas como una opción razonable, aunque han sido objeto de algunas críticas y se han formulado propuestas de reforma que resulta imposible analizar en esta breve presentación de posibles estructuras no ordinarias.

Otra opción interesante desde el punto de vista de la abreviación estructural es el “acuerdo para la realización directa del juicio” (artículo 356), conforme al cual durante la etapa preparatoria las partes podrán acordar la realización directa del juicio.

La solicitud se hará ante el tribunal de juicio y contendrá la descripción del hecho por el que acusa, el ofrecimiento de prueba de las partes y la pretensión punitiva provisional cuando fuere necesario para fijar la integración del tribunal.

La acusación y la defensa se fundamentarán directamente en el juicio. En lo demás, se aplicarán las normas comunes.

El CPP Chubut también regula un “procedimiento para asuntos complejos”, para los casos en que “la tramitación sea compleja a causa de la pluralidad de hechos, del elevado número de imputados o víctimas o por tratarse de casos de delincuencia organizada o transnacional” (artículo 356). Entre otras variaciones fundamentales respecto del proceso común, en este caso se extienden los plazos de la investigación preparatoria, del proceso principal y el máximo de la prisión preventiva, y se duplican ciertos plazos (por ejemplo, para impugnar las resoluciones del tribunal).

La consagración de una solución de este tipo también puede ser analizada, aunque con algunas modificaciones. Por ejemplo, entendemos que la fijación de un plazo máximo de la prisión preventiva más extenso que el previsto en general en virtud de la complejidad del asunto no se compadece con la naturaleza cautelar de ese instituto.

En definitiva, y sin perjuicio de un análisis más profundo, a nuestro juicio resulta aconsejable consagrar estructuras no ordinarias, que en todo caso deberán ser respetuosas del sustrato mínimo de principios analizados en el primer capítulo de estas bases.

Capítulo VII

La prisión preventiva

La prisión preventiva debe regularse como una auténtica *medida cautelar* a fin de adecuarla a los principios constitucionales, en particular el de inocencia y el derecho del imputado a esperar la sentencia en libertad, y el consecuente carácter excepcional que debe revestir la privación de libertad durante el proceso penal.

En ese sentido, debe propiciarse una lectura sistemática y armónica de los principios y disposiciones constitucionales, en cuyo marco el artículo 27 de la Constitución no puede representar un obstáculo para la regulación de la prisión preventiva como medida cautelar, siguiendo en este punto recientes corrientes jurisprudenciales (nacionales y de organismos internacionales de derechos humanos).

La regulación legal de la prisión preventiva debe estructurarse sobre la base de los siguientes *principios*:

- Debido proceso legal (*nulla poena sine iudicio*). La prisión preventiva no puede admitirse en ningún caso como un adelantamiento o anticipo de la pena, y esa exigencia debe reflejarse en la legislación y en la motivación de las decisiones judiciales (sobre prisión preventiva y sobre libertad provisional), así como en la requisitoria fiscal.
- Principio de inocencia. El imputado tiene derecho a ser tratado como un inocente. En consecuencia, la privación de libertad durante el proceso nunca puede responder a la finalidad de aplicarle una pena anticipada.

- Derecho del imputado a permanecer en libertad durante el trámite del proceso penal (garantía de libertad personal). Carácter excepcional de la prisión preventiva, que debe consagrarse como principio de formulación expresa (CPP Modelo, artículo 3.º).
- Naturaleza cautelar de la prisión preventiva, que debe reflejarse en las circunstancias (causales) que habilitan al juez a imponer esta medida y que se concretan en el peligro de fuga del imputado o el peligro de obstrucción de la prueba (CPP Modelo). En ese marco, se plantea como cuestión interpretativa de interés la eventual inclusión de circunstancias referidas a la peligrosidad del imputado (riesgo para la seguridad de la sociedad o del ofendido) como fundamento de la prisión preventiva (CPP Chile, artículo 140, por ejemplo).
- Principio acusatorio (artículo 22 de la Constitución de la República). La prisión preventiva sólo procede a pedido de parte (Ministerio Público, o privado titular de la acción penal).
- Principio de proporcionalidad. En general, se traduce en una conexión entre la duración de la prisión preventiva y la duración de la eventual pena a recaer, y en tal sentido se establecen límites que imponen el cese de la prisión preventiva en función de distintos parámetros: cuando exceda la mitad de la eventual pena a recaer (CPP Chile, artículo 152, aunque no opera en forma automática), o la *pena mínima* prevista en la ley para el delito imputado (CPP Paraguay, artículo 236), o cuando su duración supere o equivalga a *la condena* que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada (CPP Modelo, artículo 208; CPP Costa Rica, artículo 257). La conexión referida puede presentar dudas en un enfoque sistemático, en el que la proporcionalidad debería estar referida al peligro o riesgo que se procura evitar con la medida. Por su objetividad, a nuestro juicio resulta preferible el sistema paraguayo, que vincula la prisión

- preventiva al mínimo legal de la pena prevista para el delito imputado, sistema que debería complementarse con el previsto en el CPP Modelo, en cuanto éste tiene en cuenta la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada.
- Derecho a un proceso de duración razonable. Conectado con el anterior principio, aunque con un perfil propio, determina el cese de la prisión preventiva en atención a la excesiva duración de la prisión —algunos sistemas consagran un plazo máximo de duración de la prisión preventiva (CPP Modelo y CPP Costa Rica: un año; CPP Paraguay: dos años)—, o en atención a la excesiva duración del proceso (CPP Paraguay). Asume un rol normativo prioritario en este punto el artículo 7.º de la CADH, conforme al cual “toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Esta garantía funda el reciente informe (n.º 35/07) y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigidas a la necesaria reforma del sistema legal uruguayo en materia de prisión preventiva.
 - Principio de imparcialidad. De acuerdo con una relevante corriente de opinión, sustentada en trascendentes fallos de tribunales constitucionales y de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional español, entre otros), y que hemos postulado como el vigente en nuestra propia Constitución, la garantía de imparcialidad exige que el tribunal de sentencia no haya intervenido en anteriores etapas del proceso (CPP Modelo, artículo 22), fundamentalmente en lo atinente a la investigación preliminar y en decisiones que pueden comprometer su imparcialidad frente al caso. En ese marco, la participación previa del juez al decidir la privación preventiva de libertad del imputado puede comprometer su imparcialidad frente al caso, atento a que esa medida conlleva

(presupone) un pronunciamiento de probabilidad acerca de la responsabilidad penal del imputado. No debe perderse de vista, además y con referencia al sistema legal vigente, que la prisión injusta (que se verifica, por ejemplo, en supuestos de sentencia absolutoria o sobreseimiento) genera responsabilidad patrimonial para el Estado, lo que desde una perspectiva abstracta y realista (no meramente teórica) puede afectar la garantía de imparcialidad frente al caso cuando la sentencia definitiva es dictada por el mismo juez que dispuso aquella medida. El punto se conecta con la necesaria reforma de la estructura del proceso penal, que según la tendencia de las reformas procesales en la región contempla la figura del juez de garantías o juez de instrucción, al que en general se atribuye competencia en la investigación preliminar (con distinto alcance según los diferentes modelos) y en la decisión de la prisión preventiva.

Las circunstancias que habilitan a decretar la prisión preventiva deben reflejar la naturaleza cautelar del instituto, sin que resulte admisible prever supuestos de prisión preventiva necesaria por la sola circunstancia de la pena prevista para el delito imputado. Deben eliminarse asimismo referencias como la de “grave alarma social”, que no reflejan una función cautelar. En este sentido, se considera adecuada la regulación del CPP Modelo (artículos 202 a 204), que para disponer la prisión preventiva exige la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular (en método contradictorio y con plenas garantías de defensa), acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), e indica las circunstancias que permiten considerar configurados esos requisitos.

El sistema debe contemplar situaciones que excluyen la prisión preventiva, por razones atinentes a la pena prevista para el delito imputado (nuevamente, con fundamento en el principio de proporcionalidad), o por razones humanitarias (avanzada edad, enfermedad grave o

terminal, embarazo o lactancia), circunstancias éstas actualmente previstas en la legislación vigente y que, en derecho comparado, configuran causales de exclusión o sustitución de la prisión preventiva, en forma preceptiva (CPP Paraguay) o facultativa de acuerdo con el criterio del tribunal (CPP Costa Rica en algunos casos).

Debe consagrarse asimismo un sistema de *medidas alternativas* que, a diferencia del previsto en la legislación nacional, se adecue plenamente a la esencia cautelar del instituto, única admisible en el marco constitucional reseñado. Por ello deben eliminarse las medidas alternativas que reflejan un adelantamiento o anticipo de la pena, y limitar las medidas a aquellas necesarias para preservar los fines cautelares apuntados (peligro de fuga del imputado o de obstrucción de la prueba).

El cese de la prisión preventiva debe regularse respondiendo a la misma idea cautelar, de modo que la extinción de las circunstancias que justificaron su adopción habrá de determinar el cese de la prisión, aun cuando se trate de delitos penados con pena mínima de penitenciaría. Se reitera en este punto lo expresado con relación a la interpretación del marco constitucional e internacional en materia de derechos humanos, a partir del reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (n.º 35/07) y de recientes pronunciamientos de nuestra jurisprudencia que postulan una interpretación armónica y sistemática de la Constitución a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país (en especial, la CADH). En el marco regional, el cese de la prisión preventiva se conecta expresamente con su duración, cuando supera un límite fijo (por ejemplo, CPP Modelo y CPP Costa Rica: un año; CPP Paraguay: dos años) o cuando equivale a determinado parámetro vinculado a la eventual pena a recaer (principio de proporcionalidad); también se consagra en algunos modelos la extinción de la prisión preventiva cuando el proceso supera la duración máxima prevista en la ley, con fundamento en el derecho a un proceso de duración razonable (por ejemplo, CPP Paraguay, que establece como límite máximo de duración del proceso tres años contados desde el primer acto del procedimiento).

En cuanto al procedimiento, la prisión preventiva sólo procede a pedido de parte (principio acusatorio, CPP Chile) y con plena vigencia del contradictorio (derecho de defensa), de modo tal de asegurar al imputado una razonable oportunidad de defensa (que incluye el derecho a la prueba) previo a la decisión sobre el punto. El modelo chileno regula en este aspecto un proceso (incidental) por audiencia, en la que se oirá al imputado y se adoptará resolución.

Apéndice I

El derecho procesal penal: las normas

1. Introducción

En este primer capítulo del informe identificaremos las principales normas que rigen al proceso penal uruguayo y analizaremos especialmente las disposiciones que rigen su interpretación e integración.

A fin de ordenar la exposición, identificaremos las diversas normas que han regido y rigen actualmente al proceso penal en los planos constitucional, internacional y legislativo, luego repasaremos los problemas sobre interpretación e integración y finalmente analizaremos los principios procesales más relevantes que rigen al proceso penal y que deberán ser tenidos en cuenta en una futura reforma.

2. Las normas procesales penales

2.1. CONSTITUCIÓN NACIONAL

En la actual concepción del Estado de derecho, cualquier análisis del proceso penal debe partir de los mandatos contenidos en la Constitución, ya que en ella se encuentra el fundamento de validez del ordenamiento jurídico.³⁰

³⁰ Es por eso que COUTURE señala: “De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático” y, recordando a KELSEN: “[...] la Constitución

Es que, como enseña MAIER:

[...] el Derecho procesal penal es, desde un punto de vista, Derecho constitucional reformulado o, utilizando palabras de la misma Constitución, la ley procesal es reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la ley suprema y, por ende, no puede alterarlos.³¹

Es la Constitución, entonces, la que sienta las bases del proceso penal, estableciendo el programa al que se debe ajustar el legislador a la hora de regular el proceso penal.

En las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Montevideo en 1957, precisamente en relación con el

es el fundamento de validez de la ley” (Eduardo J. COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires: Depalma, reimp. 1978, pp. 21 COUTURE: o. cit., y 24; ver también: Edgar J. VARELA-MÉNDEZ: “Las garantías constitucionales del proceso penal”, en *RUDP* n.º 2, 1986, p. 160; Jorge MARABOTTO LUGARO: “Reflexiones sobre el proceso penal, en una visión constitucional”, en *RUDP* n.º 4, 1996, pp. 681-689; del mismo autor, “A la búsqueda de un Código perdido (En apoyo de un Código conforme a los lineamientos previstos en la Constitución y que asegure la vigencia de los derechos humanos)”, en *RUDP* n.º 1, 2002, pp. 107-114. Esta idea central del pensamiento de KELSEN se encuentra desarrollada, entre otras obras fundamentales, en su *Teoría pura del derecho*, 23.ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 1986, esp. pp. 147-148. También LORCA NAVARRETE señala que la Constitución es la “norma *fundamental y fundamentadora de todo el resto del ordenamiento jurídico* incluido, claro está, el procesal; por lo que la norma constitucional debiera ser el *único marco de referencia* con el que tendrá que contratarse el resto de las normas jurídicas” (“El proceso penal como sistema de garantías constitucionales”, en *RUDP* n.º 1, 1991, p. 24). Como indica RISSO FERRAND: “cada ordenamiento jurídico no es un mero conjunto de normas, sino que aparece como una unidad normativa que se rige por determinados principios que surgen directamente del ordenamiento constitucional y que aparecen como algo impuesto al intérprete. Dentro de estos principios corresponde destacar uno de los más importantes y que a su vez es nota caracterizante de una Constitución: la *supremacía constitucional* o el *principio de jerarquía normativa*, que coloca a la Carta en el primer nivel dentro del ordenamiento jurídico” (*Derecho constitucional*, t. I, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, FCU, 2006, p. 265).

³¹ Julio B. J. MAIER: *Derecho procesal penal argentino*, t. 1, vol. b, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi 1989, p. 237.

tema “Garantías constitucionales del proceso”, se aprobaron algunas conclusiones, que refieren directamente al punto que estamos analizando:

I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por el contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se quiere garantizar, y a la teoría jurídico política que inspira dicha Constitución.

II. La ley procesal concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces.

III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que bajo pretexto de aumentar los poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado.³²

Este enfoque resulta realmente trascendente en nuestro país. En efecto, la regulación del proceso penal contenida en el Código del Proceso Penal (CPP) de 1980, que como veremos mantuvo a grandes rasgos el sistema del anterior Código de Instrucción Criminal de 1878, es en muchos aspectos contraria al texto constitucional. Por otra parte, el CPP ha sido objeto de varias reformas parciales que en cierto modo le han hecho perder su fisonomía original, y en varios aspectos está derogado por la normativa internacional.

Esto nos coloca en una situación similar a la descrita en 1993 por RAMOS MÉNDEZ con relación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) de 1882: asistimos, actualmente, a un largo velatorio del Código.³³ Sin

³² “Resumen general de las Jornadas”, en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo 1958, p. 2.

³³ Como veremos luego, este velatorio comenzó a pocos años de aprobado el Código, el cual, para decirlo con palabras de VÉLEZ MARICONDE, “nació viejo y caduco” (el autor se refería al CPP argentino de 1889).

embargo, mientras esperamos por un pronto y definitivo entierro, no debemos eludir el esfuerzo de interpretar sus disposiciones a la luz de las disposiciones constitucionales e internacionales vigentes³⁴ y, en su caso, acudir a los mecanismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

Veamos entonces, en primer lugar, cuáles son las normas contenidas en la Constitución Nacional.

El constituyente patrio, desde la primera formulación de 1830, ha incluido un elenco de principios y normas generales que configuran el sustrato mínimo, el extracto del cual debe ineludiblemente partir el legislador.

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que realizaremos luego de algunos de ellos, desde ya queremos indicar que los principios y normas generales contenidos en el programa constitucional son los siguientes:

- No se puede determinar la existencia de un delito ni imponer una pena sin un previo proceso jurisdiccional que culmine con una sentencia ajustada a la ley (artículo 12).³⁵
- El orden y las formas de ese proceso jurisdiccional sólo pueden ser establecidos por ley nacional (artículos 12 y 18). De esta manera, como señala ABAL OLIÚ, no se pueden crear normas procesales generales a través de otras fuentes que la propia ley (y las normas internacionales, como veremos), sin perjuicio de la existencia de remisiones legales a otras fuentes con la exclusiva finalidad de reglamentar las disposiciones previamente dictadas

³⁴ FRANCISCO, RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3.^a ed., Barcelona: Bosch, 1993, p. 5. Se trata de la interpretación *desde* la Constitución (RISSO FERRAND: o. cit., pp. 265-285).

³⁵ El constituyente resalta especialmente la necesidad del *proceso legal* no sólo en general para la imposición de cualquier pena, sino, especialmente, para aquellas penas que suponen la privación de la libertad ("confinado"). La norma proviene originariamente de la Constitución de 1830 (artículo 136) y fue reiterada en todas las Constituciones posteriores.

- por la ley, pero nunca para delegar en esas otras fuentes la creación de normas generales.³⁶
- El proceso penal debe comenzar por acusación de parte (quien alega ser la víctima del pretendido delito) o del acusador público (es decir, el propio Estado), con lo que quedan abolidas y consecuentemente prohibidas las “pesquisas secretas” (artículo 22).³⁷
 - En ese proceso debe darse al indagado una razonable oportunidad de ser oído, por lo que se prohíbe el proceso penal en rebeldía. La ley debe proveer lo conveniente a este respecto (artículos 12, 21 y 22 *in fine*).
 - Asimismo, debe darse al indagado una razonable oportunidad de comparecer y defenderse contradiciendo las afirmaciones del actor (incluyendo en este ámbito la oportunidad de declarar en su defensa) y el derecho a la prueba (con todo lo que ello implica: oportunidad de ofrecer prueba, de controlar las resoluciones del tribunal que rechacen las pruebas ofrecidas por él o que admitan las de la parte actora, participar en el diligenciamiento de las pruebas, tener una oportunidad para valorar su resultado antes de la sentencia, etcétera) (artículos 12, 16 y 20).
 - El indagado tiene derecho a ser tratado como inocente durante el proceso penal (artículos 7, 12 y 72). De este principio surgen varios derivados: el derecho del indagado a recibir un trato acorde con la dignidad de la persona humana, por lo que no puede ser considerado como un objeto de la persecución penal (y es por eso que en sus declaraciones los indagados no pueden ser tratados como reos: artículo 20); la prohibición de aplicar medidas provisionales (penas anticipadas), por lo que la prisión preventiva y cualquier otra medida limitativa de la libertad adoptada

³⁶ Alejandro ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, t. I, Montevideo: FCU, 1999, p. 59.

³⁷ Existen limitaciones para la acusación de los senadores, representantes, presidente de la república y ministros de Estado (artículos 114, 171 y 178).

en el curso del proceso penal deben perseguir una finalidad estrictamente cautelar (artículos 12 y 27);³⁸ la necesidad de que la condena sea siempre precedida de una actividad probatoria, por lo que no se admite una condena sin pruebas y estas pruebas deben ser legítimas (artículo 20); el *in dubio pro reo*, según el cual la sentencia de condena sólo puede fundarse en la certeza positiva (es decir en el pleno convencimiento) del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado (artículos 12 y 72).

- Nadie puede ser preso sino in fraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, con orden escrita de juez competente (artículo 15).³⁹ En cualquiera de estos dos casos, el juez, bajo su más seria responsabilidad, debe tomar declaración al arrestado dentro de las veinticuatro horas de la detención, en presencia del defensor. Esta declaración, como cualquier otra que preste dentro del proceso, debe ser libre y espontánea, no sujeta a ninguna coacción, por lo que en ella quedan abolidos los juramentos de los “acusados” y éstos no pueden ser tratados como reos. Dentro de las cuarenta y ocho horas, a lo sumo, empezará la etapa que se denomina “sumario” y el defensor tiene derecho a asistir a todas las diligencias que se practiquen en esa etapa (artículo 16).⁴⁰

³⁸ Esto a pesar de la interpretación que en ocasiones se ha realizado del artículo 27 de la Constitución. Como veremos más adelante, a nuestro juicio esta norma no consagra la prisión preventiva de principio (lo que significaría consagrar una pena anticipada), sino que simplemente establece en forma expresa la posibilidad de que el indagado que fue detenido preventivamente (cuando ello corresponda) pida la libertad provisional, cumpliendo ciertos requisitos establecidos por la ley. En una interpretación contextual, esta norma debe coordinarse con las reglas que establecen la imposibilidad de ser penado o confinado sin un previo proceso penal que culmine con una sentencia ajustada a la ley (artículo 12) y que establecen los supuestos excepcionales en los que se puede privar de libertad a una persona sometida al proceso penal (artículo 15).

³⁹ Existen limitaciones especiales para el arresto de senadores o representantes, presidente y ministros de Estado (artículos 113, 171 y 178).

⁴⁰ Nuestra doctrina sostiene unánimemente que la palabra *acusado* no debe tomarse en el sentido técnico de sujeto contra el cual la parte actora (actualmente, en el CPP, el

- Si se produce una prisión indebida, el interesado o cualquier persona puede interponer ante el juez competente el “recurso” de *hábeas corpus*, cuya finalidad es que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida dicho juez (artículo 17).
- En el proceso penal rige el principio de igualdad y consecuentemente sus derivados de bilateralidad y contradictorio (artículo 8).
- Estrechamente vinculado con la igualdad, el tribunal debe ser estructural y funcionalmente imparcial. Es decir que no es parte y en consecuencia no puede realizar tareas que corresponden a la parte, debe ser completamente ajeno a los intereses específicos del objeto del proceso (imparcialidad estructural) y debe resolver ateniéndose exclusivamente a los argumentos y pruebas, sin influencias y especialmente sin directivas de ninguna persona (imparcialidad funcional). Por esa razón, se prohíben especialmente los juicios por comisión, es decir aquellos encomendados a tribunales que se crean *ex post facto*, para un caso en particular (artículo 19).
- Rige la publicidad interna inmediata salvo excepciones cautelares (artículos 16 y 22 *in fine*), y la publicidad externa inmediata salvo excepciones razonablemente fundadas en razones vinculadas a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno (artículos 72 y 239, numeral 1.º).

Ministerio Público) ha formulado la acusación penal, sino en el más genérico posible, comprensivo de la persona que, si bien aún no ha sido demandada, es “indagada” como posible partícipe de un hecho con apariencia delictiva. En el mismo sentido, la participación del defensor en las “diligencias sumariales” comprende la actividad desarrollada en el denominado presumario, ya que la misma disposición exige su presencia en la primera declaración indagatoria previa al eventual auto de procesamiento que da inicio al sumario. Por otra parte, como señala MARABOTTO, las expresiones *estar presente* y *asistir* no pueden entenderse como mero acto de presencia o asistencia a esos actos, sino en el sentido técnico de ejercer todas las facultades y derechos que corresponden a la defensa (o. cit., p. 687).

- En los procesos penales el tribunal debe ser el Estado (no un árbitro), representado por los jueces competentes (artículos 11, 15, 16, 17, 19 y 233). Para ciertos casos la Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva (artículo 239, numeral 1.º). Sin perjuicio de ello, la ley puede establecer el proceso por jurados (artículo 13).
- En caso de delitos militares y en estado de guerra, la competencia corresponde a la “jurisdicción militar”, cuya ubicación institucional no es predeterminada por la norma, pero los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz corresponden a la “justicia común”, es decir, a los jueces competentes del Poder Judicial (artículo 253).
- Los jueces son responsables de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder establecido en la ley (artículo 23). El Estado es civilmente responsable del daño causado a terceros en ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión —incluido el servicio jurisdiccional— (artículo 24). Si el daño es causado por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el Estado puede repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación (artículo 25).
- Las cárceles en las que se cumple la prisión preventiva o la pena limitativa de la libertad física no puede servir para mortificar, sino sólo para asegurar a procesados y penados —y en el caso de estos últimos, para perseguir su reeducación— la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito. Aun cuando esto es una cuestión sustancial y no procesal, cabe recordar que esta norma prohíbe la pena de muerte (artículo 26).⁴¹

⁴¹ Aun cuando una interpretación literal podría llevar a la conclusión de que las finalidades expresadas en la parte final (reeducación, aptitud para el trabajo y profilaxis del delito) no sólo refieren a la pena sino también a la prisión preventiva, creemos que

- Cuando se haya dispuesto la prisión preventiva, si la pena a recaer en el proceso es de penitenciaria, los jueces pueden poner al acusado en libertad, dando fianza de acuerdo con lo que diga la ley (artículo 27).
- El hogar es un sagrado inviolable, por lo que de noche nadie puede entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo con orden expresa y por escrito de juez competente, y en los casos expresamente previstos en la ley (artículo 11). También son inviolables los papeles de los particulares y su correspondencia particular, telegráfica o de “cualquier especie” (lo que permite incluir la correspondencia en soporte digital o electrónico), por lo que nunca puede hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general (artículo 28).
- Finalmente, la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno (artículos 72) y los preceptos que reconocen derechos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas (artículo 332).

2.2. LAS NORMAS INTERNACIONALES

Existen numerosas normas internacionales multilaterales y bilaterales que son fuente del derecho procesal penal uruguayo.⁴²

una interpretación contextual de esta norma debe coordinarla con aquellas que impiden que se impongan penas anticipadas (artículo 12).

