

EL PROCESO PENAL EN EL URUGUAY

Martha JARDÍ ABELLA

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Normas y principios constitucionales y supranacionales referentes al proceso penal*; III. *La prueba en el proceso penal*; IV. *La ejecución penal*.

I. INTRODUCCIÓN

A nuestro modo de ver para la consideración de este tema, el proceso penal en Uruguay, es conveniente dirigir una mirada hacia el pasado; concretar lo que actualmente está vigente y señalar cuáles son las aspiraciones hacia el futuro, pues desde hace varios años se ha manifestado una clara tendencia en nuestro país hacia la reforma procesal, a efecto de obtener un mejoramiento en el servicio de justicia.

En lo referente a los procesos no penales, se ha logrado la reforma procesal a través del Código General de Proceso sancionado en 1988, y cuya base lo constituyó el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Aún no se ha consagrado la reforma procesal penal, pero ya se cuenta con un proyecto de código del proceso penal, elaborado por una comisión honoraria de creación legislativa, que se encuentra a estudio de nuestro parlamento.¹

Mirando hacia el pasado vemos que la primera sistemación procesal penal se obtiene con la sanción del Código de Instrucción Criminal (CIC), redactado por Laudelino Vázquez y que luego que una comisión revisora introdujera algunas modificaciones fue aprobado en 1878 y rigió durante más de un siglo en nuestro país, pero

¹ Ley 15844 de 15 de diciembre de 1988.

desde muy pronto se comenzaron trabajos y proyectos para su modificación.²

El Código de Instrucción Criminal tiene sus fuentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872, que recepciona la tendencia del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, con la adopción de un sistema denominado mixto, que significó en Francia una obra de transacción entre dos tipos de legislaciones contrarias: la ordenanza francesa de 1670 que es la más acabada expresión del sistema inquisitivo, y las leyes de la Revolución de 1791. Consta de una instrucción previa escrita secreta y no contradictoria y una etapa decisoria de juicio con carácter acusatorio.

El proceso, pues, del CIC contiene la etapa de sumario, con facultades inquisitivas del juez, y teniendo en cuenta que el delito, fuera o no flagrante el procedimiento, variaba.

En las hipótesis de flagrancia delictual, se puede detener al autor de inmediato. En ausencia de flagrancia, de acuerdo con la normativa constitucional, no se puede detener a las personas, sin haberse cumplido un mínimo de actividad procesal, que consiste en la orden escrita de juez competente, que exige la semiplena prueba del delito (artículo 15 de la Constitución).

Una vez detenido, dentro de las 24 horas, en presencia de su defensor, se debe tomar declaración al indagado y dentro de las 48 horas deberá empezar el sumario, para todas las hipótesis. El Código de Instrucción Criminal exigía para el procesamiento el pedido del Ministerio Público.

De acuerdo con la práctica jurisprudencial, esa actividad probatoria previa al procesamiento se desarrollaba en lo que se denomina presumario, que determinó a opiniones encontradas, y a que algunos juristas sostenían la inconstitucionalidad del mismo.

Luego se desarrollaba el sumario, que comenzaba con el auto de procesamiento; existía la eventualidad de otra etapa, denominada ampliación sumarial. Terminada esta etapa sucedía el plenario, que en su esquema simple, constaba de acusación, defensa y sentencia, con posibilidad de una apertura a prueba y producción de alegatos.

En su texto original, el Código de Instrucción Criminal preveía distintos tipos de plenarios según la naturaleza del delito y compe-

² Abal Oliu, A., "Proceso Penal 'real' y anteproyecto de nuevo código", en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 1991, pp. 107 y ss.

tencia del juez, inclusive se preveía la actuación de jurado en algunas causas (que fue suprimido por una ley de 1937).

Los distintos tipos de plenario se unificaron, y se estableció un solo procedimiento para el plenario (Ley 13.318 de 28 de diciembre de 1964), el de las causas por delito de los jueces de crimen, con eliminación del jurado que es de naturaleza escrita, no pública, y contradictorio y otro tipo de plenario para las faltas.

El actual Código de Proceso Penal se origina en el Proyecto de Código del Proceso Penal, elaborado por una comisión asesora especial de la Cámara de Representantes, con miembros designados por la Suprema Corte de Justicia, Asociación de Magistrados, Colegio de Abogados del Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y Ministerio de Educación y Cultura en 1969 y presentado a la referida cámara en 1970.