⁴² Corresponde a la Asamblea General del Poder Legislativo la aprobación de todos los tratados suscritos por el Poder Ejecutivo con estados extranjeros (artículo 85 numeral 7.º).

Generalmente se entiende que en el ámbito del derecho interno uruguayo las normas internacionales tienen la jerarquía correspondiente a la ley,⁴³ aunque, como señala MINVIELLE, eso no significa desconocer la diversa naturaleza que corresponde a una y otra normativa.

Sin perjuicio de esa similar jerarquía que en principio se atribuye a las leyes y a las normas internacionales, a nivel comparado existen algunas constituciones que confieren al tratado una jerarquía superior a la ley o confieren jerarquía supralegal a los tratados relativos a derechos humanos.

Ejemplo de este último sistema es la Constitución de la Nación Argentina, que en su artículo 75 numeral 22 luego de incluir entre las atribuciones del Congreso las de aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones o con organizaciones internacionales, establece que los tratados aprobados “tienen jerarquía superior a las leyes”. Pero además:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal del Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los

⁴³ Héctor GROS ESPIELL: “La Constitución y los tratados internacionales”, en *Revista del CAU*, t. 2, 1958, p. 176; del mismo autor: “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, en *RUDP* n.º 2, 1987, p. 166; ABAL OLIÚ: o. cit., t. I, p. 64, invocando la asimilación de los tratados a la ley que la misma Constitución establece en su artículo 85 ordinal 7.º. Con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos se sostiene la misma opinión: Bernadette MINVIELLE: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo”, en *RUDP* n.º 2, 1987, p. 129, y Armando TOMMASINO: *Pacto de San José y proceso penal uruguayo*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Montevideo: FCU, 1992, p. 7.

Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Finalmente:

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

En nuestro país, aun en ausencia de una norma expresa como la mencionada, se ha postulado la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, al menos de aquellos que establecen derechos y garantías que derivan de la personalidad humana o provienen de la forma republicana de gobierno (artículo 72). Asimismo, se ha señalado que la relación entre la regulación constitucional de los derechos humanos y la regulación internacional de esta materia aparece como un auténtico “*bloque de los derechos humanos*” y que los eventuales desajustes normativos que se presenten entre o dentro de estas regulaciones (dentro del *bloque*) “se resolverán conforme a la directriz de la preferencia de normas, debiendo el intérprete recurrir a la norma que mejor proteja el derecho en juego, con independencia de su nivel jerárquico”.⁴⁴ Sin perjuicio de estas opiniones, de *lege ferenda* sería deseable la inclusión de una disposición similar a la incluida en la Constitución del vecino país.

Entre las normas internacionales multilaterales más importantes queremos mencionar las siguientes:

- El Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889, celebrado en Montevideo el 23 de enero de 1889, que a pesar de su

⁴⁴ RISSO FERRAND: o. cit., T. I, p. 117.

denominación es una norma de derecho procesal penal, aprobado por ley 2 207, de 17 de octubre de 1892.

- El Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940, celebrado en Montevideo el 19 de marzo de 1940, que a pesar de su denominación también es una norma de derecho procesal penal, aprobado por el decreto ley 10 272, de 12 de noviembre de 1942.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos (especialmente los artículos 7.º a 14), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1948.
- La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (especialmente los artículos 22, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 37, 38, 39, 40, 44 y 45) y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (especialmente los artículos 31, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 53, 61 y 63), ambas aprobadas por la ley 13 774, de 17 de octubre de 1969; la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados (especialmente los artículos IV, V, VI y VII y el Anexo IV), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947 y en el ámbito interno por el decreto ley 14 715, de 14 de octubre de 1977; el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de Estados Americanos (especialmente los artículos 1 a 4, 7, 8, 10, 11, 13 y 14), abierto a la firma el 15 de mayo de 1949 y aprobado por el decreto ley 14.801, de 5 de julio de 1978; la Convención sobre las Misiones Especiales (especialmente los artículos 25 a 31, 36 a 43 y 45), abierta a la firma el 16 de diciembre de 1969 y aprobada por el decreto ley 15 072, de 16 de octubre de 1980; la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (especialmente los artículos 8, 10 y 13 a 18), de 9 de diciembre de 1994, aprobada por ley 17 108, de 21 de mayo de 1999.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (especialmente los artículos 2 numeral 3.º, 3, 4, 6 a 10, 14 y 26) y su Protocolo Facultativo, abiertos a la firma el 19 de diciembre de 1966 y aprobados por ley 13 751, de 11 de julio de 1969 (en adelante citado como PIDCP).
- La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (especialmente los artículos 4 a 8, 24, 25 y 27), de 22 de noviembre de 1969, aprobada por el artículo 15 de la ley 15 737, de 8 de marzo de 1985, que además incorpora el texto del Pacto al texto de la ley (en adelante, al referirnos a esta convención utilizaremos la sigla CADH).
- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 15 798, de 17 de diciembre de 1985.
- El Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur, de 25 de junio de 1996, aprobado por ley 17 145, de 9 de agosto de 1999; el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur, de 10 de diciembre de 1998, aprobado por ley 17 499, de 27 de mayo de 2002; y el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, de 10 de diciembre de 1998, aprobado por ley 17 498, de 27 de mayo de 2002.
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, acordado el 17 de julio de 1998 y aprobado por ley 17 510, de 27 de junio de 2002.

Además de estas normas internacionales multilaterales y otras que omitimos para no extender en demasía este capítulo, existen numerosas normas internacionales bilaterales cuya enumeración sería excesiva y tediosa. Sólo a título de ejemplo, se pueden mencionar el Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, aprobado por decreto ley 15 110,

de 19 de marzo de 1981; el Convenio sobre intercambio de información de antecedentes penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Chile, aprobado por el decreto ley 15 249, de 26 de marzo de 1982; el Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Chile, aprobado por decreto ley 15 251, de 26 de marzo de 1982; el Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, aprobado por ley 16 431, de 30 de noviembre de 1993; etcétera.

2.3. LAS LEYES

2.3.1. En los comienzos de la existencia de nuestro país como estado independiente, la regulación del proceso penal era la contenida en las Leyes de Partidas,⁴⁵ junto a las modificaciones introducidas por las primeras leyes patrias.

Como importantes antecedentes de las primeras leyes patrias e inclusive de la propia Constitución de 1830 pueden mencionarse el Decreto de Seguridad Individual dictado en Buenos Aires el 23 de noviembre

⁴⁵ En la época colonial, la Recopilación de Indias de 1680 mandó aplicar, en todo lo no previsto en la propia Recopilación, cédulas reales, provisiones u ordenanzas especiales, el derecho castellano conforme a la Ley de Toro de 1505. A su vez, la primera Ley de Toro remite al Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, de acuerdo con el cual se establecía un orden de prelación en las fuentes del derecho hispánico: 1) el Ordenamiento de Alcalá; 2) los fueros municipales; 3) el Fuero Real, con la condición de que se probara su uso; 4) las Partidas. La Nueva Recopilación de Castilla de 1567 y la Novísima Recopilación de las leyes de España de 1805 repitieron el mismo orden. Como señala MAIER, ni los fueros municipales ni el Fuero Real, ya de problemática vigencia en España, pudieron tener vigencia en América, pues su validez jurídica estaba condicionada a la validez de su propia vigencia en las ciudades castellanas y ello, por supuesto, no podía suceder en América. De allí que “*Las Siete Partidas*, aunque mencionadas en último término como legislación supletoria, fueron el cuerpo de leyes que rigiera como derecho común en el Nuevo Mundo” (MAIER: o. cit., p. 103).

de 1811, el Estatuto Provisional para Dirección y Administración del Estado, aprobado por la Junta de Observación el 5 de mayo de 1815, la Exposición realizada por LARRAÑAGA en 1817 —durante la dominación portuguesa— al rey Juan VI de Portugal, y la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América, de 22 de agosto de 1819.⁴⁶

2.3.2. En el comienzo de su presidencia constitucional, el doctor José ELLAURI dictó un decreto fechado el 29 de marzo de 1873 en el que se nombraron dos comisiones, una “para la confección de un Código Penal” y otra para “un Proyecto de Código de Instrucción criminal”.⁴⁷

Posteriormente, el gobernador provisorio coronel LATORRE designó una nueva comisión, por decreto de 9 de marzo de 1877, compuesta por los doctores Laudelino VÁZQUEZ, Jaime ESTRÁZULAS y Manuel GARZÓN, encargada de formular un Proyecto de Código Penal y una Ley de Procedimiento en materia criminal.

Esa Comisión quedó de hecho disuelta a fines de setiembre de ese año, cuando Laudelino VÁZQUEZ elaboró su proyecto de Código de Instrucción Criminal.⁴⁸ Enterado de la existencia de ese proyecto, el Ministro de Gobierno José M. MONTERO (hijo) le solicitó el proyecto, que finalmente fue presentado por VÁZQUEZ el 31 de enero de 1878. El Poder Ejecutivo sometió el proyecto al examen de una Comisión de Abogados integrada por el autor del proyecto, Joaquín REQUENA, Carlos F.

⁴⁶ Esta última contenía, entre otras disposiciones, una notable consagración del principio de imparcialidad, que luego analizamos: “Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más libres, independientes e imparciales, que sea dado a la condición de las cosas humanas” (artículo 114).

⁴⁷ Sobre la integración de esas comisiones y las labores realizadas, Juan B. CARBALLA: “Prólogo a la primera edición del Código Penal anotado”, incluido en el *Código Penal de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi*, 4.^a ed., Montevideo: FCU, 1996, pp. 11-12.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 12; Alejandro ABAL OLIÚ: “Proceso penal ‘real’ y anteproyecto de nuevo Código”, en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Universidad, 1991, p. 107.

SANTURIO, Carlos DE CASTRO, M. AGUIRRE y José María CASTELLANOS, con la secretaría de Francisco AGUILAR y LEAL.⁴⁹

Finalmente, el *Código de Instrucción Criminal (CIC)* fue aprobado por decreto de LATORRE de 31 de diciembre de 1878, y empezó a regir el 1.º de mayo de 1879 (ley 1 423).

Las fuentes históricas de ese Código fueron la legislación hispánica anterior a 1872, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872 y el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808.

El CIC fue reformado por varias leyes posteriores, entre las cuales destacamos las siguientes: la ley de 30 de mayo de 1883, sobre prisión preventiva y excarcelación provisional en el caso de muerte o heridas ocurridas en accidentes ferroviarios; el Código Penal de 1889 (ley 2 037), que contenía algunas disposiciones procesales; la ley de 27 de mayo de 1896, que creó los Juzgados de Instrucción y reguló su actuación; la ley de 28 de octubre de 1907, que creó la Alta Corte de Justicia; la ley 3 439, de 5 de abril de 1909, que introdujo los recursos de casación y revisión; la ley 4 056, de 12 de julio de 1912, que creó el Registro de procesados y condenados; las leyes 5 393, de 25 de enero de 1916, y 8 673, de 24 de setiembre de 1930, sobre suspensión condicional de la ejecución de la pena; la ley 5 508, de 12 de setiembre de 1916, que reemplazó la acción privada o querrela de parte establecida para ciertos delitos por la acción pública previa instancia del ofendido; el Código Penal vigente (ley 9 155, de 4 de diciembre de 1933), que consagró varias disposiciones procesales; la ley 9 480, de 28 de junio de 1935, con normas sobre competencia y procedimiento para los delitos de imprenta; la ley de 7 de enero de 1938, que suprimió el jurado en materia penal; la ley 10 046, de 10 de setiembre de 1941, que reguló la acumulación de procesos penales; la ley 10 537, de 19 de diciembre de 1944,

⁴⁹ Ver el Informe del Dr. Laudelino Vázquez, de 31 de enero de 1878; el Informe de la Comisión Revisora, de 23 de diciembre de ese año, y del decreto de sanción del CIC, en José A. ARLAS: *Código de Instrucción Criminal anotado*, Montevideo: CED, 3.ª ed., 1962, pp. 5-35.

sobre libertad anticipada y condicional; la ley 11 460, de 8 de julio de 1950, sobre reorganización judicial, que crea el primer Tribunal de Apelaciones en lo Penal, creó y suprimió juzgados, realizó varias modificaciones sobre competencia y consagró otras modificaciones menores; la ley 12 270, de 11 de enero de 1956, que atribuyó las funciones que correspondían a los Jueces de Distrito como acusadores públicos a los Fiscales Letrados en el Interior de la República y a los Adjuntos de las Fiscalías del Crimen en la Capital; la ley 12 688, de 19 de diciembre de 1959, sobre prevención sin prisión; la ley 13 318, de 28 de diciembre de 1964, con algunas normas sobre competencia en materia penal; la ley 13 320, de 28 de diciembre de 1964, que creó varios Juzgados y transformó otros y creó el segundo Tribunal de Apelaciones en lo Penal; la ley 13 355, de 17 de agosto de 1965, conocida como Segunda Ley de Abreviación de los Juicios, que declaró aplicables a la materia penal los plazos para dictar sentencia establecidos en los artículos 7.º a 25 de la ley 9 594, de 12 de setiembre de 1936, conocida a su vez como Primera Ley de Abreviación de los Juicios; la ley 14 095, de 17 de noviembre de 1972, con algunas normas procesales sobre delitos económicos; la ley 14 068, de 10 de julio de 1972, sobre seguridad del estado y orden interno; el decreto ley 14 470, de 11 de diciembre de 1975, sobre régimen de reclusión.

El 28 de enero de 1943 se sancionó el decreto ley 10 326, por el que se aprobó el Código Penal Militar (artículos 1 a 65), el Código de Organización de los Tribunales Militares (artículos 66 a 129) y el Código de Procedimiento Penal Militar (artículos 130 a 514).⁵⁰ El Código de Organización de los Tribunales Militares fue modificado por el artículo 39 de la ley 13 892, de 19 de octubre de 1970, que sustituyó la redacción de los artículos 74, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 89, 90 (inciso *g*), 91, 93, 95 y 96; y recientemente por la ley 18 062, de 27 de noviembre de 2006, que volvió a sustituir la redacción del artículo 78.

⁵⁰ Estos códigos fueron redactados por una Comisión presidida por José Irueta Goyena.

2.3.3. Sin perjuicio de algunas tentativas anteriores,⁵¹ a fines de la década de 1960 se inició el proceso que llevó a la aprobación del Código del Proceso Penal que con algunas modificaciones sigue vigente hasta hoy.

Los antecedentes de este Código fueron el proyecto elaborado por una Comisión Especial extraparlamentaria designada a pedido de la Cámara de Representantes en los años 1969-1970, integrada con dos profesores de Derecho Penal, cuatro magistrados penales y cuatro profesores de Derecho Procesal (BARRIOS DE ÁNGELIS, ARLAS, VIERA y JARDÍ ABELLA)⁵² y el Proyecto elaborado por una Comisión Especial de Magistrados designada por el Ministerio de Justicia del período de facto y elevado al Consejo de Estado en el año 1978, integrada por tres magistrados penales, dos de ellos, además, profesores de Derecho Penal (DÍAZ ROMEU, CAIROLI y LARRIEUX).⁵³ Este último proyecto fue examinado y modificado en varios aspectos por la Comisión de Constitución y Legislación del Consejo de Estado, y esas modificaciones fueron aprobadas en el plenario del Consejo.

El 7 de julio de 1980 se aprobó el decreto ley 15 032, que contiene el *Código del Proceso Penal* actualmente vigente.

En líneas generales este Código mantuvo el sistema del CIC con algunas adaptaciones sugeridas de la experiencia práctica. Tal vez su principal diferencia con el CIC fue la eliminación de los Juzgados Letrados

⁵¹ CARBALLA: o. cit., p. 17; ABAL OLIÚ: "Proceso penal 'real'...", art. cit., pp. 108-111, con muchísimos datos.

⁵² Este proyecto no fue considerado por el Parlamento.

⁵³ Este proyecto coincide en líneas generales con el de 1970. El 3 de julio de 1979 el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal se presentó ante el Consejo de Estado respondiendo a las objeciones que la Comisión en mayoría había formulado al proceso oral, indicando una fórmula sustitutiva a la proyectada y once modificaciones fundamentales para el caso de que no se aprobara la fórmula sustitutiva; posteriormente, el 27 de febrero de 1980, se presentó ante el Ministerio de Justicia, reiterando sus planteamientos. El proceso de la reforma y la labor del Instituto, incluyendo el texto de estas notas, puede consultarse en Adolfo GELSI BIDART: "El Instituto y el Código del Proceso Penal", en IUDP: *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo: FCU, 1981, pp. 7-17.

de Instrucción en Montevideo y la ampliación de la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal, que pasaron a entender en todas las etapas de la primera instancia del proceso (presumario, sumario, eventual ampliación sumarial y plenario).

Luego de la entrada en vigencia del CPP, fueron aprobadas varias leyes que lo reformaron parcialmente:⁵⁴ el decreto ley *15 296*, que sustituyó la redacción del artículo 70 del CPP; el decreto ley *15 365*, de 30 de diciembre de 1982, conocida como Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal; la ley *15 737*, de 2 de julio de 1985, conocida como Ley de Amnistía, que como vimos aprobó la CADH, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos bajo condición de reciprocidad y reatribuyó el instituto de la gracia a la Suprema Corte de Justicia; la ley *15 750*, de 24 de junio de 1985, conocida como Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales (LOT); las leyes *15 859*, de 31 de marzo de 1987, y *16 058*, de 27 de agosto de 1989, que modificaron el régimen de la prisión preventiva; la ley *15 903*, de 10 de noviembre de 1987, especialmente sus artículos 305 a 308, que creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Maldonado, Paysandú y Salto con competencia en materia de Penal y Menores, estableció su competencia exclusiva en el sumario y plenario de todos los delitos en el ámbito de su competencia territorial, sin excepción alguna (derogando así tácitamente el artículo 36 del CPP), dispuso que los procesos tramitados ante esos Juzgados debían realizarse por audiencia en las situaciones previstas en el artículo 302 del CPP y previó la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia extendiera estas soluciones al resto del país, lo que efectivamente se hizo por acordada 7 122, de 22 de noviembre de 1991; la ley *16 099*, de 3 de noviembre de 1989, conocida como Ley de Prensa (especialmente artículos 33 a 37); la ley *16 162*, de 18 de diciembre de 1990, que sustituyó la redacción de los artículos 28 y 29 del CPP, sobre la relación entre el proceso civil y el proceso penal, la

⁵⁴ Sólo se mencionan las normas que permanecen vigentes.

prueba trasladada y el recurso de revisión, y sustituyó la redacción del artículo 1332 del Código Civil, sobre el plazo de prescripción de la “acción” civil emergente de delito; la ley 16 349, artículos 1.º a 3.º, que modificó el artículo 328 del CPP, sobre libertad anticipada, y restableció las medidas de seguridad eliminativas; la ley 16 707, de 6 de julio de 1995, sobre seguridad ciudadana, que sustituyó los artículos 138 y 139 del CPP, sobre el régimen de libertad provisional; la ley 16 736, de 5 de enero de 1996, que en sus artículos 481 y 482 transformó el Tribunal de Faltas en tres juzgados de faltas, atribuyó a estos juzgados y a los de paz del interior la primera instancia en los procesos en materia de faltas y la segunda instancia a los juzgados letrados con competencia en materia penal que correspondan; la ley 16 928, de 3 de abril de 1998, que modificó el régimen de salidas transitorias (artículos 62 y 63 del decreto ley 14 470, que ya habían sido modificados por los artículos 29 y 30 de la ley 16.707); la ley 17 243, de 29 de junio de 2000, cuyo artículo 73 estableció para todo supuesto de privación de libertad el deber de informar los cargos que se formulan a la persona por parte del aprehensor, dentro de las veinticuatro horas de la detención; la ley 17 272, de 24 de octubre de 2000, que modificó el régimen de la gracia establecido en el artículo 20 de la ley 15 737 y reguló la clausura provisoria de ciertos procesos penales; la ley 17 684, de 29 de agosto de 2003, que creó al Comisionado Parlamentario, entre cuyas funciones se encuentra la de supervisar la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción social de los reclusos o liberados; la ley 17 726, de 26 de diciembre de 2003, sobre medidas alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión; la ley 17 .773, de 20 de mayo de 2004, que reformó el artículo 113 del CPP, sobre presumario del proceso penal; la ley 17 817, de 6 de setiembre de 2004, cuyo artículo 5.º, literal J, cometió a la Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación, proporcionar asesoramiento a los órganos del ministerio público y tribunales judiciales; la ley 17 897, de 14 de setiembre de 2005, conocida como Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario; la ley

17 930, que modificó el artículo 42 del CPP, estableciendo el sistema computarizado y aleatorio para la distribución de turnos en los lugares donde exista el sistema, salvo las denuncias presentadas directamente en sede policial (artículo 410), y estableció un plazo de un año para el presumario, extensible sucesivamente cada seis meses previo informe del juez interviniente (artículo 411); la ley 17 938, de 29 de diciembre de 2005, que derogó los artículos 22 y 23 del CPP, sobre remisión por casamiento en ciertos delitos sexuales y la persecución de oficio de ciertos delitos que normalmente requieren instancia del ofendido; la ley 18 026, de 25 de setiembre de 2006, que estableció un régimen de cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad; la ley 18 039, de 20 de octubre de 2006, que incorporó un nuevo texto para el artículo 23 del CPP, al establecer el procedimiento de oficio para ciertos delitos perseguibles a instancia de parte; la ley 18 076, de 19 de diciembre de 2006, sobre el derecho al refugio y los refugiados (especialmente artículos 41, 46 y 47).

Como hemos señalado antes y veremos detenidamente luego, esta enorme cantidad de leyes ha modificado en gran medida la fisonomía original del CPP.

2.3.4. El 15 de diciembre de 1986 se aprobó la ley 15 844, que creó una Comisión Nacional Honoraria para la reforma del CPP, integrada por Eduardo PIAGGIO SOTO, Ofelia GREZZI y Bernadette MINVIELLE (por el Poder Ejecutivo), Julio María MARIÑO y Ricardo HARRIAGUE SACCONI (por la Suprema Corte de Justicia), Adolfo GELSI BIDART y Luis Alberto VIERA (por la Universidad de la República), Edgar J. VARELA MÉNDEZ, y Alejandro ABAL OLIÚ (por el Colegio de Abogados del Uruguay). Esta Comisión elaboró un anteproyecto que fue entregado al Poder Ejecutivo; éste a su vez lo remitió al Parlamento, pero en definitiva no resultó aprobado (en adelante lo identificaremos como *Proyecto PIAGGIO*).⁵⁵

⁵⁵ Sobre este proyecto: "Proyecto de Código Procesal Penal", en *RUDP* n.º 1, 1990, pp. 95-109; Adolfo GELSI BIDART: "Enfoque de la ejecución penal en el Ante-Proyecto para Uruguay (1990)", en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 93-95; Martha JARDÍ ABELLA: "Anteproyecto de Código del Proceso Penal (La efectiva aplicación

En el año 1995, teniendo en cuenta este antecedente, se elaboraron dos nuevos proyectos: uno preparado por una Comisión *ad hoc* integrada por Adolfo GELSI BIDART, Jorge MARABOTTO, Miguel LANGÓN CUÑARRO y Raquel LANDEIRA (en adelante, *Proyecto GELSI-MARABOTTO*, y otro preparado por Adela RETA y Ofelia GREZZI (en adelante, *Proyecto RETA-GREZZI*).

Finalmente, teniendo en cuenta estos tres anteproyectos, a pedido del Ministerio del Interior, Darío PERI VALDÉS y Amadeo OTATTI elaboraron un último anteproyecto que fue elevado por el Poder Ejecutivo al Legislativo y finalmente aprobado como nuevo Código del Proceso Penal por la ley 16.893 de 16 de diciembre de 1997 (en adelante CPP 1997).⁵⁶

de los principios nacionales e internacionales sobre derechos humanos y organización de la instrucción”, en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 97-106; ABAL OLIÚ: “Proceso penal ‘real’...”, o. cit., pp. 107-116; Luis Alberto VIERA y Adolfo GELSI BIDART: “Presentación del Ante-Proyecto Código del Proceso Penal”, en *LJU*, t. 101, <www.lajusticiauruguay.com.uy>; Armando TOMMASINO: “Hacia el nuevo proceso penal (Apuntes sobre el proyecto de Código del Proceso Penal y las Bases de la Comisión de Seguridad Pública)”, en *LJU*, t. 111, <www.lajusticiauruguay.com.uy>.