Posteriormente, en 1978, se retomó el proyecto y el Poder Ejecutivo designó una comisión de tres magistrados para su estudio, que culminó con la sanción en 1980 del Código del Proceso Penal vigente (Ley número 15.032 de 7 de julio de 1980).

II. NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SUPRANACIONALES REFERENTES AL PROCESO PENAL

1. *La Constitución*

Las normas procesales penales reconocen como fuente esencial en nuestro derecho la Constitución de la República. La especial significación del proceso y su trascendental función se manifiestan cuando se le concibe como lo que verdaderamente es: un instrumento de protección de los derechos individuales consagrados en la Constitución, de modo que esa íntima conexión entre el proceso y el sistema de garantías individuales confiere a aquél una especial relevancia,

A ello debemos agregar la ratificación en nuestro país de las normas contenidas en los documentos internacionales sobre derechos humanos.

Señalamos especialmente el principio del debido proceso consagrado en la Constitución.

La fórmula del debido proceso para el proceso penal dispone de una norma expresa en la Constitución, el artículo 12: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal".

Fórmula que reconoce como antecedente la V enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.³

Para la Suprema Corte de los Estados Unidos esa garantía apreciada en su dimensión procesal significa asegurar al indagado su día ante la justicia con una razonable posibilidad de ser escuchado.

En qué consistiría ese día ante la justicia. La jurisprudencia de los Estados Unidos, interpretando el sentido de ese día ante la justicia, considera que equivale a lo siguiente: 1º Que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales sus derechos pueden ser afectados; 2º Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3º Que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4º Que sea un tribunal de la jurisdicción adecuada.⁴

Las normas reguladoras del proceso penal que establece en forma expresa la Constitución de la República, responden al concepto que expresáramos del debido proceso.

Luego de consagrar el debido proceso, en el artículo 12, al que hacíamos referencia, se especifican a través de varias disposiciones los elementos tradicionalmente integrantes de esos conceptos y sus garantías:

a) Conocimiento del proceso por la persona a quien se le sigue: prohibición del juicio en rebeldía y comienzo del proceso por acusación (artículos 21 y 22).

b) Posibilidad de defensa. La Constitución asegura al indagado la posibilidad de la presencia del defensor desde la declaración indagatoria (artículo 16) y la prohibición del juicio en rebeldía (artículo 22). La posibilidad de producir prueba está implícitamente comprendida.

c) Derecho a ser juzgado por el juez natural: prohibición de los juicios por comisión (artículo 21) y responsabilidad del juez (artículo 23).

Nuestra Constitución ha consagrado expresamente la garantía del

³ Barrios de Ángelis, D., "El debido proceso legal en los Estados Unidos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1990, núm. 4, p. 150.

⁴ Couture, E. J., *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948, p. 150.

juez. La decisión emanará de un juez a quien se ha dotado de independencia, autoridad y responsabilidad.

En efecto, la Constitución del Uruguay, al igual que en todas las constituciones democráticas, ha sido consagrada la independencia del Poder Judicial, apoyada en el principio de la separación de poderes, pero no sólo asegura la independencia de la magistratura en forma colectiva, sino también la independencia del juez considerado individualmente.

Un juez que no es libre no es idóneo. Es fundamental pues asegurarle la libertad. Esa libertad puede apreciarse respecto a quien lo designó y de quien depende la permanencia en la función. Su calidad de funcionario constituye un peligro para su independencia. Mientras pueda temer su destitución la función que se le ha confiado pudiera verse lesionada, por ello el constituyente trata de asegurarle esa independencia consagrando el principio de la inamovilidad (artículos 243 y 244). Desde luego que esto no puede significar la permanencia en la función judicial de quien ya no es digno de continuar en ella, de ahí la complementación de la norma con otra que asegura la permanencia mientras dure el buen comportamiento de magistrado.

Cuando se ha protegido al juez con la inamovilidad se ha logrado entonces la independencia del juez frente a quien lo ha designado, pero el constituyente cree necesario además asegurar la libertad del juez frente a otros vínculos sociales que podrían significar un obstáculo para la libre realización de sus deberes de magistrado.

Las normas referentes a incompatibilidades (prohibición del desempeño de actividades profesionales o de la función pública en general) están destinadas precisamente a reducir al mínimo ciertos vínculos que podrían traducirse en trabas al ejercicio de la función judicial.