⁵⁶ A poco de aprobado se realizaron varias publicaciones sobre el nuevo Código, entre ellas: Alejandro ABAL OLIÚ: “Modificaciones trascendentes del proceso penal. Relato general. X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, en *RUDP* n.º 1, 1999, pp. 83-113; Rosario ABALDE y Beatriz GIRALDINO: “Suspensión condicional de la pena. Modificaciones significativas introducidas por el nuevo CPP. Algunas apreciaciones prácticas”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Surcos, 1999, pp. 133-141; Jacinta BALBELA: “Perspectivas en la Administración de Justicia”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 127-132; José BALCALDI: “Los tribunales”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 25-40; Dante BARRIOS DE ÁNGELIS: “Como comprender el Código del Proceso Penal”, en *RUDP* n.ºs 3-4, 1998, pp. 229-238; Víctor H. BERMÚDEZ: “El Ministerio Público en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 59-68; Diego CAMAÑO VIERA: “El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Surcos, 1999, pp. 163-181; Eduardo CAVALLI ASOLE: “El imputado”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 41-57; Lucía COLOMBINO: “La garantía de la participación judicial en registros domiciliarios y secuestros”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 199-208; William CORUJO: “El proceso sumarísimo: hacia su búsqueda”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho*

El 31 de diciembre de 1999 se aprobó la ley 17 221, que lo reformó en varios artículos. La entrada en vigencia del Código fue sucesivamente prorrogada hasta que la ley 17 506 de 18 de junio de 2002 la suspendió indefinidamente y simultáneamente creó una nueva comisión encargada de estudiar modificaciones.

Actualmente existe una Comisión encargada de elaborar un nuevo Código del Proceso Penal, designada de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la ley 17 897. Es presidida por el doctor Dardo PREZA RESTUCCIA en representación del Poder Ejecutivo e integrada por

Procesal, o. cit., pp. 209-222; Ruben EGUILUZ: “Medidas cautelares, coerciones personales y prueba”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 115-125; Juan E. FAGÚNDEZ SCAPUSCIO: “Modificaciones trascendentes del régimen procesal penal”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 223-232; Léonie GARICOITS SEMBLAT y Fernando CARDINAL PIEGAS: “Aproximación al proceso extraordinario regulado en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 151-161; Jaime GREIF: *Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado*, Montevideo: FCU, 5.ª ed., 1998; Raquel LANDEIRA: “El principio de oportunidad y el nuevo Código del Proceso Penal”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 69-79; Marcela PANIZZA, Gabriel VALENTÍN y Ema STIPANIC: “Los ‘roles’ del Ministerio Público en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *LJU*, t. 117, <www.lajusticiauruguay.com.uy>; Ricardo C. PÉREZ MANRIQUE: “Etapa de ejecución en el Código del Proceso Penal”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 81-103; del mismo autor, “Competencia de urgencia”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 105-113; Ana Cristina PIÑEIRO NÚÑEZ y Juan Carlos FERNÁNDEZ LECCHINI: “La prueba del estado civil en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 233-236; Beatriz SCAPUSCIO MINVIELLE, y Lina FERNÁNDEZ LEMBO: “Modificaciones trascendentes del régimen procesal penal. Mecanismos alternativos para la solución del conflicto penal”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 237-247; Luis M. SIMÓN: “Régimen de audiencias en el proceso penal”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 133-176; del mismo autor: “Proceso penal por estructura extraordinaria”, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 281-293; Armando TOMMASINO: “Código del Proceso Penal, Ley 16.893. Principios, Derechos y Garantías”, en *LJU*, t. 117, <www.lajusticiauruguay.com.uy>; del mismo autor: “La magistratura penal en el nuevo Código”, en *Revista de la Judicatura*, n.º 39, Montevideo: FCU, julio 1998, pp. 13-24; Edgar J. VARELA-MÉNDEZ: “El defensor en el nuevo Código del Proceso Penal”, en *RUDP* n.º 2, 1999, pp. 235-244; “Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, en *RUDP* n.º 1, 1999, pp. 166-167.

representantes de la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía de Corte, la Universidad de la República, la Asociación de Magistrados Judiciales, la Asociación de Magistrados Fiscales, la Asociación de Defensores de Oficio, el Colegio de Abogados del Uruguay, la Asociación de Funcionarios Judiciales y la Asociación de Actuarios Judiciales.

A fines del 2006 esta Comisión elaboró unas bases mínimas para la reforma del CPP y actualmente está trabajando en el texto articulado.

3. Integración de las leyes procesales penales

3.1. Corresponde ahora determinar cómo se deben integrar los denominados “vacíos legales” de las leyes procesales penales.

Sin pretender una exposición exhaustiva sobre el punto puede recordarse que el artículo 425 del CIC habilitaba la integración con las demás leyes de la República, en todos los “puntos de procedimiento en que no haya disposición en este Código, siempre que directa o indirectamente no se opongan a lo que él establece”.

La doctrina entendía que esta norma habilitaba a integrar el CIC con las normas del CPC.⁵⁷

3.2. El CPP vigente, en su artículo 5.º, resume en un único artículo las soluciones de los artículos 16 y 17 del Código Civil (artículo 5.º), aunque estableciendo una diferencia que inmediatamente analizaremos, y bajo la denominación “Complementación legal” repite la solución del CIC estableciendo que “Las palabras y el espíritu de estas normas se integran con lo que disponen las leyes de la República, siempre que no se les opongan, directa o indirectamente” (artículo 6.º).

⁵⁷ José ARLAS: *Curso de derecho procesal penal*, Montevideo: FCU, 1983, t. I, p. 19; del mismo autor: *Código de Instrucción...*, o. cit., p. 171; del mismo autor: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 19.

El artículo 5.º del CPP, al igual que el artículo 16 del CC, admite que en caso de vacíos legales “técnicos” o “lógicos” las normas procesales penales se integren por la vía de las disposiciones contenidas en las leyes análogas, o en los principios generales de derecho o aplicando las soluciones indicadas por las doctrinas más recibidas sobre como debería ser la norma que regule el punto.⁵⁸

Sin embargo —y aquí está la diferencia— mientras en el Código Civil existe una jerarquía entre esos procedimientos de integración (primero debe acudir la analogía, y sólo si subsistiere la duda se puede ocurrir a los principios generales y las doctrinas más recibidas), en el Código del Proceso Penal no existe jerarquía alguna entre esos procedimientos, por lo que en caso de vacío legal el integrador puede acudir a cualquiera de los tres instrumentos.

En este último aspecto, la solución del CPP es similar a la contenida en el artículo 15 del CGP aunque, a diferencia de este último cuerpo normativo, no establece ningún criterio para elegir en aquellos casos en que los procedimientos mencionados indiquen soluciones diferentes. En efecto, como bien se ha destacado, el CPP omitió mencionar como pauta moderadora la referencia a “las circunstancias del caso”, expresión que tanto el artículo 16 del CC como el artículo 15 del CGP utilizan para aludir a la “equidad”, aun cuando esta solución se ha considerado implícitamente consagrada.⁵⁹

3.3. Finalmente, el artículo 16.2 del CPP 1997 reproduce textualmente la solución del artículo 15 del CGP,⁶⁰ agregando que está vedada la aplicación analógica de las disposiciones que restrinjan la libertad y demás

⁵⁸ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, p. 90.

⁵⁹ Jorge MARABOTTO LUGARO: “Disposiciones generales. Norma procesal penal y acciones”, en IUDP: *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo: FCU, 1981, p. 52. Aunque nos haga recordar a la Hidra de Lerna, podría considerarse que la referencia a la equidad se extrae por integración con la norma análoga del Código Civil.

⁶⁰ Sobre el alcance de esta norma, ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, pp. 91-92.

derechos del imputado o limiten el ejercicio de sus facultades (prohibición de la analogía *in malam partem*). Cabe recordar que este Código nunca entró en vigencia.

3.4. En una futura reforma del sistema procesal penal debería establecerse expresamente que en aquellos casos en que los procedimientos mencionados indiquen soluciones diferentes deberá atenderse a “las circunstancias del caso” y agregar una prohibición de extender analógicamente las disposiciones que restrinjan la libertad y demás derechos del imputado o limiten el ejercicio de sus facultades (prohibición de la analogía *in malam partem*).

4. Interpretación de las leyes procesales penales

4.1. Debemos ahora identificar las reglas que rigen la interpretación de las leyes procesales penales. Nuevamente sin pretensiones de exhaustividad podemos comenzar diciendo que en vigencia del CIC no existía ninguna norma especial sobre la interpretación de estas leyes, por lo que la doctrina postulaba la aplicación de las normas generales contenidas en el Título Preliminar del Código Civil.⁶¹

4.2. El Código del Proceso Penal vigente (artículo 5.º), como vimos, resume en una única disposición los artículos 16 y 17 del Código Civil, que refieren, respectivamente, a la interpretación e integración de las leyes, por lo que se ha entendido que la solución sigue siendo la misma.

Según esas normas del Título Preliminar del Código Civil (artículos 17 a 20), el intérprete debe acudir en primer lugar al tenor literal de las palabras, las que deben entenderse en su sentido natural y obvio

⁶¹ ARLAS: *Curso de derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 19; del mismo autor: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 19.

según el uso general, salvo definición expresa distinta; si trata de palabras técnicas de una ciencia o arte, deben interpretarse de acuerdo con el sentido que le dan quienes profesan esa ciencia o arte, salvo también en este caso que se exista una definición distinta. Finalmente, el sentido literal debe coordinarse con el contexto de la norma.

Si de dicho análisis del tenor literal resultan dudas o si la interpretación resultante no armoniza con el contexto normativo, el intérprete puede apartarse del tenor literal para adoptar una interpretación acorde con la finalidad (el “espíritu”) claramente manifestada en la misma norma, y si aún persisten dudas o desajustes con el contexto, puede dejar de lado la interpretación literal para adoptar una interpretación acorde con la finalidad (“espíritu”) claramente manifestado en la “historia fidedigna” de la sanción de la norma.⁶²

4.3. En cambio el CPP 1997, en su artículo 16.1, reprodujo la solución del artículo 14 del CGP,⁶³ agregando en el artículo 16.3 que “Sin perjuicio de los principios generales, las disposiciones de la ley procesal penal que restrinjan la libertad y demás derechos del imputado o limiten el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente. En estos casos, están vedadas la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva”.⁶⁴

4.4. En una futura reforma del sistema procesal penal debería consagrarse en forma explícita la solución que se considera vigente en materia procesal civil, de acuerdo con el artículo 14 del CGP: el intérprete de las leyes procesales penales debe buscar el sentido de la norma a través

⁶² MARABOTTO LUGARO: “Disposiciones generales...”, o. cit., pp. 105-106.

⁶³ No podemos detenernos aquí en la interpretación de esta norma, por lo que nos remitimos al análisis de ABAL OLIÚ, que compartimos (*Derecho procesal*, o. cit., t. I, pp. 105-108).

⁶⁴ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, p. 108; Jaime GREIF: *Código del Proceso Penal, ley n.º 16.893, anotado y concordado*, Montevideo: FCU, 1998, p. 43.

de todos los medios posibles para luego elegir, en caso de más de una posible significación, a la que mejor se corresponda con la regla de que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales y, si aún persiste la duda, a la interpretación que mejor respete la significación gramatical, pero solamente en cuanto no contradiga los principios generales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso.⁶⁵

4.5. Aunque el CPP de 1997 nunca entró en vigencia, la disposición contenida en su artículo 16.3 nos pone frente a un problema habitualmente planteado al analizar la interpretación de las normas procesales penales: el de la vigencia o no, en esta sede, del principio *in dubio pro reo*.

Más adelante veremos que ese principio deriva del principio de inocencia y se traduce en una regla de juzgamiento para el caso en que el tribunal no tenga certeza acerca de la existencia o inexistencia de un hecho objeto del proceso.

Sin embargo, se ha dudado acerca de su vigencia como regla de interpretación de las normas penales⁶⁶ y, en lo que nos interesa en este informe, procesales penales.⁶⁷

A nuestro juicio, no existen normas expresas ni implícitas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente que confieran ese alcance al principio. Sin embargo, en una futura reforma del sistema se podrían consagrar algunas disposiciones legales que establezcan expresamente la interpretación restrictiva de las disposiciones procesales que limiten la libertad ambulatoria u otros derechos del imputado.

⁶⁵ Esta es la interpretación que realiza ABAL OLIÚ del artículo 14 del CGP, y que compartimos sin reservas (ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, pp. 109-110).

⁶⁶ Por la afirmativa: Eugenio E. ZAFFARONI: *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, pp. 136-138; Santiago SENTÍS MELENDO: *In dubio pro reo*, Buenos Aires: Ejea, 1971, pp. 84-87. Por la negativa: MAIER: o. cit., t. I, vol. b, p. 267.

⁶⁷ Por la negativa: ARLAS: *Curso de derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 19; del mismo autor: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 19.

Al respecto, además de la solución del artículo 16.3 del CPP 1997, pueden tenerse presente el artículo 3.º del CPP Modelo,⁶⁸ el artículo 2.º del CPP Argentina,⁶⁹ el artículo 3.º del CPP Buenos Aires⁷⁰ y el artículo 5.º, inciso 2.º, del CPP Chile,⁷¹ entre otros.

5. Los principios del proceso penal

5.1. DEBIDO PROCESO LEGAL

5.1.1. En otra oportunidad hemos destacado que el punto de partida ineludible en el análisis de los principios que rigen al proceso penal es aquél que constituye la síntesis de los demás principios, englobado bajo el concepto de *debido proceso legal*.⁷²

No es éste el momento de identificar los antecedentes históricos de este principio, que arrancan por lo menos en la Carta Magna de 1215, ni siquiera de analizar en profundidad sus alcances; simplemente, con la mirada puesta en la determinación de las bases que deben regir al proceso

⁶⁸ “Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades”.

⁶⁹ “Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía”. La última parte de la norma refiere a las disposiciones de fondo, y a esas mismas normas parece referirse el artículo 3.º, que consagra expresamente el *in dubio pro reo*.

⁷⁰ “Toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente”.

⁷¹ “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

⁷² Santiago GARDERES y Gabriel VALENTÍN: *El nuevo régimen del presumario*, 1.ª ed., Montevideo: FCU, 2005, p. 11.

penal patrio, indicaremos las normas internacionales y nacionales que lo consagran y sus más importantes derivaciones, sintetizando el análisis mencionado.

5.1.2. La base normativa de esa regla en nuestra Carta se encuentra directamente en su artículo 12, cuando establece que “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”, norma complementada por el artículo 18 según el cual son las leyes “las que fijarán el orden y las formalidades de los juicios”.

La *debida noticia* surge de los artículos 21 y 22, en tanto establecen que “Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía” y que “Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, *quedando abolidas las pesquisas secretas*” (destacado nuestro).⁷³

El derecho del demandado a *comparecer*, ejercer su *defensa* y *ofrecer prueba* emerge en primer lugar del artículo 16 de la Constitución, al disponer la preceptividad de la declaración del arrestado dentro de las veinticuatro horas de su detención (*defensa material*) y que la declaración del “acusado” debe ser tomada en presencia del defensor, quien además tendrá derecho a asistir a todas las “diligencias sumariales” (*defensa técnica*).⁷⁴ Como vimos antes, la expresión “acusado” no debe tomarse en el sentido técnico de sujeto contra el cual la parte actora (en el CPP vigente el Ministerio Público) ha formulado la acusación penal,

⁷³ ARLAS: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, pp. 29-30.

⁷⁴ Analizando el derecho a comparecer en el contexto de lo que la doctrina argentina denomina “inviolabilidad del derecho de defensa”, señala MAIER que, a diferencia del proceso civil, en el proceso penal no basta con que al demandado se le confiera una “razonable oportunidad” de ser oído, controlar la prueba del adversario y producir la propia, sino que se exige algo más: que el tribunal verifique “de cuerpo presente” que el demandado *fue colocado en la situación de aprovechar, realmente, las oportunidades que se le brindaron* (MAIER: o. cit., t. I, vol. b, p. 305). Precisamente por eso nuestra Carta prohíbe el proceso penal en rebeldía (artículo 21). Pero además, la apreciación de MAIER está destinada a resaltar la *importancia del principio de inmediación en el proceso penal*, ya que si este principio no es consagrado plenamente en la ley procesal penal, la vigencia de la garantía de la comparencia es “más teórica que práctica” (o. cit., p. 306).

sino en el más genérico posible, comprensivo de la persona que si bien aún no ha sido demandada es “indagada” como posible partícipe de un hecho con apariencia delictiva.⁷⁵

Por otra parte, esta norma resalta el carácter fundamentalmente defensivo de la declaración del indagado, que debe prevalecer sobre su función estrictamente probatoria; y es complementada por la que declara abolidos los juramentos de los “acusados” en sus declaraciones o confesiones sobre hecho propio, y prohíbe que sean tratados en ellas como reos (artículo 20).⁷⁶

Como señala ARLAS, la oportunidad de ofrecer prueba no está consagrada explícitamente en el texto constitucional, aunque surge en forma implícita pero inequívoca de algunos de sus textos. El autor infiere esta posibilidad del mismo artículo 16, en cuanto prevé la presencia del defensor en la declaración previa al sumario y su derecho de asistir a todas las diligencias sumariales. En efecto:

[...] ¿para qué el derecho de asistir a todas las diligencias del sumario si no va acompañada de la posibilidad de hacer prueba? Lo que le interesa al constituyente no es la presencia física del defensor, sino la función de contralor que él

⁷⁵ Señala RISSO FERRAND que esta disposición, “al emplear la expresión *acusado* (propia de la persona sometida a juicio y en consecuencia ya no simple arrestado), sumado a que aparece luego a la referencia al sumario (esto es el juicio penal propiamente dicho), ha llevado a que con ciertos criterios se restringe el derecho a la asistencia del defensor a la declaración del acusado durante el sumario, y no en la declaración que el Juez debe tomar dentro de las veinticuatro horas siguientes al arresto (antes del inicio del proceso). Esta interpretación, excesivamente piedeletrista, queda superada mediante una interpretación extensiva del artículo 72. En efecto, siendo claro en la actualidad el alcance del derecho a la asistencia letrada, recogido en varios instrumentos internacionales, parece imprescindible reconocer que, aún en los momentos anteriores al inicio del proceso penal propiamente dicho, el arrestado cuenta con derecho a la asistencia de un abogado defensor” (o. cit., t. I, p. 603). Más allá de algunas objeciones menores (por ejemplo, cabe indicar que la etapa preliminar sustanciada ante un tribunal también es proceso, aunque preliminar), el argumento de la aplicación del artículo 72 y, por su intermedio, de las normas internacionales que consagran el derecho a la asistencia letrada reafirma la opinión sostenida en este informe.

⁷⁶ ARLAS: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 31.

cumple, función que no puede ser completa si no va acompañada de la facultad de producir prueba.⁷⁷

Complementariamente señala GREIF que a esta inferencia lógica puede sumarse lo que surge del análisis del contexto de las disposiciones constitucionales que prevén algunas pruebas específicas del imputado —como el interrogatorio— y excluyen otras —como el juramento en las confesiones— (artículo 20 de la Constitución).⁷⁸

Por último, la garantía de *ser juzgado por un tribunal imparcial y de la "jurisdicción adecuada"* surge en forma indirecta de la norma constitucional que establece que "quedan prohibidos los juicios por comisión" (artículo 19)⁷⁹ y de aquellas que refieren al "Juez" (artículo 16) o "Juez competente" (artículo 15), así como de las que regulan la organización del Poder Judicial y la competencia de sus órganos (artículos 233, 239, 241, 244 y 248) y las que delimitan el contenido de la "jurisdicción militar" (artículo 253).

5.1.3. En el ámbito internacional, la base normativa de esa regla surge del artículo 10 de la DUDH, el artículo 14 del PIDCP y el artículo 8 de la CADH.

El artículo 10 de la DUDH consagra el derecho de toda persona, "en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

⁷⁷ Ibidem, p. 31.

⁷⁸ Jaime GREIF: "Constitución y proceso penal. Hacia un nuevo proceso penal", en *Jornadas de Derecho Procesal, 1985*, vol. II, Montevideo: FCU, 1986, p. 134. Sin embargo, la declaración del indagado debe verse como una *oportunidad de defensa* y no como *medio de prueba*.

⁷⁹ VARELA-MÉNDEZ: o. cit., p. 162. Señala el autor con acierto que "esto no quiere significar, aunque parezca obvio indicarlo, que el legislador no pueda modificar el número, integración o competencias de los órganos jurisdiccionales. Lo que está vedado es, después de la comisión de un delito, crear un órgano especialmente destinado a ese juzgamiento".

En términos casi idénticos, el artículo 14 del PIDCP establece el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella [...]”.

Finalmente, en forma más detallada, el artículo 8 de la CADH consagra para toda persona el “derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella [...]”.

Asimismo, en estas normas se afirma la garantía mínima de toda persona “acusada de un delito” a “ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, así como el derecho a “hallarse presente en el proceso” (PIDCP, artículo 14, numeral 3.º, literales *a* y *d*); o se exige la “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” (CADH, artículo 8, numeral 2.º, literal *b*).

Estas normas también declaran el derecho de toda persona a “hallarse presente en el proceso”, “ser oída públicamente” y “con las debidas garantías” (artículo 10 de la DUDH; artículo 14 del PIDCP; artículo 8, numeral 1.º, de la CADH), así como “dentro de un plazo razonable” (artículo 8, numeral 1.º, de la CADH) o “a ser juzgado sin dilaciones indebidas” (artículo 14, numeral 3.º, literal *c* del PIDCP). Se consagra el derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él; a ser informado del derecho a tenerlo; el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete si no conoce el idioma del tribunal; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; a interrogar testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos de descargo y de que éstos sean interrogados

en las mismas condiciones que los testigos de cargo, así como obtener la comparecencia de peritos; a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; etcétera (artículos 14 del PIDCP y 8 de la CADH).

Finalmente, estos pactos internacionales exigen el juzgamiento por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (artículo 10 de la DUDH; artículo 14, numeral 1.º, del PIDCP; y artículo 8, numeral 1.º, de la CADH: de esta última surge expresamente la exigencia de constitución con “anterioridad”).

5.1.4. La ley vigente consagra expresamente el principio en el artículo 2.º del CPP vigente, en cuanto establece que no se aplicarán penas y medidas de seguridad sino en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada emanada de juez competente, en virtud de un proceso seguido en forma legal. La misma norma emerge de los artículos 85 y 93 del CPP, que consagran los principios *nulla pena sine lege* y *nulla pena sine iudicio*, aplicable a las penas y a las medidas de seguridad.

Sin embargo, como veremos a lo largo de los diversos capítulos de este informe, no sólo varias disposiciones concretas sino el propio sistema del Código atentan contra las derivaciones más elementales del principio del debido proceso.

El CPP 1997 consagra expresamente las mismas reglas en sus artículos 1.º y 297.

5.2. PRINCIPIO DE INOCENCIA

5.2.1. Nos detendremos especialmente en el análisis de este principio, no sólo por ser una piedra angular en una concepción constitucional del proceso penal, sino porque sus implicaciones nos permitirán fundamentar varias bases en las que debería sentarse una futura reforma del proceso penal.

5.2.2. Aunque este principio no ha sido expresamente consagrado en nuestra Constitución, se entiende pacíficamente que se infiere con igual firmeza de los artículos 7.º (que garantizan la libertad y seguridad), 12

(ya que la imposición de una pena consecuente con una declaración de culpabilidad sólo puede emerger de una *sentencia legal* dictada con *forma de proceso*), 20 (en tanto prohíbe tratar a los imputados como “reos”) y 72 (en cuanto permite la aplicación de los principios inherentes a la personalidad humana y a la forma de gobierno).⁸⁰

5.2.3. También ha sido recogido en las normas internacionales que la denominan “presunción” de inocencia (DUDH, artículo 11, numeral 1.º; PIDCP, artículo 14, numeral 2.º; CADH, artículo 8, numeral 2.º).

5.2.4. Como señala MINVIELLE, en el plano legal el principio de inocencia puede inferirse del artículo 2.º del CPP vigente; sin embargo, el articulado del CPP no consagra las consecuencias jurídicas que derivan naturalmente de él:⁸¹ entre otros ejemplos, pueden mencionarse el régimen de la prisión preventiva, que en este Código y sus leyes modificativas se regula como una verdadera pena; la admisión de una condena basada en pruebas sustanciadas en la etapa instructoria previa a la acusación; la atribución a un mismo juez de las funciones de instruir, procesar, disponer la prisión preventiva y resolver sobre la acusación formulada; etcétera.

⁸⁰ Ibidem, p. 164; MINVIELLE: art. cit., p. 144; Cecilia BLANCO, María Teresa CAIROLI, Graciela CARRANCIO, Beatriz DURÁN, Viviana ELEMBERG, Pilar RODRÍGUEZ y Diver SOSA: “Garantías del imputado en la indagatoria”, en *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Punta del Este: FCU, 1987, p. 352; TOMMASINO: “Pacto de San José...”, art. cit., p. 19; Gonzalo FERNÁNDEZ: “Informe nacional” correspondiente a Uruguay, en Julio B. J. MAIER, Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK (coords.): *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 720; RISSO FERRAND: o. cit., t. I., p. 613. La doctrina argentina recuerda la opinión de la Corte Suprema del vecino país, que infiere el principio “de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones” (Fabricio GUARIGLIA y Eduardo BERTONI: “Informe nacional” correspondiente a Argentina, en *Las reformas procesales penales en América Latina*, o. cit., p. 41).

⁸¹ MINVIELLE: art. cit., p. 144. La misma norma emerge de los artículos 85 y 93 del CPP, que consagran los principios *nulla pena sine lege* y *nulla pena sine iudicio*, aplicables a las penas y a las medidas de seguridad.

El CPP 1997, además de consagrar el principio del debido proceso legal del cual puede inferirse el principio de inocencia (artículos 1.º y 291), dedica una norma expresa al mismo que, bajo el *nomen iuris* “Tratamiento como inocente” indica que “Toda persona a quien se atribuye un delito no debe ser tratada como culpable, mientras no se establezca su responsabilidad por sentencia ejecutoriada”.⁸² Sin embargo, aun cuando tiene notorios avances con relación al régimen actualmente vigente (por ejemplo en cuanto no es posible iniciar actividades procesales ni procesar sin requerimiento del Ministerio Público, artículos 9.2, 198.1, 243, 247.3, 261.4, 263.2, 368.2 y 368.3), a grandes rasgos mantiene las mismas soluciones mencionadas, contrarias al principio de inocencia que consagra en la parte general.

5.2.5. El Código Modelo consagra la regla de la inocencia, incluyendo expresamente algunas de sus derivaciones, que luego analizaremos.

La regla general se encuentra en el primer inciso del artículo 3.º, denominado “Tratamiento del imputado como inocente”: “El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección”.

Con otros giros pero que en definitiva tienen el mismo significado, el principio se consagra en los demás Códigos tenidos en cuenta en este informe: “Nadie podrá ser [...] considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza [...]” (CPP Argentina, artículo 1.º); “Nadie podrá ser [...] considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal [...]” (CPP Córdoba, artículo 1.º; CPP Buenos Aires, artículo 1.º); “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme” (CPP Chile, artículo 4.º); “Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada” (CPP Bolivia, artículo 6.º); “Toda persona se pre-

⁸² La norma sigue a la letra el artículo 4.º del Proyecto PIAGGIO.

sume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal” (CPP Colombia, artículo 7.º).

Más detallado es el artículo 9.º del CPP Costa Rica, que bajo el nombre “Estado de inocencia” establece:

El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.

Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

En el mismo sentido, prolijamente, el CPP Chubut:

Todo imputado es considerado inocente del delito que se le atribuye y debe ser tratado como tal hasta que sea declarada su culpabilidad por sentencia firme, fundada en pruebas legítimas que la acrediten indudablemente.

Hasta entonces, ninguna autoridad podrá presentarlo como culpable, sin perjuicio de la publicación de los datos indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación o captura.

5.2.6. El denominado principio de inocencia ha suscitado variadas polémicas, generalmente derivadas de enfoques incorrectos acerca de su verdadero alcance.

Es conocida la opinión de MANZINI, quien afirmaba que si se persigue penalmente o somete a proceso a una persona es porque se lo presume culpable y no inocente; el imputado es sometido a las restricciones que el proceso implica, justamente porque mientras exista un procedimiento en curso no hay culpable ni inocente, sino únicamente indiciado.⁸³

⁸³ Vincenzo MANZINI: *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín, Buenos Aires: Ejea, 1951, t. I, pp. 253-254.

BARTOLONI FERRO concuerda con esta opinión señalando:

[...] nada resulta más groseramente paradójal y contradictorio, que el enunciado de ese principio ante la realidad de las cosas, como dice Manzini. Piénsese en el caso del arresto preventivo, en el de incomunicación del imputado y en el hecho mismo de la imputación. Si esos actos, se fundan en hechos que presumen la culpabilidad, no es posible admitir que equivalgan a lo contrario, o sea, a una presunción de inocencia, porque no es, seguramente, porque se presuma inocente a una persona que se tomen contra ella tales medidas.⁸⁴

En ocasiones nuestra jurisprudencia ha enfocado el tema desde esta misma óptica señalando que “no es correcto hablar de presunción de inocencia, pues si alguien es procesado, es porque se le presume culpable”.⁸⁵ Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha puesto el tema en su justo lugar; luego de señalar que “No se comparte tal razonamiento en relación a la incidencia del mencionado principio en el proceso penal”, concluye:

[...] partiendo de una acabada conceptualización de la vigencia del principio de inocencia en el proceso penal, la circunstancia del dictado del auto de procesamiento —aun cuando importe privación de libertad del sujeto en las condiciones antes apuntadas— no destruye en forma alguna las implicancias o proyecciones del mismo durante el desarrollo integral del proceso, que culmina, precisamente, con el dictado de sentencia definitiva en la cual se resuelve la cuestión de la responsabilidad penal.⁸⁶

En realidad, este principio sólo significa que la persona a la que se atribuye de cualquier manera la participación en un hecho aparentemente delictivo, *tiene derecho a ser tratado como si fuera inocente*, independientemente de que efectivamente *sea* culpable o inocente. Mientras

⁸⁴ Abraham BARTOLONI FERRO: *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, Santa Fe: Castellvi, t. 3, 1950, p. 250.

⁸⁵ TAP 1.º, s. 4/98, LJU, t. 118, suma 118 001, a texto completo en <www.lajusticiauruguay.com.uy>.

⁸⁶ SCJ, s. 369/99, LJU, t. 122, c. 14 002, en <www.lajusticiauruguay.com.uy>. Esta sentencia fue dictada en el mismo caso que la s. 4/98 del TAP 1.º y cita doctrina nacional y extranjera sobre el tema.

dura el proceso, entonces, la persona debe gozar de la misma situación que un inocente, con absoluta independencia de que en la sentencia definitiva firme sea declarado culpable o inocente.⁸⁷

Por esa razón VÉLEZ MARICONDE señala que no se trata exactamente de una “presunción” de inocencia sino de un estado jurídico que corresponde al imputado, el cual es inocente hasta tanto no sea declarado culpable por sentencia firme; por lo que la existencia de este principio se concilia perfectamente con la existencia de presunciones o indicios suficientes para considerarlo autor o partícipe del delito imputado.⁸⁸

Finalmente, concordamos con MAIER cuando señala:

La ley fundamental impide que se trate como a un culpable a la persona a quien se atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos jurisdiccionales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.⁸⁹

En conclusión, el principio de inocencia no significa que el imputado *sea* efectivamente inocente, sino simplemente que tiene derecho a *ser tratado* como inocente.

5.2.7. El principio tiene varias repercusiones, que mencionaremos rápidamente.

La primera es la que se engloba bajo el concepto ampliamente desarrollado por la doctrina argentina, sobre la base de su texto constitucional:⁹⁰ el demandado tiene derecho a la *inviolabilidad de la defensa*, ya que es un sujeto y no un objeto del proceso penal.

⁸⁷ GARDERES y VALENTÍN: o. cit., p. 17.

⁸⁸ Alfredo VÉLEZ MARICONDE: *Estudios de derecho procesal penal*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1956, t. II, pp. 26-27. También prefieren hablar de *principio* o de *estado* y no de *presunción*: VARELA-MÉNDEZ: o. cit., pp. 163-164; MINVIELLE: art. cit., p. 144; Armando TOMMASINO: *Principios, derechos y garantías en el proceso. Ejecución penal*, Montevideo: FCU, 2.^a ed., 1990, p. 48; del mismo autor: “Pacto de San José...”, art. cit., pp. 17-22.

⁸⁹ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, p. 252.

⁹⁰ El artículo 18 de la Constitución argentina establece que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

Esta derivación del principio de inocencia está también vinculada íntimamente con el principio del debido proceso, y se manifiesta en el derecho de defensa, que oportunamente analizaremos.

Entre otras consecuencias, el derecho a ser tratado como un inocente es lo que permite comprender la abolición constitucional de los juramentos de los imputados (“acusados”) en sus declaraciones o confesiones sobre hecho propios, y que se prohíba en ellas tratarlos como reos (artículo 20).

Asimismo, desde esta perspectiva, la declaración del indagado debe perseguir primordialmente una función de defensa y no probatoria,⁹¹ y es por eso que debe ser asistido por un defensor, no sólo en la declaración de los indagados detenidos, sino en “todas las diligencias sumariales” (artículo 16).

En estos aspectos, el CPP vigente contiene varias disposiciones violatorias del principio de inocencia, aun cuando la ley 17.773 ha significado un notorio avance.⁹²

Otra derivación del principio es la *necesidad de que la condena sea precedida de una actividad probatoria* producida con todas las garantías procesales. Especialmente, como ha señalado el Tribunal Constitucional español:

No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal [...]

La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto del juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, derechos que se traducen, en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen en el proceso penal [...].⁹³

⁹¹ En forma clara y contundente: Héctor SUPERTI: “La declaración del imputado como elemento de cargo”, en *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*, Rosario (Argentina): Juris, 1.ª ed., 1998.

⁹² Sobre este avance: GARDERES y VALENTÍN: o. cit., pp. 30-54.

⁹³ Sentencias citadas por Francisco RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona: Bosch, 1988, p. 15.

Es decir que las pruebas deben ser recibidas en la etapa de plenario o proceso principal, y todas las pruebas obtenidas por el actor en la etapa preliminar deben ser repetidas, salvo aquellas que se hayan diligenciado como prueba anticipada (por existir un riesgo de frustración) y respetando el contradictorio.

Esto último es un verdadero llamado de atención ante las normas del CPP vigente, que habilitan a que las pruebas recogidas en la etapa de instrucción, generalmente por funcionarios auxiliares del juez (en abierta violación del principio de intermediación consagrado para esa etapa, artículos 115 y 135) sean tenidas en cuenta por el juez en la sentencia definitiva, a pesar de que no sean diligenciadas en la etapa del proceso penal principal (denominado plenario), el que si bien tampoco consagra los principios de oralidad e intermediación, al menos desarrolla aceptablemente el principio del contradictorio.

El sistema resulta tan perverso que lo que a veces se ha visto como una garantía no resulta ser más que una violación del estado de inocencia. Adviértase que en el plenario el Ministerio Público no puede pedir la apertura a prueba, sólo puede pedirlo la defensa (artículos 165 y 239 a 241). Lo que a primera vista puede parecer llamativo (¡el actor no puede pedir que se abra una etapa que le permita probar sus afirmaciones de hecho!) no es más que una reafirmación del dislate: no se le permite hacerlo, simplemente porque la prueba de la que dependerá el éxito de su pretensión ya fue recogida por los auxiliares del órgano jurisdiccional (¡del mismo órgano jurisdiccional cuyo titular valorará esa prueba y dictará el fallo!).

Pero además, “las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas”.⁹⁴ Nos remitimos al análisis de este punto, que se realizará en el lugar correspondiente a la prueba.

Otra derivación del principio de inocencia impacta en la *valoración de la prueba*: la sentencia de condena sólo puede estar fundada en el

⁹⁴ Ibídem, p. 16, nota a pie de página 11.

pleno convencimiento del tribunal acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación del acusado. Esto quiere decir, por un lado, que no se puede condenar en caso de duda ni aún de probabilidad, ya que se exige la plena convicción del juzgador. Por otra parte, significa que no se puede condenar por presunciones que deriven de omisiones del acusado, y particularmente que éste no puede ser condenado por no colaborar con el tribunal en la búsqueda o en el diligenciamiento de los medios de prueba.

Por otra parte, se menciona la repercusión en la *carga de la prueba*, que implica la exigencia de que el actor tenga la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, es decir, de demostrar que el demandado cometió un hecho típico, antijurídico, culpable y punible (más sintéticamente, que el demandado es “culpable”) y no el demandado la carga de demostrar su inocencia.

Se menciona, también, el denominado principio *in dubio pro reo*.

Para MAIER tienen razón quienes excluyen la teoría de la carga probatoria del sistema del proceso penal: lo que interesa es el funcionamiento del *in dubio pro reo* en la sentencia, de modo tal que, “no verificados con certeza todos los elementos que permiten afirmar la existencia de un hecho punible, el resultado será la absolución, y, de otra parte, no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impondrá el mismo resultado”.⁹⁵

Por nuestra parte creemos que esta regla —cuyo alcance es bastante difícil de precisar— no impide la vigencia de la regla de la carga de la prueba en el proceso penal. ABAL OLIÚ formula una posible conciliación, ciertamente sugestiva: en el proceso penal rige la regla de la carga de la prueba, pero con una diferencia. En efecto, señala el autor:

⁹⁵ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, pp. 256-269 y 271. En sentido similar señala Antonio M. LORCA NAVARRETE que en el proceso penal esta regla sustituye al *onus probandi* (“La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, en *RUDP* n.º 3, 1986, pp. 225-234).

[...] cuando no existe en el proceso penal plena prueba de la existencia o inexistencia de un hecho modificativo, impeditivo o extintivo (minoría de edad del imputado, por ejemplo), al contrario de lo que ocurre en el proceso en general, en el cual la duda determina que no se considere como existente el hecho impeditivo alegado, en base al principio “in dubio pro reo” en el marco de un proceso penal ese hecho, aún siendo dudoso, deberá considerarse existente.⁹⁶

Al analizar la actividad probatoria volveremos sobre este tema.

Finalmente, como derivación del principio de inocencia, *se prohíben las penas anticipadas*, ya que en el proceso penal *están vedadas las medidas provisionales*. Todas las medidas limitativas de la libertad durante el proceso sólo pueden responder a una finalidad cautelar, es decir a evitar la frustración de la instrucción o de la ejecución de la eventual condena penal.

Aunque más adelante realizaremos un análisis de este apasionante tema, señalamos nuevamente que el régimen legal vigente es radicalmente contrario a la regla de la inocencia, en cuanto en forma implícita impone la prisión preventiva de principio cuando se estima que la pena a recaer en la sentencia definitiva será de penitenciaria.

5.3. IGUALDAD PROCESAL

5.3.1. El principio de *igualdad ante la ley* está consagrado genéricamente en el artículo 8.º de la Carta, y como desarrollo directo de éste se extrae el principio de igualdad de las partes en el proceso y sus derivados de bilateralidad, contradicción e imparcialidad (aunque luego veremos que otras normas constitucionales reafirman este último principio). Pero además, desde hace bastante tiempo, nuestra doctrina ha inferido del principio de igualdad ante la ley la solución al problema de la desigualdad económica frente al litigio.⁹⁷

⁹⁶ Alejandro ABAL OLIÚ: *Estudios del CGP*, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 1995, t. I, p. 198, nota a pie de página 389.

⁹⁷ COUTURE: o. cit., pp. 66-68; Adolfo GELSI BIDART: “Onerosidad procesal y principio de igualdad”, en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Mendoza: Centro

5.3.2. Los pactos internacionales también contienen una consagración general del principio de igualdad, distinguiendo entre la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (DUDH, artículos 1.º, 2.º y 7.º; PIDCP, artículos 2.º, numeral 1.º, 3.º y 26; CADH, artículos 1.º, numeral 1.º, y 24).⁹⁸

En estos instrumentos también se consagra en forma expresa el principio de igualdad procesal: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial [...]” (DUDH, artículo 10); “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial [...]” (PIDCP, artículo 14, numeral 1.º).

Pero además, estas normas consagran aplicaciones concretas del principio de igualdad procesal y sus derivados de bilateralidad y contradicción. Sin que constituya un catálogo exhaustivo, pueden mencionarse las siguientes aplicaciones:

- a. derecho del indagado a ser informado en forma previa y detallada de la “acusación” formulada;
- b. derecho defenderse personalmente o a designar su defensor de confianza; si no lo tuviera, derecho a ser informado del derecho a designarlo o a que se le proporcione defensor de oficio;
- c. derecho a disponer del tiempo adecuado para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y privadamente con su defensor;

de Estudios de Derecho Procesal, 1973, pp. 71-82; Enrique VÉSCovi: “La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita: su equidad y eficacia”, en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 213-227; Jaime TEITELBAUM: “La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia”, en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, o. cit., pp. 241-260.

⁹⁸ Sobre la consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos: MINVIELLE: art. cit., p. 135.

- d. derecho a ser oído, a participar en el diligenciamiento de las pruebas de cargo y a ofrecer prueba de descargo.

Por último, en estas normas internacionales se prevén algunas soluciones que enfrentan el problema del indagado o imputado carente de recursos. Es el caso de las normas que establecen el derecho de que se nombre defensor de oficio gratuito si careciera de medios suficientes para pagarlo (PIDCP, artículo 14, numeral 3, literal *d*; CADH, artículo 8, numeral 2, literal *e*).⁹⁹

5.3.3. En el plano de la ley, el CPP vigente no consagra el principio de igualdad en forma expresa y con carácter general, aunque contiene varias aplicaciones concretas del principio.

En vigencia del texto original del artículo 113 del Código se entendía que en el presumario regía la reserva interna para el indagado,¹⁰⁰ lo que indudablemente determinaba la violación del artículo 8.º de la Carta. El punto ha sido superado en la nueva redacción de ese artículo, que como veremos luego consagra la publicidad interna inmediata salvo resolución fundada del juez basada en la posible frustración de las pruebas a diligenciar (inciso 2.º). Por otra parte, se establece expresamente el deber del juez de velar por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en el presumario (inciso final).

Asimismo, el CPP original preveía expresamente la participación del Ministerio Público en las etapas de presumario y sumario (artículos 115 y 134), pero no se refería expresamente y con carácter general a la participación del defensor en esas etapas. Sin embargo, nuestra doctrina sostuvo la vigencia de dicha posibilidad por una interpretación contextual de esas normas con el artículo 79 (ARLAS), lo que en definitiva era confirmado por varias disposiciones específicas (artículos 126, 132, 138, et cetera). La nueva redacción del artículo 113 establece que los indagados

⁹⁹ Ibidem, p. 135.

¹⁰⁰ Erik H. COLOMBO: "Diligencias preliminares", en *Curso sobre el Código del Proceso Penal. Ley 15 032*, Montevideo: FCU, s/f, pp. 224-225.

y sus defensores tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, salvo la excepción ya mencionada destinada a evitar una posible frustración de pruebas, y que los defensores podrán proponer el diligenciamiento de pruebas e interrogar a testigos (incisos 2.º y 3.º).

En el sumario sigue sin existir una norma general sobre el punto, pero sigue vigente la argumentación de ARLAS, reforzada por la norma del artículo 113 que en todo caso podría aplicarse por la analogía entre una y otra etapa de instrucción.

En la ampliación sumarial rige plenamente la igualdad, con posibilidades de participación de ambas partes (artículos 164-165), aunque invirtiendo el orden: primero puede proponer pruebas la defensa, luego el Ministerio Público. Esta singularidad tiene un fundamento bastante perverso: hasta ese momento se supone que el tribunal, con la participación prevalente del Ministerio Público, ha recogido la prueba que no solo permitirá fundar la acusación, sino que podrá servir de base a la sentencia; la ampliación sumarial resulta ser una pretendida compensación, bastante tardía y generalmente inútil.

Lo mismo puede decirse del plenario. Aunque teóricamente se trata de una etapa en la que rige plenamente la igualdad, existe una desigualdad a primera vista sorprendente: el Ministerio Público no puede pedir la apertura a prueba (CPP, artículos 165 y 233), pero sí puede hacerlo la defensa (artículo 241). El fundamento de esta aparente desigualdad es el mismo que justifica la existencia de una ampliación sumarial: el actor ya tiene su prueba, recogida por el juez en el presumario y en el sumario, y esa prueba podrá fundar una condena dictada por ese mismo juez.

Desde esta última perspectiva, la propia estructura del proceso penal se convierte en un instrumento que acentúa la desigualdad entre el Ministerio Público y el demandado.

5.3.4. El principio de igualdad implica que las partes tienen derecho a recibir un trato igualitario en el proceso, tanto en el proceso preparatorio

como en el proceso principal, desde la presentación de la acusación hasta que se dicta sentencia definitiva y desde que comienza hasta que finaliza la ejecución de la eventual sentencia de condena.

Cuando el titular de la acción es el Ministerio Público (como sucede en nuestro país), la propia organización de dicha institución, la especialización de sus agentes, la superioridad de medios, etcétera, lo coloca necesariamente en situación de preeminencia frente al imputado.¹⁰¹ Esta es precisamente una de las razones que invocan los autores que se oponen a atribuir la instrucción preparatoria a ese órgano, indicando que sus posibilidades y medios desbordarían las posibilidades materiales, económicas y procesales del acusado.¹⁰²

Sin embargo, desde otro punto de vista, la vigencia del principio de inocencia y de su derivado el *in dubio pro reo* coloca al demandado en una posición privilegiada:¹⁰³ al menos en teoría, el Ministerio Público debe lograr la plena prueba de la inexistencia de hechos modificativos, impeditivos o extintivos, ya que en caso de duda o probabilidad de que exista alguno de ellos el tribunal deberá considerarlo como existente y en consecuencia desestimar la acusación.

Por otra parte, del principio de igualdad también deriva la necesidad de que todos los indagados tengan la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional en condiciones similares, aspecto que a veces se vincula a la igualdad en sentido material.¹⁰⁴ Desde esta perspectiva debe analizarse el problema del acceso a la justicia por razones económicas, sociales, culturales, etcétera.

¹⁰¹ Salvo los casos crimen organizado o de acusados de grandes recursos económicos, que son realmente excepcionales en nuestro país.

¹⁰² Fernando Martín Díz: "Perspectivas del derecho procesal español en el siglo XXI", en *RUDP* n.º 1, 2002, p. 42.

¹⁰³ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, pp. 348-349.

¹⁰⁴ MINVIELLE: art. cit., p. 135; José Carlos BARBOSA MOREIRA: "Dimensiones sociales del proceso civil", en *RUDP* n.º 4, 1986, p. 429; del mismo autor: "La igualdad de las partes en el proceso civil", en *RUDP* n.º 2, 1987, p. 115.

Algunas normas atienden, aunque en forma insuficiente, las posibles dificultades económicas de los indagados. Ya mencionamos las normas internacionales que consagran el derecho de que se nombre defensor de oficio gratuito al indagado carente de medios suficientes para pagarlo (PIDCP, artículo 14, numeral 3, literal *d*; CADH, artículo 8, numeral 2, literal *e*); también debe recordarse en este punto los recientes Acuerdos sobre beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los estados parte del Mercosur y entre éstos, Bolivia y Chile. Asimismo, la ley contiene disposiciones referidas al defensor de oficio (CPP, artículos 78, 113, inciso 1.º, y 126), al otorgamiento de caución juratoria por el inculpado “notoriamente pobre y desvalido” que pretende una excarcelación provisional (CPP, artículo 144, numeral 2.º), a la exoneración de pago de los gastos procesales, alimentación, vestido y alojamiento a los condenados con familia que “dispusieran de escasos medios económicos” en concepto del juez (CPP, artículo 351).

De cualquier manera, como se ha señalado, cabe preguntarse hasta que punto no lesiona el principio de igualdad en el proceso el esquema tradicional de organización y funciones de la defensoría oficial,¹⁰⁵ que en 1998 —en números que no deben ser muy diferentes a los actuales— tenía a su cargo el 80% de las causas penales en trámite.¹⁰⁶

Como derivados de este principio pueden mencionarse los principios de bilateralidad, contradictorio e imparcialidad. Este último lo analizaremos por separado, por su importante desenvolvimiento en materia procesal penal.

El principio de *bilateralidad* supone que si una parte tiene la posibilidad de realizar una actividad procesal, la otra parte debe tener una posibilidad similar; y el de *contradicción*, comprendido en el primero,

¹⁰⁵ MINVIELLE: art. cit., p. 135.

¹⁰⁶ Suprema Corte de Justicia, “Informe final de consultoría. Requerimientos humanos y materiales para el nuevo CPP”, Montevideo, 1998, pp. 62-63, cit. por FERNÁNDEZ: o. cit., p. 729.

implica que si una parte tiene posibilidad realizar alegaciones la otra tiene que tener la misma chance antes de que se dicte sentencia.¹⁰⁷

Se ha dicho con acierto que a diferencia del proceso civil, en el proceso penal no basta con que al demandado se le confiera una “razonable oportunidad” de ser oído, controlar la prueba del adversario y producir la propia, sino que se exige algo más: que el tribunal verifique “de cuerpo presente” que el demandado *fue colocado en la situación de aprovechar, realmente, las oportunidades que se le brindaron*.¹⁰⁸ Conectado con esta intensidad del principio, nuestra Carta prohíbe el proceso penal en rebeldía (artículo 21).

5.3.5. Cualquier excepción a este principio es inconstitucional por violar el artículo 8.º de la Carta, salvo que esté fundada en otra disposición constitucional

Por ejemplo, el in *dubio pro reo* es una excepción, pero que tiene fundamento constitucional en el principio de inocencia (artículos 7, 12 y 72 de la Carta). Lo mismo puede decirse de algunos institutos especiales como la *apelación automática*, que se entiende que sólo puede jugar a favor del demandado, en virtud del principio de inocencia.¹⁰⁹

También tienen fundamento constitucional los privilegios de ciertos indagados (artículos 113, 114, 171, 178, etcétera), que se establecen con la finalidad de asegurar el regular funcionamiento de los poderes del Estado.¹¹⁰

Otras excepciones solamente lo son en apariencia. Por ejemplo, las que imponen un trato desigual pero precisamente para igualar situaciones

¹⁰⁷ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, p. 116.