Desde luego que existen múltiples factores aparte de los señalados que pueden incidir en afectar la independencia e imparcialidad del juez.⁵

El juez está dotado de autoridad por cuanto la función jurisdiccional es una función del Estado ejercida por los órganos que integran el Poder Judicial.

Esa libertad del juez exige necesariamente el principio de la responsabilidad y así la norma del artículo 23 lo afirma en forma clara

⁵ Vescovi, E., "Independencia de la magistratura. Relato general del tema", en *Effektiver Rechtsschutz und verfassunges*, 1983, pp. 161 y ss.

y terminante: “Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ellas se establezca”.

La consideración del proceso que impone nuestra Constitución es sólo uno de los aspectos de la vinculación existente entre el proceso y la Constitución. Parece fundamental otro aspecto; o sea la relación del proceso y la ley en cuanto el legislador no debe apartarse en lo más mínimo de las garantías constitucionales expresas o de los principios que surgen de otras normas.

“La ley fijará el orden y las formalidades de los juicios” (artículo 18). No basta que la ley haya sido sancionada de acuerdo a las normas constitucionales previstas para su elaboración sino que debe respetar esas garantías y esos principios.

La Constitución promete proteger al individuo en el goce de sus derechos de libertad, propiedad, etcétera; el proceso debe asegurarle pues tal protección con una estructura adecuada a la función que debe cumplir.

Por otra parte, nuestro constituyente da la posibilidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley a cargo de la Suprema Corte de Justicia, solicitud de todo el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, ya sea por vía de acción, de excepción o de oficio (artículo 256).

Otros aspectos se han venido sumando a la concepción del debido proceso, como lo es la duración razonable del proceso. Lograr esa duración razonable es una exigencia del Pacto de San José de Costa Rica y es indudable que algunos factores inciden en la prolongación del proceso más allá de límites razonables, y entre ellos se señala la adopción del proceso escrito.

Aun antes del proceso pueden producirse violación de los derechos humanos, a través de vías de actividad extraprocesal por detenciones arbitrarias, frente a los cuales funciona el *habeas corpus* (artículo 17 de la Constitución) constituyendo situaciones de prisión indebida, las no previstas en el artículo 15: “Nadie puede ser preso sino *in fraganti* delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de juez competente”.

2. Normas supranacionales

Nuestro país ha aprobado documentos internacionales sobre derechos humanos, que tienen referencias específicas a la protección de estos derechos en el proceso penal. Así, la Declaración Univer-

sal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y más recientemente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969 y que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, por la Ley 15737 del 8 de marzo de 1985.

Esta ley aprueba la convención y declara que su texto forma parte de la misma. Asimismo contiene una norma de gran importancia, al reconocer la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la aplicación e interpretación de la convención (artículo 30).⁶

En este sentido es de señalar que nuestro país ha hecho uso de esta disposición, ya que el gobierno solicitó una opinión consultiva sobre el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la convención. Consideró la Corte que las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, son el *habeas corpus*, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por dicha convención y que tales garantías puedan ejercerse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido en el artículo 8.⁷

De las normas constitucionales referidas anteriormente surge que se da una armonía entre los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8) una disposición legal puede encontrarse en una colisión con la norma supranacional, se entiende en doctrina al respecto que la aplicación de esta convención en situaciones de ausencia de norma legal o contradicción con las contenidas en el pacto es de aplicación inmediata.

3. Estructuras procesales

El Código del Proceso Penal establece tres estructuras procesales: el proceso escrito, el proceso en audiencia por delitos y el proceso en audiencia por faltas.

⁶ Minvielle, B., "La Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, núm. 2, pp. 124 y ss.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Garantías judiciales en estados de emergencia", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, núm. 4, pp. 385 y siguientes.

Este código no significó en modo alguno una profunda reforma procesal, por cuanto, si bien más sistematizado y ordenado y recogiendo soluciones de la práctica jurisprudencial, conserva, sin embargo, las características generales del antiguo procedimiento del Código de Instrucción Criminal.

El proceso escrito

El proceso se desarrolla en su etapa de conocimiento en instrucción que comprende el presumario y el sumario (que eventualmente puede complementarse con la ampliación sumarial) y el plenario.

La instrucción

Es evidente la necesidad en el proceso penal de la realización de una etapa instructoria, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos no penales, el titular de la acción penal, el Ministerio Público, ignora los hechos que fundamentarían la pretensión punitiva del Estado, y el imputado puede desconocerlos en las hipótesis de inocencia.

En el Código del Proceso Penal, la actividad probatoria se concentra en el juez, como ocurría en el proceso del Código de Instrucción Criminal.