¹⁰⁸ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, p. 305 (el destacado es nuestro).

¹⁰⁹ Aunque el texto del artículo 255 del CPP vigente no lo dice expresamente, nuestra jurisprudencia ha entendido que en el caso de apelación automática no puede desmejorarse la situación del condenado (*ne reformatio in pejus*). El artículo 274 del CPP de 1997 prevé expresamente la posibilidad de que el imputado renuncie a la segunda instancia automática, lo que supone que sólo juega a su favor.

¹¹⁰ CAFFERATA NORES, cit. por MINVIELLE: art. cit., p. 135.

originalmente dispares.¹¹¹ Es el caso de las normas ya mencionadas que imponen la designación de defensor de oficio a quien no tiene medios económicos suficientes para solventar los honorarios de un defensor privado, o las que lo exoneran de gastos judiciales.

5.4. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

5.4.1. Este principio deriva directamente del principio de igualdad, por lo que su fundamento primero reside en el mismo artículo 8.º de la Carta. El mismo principio surge en forma indirecta de la norma constitucional que establece que “quedan prohibidos los juicios por comisión” (artículo 19) y en definitiva de todas aquellas que aluden a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado (artículo 15, 16, 233, 239, 241, 244 y 248) y las que facultan al legislador a organizar un proceso penal por jurados (artículo 13).

5.4.2. Los pactos internacionales exigen el juzgamiento por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (artículo 10 de la DUDH; artículo 14 numeral 1.º del PIDCP; y artículo 8 numeral 1.º de la CADH: de esta última surge expresamente la exigencia de constitución con “anterioridad”).

5.4.3. El principio de imparcialidad se desdobra en lo que BARRIOS DE ÁNGELIS ha denominado imparcialidad *estructural* y *funcional*.

Según la primera, el tribunal debe ser ajeno a los intereses específicos del objeto del proceso, y sólo puede guiarse por el máximo interés de la jurisdicción: el cumplimiento del derecho objetivo. Por la segunda, estrechamente vinculada con la independencia de los órganos jurisdiccionales, se indica que el tribunal no puede estar sometido a jerarquía y sólo puede resolver un asunto en función de los argumentos y pruebas de las partes, por lo que no puede recibir instrucciones superiores

¹¹¹ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal*, o. cit., t. I, pp. 120-121.

acerca de cómo resolver un asunto, no rige el criterio de la avocación, etcétera.

Desde otro punto de vista igualmente válido puede distinguirse entre imparcialidad extraproceso o *externa* y la imparcialidad intraproceso o *interna*.

La *imparcialidad externa* coincide a grandes rasgos con el concepto de imparcialidad funcional.

En una primera línea, se requiere que los jueces sean independientes respecto a otros poderes del Estado, y aun con relación a otros órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

En regímenes como el nuestro en que el Estado es actor (acción pública, aunque la Constitución también prevé la acción privada) y simultáneamente tribunal (aunque la Carta faculta al legislador a organizar un proceso por jurados), resulta fundamental atribuir esos roles a órganos diferentes.

En nuestro país el Ministerio Público ha sido ubicado en el Poder Ejecutivo, bajo la órbita actual del Ministerio de Educación y Cultura (artículo 1.º del decreto ley 15 365 y artículo 364 de la ley 16 170). Este es uno de los obstáculos que se han invocado para la consagración de un sistema acusatorio.¹¹² Aunque ya hemos mencionado este tema en las bases, reiteramos que a nuestro juicio la Carta sólo establece la competencia del Poder Ejecutivo, con venia del Senado o de la Comisión Permanente, para designar a los titulares de los órganos integrantes del Ministerio Público (artículo 168, numeral 13), pero no impone su ubicación institucional bajo la égida del Poder Ejecutivo ni bajo la de ningún otro Poder del Estado, por lo que el punto es de resorte puramente

¹¹² Entre otras cuestiones, se afirma que la ubicación actual del Poder Ejecutivo puede ser un obstáculo importante cuando se pretende investigar y juzgar por delitos cometidos por miembros de ese poder. Asimismo, que la inserción del Ministerio Público dentro de la estructura del Poder Ejecutivo puede llevar a una fuerte presión del gobierno de turno para perseguir a integrantes de gobiernos anteriores.

legislativo.¹¹³ En otros países se coloca al Ministerio Público bajo la órbita del Poder Judicial, lo que a nuestro juicio compromete aún más gravemente la imparcialidad externa del tribunal. En otros, finalmente, se lo coloca como un sistema orgánico fuera de los tres Poderes del Estado, en posición similar a la de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, solución que preferimos.¹¹⁴ Al analizar los sujetos del proceso penal volveremos sobre este tema.

Esta independencia del juez respecto de otras autoridades del Estado debe garantizarse con un adecuado sistema de designación y remoción y con una serie de privilegios como la permanencia e inamovilidad en el cargo, la intangibilidad de sus remuneraciones, etcétera.¹¹⁵

¹¹³ Con posterioridad a la elaboración de este capítulo, tuvimos conocimiento de un informe elaborado por el Prof. Ruben CORREA FREITAS el 25 de setiembre de 2007 a pedido de la Comisión de Reforma del Proceso Penal. En ese informe el profesor concluye que el hecho de que la designación del fiscal de Corte y de los fiscales letrados se realice por el Poder Ejecutivo con venia del Senado “no supone una definición previa de la ubicación institucional de la Fiscalía de Corte, si bien ha sido la solución tradicional en nuestro país en el sentido de que el Ministerio Público y Fiscal depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo”. Luego de analizar varias alternativas de ubicación, concluye que la solución más viable desde el punto de vista institucional “sería que la ley la ubique como un órgano con similar naturaleza jurídica que los órganos de creación constitucional, como es el caso de la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. De esta forma, se respeta el principio de la autonomía y la independencia que tiene que tener la Fiscalía de Corte, se evitan los problemas políticos que se puedan originar por la dependencia jerárquica de un Ministerio del Poder Ejecutivo, se asegura una comunicación directa con el Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría de la Presidencia y se jerarquiza institucionalmente al Fiscal de Corte, ubicándolo al mismo nivel que la Suprema Corte de Justicia”, y entiende que para darle esa ubicación tampoco se requiere reforma constitucional.

¹¹⁴ Es la solución de la Constitución argentina de 1994, en la cual el Ministerio Público es “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera” (artículo 120). En nuestro país existen propuestas en este sentido: Guido BERRO ORIBE: “La especificidad orgánica y funcional del Ministerio Público”, en LJU, t. 50, <www.lajusticiauruguay.com.uy>.

¹¹⁵ VARELA-MÉNDEZ: o. cit., pp. 161-162; MAIER: o. cit., t. 1, vol. b cit., pp. 480-484; Héctor Carlos SUPERTI: “La garantía constitucional del juez imparcial”, en Adolfo ALVARADO VELLOSO y Óscar A. ZORZOLI (dirs.): *El debido proceso*, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 326.

En una segunda línea, se exige que sean independientes frente a presiones de cualquier otra persona distinta de los poderes del estado. Como señala SUPERTI en su profundo análisis del principio de imparcialidad, uno de los resortes que tiende a amortiguar este tipo de presiones es la *oralidad*, dado que ese método de debate permite el control popular y con él se fortalece al juez frente a presiones espurias que pueda recibir.¹¹⁶

La *imparcialidad interna* refiere a la relación del juez con el tema debatido, con las propias partes y con las funciones que se le atribuyen en el proceso penal.

En un primer nivel puede mencionarse la imparcialidad respecto al tema debatido y a las partes, que se vincula estrechamente con la denominada imparcialidad estructural: el juez debe ser ajeno a los intereses específicos del objeto. Por supuesto, esto significa que no puede ser parte actora o demandada, pero además que no puede tener una relación de amistad o enemistad con ninguna de ellas. Una garantía de esta imparcialidad son los sistemas de recusación y excusación de los jueces.

En un segundo nivel, a nuestro juicio violan el principio de imparcialidad aquellos sistemas que atribuyen al juez la función de instrucción —especial pero no exclusivamente la instrucción preparatoria— y con mayor razón aún aquellos que atribuyen a un mismo juez la instrucción preparatoria y la de juzgamiento.

Con relación al primer problema, como señala SUPERTI, en la etapa de instrucción preparatoria pueden surgir (y es casi inevitable que ello suceda) conflictos de naturaleza constitucional entre el investigador y el investigado, que deben ser resueltos por un tercero imparcial. En esa investigación preparatoria el instructor puede encontrarse con los límites que surgen del respeto a los derechos individuales (por ejemplo, intimidad), protegidos por las consecuentes garantías (por ejemplo,

¹¹⁶ SUPERTI: “La garantía constitucional...”, o. cit., p. 327. El autor también realiza interesantes reflexiones acerca de las relaciones de los jueces con la prensa, y concluye que solamente con una amplia libertad de prensa se puede garantizar la independencia de los jueces.

inviolabilidad de la correspondencia), lo que supone un conflicto entre el interés investigativo del estado y el derecho y la garantía individual. Si se atribuye la investigación al juez, será él mismo quien resuelva el conflicto, y como indica con cierto el autor, “No hace falta esforzarse demasiado para advertir que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía”.¹¹⁷

El punto fue abordado, con precisión, en la Exposición de Motivos del Código Modelo, que encarga la instrucción preparatoria al Ministerio Público:

No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos del juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.¹¹⁸

Pero además, es evidente que el juez instructor termina trabajando para el actor, ya que éste formulará su acusación en función de la prueba recogida por el juez. Se ha pretendido superar esta crítica señalando que la instrucción es objetiva, ya que el juez debe recoger prueba de cargo pero también de descargo.¹¹⁹ Sin embargo, en el proceso penal

¹¹⁷ SUPERTI: “La garantía constitucional...”, o. cit., pp. 336-340.

¹¹⁸ Es que realmente “No se conoce ningún caso en que el juez de instrucción como investigador del estado, y a los fines de la investigación que venía desarrollando, necesitó entrar a un domicilio privado y como juez de las garantías constitucionales *se denegó a sí mismo la posibilidad de allanar ese domicilio*” (SUPERTI: “La garantía constitucional...”, o. cit., p. 340).

¹¹⁹ DIZ: o. cit., p. 42, recordando una opinión de MONTERO AROCA.

y por vigencia del estado de inocencia solamente son imprescindibles las pruebas de cargo, dado que las de descargo no hacen más que confirmar el estado de inocencia inicial de todo imputado.¹²⁰

Esta última afirmación no sólo da un golpe de gracia a los sistemas que atribuyen la instrucción preparatoria al juez, sino en general a aquellos que atribuyen al juez una iniciativa probatoria en cualquier etapa del proceso penal, aún en el propio proceso principal. Por ejemplo, si finalizada la etapa de alegación y prueba en el proceso principal, antes de dictar sentencia, el juez decreta una prueba de oficio, es porque no ha logrado la certeza positiva para condenar, es decir, porque duda o porque apenas considera probable la existencia de un delito imputable al demandado. Pero si es así, toda prueba que decrete siempre será para perjudicar al imputado, ya que en virtud del principio de inocencia si no logró la certeza positiva debe absolver.

En consecuencia, entendemos que no debe atribuirse iniciativa probatoria al tribunal, sin perjuicio de la posibilidad de formular preguntas aclaratorias en los interrogatorios de testigos o explicaciones de peritos, los que siempre deben haber sido propuestos por las partes.

Finalmente, también compartimos la opinión de quienes consideran que la acumulación en un mismo juez de las funciones de instruir y resolver viola el principio de imparcialidad.¹²¹

¹²⁰ SUPERTI: “La garantía constitucional...”, o. cit., p. 340.

¹²¹ RAMOS MÉNDEZ: o. cit., pp. 19-22; SUPERTI: “La garantía constitucional...”, o. cit., p. 347-362. Contra: Adolfo GELSI BIDART: “Juez de instrucción e impedimento o recusación en el plenario”, en *LJU*, t. 70, <www.lajusticiauruguay.com.uy>; Enrique VÉSCOVI: “La imparcialidad del juzgador y la acumulación de la función de instrucción y sentencia en el mismo tribunal”, en *RUDP*n.º 3, 1988, pp. 424-428. Sin embargo, este último autor modificó su posición original para afirmar decididamente: “Si se ha tratado de evitar que la investigación la realice el Ministerio Público por temor a su falta de imparcialidad y su dependencia (aunque no técnica) del Poder Ejecutivo, resulta mucho peor este riesgo de que quien dirige la investigación, busca las pruebas [...] sea quien luego siga dirigiendo el proceso y dicte la sentencia. La verdadera garantía está en que la investigación la lleve a cabo el Ministerio Público y que el Juez sea quien tenga que autorizar las medidas que pueden limitar los derechos del investigado: allanamientos, requisa de correspondencia, interceptación de comunicaciones, detención, etc. Que es lo que significa, en este aspecto,

Esta ha sido la tesis consagrada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los conocidos casos *Piersack* (1 de octubre de 1982) y *De Cubber* (26 de octubre de 1984), y por el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 12 de julio de 1988.¹²²

Para no extender en demasía este análisis, transcribimos el resumen de los fundamentos recogido en la publicación de la RUDP:

1. “El principio constitucional de imparcialidad del Juzgador colide con la ley que permite al mismo Juez de instrucción proceder al enjuiciamiento y juzgamiento de la causa”.
2. “La norma constitucional que reconoce a todos ‘un juicio público ... con todas las garantías ...’ (artículo 24.2 de la Constitución de España) incluye, aunque no se diga expresamente, el derecho a un Juez imparcial que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho”.
3. “A asegurar dicha imparcialidad —también reconocida expresamente en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos y Pactos Internacionales suscritos— tienden las causas de recusación y abstención referidas al hecho de que quien ha realizado la etapa de instrucción no tiene la aptitud para intervenir en el juicio posterior, ni dictar el fallo”.
4. “En función de los pactos internacionales referidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al aplicar la norma contenida en el Convenio que le dio origen (artículo 6.1) declaró el 26-10-1984, que un juez que realizó la instrucción carece de la idoneidad e imparcialidad para integrar

el proceso acusatorio que propiciamos y es el que existe, o está en caminos de incorporarse, en los sistemas jurídicos de todos los países del mundo” (“Las nuevas tendencias del Procesal Penal Iberoamericano y el Código de Procedimiento Penal recientemente aprobado”, en *RUDP*n.º 2, 1997, pp. 253-254).

¹²² Lo medular de esta sentencia fue publicado en la *RUDP*n.º 3, 1988, pp. 417-423. Ver también en RAMOS MÉNDEZ: o. cit., p. 21, nota a pie de página 30.

- el Tribunal oral de enjuiciamiento y fallo, criterio que cabe compartir, aplicándolo con mayor razón cuando se trata de un Juez único para ambas funciones”.
5. “No toda la actividad realizada durante el sumario supone la necesaria inhibición para juzgar. Puede darse, en efecto, que en este procedimiento no se produzca una verdadera actividad instructora. Instructor de una causa será el Juez que lleve a cabo todas las actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio...y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material, lo que puede hacer nacer, en el ánimo del instructor, prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.¹²³

Corresponde señalar que en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal propuestas en Palma de Mallorca se incluye una regla a.II.1 según la cual “las funciones investigadoras y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora”.

Con matices que sería excesivo analizar aquí, podemos informar que esta ha sido la solución adoptada en el CPP Modelo para Iberoamérica (artículos 68, 147 y 250 a 262), el CPP Córdoba (artículos 71, 76, 77 y 301 a 360), el CPP Buenos Aires (artículo 56 a 59 y 266 a 284), el CPP Costa Rica (artículos 62, 67 a 69 y 274 a 298), el CPP Paraguay (artículos 52, 58 a 66 y 279 a 326), el CPP Bolivia (artículos 70 y 227 a 283), el CPP Chile (artículos 3.º, 23, 77, 79 a 92, 166 y 180 a 258) y el CPP Colombia (artículos 66, 111, 112, 114 a 117 y 200 a 285). Particularmente claro es el CPP Chubut, en cuanto establece:

¹²³ RUDPn.º 3, 1988, p. 417.

Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal [...]

Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa.

En nuestro sistema normativo, tanto los pactos internacionales (artículo 10 de la DUDH; artículo 14, numeral 1.º, del PIDCP; y artículo 8, numeral 1.º, de la CADH) como la propia Constitución (artículos 8, 12, 19 y otros antes mencionados al fundamentar el principio) consagran la garantía del juez imparcial. En consecuencia, se pueden invocar los mismos fundamentos que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español para sostener que dentro de esa garantía se incluye la prohibición de que el juez que participó en la instrucción (con mayor razón si se le atribuye iniciativa probatoria) no puede participar en el proceso principal ni dictar la sentencia definitiva. En consecuencia, el CPP de 1980, que reúne las tareas de instruir y resolver en un mismo juez, es contrario a la Constitución y a los pactos internacionales que obligan al país.¹²⁴

Con una precisión adicional: entendemos que aún en aquellos sistemas que atribuyen la investigación preparatoria al Ministerio Público con un juez de garantías, este juez no puede ser el mismo que interviene en el proceso penal principal. El factor que nos inclina decididamente por esta opinión es que aun cuando se suprima el auto de procesamiento —como proponemos— ese juez de garantías será quien decida sobre el

¹²⁴ Este sistema es el que rige sin excepciones desde 1991, luego de la derogación tácita del artículo 36 del CPP en virtud de lo dispuesto por la ley 15 903, de 10 de noviembre de 1987. Esta ley otorgó a los juzgados letrados de primera instancia en lo penal y de menores de los departamentos de Maldonado, Paysandú y Salto “competencia exclusiva en sus respectivas jurisdicciones: en el sumario y plenario de todos los delitos, sin excepción alguna” (artículo 306), habilitando a la Suprema Corte de Justicia a extender este sistema a todo el país (artículo 308), lo que efectivamente hizo, por acordada n.º 7122, de 22 de noviembre de 1991.

pedido de prisión preventiva, para lo cual deberá realizar un análisis en grado de probabilidad acerca de la existencia del hecho con apariencia delictiva y la participación del indagado (lo que se denomina “humo del buen derecho” o probabilidad de que en definitiva se obtenga una sentencia definitiva favorable). Si a ese juez que resuelve sobre la prisión preventiva se le atribuye competencia para entender en el proceso penal principal el principio de imparcialidad se vería seriamente afectado.

Sería aconsejable consagrar en la parte general del Código una norma similar al art 18 del CPP Chubut, en cuanto dispone que los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal y, claramente, que “Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa”.

5.4.4. Finalmente, como derivación del principio de imparcialidad debe mencionarse el *derecho a ser juzgado por un tribunal preestablecido por la ley*. Este derecho se consagra en nuestra Carta en el artículo 19, que prohíbe los “juicios por comisión”.

Se trata del derecho al “juez natural”, que busca garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal evitando que él sea creado o elegido una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados *para* el caso o *para* la persona a juzgar.¹²⁵

Como señala FIX ZAMUDIO:

[Si bien este derecho al juez competente] constituye mas bien una limitación histórica al restablecimiento de jurisdicciones especiales que proliferaron en la época colonial, sin embargo todavía debe considerarse como una defensa de los gobernados en materia criminal, pues [...] podemos mencionar que todavía en algunos ordenamientos latinoamericanos, con el pretexto de las situaciones de

¹²⁵ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, p. 487.

emergencia, se somete a los civiles a la jurisdicción de los tribunales militares, violando ostensiblemente este derecho fundamental, universalmente reconocido, del juez natural [...].¹²⁶

Como se ha dicho acertadamente, este principio no quiere significar “que el legislador no pueda modificar el número, integración o competencias de los órganos jurisdiccionales”.¹²⁷

También se ha vinculado este principio con la regla que mantiene la vigencia de la ley anterior cuando se aprueba una nueva ley que modifica las reglas por las cuales se distribuye la competencia (*perpetuatio jurisdictionis*).¹²⁸ Quiere decir que las leyes procesales que modifican la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia penal no pueden ser aplicadas en forma inmediata, por lo que el órgano jurisdiccional que esté conociendo en un proceso debe conservar su competencia hasta que éste finalice (de esta manera se consagra la denominada *ultraactividad* de la ley derogada). Esta regla no está consagrada expresamente en el artículo 8.º del CPP, pero podría entenderse aplicable la disposición del artículo 12, inciso 3.º, del CGP, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º del CPP. En cambio, la solución fue expresamente prevista en el artículo 18 inciso 3.º del CPP 1997. En una futura reforma del proceso penal deberá consagrarse esta misma solución. Una reflexión final, adelantada por el propio MAIER: puede admitirse una excepción a este principio, si la modificación de la regla de competencia se realiza en el marco de una transformación total del sistema de administración de justicia.¹²⁹

¹²⁶ Héctor FIX-ZAMUDIO: *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México: UNAM, 1974, pp. 36-37.

¹²⁷ VARELA-MÉNDEZ: o. cit., p. 162.

¹²⁸ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, pp. 491-492.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 494.

5.5. ACUSATORIO

5.5.1. La mayoría de la doctrina procesalista uruguaya, en opinión a la que adherimos, sostiene que del sistema constitucional emerge nítidamente un sistema acusatorio.

Las normas constitucionales a tener fundamentalmente en cuenta son los artículos 8.º, 12, 13, 15, 16, 19, 21 y 22.

Como señala MARABOTTO, esas normas fueron extraídas de las constituciones norteamericanas, cuyo influjo en los movimientos revolucionarios americanos y en especial en las ideas artiguistas es innegable, si bien no se descarta la influencia de otras fuentes, en razón de la participación en su redacción de personalidades que actuaron en la elaboración de otras constituciones americanas y que tuvieron como inspiración otros textos constitucionales, como el de Cádiz de 1812.¹³⁰

Una primera lectura de esos textos podría inducir la conclusión de que nuestro constituyente optó por un sistema procesal penal “mixto” (mezcla de inquisitivo y de acusatorio). A dicha posición puede coadyuvar la interpretación de que la expresión contenida en el artículo 22 (“juicio criminal”) equivale a la etapa de plenario, lo que explicaría la aseveración de que éste “empezará por acusación de parte o del acusador público”, en cuanto la acusación es el acto procesal por el cual el Ministerio Público (o el acusador privado, de admitirse) ejercita la pretensión punitiva (artículos 233, 234, 239, 305 y 311 del CPP).

En esta concepción se señala asimismo que las disposiciones constitucionales que refieren al “sumario” penal (de predominante actividad instructoria) están claramente diferenciados de las que se refieren al “juicio criminal” (en esta idea, sinónimo de “plenario”), por lo cual si bien el Juez puede procesar válidamente de oficio, sin previa petición del Ministerio Público, no puede iniciarse el “juicio criminal” (verbigracia, “plenario”) sin la acusación fiscal, propiciándose así la interpretación de

¹³⁰ MARABOTTO LUGARO: “Reflexiones...”, o. cit., p. 684.

que los textos constitucionales preveían un sistema procesal penal mixto, compuesto de una primera etapa claramente inquisitiva (el “sumario”) y una segunda claramente acusatoria (el “plenario”).¹³¹

En ocasiones se invoca también como argumento para sostener la vigencia del sistema mixto lo establecido en el artículo 27 de la Carta. De acuerdo con esta norma “en cualquier estado de una causa criminal que no haya de resultar pena de penitenciaria, los jueces podrán poner al acusado en libertad...”. A partir de ese texto se ha sostenido que el enjuiciamiento criminal debe tener como efecto de principio la prisión preventiva, instituto propio de un sistema inquisitivo, desde que, se afirma con estricta lógica, no se puede poner en libertad sino a alguien que ya está detenido.

En cambio, la mayoría de la doctrina sostiene la vigencia del principio acusatorio.

En primer lugar, porque el artículo 22 de la Carta desdobra claramente las funciones de acusar y de juzgar, ya que es de esencia en un sistema republicano de gobierno que esas actividades no estén concentradas en las mismas manos, es decir que sea una persona privada (acusación de parte) o un órgano del Estado (acusación pública) el que ejerce la acción penal y otro órgano del Estado (tribunal estatal) el que decida sobre su fundabilidad.

Por otra parte, si “juicio criminal” equivale a “plenario” ello podría significar que las pesquisas secretas sólo han quedado abolidas en

¹³¹ Concluyente en este sentido era el Informe de la Comisión de Constitución y Legislación del Consejo de Estado de 2 de junio de 1980, que recomendó la aprobación del actual CPP vigente: “Esa manera de ver este asunto —que, justo es consignarlo, ha sido controvertida en el plano doctrinario— permite comprender el exacto alcance del artículo 22, a la vez que se ajusta al sistema recogido por el contexto de las disposiciones de la Constitución. Estas distinguen con toda claridad la iniciación del sumario, de la que se ocupa el artículo 16, del comienzo del juicio principal o plenario, al que alude estrictamente el artículo 22. En consecuencia, mientras es posible la iniciación del sumario de oficio por el Juez —aplicación del principio inquisitivo que recoge el sistema mixto—, es inconcebible el comienzo del plenario o juicio propiamente dicho sin que haya acusación —aplicación del principio acusatorio— que completa la naturaleza híbrida del sistema” (numeral 21).

dicha etapa, y permitidas en las anteriores, y es claro que el texto en examen sólo tiene sentido si comprende todo el proceso penal, porque entonces sí puede afirmarse que quedan abolidas las pesquisas secretas ya que no se puede iniciar un proceso penal ni procesar sin la previa petición de parte o del Ministerio Público.¹³²

Pero además, el indagado debe estar presente en el sumario penal, ya que “está vedado el juicio criminal en rebeldía” (artículo 21 Constitución) y el Defensor tiene “derecho de asistir a todas las diligencias sumariales” (artículo 16 Constitución). Si bien la terminología empleada podría sugerir un “asistir” del Defensor en el sentido puramente estático de “estar presente”, como acertadamente lo ha destacado MARABOTTO, la defensa y asistencia se realizan en sentido técnico y por ende ha de tener participación activa en las diligencias a las que “asiste”.¹³³

La expresión “acusado” utilizada en los artículos 16, 20 y 22 de la Constitución no debe tomarse en el sentido técnico de sujeto contra el cual la parte actora (actualmente, en el CPP, el Ministerio Público) ha formulado la acusación penal, sino en el más genérico posible, comprensivo de la persona que si bien aún no ha sido demandada es “indagada” como posible partícipe de un hecho con apariencia delictiva.

Asimismo, la “forma de proceso” a la que se refiere el artículo 12 de la Carta sólo puede ser la estructurada sobre la base del principio acusatorio, en tanto éste potencia al máximo el principio de igualdad consagrado en el artículo 8 de la misma norma, por cuanto sólo en el sistema acusatorio se equilibran los poderes de las partes del proceso penal.

Pero además, si cada vez que la Constitución se refiere al “juicio criminal” debe entenderse que sólo alude al plenario, se llegaría al absurdo de aceptar que en las demás etapas se permite proceder en rebeldía

¹³² Como enseñaba ARLAS, ésta es la garantía esencial sobre el comienzo del proceso penal: “Significa que no se puede iniciar mediante pesquisas secretas, es decir, que no se puede iniciar un proceso contra alguien, a sus espaldas, esto es, sin su conocimiento” (*Curso de derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 29).

¹³³ MARABOTTO LUGARO: “Reflexiones...”, o. cit., pp. 687-688.

(artículo 21), que no está prohibido actuar por comisión (artículo 19) y que se admiten las “pesquisas secretas” (artículo 22).¹³⁴

Finalmente, respecto al artículo 27, ya hemos tenido oportunidad de señalar que a nuestro juicio esta norma no consagra la prisión preventiva de principio (lo que significaría consagrar una pena anticipada), sino que simplemente establece en forma expresa la posibilidad de que el indagado que fue detenido preventivamente (cuando ello corresponda) pida la libertad provisional, cumpliendo ciertos requisitos establecidos por la ley. En una interpretación contextual, esta norma debe coordinarse con las reglas que establecen la imposibilidad de ser penado ni confinado sin un previo proceso penal que culmine con una sentencia ajustada a la ley (artículo 12) y que establecen los supuestos excepcionales en los que se puede privar de libertad a una persona sometida al proceso penal (artículo 15).¹³⁵

Por lo expuesto, entendemos con la mayoría de nuestra doctrina que nuestra Constitución consagra claramente un sistema acusatorio.

¹³⁴ PANIZZA, VALENTÍN y STIPANICIC: o. cit.

¹³⁵ Recientemente se ha postulado con firmeza esta interpretación en el resonante caso *Peirano*. En la sentencia interlocutoria de 29 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 0 Turno se indica con precisión: “[...] el citado artículo 27 de la Constitución debe ser leído e interpretado a la luz de la normativa internacional aprobada por nuestro estado y los demás derechos consagrados en la Carta. Por ello, resulta claramente compartible la conclusión a la que arribara la Dra. Landeira cuando sostuvo que el artículo 27 ‘debe ser interpretado en forma armónica y sistemática con los artículos 7, 12 y 26 de la Carta, atendiendo también al contenido cautelar que les es propio. Sólo así se consigue compatibilizar la regla general, que es la libertad, con su excepción —pena impuesta al cabo de un proceso y por sentencia legal— y con la otra limitación instrumental cautelar, recogida en el artículo 27 ya mencionado” (cf. VARELA-MÉNDEZ: o. cit.). “En su mérito, la prolongación de la prisión preventiva, provocada por una anómala o irrazonable duración del proceso, si ya no existen fines procesales a precaver en el juicio, se convierte en la aplicación de una pena anticipada, expresamente prohibida por el artículo 12 de la Carta, puesto que la ausencia de riesgos que justifiquen el mantenimiento de la cautela hace decaer la presunción del artículo 27” (resolución 190/98 ya citada).

5.5.2. El principio acusatorio también emerge de las normas internacionales, que hacen referencia a la “acusación” y al consecuente derecho del acusado a ser oído y a defenderse, y a ser juzgado en plena igualdad y por un tribunal imparcial (DUDH, artículos 10 y 11.1; PIDCP, artículo 14.1 y 14.3; CADH, artículo 8.1 y 8.2).

5.5.3. Por una tradición secular que arranca en el Código de Instrucción Criminal y se continúa con el Código del Proceso Penal de 1980, la ley reguló el proceso penal sobre la base de un sistema mixto, con una primera etapa (sumarial) claramente inquisitiva y una segunda (ampliación sumarial y plenario) de corte pretendidamente acusatorio.

En el CIC el presumario podía iniciarse de oficio, sin requisitoria del actor, ante la mera noticia de un hecho con apariencia delictiva.¹³⁶ En cuanto al comienzo del sumario, en caso de delito flagrante y de acción pública que no requiriera instancia del ofendido, el juez podía disponer el procesamiento de oficio (artículo 146, *a contrario sensu*);¹³⁷ en cambio, si se trataba de delito flagrante y de acción pública pero con instancia del ofendido, o de aquellos que requerían querrela de parte, o si se trataba de delitos no flagrantes, siempre era imprescindible la petición del actor (Ministerio Público o querellante, según se tratara de acción pública o privada). La instrucción era llevada adelante por el juez, que podía disponer de oficio el diligenciamiento de pruebas para la justificación de la existencia del hecho u omisión constitutivo de delito y para determinar quienes eran los partícipes (artículos 143 y 151). Ni el Ministerio Público ni el Defensor tenían acceso a las diligencias sumariales, con base en el “secreto” del sumario, el que recién era conocido por las partes cuando se ponían los autos de manifiesto (artículo 61). Culminada

¹³⁶ Raúl MORETTI: *Procesal penal*, Montevideo: CED, s/f, t. II, pp. 416-417.

¹³⁷ Esta norma fue justamente calificada como violatoria del artículo 22 de la Constitución (José A. ARLAS: *Curso de derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 49; del mismo autor: *Código de Instrucción...*, o. cit., pp. 84-85; del mismo autor: *Derecho procesal penal*, o. cit., t. I, p. 49).

la instrucción, el acusador público o privado podían formular la acusación, que daba comienzo al “juicio criminal” (artículo 188) o pedir el sobreseimiento (artículos 191, 199); si no hacían ni una cosa ni otra el juez debía decretar el sobreseimiento (artículo 105).

En el CPP el presumario también puede iniciarse de oficio y la instrucción es llevada adelante por el juez (artículo 114). De acuerdo con el texto original, el Ministerio Público puede participar en los actos de instrucción, solicitar medidas probatorias, formular las observaciones y reservas que estime del caso (artículos 115 y 134), pero no estaba expresamente prevista una facultad similar para la defensa (aunque parte de la doctrina la entendía implícita en el artículo 79 del mismo código). Para procesar deben darse los presupuestos del artículo 125 y ello no puede decretarse sin previo interrogatorio del indagado o sin que conste formalmente su negativa a declarar. El interrogatorio debía practicarse en presencia del defensor (originalmente, en virtud de la desarmonía de los artículos 78 y 126, se discutía si esta presencia era preceptiva; a partir de la aprobación de la CADH dicha presencia era un requisito insoslayable, aunque en la práctica dicha norma fue ignorada en muchas ocasiones). El juez puede procesar de oficio y de acuerdo con una regla no formulada expresamente pero inferida a contrario se entiende que el procesamiento supone de regla la prisión preventiva del imputado. La no consagración de la finalidad esencialmente cautelar de la prisión preventiva, lo que aunado al carácter inquisitivo y secreto del presumario, convirtió a éste (al decir de ABAL OLIÚ) en el “proceso” penal y a la prisión preventiva en la “pena”.

La ley 17 773 reformó el artículo 113 del CPP, modificando en gran medida la configuración original del presumario. Según esta ley, cuando una persona es conducida o citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, se le intimará la designación de un defensor que lo patrocine y si no lo hiciere, se designará defensor de oficio. Asimismo, como veremos, se consagra la publicidad interna de regla para ambas partes, salvo resolución fundada del Juez basada en la posible frustración

de las pruebas a diligenciar, y se establece expresamente que los defensores podrán proponer el diligenciamiento de pruebas e interrogar testigos. Se consagra la reserva externa salvo excepciones, la que nunca puede exceder de un año, y se establece categóricamente que bajo su más seria responsabilidad funcional los Jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso. A partir de esta norma se ha sostenido que la iniciativa probatoria del tribunal debe considerarse complementaria y no sustitutiva de la que corresponde a las partes, y que ya no se tolera el procesamiento de oficio.¹³⁸

En el sumario el tribunal continúa dirigiendo la instrucción de oficio. El Ministerio Público puede participar en los actos de instrucción, solicitar medidas probatorias, formular las observaciones y reservas que estime del caso (artículo 134), pero no está expresamente prevista una facultad similar para la defensa (aunque parte de la doctrina la entiende implícita en el artículo 79).

Culminado el sumario se ponen los autos de manifiesto, habilitando a las partes (primero la defensa, luego del ministerio público) a pedir la apertura a prueba, lo que da comienzo a la ampliación sumarial. En consecuencia, aunque tardíamente, en esta etapa rige la iniciativa de parte y el principio de igualdad.

Finalmente, luego de culminada la instrucción y eventualmente la ampliación sumarial, el expediente pasa al Ministerio Público para que acuse o pida el sobreseimiento (artículo 233). Si acusa comienza la etapa de plenario (artículo 239); si pide el sobreseimiento el juez debe decretarlo (artículo 235); si no hace ni una cosa ni la otra el expediente pasa a un subrogante (artículo 234). En el plenario rigen algunas manifestaciones del principio acusatorio: sólo comienza con la acusación; el objeto del proceso queda determinado por la acusación y rige la congruencia con la conocida excepción del “error manifiesto” (artículo 246); curiosamente, sólo el demandado puede pedir la apertura a prueba, aunque

¹³⁸ GARDERES y VALENTÍN: o. cit., p. 43.

si lo hace aprovecha a ambos (artículo 241); etcétera. Sin embargo, persisten manifestaciones inquisitivas: el juez puede disponer pruebas de oficio como medida para mejor proveer (artículo 244); en caso de error manifiesto que determine un pedido de pena ilegal no rige la congruencia (artículo 246); etcétera.

5.5.4. Este breve recorrido permite confirmar sin lugar a duda posible que el legislador nunca respetó cabalmente el mandato constitucional de reglamentar un proceso jurisdiccional de acuerdo con el sistema acusatorio. Una futura reforma deberá encaminarse a transformar nuestro sistema procesal para realizarlo “según Constitución”:¹³⁹

- Cualquier etapa del proceso, incluyendo las medidas preparatorias y las medidas cautelares privativas de la libertad, sólo puede iniciarse a pedido del actor público o privado, nunca por el tribunal.
- El objeto del proceso principal es el determinado por el actor, quien en su acusación debe exponer los hechos, realizar la calificación jurídica y formular el petitorio. Dicho objeto puede modificarse mediante la modificación de la acusación, la incorporación por el demandado de otros hechos al contestar la acusación, y en los casos excepcionales en que la ley habilite a modificar el objeto del proceso mediante la alegación de hechos nuevos. El tribunal puede incorporar una norma jurídica no invocada (*iura novit curia*), pero nunca puede modificar la calificación jurídica, ni modificar los hechos ni el petitorio (aplicación del principio de congruencia).
- El objeto de la prueba debe determinarse en función de las alegaciones de las partes. En consecuencia, corresponde probar

¹³⁹ Expresión contundente y plena de significación, que corresponde al profesor argentino Jorge VÁZQUEZ ROSSI.

los hechos alegados en los actos de proposición y aquellos introducidos por las partes en los casos excepcionales en que la ley habilita a modificar el objeto del proceso mediante la alegación de hechos nuevos.

- La iniciativa probatoria está a cargo de las partes.
- El impulso procesal está a cargo de las partes, sin perjuicio del impulso legal por el mero vencimiento de los plazos perentorios.

5.6. ORALIDAD, INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN E IDENTIDAD FÍSICA DEL JUZGADOR

5.6.1. Asiste razón a ABAL OLIÚ cuando señala que no puede afirmarse que en Uruguay rija en forma genérica el principio de la oralidad o, por el contrario, el principio de la escrituralidad.

En efecto, continúa el autor:

[...] aun cuando la introducción de la oralidad como forma para muchos actos procesales marca una diferencia clara entre el CGP y el añejo CPC, donde era prácticamente desconocida (lo mismo sucede con el nuevo CPP, en relación con el anterior), en la regulación establecida por el CGP se encuentran tanto actos que deben realizarse por escrito como actos que requieren la expresión oral.

Empero, en la mayoría de los procesos penales vigentes hasta la aprobación del nuevo CPP y los aún vigentes procesos aduaneros, el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, etcétera, es posible señalar una clara predominancia del principio de escrituralidad.¹⁴⁰

Sin perjuicio del indudable acierto de estas afirmaciones, corresponde preguntarnos si la efectiva consagración del principio de oralidad para ciertos actos procesales está impuesta por normas constitucionales o internacionales.

¹⁴⁰ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal civil*, o. cit., t. I., p. 133. Al mencionar al “nuevo” CPP el autor aludía al CPP de 1997, que como hemos visto nunca entró en vigencia.

Y bien: la Constitución no consagra expresamente y con carácter general el principio de la oralidad.

Sin embargo, se ha pretendido extraer la vigencia general de esta regla de la referencia del artículo 239, numeral 1.º, que dispone que los juicios de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia serán públicos. Lo cierto es que la inferencia a partir de esa norma resulta un tanto forzada, en tanto no alude expresamente a la oralidad sino a la publicidad y específicamente para ciertos procesos que se tramitan ante nuestro máximo órgano jurisdiccional, confirmando lo que en definitiva veremos surge de otras normas generales de la Constitución.

Sin embargo, es indudable que la oralidad coordinada con la publicidad externa posibilita un contralor popular de la forma en que las partes y el tribunal actúan en los procesos jurisdiccionales y que las personas conozcan la forma en que se efectiviza la tutela de los derechos subjetivos. Adicionalmente, la oralidad coordinada con la intermediación permite una instrucción más adecuada del asunto y por ende posibilita una resolución más adecuada del asunto. Y desde esa doble perspectiva no resulta aventurado señalar que la oralidad es un principio inherente a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno adoptada por nuestro país, y por ende implícitamente reconocido por la Constitución (artículo 72).¹⁴¹

Es que como afirma SUPERTI:

[...] fundamentalmente desde la raíz política, existe una relación entre “sistema acusatorio” y “oralidad”: ambos responden a un mismo concepto ideológico en cuanto a una *concepción del poder acotada y controlada por la comunidad*.

En este sentido, la oralidad evita el poder ilimitado que puede generarse en actos secretos y sustraídos al control popular.

Por su parte, el sistema acusatorio destierra la concentración de poder que significa adjudicar a un mismo órgano las funciones de investigar, acusar y juzgar.¹⁴²

¹⁴¹ Alfredo VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Lerner, 2.ª ed., 1969, t. II, p. 195.

¹⁴² SUPERTI: o. cit., p. 318. MAIER, recordando a HASSEMER, vincula al sistema inquisitivo con el procedimiento escrito, y al acusatorio con la oralidad y la intermediación (o. cit., t. 1, vol. b cit., p. 601).

Este principio de oralidad debe complementarse con los de inmediación, concentración e identidad física del juzgador.¹⁴³

5.6.2. La necesidad de consagrar el principio de la oralidad y sus complementarios también emerge del sistema de las normas internacionales.¹⁴⁴

La DUDH establece:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser *oída públicamente* y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.¹⁴⁵

[...]

Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un *juicio público* en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.¹⁴⁶

El PIDCP dispone:

Toda persona tendrá derecho a ser *oída públicamente* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...].¹⁴⁷

El derecho a un “juicio público” o a ser “oída públicamente” que tiene toda persona, sólo puede lograrse con la implantación del principio de la oralidad y sus derivados.

¹⁴³ Por ejemplo, adviértase que, de acuerdo con el artículo 16, es el juez y no cualquier otro funcionario del Poder Judicial quien debe tomar la declaración al indagado en presencia de su defensor.

¹⁴⁴ MAIER: o. cit., t. I, vol. b, pp. 418-419.

¹⁴⁵ Artículo 10.

¹⁴⁶ Artículo 11.1.

¹⁴⁷ Artículo 14.1. Los destacados son nuestros.

5.6.3. Huelga decir que todos los códigos modernos consagran el principio de la oralidad y sus complementarios para ciertos actos.

Es la solución del CPP Modelo para Iberoamérica (artículo 299, entre otros); el CPP Chile establece que “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal” (artículo 1.º); el CPP Córdoba, que “El debate será oral y público, bajo sanción de nulidad [...]” (artículo 372); lo mismo establece el CPP Buenos Aires (artículo 342); etcétera.

5.6.4. Nuestro CPP vigente, continuando la tónica del CIC, no consagró el principio de la oralidad como regla, aunque indudablemente algunos actos se realizan oralmente (interrogatorio de testigos, audiencia indagatoria, etcétera).

La intermediación fue consagrada como regla para el presumario y el sumario (artículos 115 y 135),¹⁴⁸ lo que implica que el juez debe realizar personalmente las inspecciones judiciales (lo que se confirma por los artículos 175 a 178) y las reconstrucciones de hechos, recibir las declaraciones del indagado o imputado y de los testigos (lo que es confirmado por el artículo 228), así como los careos (artículo 232), recibir las ampliaciones o aclaraciones de dictámenes periciales, etcétera.

Sin embargo, en la práctica esta norma es incumplida en forma sistemática, aún en el caso de las declaraciones de indagados o imputados, salvo raras excepciones. A nuestro juicio, el incumplimiento de esta norma se traduce en una disminución de las garantías del imputado, por lo que esas diligencias probatorias deben considerarse nulas (CPP, artículo 101, numeral 3.º), aunque no tenemos conocimiento de pronunciamientos jurisdiccionales en ese sentido.

Finalmente, el procedimiento regulado en el CPP es singularmente desconcentrado, en especial en la etapa de instrucción; y aunque en el proceso principal existe identidad del juzgador, ésta es absolutamente

¹⁴⁸ GARDERES y VALENTÍN: o. cit., pp. 39-40.

ineficiente, ya que generalmente no existe diligenciamiento de prueba en el plenario.

5.7. PUBLICIDAD

5.7.1. La doctrina distingue claramente entre dos tipos de publicidad: la publicidad interna y la publicidad externa.¹⁴⁹

La publicidad *interna* refiere al conocimiento de las diversas actuaciones procesales por los interesados principales (partes en el proceso contencioso y meros interesados o “gestores” —como los denomina ABAL OLIÚ— en el proceso voluntario).

La publicidad *externa*, en tanto, refiere al conocimiento de las actuaciones por todas las personas.

Por otra parte, el principio de publicidad admite otra subdivisión de singular importancia, en atención al momento en que ella se produce: publicidad inmediata y publicidad diferida.

La publicidad es *inmediata* cuando el acceso al conocimiento se produce en el mismo momento en que el acto se realiza o en un momento inmediatamente posterior; en cambio, será *diferida* cuando el conocimiento de la actuación sólo se produce una vez cumplida la medida ordenada (o, en ocasiones, una vez finalizado el proceso y aún hasta luego de cierto tiempo de finalizado el proceso).¹⁵⁰

¹⁴⁹ Adolfo GELSI BIDART: “Enfoque constitucional del proceso penal”, en *Jornadas de Derecho Procesal, 1985*, o. cit., vol. II, p. 123; del mismo autor: *Proceso penal. Aproximación a los fundamentos*, 1.ª ed., Montevideo: FCU, 1996, pp. 93-94; ABAL OLIÚ: *Derecho procesal civil*, o. cit., t. I, p. 135; del mismo autor: “El principio de publicidad en el derecho procesal uruguayo”, en *Estudios de derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo: FCU, 1999, pp. 459-460; Raquel LANDEIRA: “La regulación del principio de publicidad en el Código General del Proceso”, en *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: FCU, 2002, pp. 125-134. Otros autores prefieren hablar de publicidad “en sentido amplio”, referida al público en general, y publicidad “en sentido estricto”, referida exclusivamente a las partes y con especial referencia al indagado y su defensor (MINVIELLE: art. cit., p. 139-140).

¹⁵⁰ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal civil*, o. cit., t. I, p. 135; del mismo autor: “El principio de publicidad...”, art. cit., p. 460.

Como señala ABAL OLIÚ:

*El artículo 22 de la Constitución establece como regla —que debe ser respetada por el legislador al regular el proceso— un mínimo de necesaria publicidad: en los procesos penales debe consagrarse, por lo menos, la publicidad interna.*¹⁵¹

En el mismo sentido afirma GELSI BIDART que dicha disposición significa, muy concretamente, “que el secreto absoluto queda suprimido del proceso penal y, por ende, de todas sus etapas, incluso las preparatorias, en cuanto quedan insertas en él y sin éste carecen de significado”.

El mismo principio emerge del artículo 16 de la Carta en cuanto exige la presencia del defensor en el presumario y en “todas las diligencias sumariales”.¹⁵²

De esas mismas normas puede inferirse que la publicidad debe ser, como regla general, inmediata. Por lo que el legislador puede consagrar —como excepción— una publicidad interna diferida, *pero en ningún caso puede eliminar absolutamente la publicidad interna* (es decir, que aún en esos supuestos excepcionales debe existir al menos publicidad diferida).¹⁵³

En el ámbito internacional se establece el derecho de toda persona “detenida” o “retenida” a ser informada, en el momento de su detención, de las razones de ésta, y notificada, “sin demora, de la acusación formulada contra ella” o del “cargo o cargos formuladas contra ella” (PIDCP, artículo 9, numeral 2.º; CADH, artículo 7, numeral 4.º).

Pero además se establece el derecho de toda persona acusada de un delito —detenida o no— a ser informada, también sin demora, “en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas

¹⁵¹ ABAL OLIÚ: *Derecho procesal civil*, o. cit., t. I, p. 136; del mismo autor: “El principio de publicidad...”, art. cit., p. 460.

¹⁵² Adolfo GELSI BIDART: *Proceso penal. Aproximación al funcionamiento*, Montevideo: FCU, 1997, pp. 93-94. En el mismo sentido: VARELA-MÉNDEZ: o. cit., p. 166.

¹⁵³ Adolfo GELSI BIDART: “Por el principio acusatorio”, en *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, o. cit., p. 451. El autor —en idea que puede considerarse compartida por el resto de la doctrina— fundamenta la legitimidad de la publicidad interna diferida como excepción en los artículos 16, 20 y 22 de la Carta.

de la acusación” (PIDCP, artículo 14, numeral 3.º, literal *a*), a lo que la CADH agrega que esa comunicación debe ser “previa” (artículo 8, numeral 2.º, literal *b*).

Todo lo cual se ve reafirmado con la exigencia general de que la persona acusada sea “oída públicamente” (DUDH, artículo 10; PIDCP, artículo 14 numeral 1.º; CADH, artículo 8 numeral 5.º, “salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”).

Analizando la norma de la Convención Americana de Derechos Humanos señala MINVIELLE que la publicidad en sentido estricto, referida a las partes y con especial referencia al indagado y su defensor, impone un doble deslinde:

- 1) Con relación a los actos definitivos e irreproductibles (v. gr. registro, reconocimiento, reconstrucción, pericia —por ejemplo, autopsia—, inspección, declaración de testigo gravemente enfermo, de avanzada edad o próximo a ausentarse de la República), dada su propia naturaleza y características la intervención defensiva no puede tolerar limitación;
- 2) Con relación a los restantes actos instructorios, nos parece innegable que el principio general que surge de la Convención es la publicidad para las partes, pues no existe ninguna necesidad de preservar la justicia ‘a priori’ y de manera absoluta que lleve a sostener lo contrario.

La excepción será la reserva basada en dicha necesidad que emergerá de las resultancias de cada caso concreto, configurable cuando la intervención defensiva impida a la instrucción alcanzar sus fines o la regular y pronta actuación del órgano jurisdiccional, expresada siempre de manera fundada.

Pero aun en estos casos señala la autora que debe admitirse el “examen a posteriori de los actos instructorios”, o sea, la publicidad “diferida en el tiempo”.¹⁵⁴

Quiere decir que el sistema de normas internacionales coincide puntualmente con el que emerge del sistema constitucional: puede haber excepciones a la regla de la publicidad interna inmediata, fundadas

¹⁵⁴ MINVIELLE: art. cit., pp. 139-140.

en razones de tipo cautelar, pero aún en esos casos debe garantizarse la existencia de una publicidad diferida.

5.7.2. En cuanto a la *publicidad externa*, la Constitución nacional sólo la exige en forma expresa para los casos de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia (artículo 239, numeral 1.º).

Precisamente a partir de esta norma, en ocasiones se ha sostenido la posibilidad de extraer una preferencia general de la Carta por este tipo de publicidad, argumento al que puede añadirse que, como forma de participación ciudadana en la administración de justicia y como instrumento de contralor, la publicidad externa deriva de la “forma republicana de gobierno”, lo que habilita su ingreso directo al elenco de principios constitucionales (artículo 72).¹⁵⁵

Las excepciones a la publicidad externa pueden fundarse también en cuestiones inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno (artículo 72).

Independientemente de ese sustento constitucional, la publicidad externa ha sido consagrada con singular énfasis en la normativa internacional, aunque con ciertas excepciones razonables.

La DUDH consagra en forma genérica el derecho de toda persona “a ser oída públicamente” para el examen de cualquier acusación formulada contra ella (artículo 10).

Este principio es reafirmado por el PIDCP (artículo 14 numeral 1.º), que consagra simultáneamente ciertas excepciones. De acuerdo con esta norma, la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por razones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la

¹⁵⁵ También se ha sostenido que la publicidad —no sólo la interna sino también la externa— es uno de los elementos que forman parte del principio del debido proceso (LANDEIRA: o. cit., p. 125).

publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero “toda sentencia en materia penal [...] será pública”.

Como se advierte, la norma establece de regla una publicidad externa inmediata, regla que admite ciertas excepciones fundadas por motivos razonables (moral, orden público, seguridad, etcétera). Pero aún en estos casos se garantiza la existencia de una publicidad al menos mediata o diferida (al momento del dictado de la sentencia).

También la CADH consagra la regla y excepción, aunque en forma menos detallada (artículo 8, numeral 5.º: el proceso penal “debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”).

En conclusión, tanto del sistema constitucional como de las normas internacionales surge el principio general de la publicidad externa inmediata, con ciertas excepciones razonables en las cuales la publicidad se difiere en el tiempo (pero nunca se elimina totalmente).

5.7.3. Si dirigimos nuestra atención hacia el sistema legislativo vigente, nuestras leyes consagraron un sistema apartado de los textos constitucionales y de las normas internacionales ratificadas por el país, y ese apartamiento se hizo más notorio a partir de la ratificación de la CADH y de su incorporación al derecho interno.

El CIC, como ya vimos, consagraba la reserva de la instrucción hasta la etapa de manifiesto o, al menos, esta era la interpretación del artículo 61 que realizaba la doctrina.¹⁵⁶ En consecuencia, las partes no tenían conocimiento de lo actuado hasta ese momento.

El artículo 113 del CPP, a su turno, consagró la denominada *reserva de la instrucción* hasta el archivo de las actuaciones, salvo resolución fundada del juez que dispusiera el mantenimiento de la reserva cuando,

¹⁵⁶ ARLAS: *Código de Instrucción...*, o. cit., p. 59. Sin embargo, se reconocía que esa disposición no tenía justificación desde que el artículo 16 de la Constitución establece que el defensor tiene derecho de asistir a todas las diligencias del sumario, por lo que “debe o puede conocer el nombre de todas las personas que han prestado declaración” (MORETTI: o. cit., t. II, p. 422).

en mérito a las resultancias del expediente, considerara probable que el presumario pudiera reabrirse en el futuro. Aunque parte de la doctrina y algunos operadores estimaron con buenas razones que esta norma sólo consagraba la reserva externa, la mayoría se inclinó por sostener que la reserva también regía para el indagado, pero no para el Ministerio Público.¹⁵⁷ Esta solución resultaba indudablemente inconstitucional y contrariaba las normas internacionales obligatorias para el país, por violar la exigencia de publicidad interna inmediata antes mencionada y además por resultar contraria al principio de igualdad procesal.

El inciso 2.º del nuevo artículo 113 del CPP establece:

Los indagados y sus defensores tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, salvo resolución fundada del Juez basada en la posible frustración de las pruebas a diligenciar.

Por otra parte, el inciso 4.º dispone que el presumario “tendrá carácter reservado”, reserva que debe cesar en los tres casos mencionados en el inciso 5.º.

Hemos señalado al comentar esta norma:

[...] a pesar de ciertas deficiencias de redacción, *el inciso 2.º consagra el principio de la publicidad interna inmediata*, con excepciones derivadas de la posible frustración de pruebas a diligenciar; mientras que *el inciso 4.º consagra la reserva externa inmediata* (reserva que cesa en los supuestos del numeral 5.º, en los que se consagra una publicidad externa diferida o mediata).

En efecto, el inciso 2.º establece que tanto el indagado como su defensor pueden tener acceso al expediente durante todo el desarrollo del expediente. Quiere decir que, como regla general, el indagado y su defensor deben tomar conocimiento de las actuaciones en el momento de su realización.

[...]

La única excepción es en aquellos supuestos en que pueda frustrarse la prueba a diligenciar (casos en los que, evidentemente, existe una finalidad cautelar).

[...]

¹⁵⁷ COLOMBO: o. cit., pp. 224-225.

En conclusión, y con carácter general, puede decirse que la ley se ajusta al principio de publicidad interna consagrado en las disposiciones constitucionales e internacionales analizadas.

El inciso 4.º establece el carácter reservado del presumario. A nuestro juicio, la armonización de esta norma con lo dispuesto en el inciso 2.º lleva a sostener que el artículo se está refiriendo exclusivamente a la *reserva externa* (*ya que desde la perspectiva interna la regla es la inversa: publicidad*).

De acuerdo a esta interpretación del nuevo artículo 113, el proceso sólo es reservado para los terceros (es decir, para todas las personas que no sean el representante del Ministerio Público, el indagado o su defensor).

Ahora bien: aún esa reserva externa es transitoria. En efecto, de acuerdo al inciso 5.º, esa reserva cesa en tres supuestos:

1. Porque se dictó el auto de procesamiento.
2. Porque se dispone el archivo de las actuaciones.
3. Porque ha transcurrido un año desde el inicio de las actuaciones presumariales.

En este último caso, si transcurrido el plazo de un año se optara por continuar las actuaciones presumariales, “únicamente tendrán carácter reservado las subsiguientes al cumplimiento del plazo”.

Pero “Ninguna actuación podrá tener carácter reservado por más de un año”.

Como señaló el diputado ORRICO en su informe a la Cámara de Representantes, “el carácter reservado del presumario no puede extenderse por más de un año; quiere decir que al año las actuaciones se hacen públicas. En los casos en que el Juez entienda que tienen que seguir las actuaciones, a medida que se va cumpliendo un año, se van haciendo públicas”.

Se trata de supuestos de publicidad externa mediata o diferida (diferida hasta el auto de procesamiento, hasta el archivo o hasta el transcurso de un año de iniciado el presumario).

Y haciendo un balance del régimen consagrado por la nueva ley concluíamos:

Más allá de algunas particularidades que requerirán de un análisis más detallado que el presente, también con carácter liminar corresponde señalar que a pesar de que los incisos 4.º y 5.º de esta norma constituyen un avance en relación con el régimen anterior, el CPP sigue transitando por un camino contrario a la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. En efecto, como tuvimos oportunidad de señalar al analizar el principio de publicidad, esas normas consagran el principio general de la publicidad externa inmediata, con ciertas excep-

ciones debidamente motivadas y ciertamente razonables. En cambio nuestra ley sigue manteniendo el principio opuesto: reserva externa inmediata, salvo las excepciones del inciso 5.º.¹⁵⁸

En las etapas del proceso penal posteriores al presumario, el CPP no estableció claramente cuál es el principio vigente. Sin embargo, generalmente se entendió que a partir del auto de procesamiento cesaba la reserva interna unilateral que se sostenía regía hasta la ley 17 773; por lo que el indagado y su defensor podían tener conocimiento de las actuaciones de allí en adelante (aunque en ocasiones se sostuvo el mantenimiento de la reserva interna unilateral hasta la conclusión del sumario). Por otra parte, como señala ABAL OLIÚ, sea implícitamente o por reglas extraídas por integración a través de la analogía, de los principios generales o de las doctrinas más recibidas se entendió que todo el proceso penal estaba regido por la reserva externa absoluta, con la única excepción de la sentencia y del proceso penal por delitos cometidos a través de medios de comunicación.¹⁵⁹

5.7.4. En los Códigos tenidos en cuenta en este informe la vigencia del principio de publicidad debió compatibilizarse con el encargo de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública al Ministerio Público.

A modo de ejemplo, en esa etapa, el CPP Modelo para Iberoamérica consagra la publicidad interna inmediata con una excepción y la reserva externa absoluta.

Con relación a la publicidad interna se la consagra como regla general, pero se establece la posibilidad de que el Ministerio Público disponga, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. Ese plazo se podrá

¹⁵⁸ GARDERES y VALENTÍN: o. cit., pp. 33-35.

¹⁵⁹ ABAL OLIÚ: “El principio de publicidad...”, art. cit., pp. 463-464.

prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva.

En cambio, con relación a los “extraños” se consagra la reserva externa absoluta de la investigación preparatoria.

5.7.5. En una futura reforma del proceso penal deberán tenerse en cuenta las soluciones comparadas en cuanto a la investigación preparatoria. Es decir, consagrar la publicidad interna inmediata, salvo que ella pudiera entorpecer la actividad investigativa, y la reserva externa absoluta, de modo de evitar las posibles presiones sobre el investigador y la exposición de un investigado respecto del cual aún no existe imputación alguna, aunque esto signifique eliminar para esta etapa las indudables virtudes de la publicidad externa.

Luego de la investigación preparatoria debería consagrarse el principio de la publicidad interna inmediata para todas las etapas del proceso penal, salvo excepciones fundadas en razones cautelares.

Asimismo, debería consagrarse la publicidad externa inmediata de todas las etapas, salvo que por disposición fundada el tribunal disponga la reserva externa por razones de moral, orden público o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes y de la víctima, pero aún en estos casos la sentencia definitiva debe ser pública.

Bibliografía de este apéndice

- ABAL OLIÚ, Alejandro: "Proceso penal 'real' y anteproyecto de nuevo código", en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Universidad, 1991, pp. 107-116.
- ABAL OLIÚ, Alejandro: *Derecho procesal*, t. I, Montevideo: FCU, 1999.
- ARLAS, José: *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Montevideo: CED, 1958.
- ARLAS, José: *Código de Instrucción Criminal. Con notas de legislación, jurisprudencia y explicativas*, Montevideo: CED, 1962.
- ARLAS, José: *Derecho Procesal Penal*, Montevideo: CED, 1963, t. I.
- ARLAS, José: "Derecho procesal: nociones preliminares", en IUPD: *Curso de Derecho Procesal*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. I, pp. 44-52.
- ARLAS, José A.: *Curso de derecho procesal penal*, ed. actualizada y puesta al día por Enrique TARIGO, Montevideo: FCU, 1994, vol. I.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante: *Introducción al proceso*, Montevideo: Idea, 2.^a ed., 1981.
- BARTOLONI FERRO, Abraham: *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, t. 3, Santa Fe: Castellvi, 1950.
- BERTOLINO, Pedro J.: *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Depalma, 1985.
- BERTOLINO, Pedro J.: *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata: Librería Editora Platense, 1992.
- CAFFERATA, José: "La reforma procesal en América Latina", en *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Surcos, 1999, pp. 183-197.
- CARBALLA, Juan B.: "Prólogo a la primera edición del Código Penal anotado", incluido en el *Código Penal de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi*, Montevideo: FCU, 4.^a ed., 1996, pp. 11-24.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: "Teoría de la norma procesal", en *Cuaderno de los Institutos Procesales de Córdoba*, n.º 121, Córdoba: Universidad Nacional De Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, pp. 7-38.
- CHACÓN CORADO, Mauro Roderico: "El debido proceso y su protección constitucional", en *RUDP* n.º 1, 1988, pp. 28-37.
- COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires: Depalma, reimp., 1978.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo: "Informe nacional" correspondiente a Uruguay, en Julio B. J. MAIER, Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK (coords.): *Las reformas procesales penales en América Latina*, 1.ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 719-768.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México: UNAM, 1974.
- GARDERES, Santiago, y Gabriel VALENTÍN: *El nuevo régimen del presuntorio*, Montevideo: FCU, 2005.
- GELSI BIDART, Adolfo: "De leyes inexistentes que se aplican", en *RUDP* n.º 3, 1985, pp. 251-252.
- GELSI BIDART, Adolfo: "El Instituto y el Código del Proceso Penal", en IUDP: *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo: FCU, 1981, pp. 7-17.
- GELSI BIDART, Adolfo: "Por el principio acusatorio", en *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Punta del Este: FCU, 1987, pp. 437-459.
- GELSI BIDART, Adolfo: "Enfoque de la ejecución penal en el ante-proyecto para Uruguay (1990)", en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Universidad, 1991, pp. 93-95.
- GELSI BIDART, Adolfo: *Proceso penal. Aproximación a los fundamentos*, Montevideo: FCU, 1996.
- GELSI BIDART, Adolfo: *Proceso penal. Aproximación al funcionamiento*, Montevideo: FCU, 1997.
- GREIF, Jaime: "Constitución y proceso penal. Hacia un nuevo proceso penal", en *Jornadas de Derecho Procesal, 1985*, Montevideo: FCU, 1986, vol. II, pp. 129-137.
- GREIF, Jaime: *Manual de derecho procesal penal*, Montevideo: FCU, 1997.
- GROS ESPIELL, Héctor: "Los Tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", en *RUDP*, n.º 2, 1987, pp. 165-174.
- HITTERS, Juan Carlos: "Influencia del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho interno", en *RUDP* n.º 2, 1993, pp. 275-288.
- JARDÍ ABELLA, Martha: "Anteproyecto de Código del Proceso Penal (La efectiva aplicación de los principios nacionales e internacionales sobre derechos humanos y organización de la instrucción)", en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo: Universidad, 1991, pp. 97-106.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.: "Tratamiento que tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional Español otorgan a la garantía procesal del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en *RUDP* n.º 3, 1985, pp. 258-275.

- LORCA NAVARRETE, Antonio M.: "La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional Español", en *RUDP* n.º 3, 1986, pp. 225-234.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.: "El proceso penal como sistema de garantías constitucionales", en *RUDP* n.º 1, 1991, pp. 24-26.
- LLOBET R., Javier: "La Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el derecho costarricense", en *RUDP* n.º 1, 1991, pp. 20-23.
- MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, t. I, vol. B, Buenos Aires: Hammurabi, 2.ª ed., 1989.
- MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín, Buenos Aires: Ejea, 1951.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge: "Disposiciones generales. Norma procesal penal y acciones", en *IUDP: Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo: FCU, 1981, pp. 41-54.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge: "Reflexiones sobre el proceso penal, en una visión constitucional", en *RUDP* n.º 4, 1996, pp. 681-689.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge: "A la búsqueda de un Código perdido (En apoyo de un Código conforme a los lineamientos previstos en la Constitución y que asegure la vigencia de los derechos humanos)", *RUDP* n.º 1, 2002, pp. 107-114.
- MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo", en *RUDP* n.º 2, 1987, pp. 124-164.
- MORELLO, Augusto Mario: "Couture y el moderno derecho procesal constitucional. Su tiempo y el nuestro", en *RUDP* n.º 1, 1987, pp. 9-14.
- MORETTI, Raúl A.: *Procesal penal* (2 t.), Montevideo: Oficina de Apuntes del CED, s/f.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada: "Influencia do Código de Processo Penal Modelo para Iberoamérica na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias como os sistemas italiano e brasileiro", en *RUDP* n.º 2, 1992, pp. 243-259.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona: Bosch, 3.ª ed., 1993.
- RISSO FERRAND, Martín: *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo: FCU, 2.ª ed. ampliada y actualizada, 2006.
- SENTÍS MELENDO, Santiago: *In dubio pro reo*, Buenos Aires: Ejea, 1971.
- SOSA, Gualberto Lucas: "El Congreso Internacional de Roma: un Código Tipo de Proceso Penal para la América Latina (11/13 setiembre 1991)", en *RUDP* n.º 2, 1991, pp. 316-341.

- SUPERTI, Héctor, "Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos", 1.ª ed., Juris, Rosario, 1998.
- SUPERTI, Héctor Carlos: "La garantía constitucional del juez imparcial", en Adolfo ALVARADO VELLOSO y Óscar A. ZORZOLI (dirs.): *El debido proceso*, Buenos Aires: Ediar, 2006, pp. 313-363.
- TARIGO, Enrique: *Lecciones de derecho procesal civil*, t. I, Montevideo: FCU, 4.ª ed., 2003.
- TOMMASINO, Armando: *Principios, derechos y garantías en el proceso. Ejecución penal*, Montevideo: FCU, 2.ª ed., 1990.
- TOMMASINO, Armando: *Pacto de San José y proceso penal uruguayo*, Montevideo: FCU, 1.ª reimp., 1992.
- TOMMASINO, Armando: "Hacia el nuevo proceso penal (Apuntes sobre el proyecto de Código del Proceso Penal y las Bases de la Comisión de Seguridad Pública)", en *LJU*, t. 111, <www.lajusticiauruguay.com.uy>.
- VARELA-MÉNDEZ, Edgar J.: "Las garantías constitucionales del proceso penal", en *RUDP* n.º 2, 1986, pp. 160-169.
- VARI, Massimo: "Giustizia costituzionale e tutela de i diritti fondamentali", en *RUDP* n.º 4, 1997, pp. 465-474.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Estudios de derecho procesal penal*, t. II, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1956.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires: Lerner, 2.ª ed., 1969.
- VÉSCOVI, Enrique: "La garantía de igualdad frente al proceso", en *Revista Procesal de México*, año 3, n.º 2, 1973, pp. 93-106.
- VÉSCOVI, Enrique: *Derecho procesal civil*, t. I, Montevideo: Idea, 1974.
- VÉSCOVI, Enrique: "La imparcialidad del juzgador y la acumulación de la función de instrucción y sentencia en el mismo tribunal", en *RUDP* n.º 3, 1988, pp. 417-428.
- VÉSCOVI, Enrique: "Principios constitucionales del proceso", en *RUDP* n.º 3, 1989, pp. 298-308.
- VÉSCOVI, Enrique: *Manual de derecho procesal*, Montevideo: Idea, 1991.
- VÉSCOVI, Enrique: "Las nuevas tendencias del Procesal Penal Iberoamericano y el Código de Procedimiento Penal recientemente aprobado", en *RUDP* n.º 2, 1997, pp. 253-254.
- VIERA, Luis: "El proceso penal y el Código Modelo para Iberoamérica", en *RUDP* n.º 4, 1991, pp. 450-455.
- VIERA, Luis Alberto, y Adolfo GELSI BIDART: "Presentación del ante-proyecto Código del Proceso Penal", en *LJU*, t. 101, en <www.lajusticiauruguay.com.uy>.

Apéndice II

La prisión preventiva

1. Orientación general

1.1. LA TENDENCIA REFORMISTA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los nuevos sistemas procesales penales de la región, caracterizados por la implementación de un modelo acusatorio que distingue claramente los roles de acusar y juzgar, consagran en términos generales un sistema de prisión preventiva basado en la finalidad cautelar, afirmando en primer término el derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal y la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, que se regula como una medida cautelar y no como una pena anticipada (lo que se proyecta incluso en los capítulos respectivos, titulados “medidas cautelares” o “de aseguramiento”).

A vía de ejemplo, pueden citarse —entre otros— los siguientes modelos legislativos, a cuyas soluciones se hará referencia en el desarrollo de este capítulo: el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPP Modelo, artículos 3, 196, 202 ss., 208 ss.), el nuevo Código Procesal Penal chileno (CPP Chile, artículos 139, 140, 141 ss.), el Código Procesal Penal de la provincia argentina de Chubut (artículo 7, 20, 212, 220 ss.), la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim, artículos 503, 504 ss.), el Código Procesal Penal de Costa Rica (CPP Costa Rica, artículos 238, 239 ss., 257 ss., 260), el nuevo Código Procesal Penal paraguayo (CPP Paraguay, artículos 112, 235, 236 ss., 242 ss., 252, 136), etcétera.

En esa línea de ideas, resulta prioritario establecer una serie de *principios* relacionados con la prisión preventiva, contemplados en general en los sistemas de derecho comparado más modernos, a saber:

- el principio de inocencia (o estado de inocencia);
- el debido proceso legal (*nulla poena sine iudicio*);
- el principio de libertad (derecho del imputado a permanecer en libertad durante el trámite del proceso penal);
- el carácter excepcional de la prisión preventiva;
- su naturaleza cautelar, que sólo justifica la privación de libertad para asegurar la eficacia del proceso penal (cumplimiento de la condena —evitando el riesgo de fuga—, aseguramiento de pruebas);
- el derecho a un proceso de duración razonable;
- el derecho al cese de la prisión preventiva por extinción de los requisitos o presupuestos que la justifican, o por su duración excesiva;
- el derecho del imputado privado de su libertad, a ser recluido en condiciones que permitan diferenciarlo de los condenados;
- el principio de imparcialidad y el derecho a que el juez que decreta la prisión preventiva no participe en la decisión de mérito (sentencia definitiva).

A. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Ese es, por otra parte, el modelo que impone la Constitución de la República, en tanto consagra el debido proceso legal como sustento de la pena (artículo 12: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”). Lo que permite afirmar que *la privación de libertad durante el proceso penal no puede constituir un anticipo de la pena a recaer*, pues en ese caso se estaría aplicando una pena o confinamiento sin forma de proceso y sentencia legal.

Por lo que en el marco constitucional, la prisión preventiva sólo puede asumir la esencia de una medida cautelar, para lo cual deberá adecuarse a los fines que caracterizan este tipo de medidas.

Podría plantearse la duda, sin embargo, respecto a los delitos penados con mínima de penitenciaría, en la medida en que, según una corriente de interpretación, el artículo 27 de la Constitución determinaría en ese caso la *necesaria* privación de libertad durante el proceso penal (prisión preventiva), con independencia de todo eventual fundamento cautelar. Sin embargo, no es esa la interpretación adecuada al sistema constitucional, conforme al cual —como vimos— “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”. En realidad, el artículo 27 regula aspectos atinentes a la libertad provisional y no específicamente a la prisión preventiva, es decir, no establece en qué supuestos debe el Juez disponer la prisión preventiva, sino que consagra la potestad de los Jueces de poner al acusado en libertad “en toda causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría”. Esa potestad constitucional no admite limitación legal, como lo advierten algunos autores, y —lo que es más importante en nuestra opinión— no debe interpretarse la norma constitucional a *contrario sensu* para concluir que el Juez no puede poner en libertad al acusado cuando el delito imputado tiene previsto una pena mínima de penitenciaría, pues tal interpretación sería contraria a los principios constitucionales ya enunciados y supondría admitir la privación de libertad como pena anticipada.

Afortunadamente, aquella conclusión a que hicieramos referencia, conforme a la cual la prisión preventiva sería una medida necesaria respecto a delitos penados con mínima de penitenciaría, viene siendo revisada recientemente por nuestra jurisprudencia, como se observa en algunos trascendentes fallos,¹⁶⁰ en un sentido acorde a la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹⁶⁰ Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7.º turno, de fecha 29 de mayo de 2007, publicada en *RUDP* n.º 2, 2006; y su antecedente inmediato, sentencia n.º 190/98 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 18.º turno, publicada en *RUDP* n.º 3, 2005. Se concluye en el primero de los citados fallos: “[...] el artículo 27 de la Constitución debe ser leído e interpretado a la luz de la normativa internacional aprobada por nuestro estado y los demás derechos consagrados en la Carta. Por ello, resulta claramente compartible la conclusión a la que arribara la Dra. Landeira cuando sostuvo que el artículo ‘27 debe ser interpretado en forma armónica y sistemática con los artículos 7, 12 y 26 de la Carta, atendiendo también al contenido cautelar que les es propio [...]”

Por lo que en nuestro concepto no existen fisuras en la lectura constitucional referida, que lleva a concluir que *la prisión preventiva sólo puede admitirse en el marco constitucional como una medida cautelar*.

La prisión preventiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra expresamente en su artículo 8.º el *principio de inocencia*, y en el artículo 7.º establece que *toda persona “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”*, en clara alusión a la prisión preventiva.

La reforma del sistema legal de prisión preventiva debe estructurarse a partir de las garantías consagradas en la Constitución y en la CADH, que se concretan en el debido proceso legal como presupuesto de la aplicación de una pena, y en el principio de inocencia, lo que determina que la privación de libertad durante el trámite del proceso sólo puede admitirse como una medida cautelar.

A lo que se agrega la referencia expresa de la CADH al derecho a un proceso de duración razonable como fundamento de la excarcelación, lo que ha sido invocado en un informe reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para formular sus conclusiones y recomendaciones referidas a la modificación del marco legal vigente en nuestro país en materia de prisión preventiva.¹⁶¹

El sistema legal de la prisión preventiva

Nuestro *marco legal*¹⁶² en materia de prisión preventiva no se adecua a las garantías y principios enunciados, y existe consenso general en cuanto a que:

En su mérito, la prolongación de la prisión preventiva, provocada por una anómala o irrazonable duración del proceso, si ya no existen fines procesales a precaver en el juicio, se convierte en la aplicación de una pena anticipada, expresamente prohibida por el artículo 12 de la Carta, puesto que la ausencia de riesgos que justifiquen el mantenimiento de la cautela hace decaer la *presunción* del artículo 27¹ (resolución 190/98 ya citada).¹⁶¹

¹⁶¹ Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12 553.

¹⁶² Nos remitimos al informe sobre las normas vigentes, elaborado en el marco de este proyecto.

- En función de una regla —no formulada expresamente pero que se ha inducido *a contrario*— la prisión preventiva es *la regla*, y no la excepción, en el sistema legal uruguayo;
- las causales que habilitan o imponen al juez a decretar la prisión preventiva, no reflejan una finalidad cautelar sino que, en términos generales, constituyen un *adelantamiento de la pena*, criterio que se refleja asimismo en la regulación de la libertad provisional y en las circunstancias que habitualmente se invocan para denegarla;
- en particular, la causal regulada como “grave alarma pública” constituye, por su formulación y/o su interpretación judicial, un concepto de gran indeterminación que evade la esencia cautelar del instituto;
- el juez puede decretar la prisión preventiva *de oficio*, aun sin pedido fiscal (solución ajena al modelo acusatorio);
- no existe regulación legal en cuanto a la duración de la prisión preventiva, más allá de la invocación de la CADH en algún caso;
- en la realidad no existe diferenciación en las condiciones de reclusión de imputados y condenados, violando la disposición del artículo 4.º del decreto ley 14.470 y diversas normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el país;
- las denegaciones de libertad provisional suelen estar fundadas, aunque sea en forma implícita, en consideraciones ajenas a la naturaleza cautelar que debería caracterizar a esta medida;
- el juez que decreta la prisión preventiva, es el mismo que habrá de dictar la sentencia definitiva, lo que conspira contra *la garantía de imparcialidad* de acuerdo con los criterios internacionales y a nuestras propias normas constitucionales (ver capítulo sobre Normas procesales penales, sobre Principio de imparcialidad);
- el sistema de medidas alternativas a la prisión preventiva evade en muchos aspectos la finalidad cautelar.

2. Características del sistema proyectado

La reforma del proceso penal en materia de prisión preventiva debería adecuarse a los principios enunciados, que permiten construir un sistema con las siguientes características:

- Reafirmación del *principio de inocencia* y del derecho del imputado a permanecer en libertad durante la tramitación del proceso penal.
- Naturaleza *excepcional* de la prisión preventiva: se conecta con el punto anterior, por lo que se recomienda incluir una referencia en tal sentido en el capítulo de principios, lo que resultará conveniente como criterio de interpretación (CPP Modelo, artículo 3.º; CPP Chile, artículo 5.º).
- Naturaleza *cautelar* de la prisión preventiva: también conectado con los puntos anteriores, se refleja principalmente en la enunciación de las circunstancias que habilitan al juez a disponer esta medida (CPP Modelo, artículo 196).
- Debe eliminarse la categoría de “delitos inexcusables”: toda medida cautelar es, por definición, esencialmente revocable, y debe cesar si las circunstancias (fundadas en razones cautelares) ya no la justifican, o si la duración excesiva de la medida la convierte en una pena anticipada. Criterio avalado por la jurisprudencia reciente sobre el punto, a nivel nacional e internacional (informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), e interpretación jurisprudencial del artículo 27 de la Constitución de la República.¹⁶³
- Por los mismos fundamentos, la prisión preventiva no puede ser en ningún caso una medida necesaria o preceptiva en función exclusiva del delito imputado, sino que debe fundarse en todo

¹⁶³ Ver nota n.º 1.

- caso en una finalidad cautelar, y debe cesar cuando se extingue el referido fundamento cautelar.
- También deberá eliminarse la noción de “grave alarma pública” como fundamento de la prisión preventiva, por no adecuarse a la naturaleza cautelar del instituto.
 - Principio acusatorio: la prisión preventiva sólo procede a pedido del Ministerio Público, no procede de oficio (CPP Chile, artículo 140).
 - Duración de la prisión preventiva: se establecen límites a la duración de la prisión preventiva, conectados con la propia duración de la medida y con la duración del proceso (*derecho a un proceso de duración razonable*), siguiendo los lineamientos del CPP Modelo (artículo 208), CPP Chile (artículo 152), CPP Paraguay (artículo 136 y 252), CPP Costa Rica (artículo 257), y las recomendaciones recientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 - Autonomía: la prisión preventiva debe regularse como típica medida cautelar, que puede disponerse en cualquier momento del proceso siempre que se den las circunstancias previstas legalmente, y no se conecta conceptualmente con el “auto de procesamiento” (cuya supresión también se analiza siguiendo los lineamientos del CPP Chile).
 - Procedimiento: se adopta *en audiencia*, con presencia del imputado, su defensor y el Ministerio Público, alegándose los hechos en que se funda la solicitud y aportándose las pruebas pertinentes, posibilitando en ese marco el derecho de defensa (alegación y pruebas de la defensa). Se sigue en este punto el modelo del CPP Chile (artículo 142).
 - Revisión: resulta conveniente establecer el deber judicial de revisar la medida en audiencia con presencia del indagado, su defensor y del Ministerio Público, en forma periódica (CPP Modelo, artículo 219; CPP Chile, artículo 145; CPP Costa Rica, artículo 253; CPP Paraguay, artículo 250).

- Medidas alternativas: debe consagrarse un sistema de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, que en todo caso deben reflejar la naturaleza cautelar que las justifica (en función de la finalidad que persiguen) y no pueden constituir un adelantamiento de la pena (CPP Modelo, artículo 209; CPP Chile, artículo 155; CPP Paraguay, artículo 245).

3. Descripción del sistema proyectado

3.1. PRINCIPIOS VINCULADOS

- Principio de *inocencia*.
 - Derecho a la *libertad*, naturaleza excepcional de la prisión preventiva, criterio interpretativo (restrictivo) de las disposiciones que autorizan a limitar el derecho a la libertad del imputado: CPP Modelo, artículo 3.º; CPP Chile, artículo 5.º.¹⁶⁴
 - Función *cautelar* de la prisión preventiva: sólo procede cuando resulte absolutamente indispensable para los fines del proceso, CPP Modelo, artículo 196; CPP Chile, artículos 122 y 139; CPP Paraguay, artículo 234.¹⁶⁵

¹⁶⁴ CPP Modelo: “Artículo 3.º. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades [...]”.

CPP Chile: “Artículo 5.º. [...] Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

¹⁶⁵ CPP Modelo: “Artículo 196. Finalidad y alcance. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley”.

- Tratamiento del imputado: diferenciado del penado (CPP Modelo, artículo 217; CPP Chile, artículo 150; CPP Paraguay, artículo 254).¹⁶⁶
- Deber de *motivación del fallo*: la resolución que dispone la prisión preventiva debe estar fundada expresamente en alguna de las circunstancias que habilitan legalmente a adoptar esa medida (función cautelar).
- Principio *acusatorio*: Corresponde al Ministerio Público (o titular de la acción) solicitar esta medida, no procede de oficio (Constitución de la República, artículo 22; CPP Chile, artículo 140).¹⁶⁷
- Derecho a un proceso de *duración razonable*: conexión con la duración de la prisión preventiva y su cese por duración excesiva del proceso y/o por duración excesiva de la privación de libertad (CPP Modelo, artículo 208).¹⁶⁸
- Principio de *proporcionalidad*. En general se relaciona con la pena prevista para el delito imputado (CPP Modelo, artículo 208; CPP Chile, artículo 152; CPP Paraguay, artículo 252¹⁶⁹).

¹⁶⁶ CPP Modelo: “Artículo 217. Tratamiento. El encarcelado preventivamente será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados a pena privativa de libertad, o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos, y tratados en todo momento como inocentes, que sufren la prisión con el único fin de asegurar el desarrollo correcto del procedimiento penal”.

¹⁶⁷ CPP Chile: “Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. [...] el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva [...]”

¹⁶⁸ CPP Modelo: “Artículo 208. Cesación del encarcelamiento. La prisión preventiva finalizará: [...] 3) Cuando su duración exceda de un año [...]”. La misma solución consagra el CPP Costa Rica, artículo 257 inciso c.

¹⁶⁹ CPP Modelo: “Artículo 208. La prisión preventiva finalizará: [...] 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada [...]”. CPP Chile: “Artículo 152. [...] En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto

A pesar de que este criterio se mantiene en los nuevos modelos vigentes en la región, en un enfoque sistemático la proporcionalidad debería analizarse no en función del delito imputado, sino de las circunstancias que habilitan a adoptar la medida (finalidad cautelar).

- Principio de *imparcialidad*: el tribunal que decreta la prisión preventiva y recibe la prueba sobre las razones que justifican tal medida, no es el mismo que juzga sobre el fondo (sentencia definitiva).
- Información al imputado y difusión de sus derechos en centros de detención y oficinas vinculadas al sistema penal (CPP Chile, artículo 137).

3.2. CIRCUNSTANCIAS QUE HABILITAN A ADOPTAR ESTA MEDIDA (REQUISITOS):

En función de los principios y características del sistema propuesto, señalamos a continuación los presupuestos y requisitos para disponer la prisión preventiva:

- Pedido fiscal (o del titular de la acción) (CPP Chile, artículo 140).
- Antecedentes que justifiquen la existencia del delito.
- Antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación como autor, coautor o cómplice en ese delito.

existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia con el fin de considerar su cesación o prolongación”. CPP Paraguay: “Artículo 252. La prisión preventiva será revocada: [...] 2. Cuando su duración supere o equivalga al mínimo de la pena prevista, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de la condena”.

- La existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular (en método contradictorio y con plenas garantías de defensa), acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (*peligro de fuga*) u obstaculizará la averiguación de la verdad (*peligro de obstaculización*).¹⁷⁰
- Enunciación de las circunstancias que habilitan a considerar configurados tales requisitos:
 - *Peligro de fuga* del imputado (fundado en circunstancias concretas, que pueden vincularse a la gravedad o duración de la pena prevista para el delito imputado, pero que admiten prueba en contrario). Para decidir que existe peligro de fuga del imputado, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias (CPP Modelo, artículo 203; CPP Paraguay, artículo 243):¹⁷¹
 - La falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
 - La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;
 - La importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él;¹⁷²
 - El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la jurisdicción penal.

¹⁷⁰ Cf. CPP Modelo, artículo 202.

¹⁷¹ Se sigue en la enumeración de las circunstancias el CPP Paraguay, artículo 243, que recoge la solución prevista en el CPP Modelo (artículo 203).

¹⁷² La inclusión de esta circunstancia como indicativa del peligro de fuga resulta criticable, por cuanto puede contrariar el principio de inocencia.

- *Peligro de obstaculización.* Sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba, o cuando existieren las mismas sospechas graves y fundadas de que pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (artículo 140, CPP Chile).¹⁷³

El CPP Chile (artículo 140) incluye entre las circunstancias que habilitan a decretar la prisión preventiva, la existencia de antecedentes que permitan al tribunal considerar “[...] que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”.¹⁷⁴ Desde una perspectiva sistemática el criterio no resulta plenamente compartible, toda vez que no revela un auténtico fin cautelar referido a la eficacia del proceso en cuestión, sino que se funda en un pronóstico de conducta futura basado en la *probabilidad de reincidencia delictiva* (derecho penal de autor).

En un interesante fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se concluye en minoría que una previsión similar *atenta contra el principio constitucional de inocencia*, cuando se somete al imputado a prisión preventiva con fundamento en la probabilidad de que cometa nuevos delitos.¹⁷⁵ Como vimos, el CPP Modelo, el CPP Chubut y el

¹⁷³ En términos similares, CPP Modelo, artículo 204: “PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsa mente o se comporten de manera desleal o reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El CPP Paraguay recoge en su artículo 244 la misma redacción.

¹⁷⁴ El CPP Costa Rica contiene una previsión similar aunque de mayor generalidad, al disponer en su artículo 239 inciso *b* que podrá decretarse la prisión preventiva cuando exista una presunción razonable acerca de que el imputado “continuará la actividad delictiva”.

¹⁷⁵ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Estados Unidos de América v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), discordia de los Jueces Marshall y Brennan. Disponible en <www.findlaw.com>.

CPP Paraguay, para mencionar sólo tres ejemplos, no contienen una norma similar al regular los fundamentos de la prisión preventiva; por lo que, en nuestro concepto, se adecuan mejor al marco cautelar que justifica la privación de libertad durante el proceso.

No consideramos conveniente, en definitiva y por los fundamentos expuestos (principio de inocencia), una referencia similar a la del artículo 140 del CPP Chile con relación a la peligrosidad como fundamento de la prisión preventiva. No obstante, debe tenerse presente que algunas legislaciones contemplan estas circunstancias (peligrosidad, riesgo para la sociedad o para la víctima) como fundamento de la prisión preventiva, por lo que a continuación y a vía de ejemplo se detalla la regulación sobre el punto en el CPP Chile.

En ese sentido, y en relación con las circunstancias referidas, el CPP Chile establece lo siguiente:

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.¹⁷⁶

¹⁷⁶ CPP Chile, artículo 140.

3.3. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN O LIMITAN LA PRISIÓN PREVENTIVA

En un planteo acorde con los principios enunciados al inicio de este capítulo, y siguiendo los lineamientos de los modelos consultados, no podrá decretarse la prisión preventiva en los siguientes casos:

En función de la pena prevista para el delito imputado (penas no privativas de libertad).

En función de la edad del imputado o de su estado de salud, embarazo o lactancia. Si correspondiere, podrá en esos casos decretarse el arresto domiciliario.¹⁷⁷ Las circunstancias descritas pueden excluir de plano la prisión preventiva (CPP Paraguay, artículo 238; CPP Costa Rica, artículo 260, con relación a personas de avanzada edad o afectadas por una enfermedad grave y terminal), o constituir una causal de especial consideración para determinar la eventual sustitución de la prisión por otra medida menos gravosa como el arresto domiciliario (CPP Costa Rica, artículo 260, con relación a las mujeres en estado avanzado de gravidez o con un hijo menor de tres meses de edad). Nuestro sistema legal vigente¹⁷⁸ contempla estas circunstancias para habili-

¹⁷⁷ El CPP Paraguay, artículo 238, dispone al respecto: “No se podrá decretar la prisión preventiva de personas mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario”. El CPP Costa Rica, artículo 260, contiene una regulación similar aunque con algunas variantes: “No se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias, si el tribunal estima que, en caso de condena, no se les impondrá pena mayor a cinco años de prisión. Tampoco se decretará en relación con personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. En estos casos, si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arresto domiciliario o la ubicación en un centro médico o geriátrico. Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo”.

¹⁷⁸ Ley 17 897, artículos 8 y 9.

tar al juez a disponer el arresto domiciliario como medida sustitutiva a la prisión preventiva, cuando se trate de personas mayores de 70 años (con exclusión de determinados delitos), mujeres durante los últimos tres meses de gravidez o durante los primeros tres meses de lactancia materna (previo informe del ITF), enfermedad grave que haga evidentemente perjudicial la internación inmediata en prisión (previo informe pericial). La diferencia respecto del sistema previsto en las legislaciones citadas (fundamentalmente, el CPP Paraguay y el CPP Costa Rica), radica en que éstas *excluyen de plano* la prisión preventiva en algunas de las circunstancias referidas (edad avanzada —aunque el CPP Costa Rica lo sujeta a otra condición relativa a la duración de la pena—, enfermedad grave o terminal, embarazo o lactancia —CPP Paraguay—), mientras que nuestro actual sistema legal prevé que en esos casos el juez *podrá* decretar el arresto domiciliario en sustitución de la prisión preventiva (sistema facultativo, no preceptivo).

Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social (CPP Chile, artículo 141).

3.4. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva debe cesar en los siguientes supuestos, que hemos organizado en función de las variables a considerar:

- Por su duración:
 - cuando la prisión preventiva excediere *la mitad de la pena* que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia de condena (CPP Chile, artículo 152, aunque no impone el cese sino que ordena la citación a audiencia para considerar su cese o prolongación), o cuando su duración supere o equivalga a la *pena mínima* prevista en la ley para el delito imputado (CPP Paraguay, artículo 236); o —en fin— cuando

su duración supere o equivalga a *la condena* que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada (CPP Modelo, artículo 208; CPP Costa Rica, artículo 257).¹⁷⁹

- cuando ha adquirido las características de una pena anticipada o ha provocado limitaciones que exceden las imprescindibles para evitar la fuga del imputado (CPP Paraguay, artículo 252.4);
- cuando supere determinado *plazo fijo*:
 - previsto para la duración de la prisión preventiva (CPP Modelo, artículo 208: un año; CPP Costa Rica, artículo 257: doce meses; CPP Paraguay, artículo 236: 2 años);
 - previsto para la duración del proceso principal, argumento fundado en el derecho a un proceso de duración razonable (CPP Paraguay, artículo 136: 3 años contados desde el primer acto del procedimiento).
- Por extinción de las circunstancias que la justifican. Este punto puede conectarse con el control periódico de la justificación de la medida, en audiencia con presencia de todos los involucrados (CPP Chile, artículo 145, cada seis meses; CPP Paraguay, artículo 250).
- Por el advenimiento de las circunstancias que obstan a la prisión preventiva (referidas en el apartado anterior: edad avanzada, grave enfermedad, gravidez o lactancia).

¹⁷⁹ Indudablemente el sistema paraguayo es el más objetivo y en consecuencia genera un menor riesgo de pérdida de imparcialidad del juez, ya que el cese de la prisión preventiva no depende de su propia valoración acerca de la entidad de la pena a recaer sino de la simple aplicación del mínimo legal aplicable de acuerdo con la calificación jurídica que habrá realizado el propio actor; aunque resulta conveniente complementar la fórmula legal con la referencia prevista en el CPP Modelo, en cuanto éste tiene en cuenta “la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada”.

- Conectado con el trámite o procedimiento: la prisión preventiva debería cesar automáticamente cuando no se deduce acusación dentro de un plazo razonable, como ocurre en materia civil con las medidas cautelares adoptadas como diligencia preparatoria. El CPP Chile (artículo 247) contempla un plazo de dos años para el cierre de la investigación preliminar (que puede aparejar la prisión preventiva) y posterior acusación, decretándose el sobreseimiento definitivo en la causa (que apareja el término de la prisión preventiva) en caso de que el fiscal no formule acusación en el plazo que se indica en la ley.

3.5. TRÁMITE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En cuanto al trámite de la prisión preventiva, se proponen las siguientes pautas estructurales o de procedimiento:

- La prisión preventiva debe decretarse siempre a pedido de parte.
- Puede solicitarse durante la investigación preliminar o en cualquier etapa del proceso.
- No se conecta conceptualmente con el “auto de procesamiento”.
- Se plantea y resuelve *en audiencia*, con plenas garantías de defensa para el imputado que incluyen el *derecho a la prueba*. En este punto, consideramos que la privación de libertad sólo puede fundarse en pruebas recogidas con plenas garantías del contradictorio, y no en pruebas recogidas en forma reservada o unilateral por el Ministerio Público, salvo excepciones fundadas en la eficacia de la diligencia probatoria (y con el control del juez de garantías). El CPP Chile (artículo 142) establece un procedimiento en audiencia para la decisión de la solicitud de prisión preventiva, que asegura razonablemente el derecho de defensa; el CPP Paraguay (artículo 242) establece que podrá decretarse la prisión preventiva “después de ser oído el imputado”, al igual que el CPP Modelo (artículo 202).

- El juez que decide sobre la privación de libertad, no debe intervenir en el plenario o debate oral (en general, se confiere esta potestad al juez de garantías).

3.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

La finalidad cautelar que justifica la prisión preventiva puede determinar la conveniencia de aplicar otras medidas menos gravosas, igualmente cautelares, alternativas a la prisión.

Los sistemas procesales penales más modernos de la región contemplan esta alternativa, y a diferencia del sistema legal vigente en nuestro país limitan estas medidas a lo estrictamente necesario para preservar la finalidad cautelar que las justifica, sin desnaturalizar su esencia (lo que ocurre en nuestra legislación en cuanto a distintas medidas que, en esencia, constituyen un adelantamiento de pena).¹⁸⁰

Se considera conveniente, en consecuencia, implementar un sistema similar al previsto en el CPP Modelo (artículo 209), inspirado en una finalidad típicamente cautelar, cuya regulación se transcribe a continuación: “Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión (artículo 202), alguna de las alternativas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;

¹⁸⁰ Las referencias a nuestro sistema legal en materia de medidas alternativas a la prisión preventiva corresponde fundamentalmente a la ley 17 726 y a la ley 17 897 (artículos 8 y 9: prisión domiciliaria).

3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;
4. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad”.

En términos prácticamente idénticos regula este punto el CPP Paraguay (artículo 245), el CPP Chile (artículo 155, aunque presenta algunas variantes respecto del régimen del CPP Modelo), el CPP Costa Rica (artículo 244, también con ligeras variantes respecto del CPP Modelo).

4. Conclusiones

El sistema de prisión preventiva constituye uno de los ejes de cualquier reforma procesal penal, en la medida en que conlleva una limitación al derecho de libertad y se traduce, en los hechos y más allá de la categoría jurídica que corresponde asignarle, en una auténtica pena para el imputado, con una clara proyección social estigmatizante.

En ese marco, la privación de libertad durante el proceso penal, si bien no puede suprimirse en forma absoluta, debe limitarse de modo tal de asegurar la vigencia de principios fundamentales, como el del debido proceso y el de inocencia, conforme a los cuales “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”, y “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

De modo que la prisión preventiva no puede justificarse, en el marco constitucional y de los derechos humanos, como una pena, sino y exclusivamente como una medida cautelar. Lo que supone afirmar que sólo puede admitirse la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar su presencia durante el proceso y la eventual ejecución de la sentencia de condena (evitando el “peligro de fuga” del imputado), o el normal desarrollo del proceso penal y de la actividad probatoria en particular (evitando el “peligro de obstaculización” de la prueba). Algunos sistemas legales comprenden entre los fines de la prisión preventiva la seguridad de la sociedad o del ofendido en particular (CPP Chile, por ejemplo).

Toda otra circunstancia que se pretenda invocar como fundamento de la prisión preventiva retoma inexorablemente la senda de la pena anticipada, contraria a los postulados constitucionales.

La legislación vigente en materia de prisión preventiva se aparta claramente de esos postulados y regula la prisión preventiva como una auténtica pena anticipada, desconectada en general del marco cautelar que la justifica desde una perspectiva constitucional.

Los tratados internacionales celebrados por nuestro país, y en particular la CADH, imponen un cambio necesario en la regulación legal de la prisión preventiva, y así resulta de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un reciente informe al que se hizo referencia.¹⁸¹ La tendencia reformista en la región ha procurado adecuar el sistema de prisión preventiva a los postulados de la CADH, regulando la prisión preventiva como una auténtica medida cautelar, y por esa senda debería transitar la reforma de nuestro proceso penal, recogiendo las soluciones del CPP Modelo (seguido por el CPP Costa Rica), del CPP Chile y del reciente CPP Paraguay, entre otros modelos de la región.

En esencia, un sistema de prisión preventiva basado en el modelo acusatorio representa un cambio significativo en el *fundamento* de la prisión preventiva, que se mantiene como un instrumento al servicio de los fines del proceso y de su eficacia; de modo que muchos de los casos que actualmente derivan en la prisión preventiva del imputado se mantendrán en un modelo acusatorio, pero el juez deberá fundar la privación de libertad en alguna de las circunstancias que lo habilitan en el marco cautelar ya referido (peligro de fuga, obstrucción de la prueba).

Para utilizar un ejemplo, en el caso de un delito penado con mínima de penitenciaría, no será suficiente invocar esa sola circunstancia para imponer la prisión preventiva del imputado; pero el juez así podrá disponerlo si se invocan y prueban (por el Ministerio Público o el titular de la acción) razones cautelares que lo justifiquen y que podrán consistir en el peligro de fuga derivado de la extensión de la eventual pena a recaer. La diferencia radica en que, en ese caso, la prisión preventiva no será una medida necesaria o preceptiva en función exclusivamente de la pena prevista para el delito imputado, y se admitirá al imputado la prueba de circunstancias que excluyan el fundamento cautelar invocado.

¹⁸¹ Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12 553.