Se ha observado la inconveniencia de reunir la función de contralor judicial, con la actividad inquisitiva en la etapa de instrucción.

En la exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,⁸ que en su última redacción es obra de los profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. Maier, al analizar desde el punto de vista histórico al sistema jurídico de la instrucción, se señala: “porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado aun durante la instrucción preli-

⁸ *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires, 1989, p. 23.

minar, no sólo en el juicio otorgando a un órgano estatal el Ministerio Público la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, a los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder muy consecuentemente el poder de decisión”.

Por ello, en el Proyecto de Código Modelo se hace al Ministerio Público responsable de la investigación preliminar y son los jueces quienes controlan ese poder cuando interesa a las libertades individuales, señalándose que antecedentes en este sentido se pueden encontrar entre otros ordenamientos jurídicos en el derecho alemán y en el derecho anglosajón.

Se reserva a los jueces dos actividades de contralor: actos que implican una autorización o una decisión, por ejemplo, tratándose de medidas de coerción, que pueden ser referidas a la prueba (allanamiento de morada, interceptación de correspondencia, etcétera), y por otra parte los actos definitivos o irreproducibles y que no son en sí mismos actos decisorios o que deben salvaguardarse, como ser un anticipo de prueba. Maier⁹ indica como una de las transformaciones de las estructuras procesales penales, el camino hacia la eliminación de la actividad inquisitiva del juez instructor y la investigación otorgada al Ministerio Público.

El presumario. La actividad instructoria inicial se desarrolla a través del presumario, el cual comienza con la *notitia criminis*, es decir el conocimiento que puede llegar al juez, por la flagrancia, la denuncia, la instancia del ofendido, el conocimiento personal del juez o del Ministerio Público, la comunicación de resoluciones sobre cuestiones previas, la voz pública, la notoriedad.

El propio código expresa el concepto de lo que constituye el presumario: “etapa de instrucción que se extiende desde la iniciación del procedimiento penal, hasta la providencia que disponga el archivo de los antecedentes, por falta de mérito para procesar, o el procesamiento del indagado” (artículo 112).

El desarrollo del presumario está previsto en los artículos 114, 115 y 133 a 135 del código, con una actividad probatoria atribuida al juez, e intervención de los otros sujetos. El Ministerio Público y el defensor podrán formular preguntas y solicitar las rectificaciones que consideren necesarias para conservar la fidelidad y exactitud de lo declarado (artículo 126); ya que antes de dictar el auto de proce-

⁹ Maier, J., “Moderna tendencia del derecho penal y la reforma del proceso penal”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, p. 11.

samiento una de las hipótesis de finalización del presumario, es necesario el previo interrogatorio del indagado, o que conste formalmente su negativa a declarar (artículo 126).

Es en esta declaración indagatoria técnica que se desprende o no el cumplimiento del principio de defensa.

En efecto, “dicho interrogatorio se practicará en presencia del defensor si el indagado lo solicitase, en cuyo caso deberá intimarse su designación bajo apercibimiento de tenersele por designado el de oficio que corresponda. A efectos de que del defensor designado pueda prestar aceptación al cargo y comparecer, podrá suspenderse la audiencia por veinticuatro horas”.

El auto de procesamiento y la prisión preventiva. Durante mucho tiempo en nuestro país la sujeción del imputado al proceso o sea el procesamiento, y la forma de coerción personal que significa la prisión preventiva estuvieron cosustanciadas. La prisión preventiva era la conciencia normal del auto de procesamiento.

El criterio de prevención sin prisión sólo se admitía en una ley de 30 de mayo de 1883 sobre accidentes ferrocarrileros, o respecto a los delitos de difamación o injurias cometidos por medio de la imprenta, según la Ley 3480 de 25 de junio de 1935.

Pero en respuesta a las modernas tendencias legislativas y doctrinarias de restringir la prisión preventiva a las situaciones absolutamente necesarias se inició un importante movimiento en el sentido de consagrar que la prisión preventiva no sea consecuencia ineludible del procesamiento.¹⁰

Como culminación de sucesivas iniciativas se sancionó la Ley 12888 del 22 de diciembre de 1959, que finalmente, con algunos ajustes se incorpora al texto del Código del Proceso Penal.

De acuerdo al artículo 71 no se dispondrá la prisión preventiva, ni se mantendrá el arresto del inculpaado, cuando se tratara:

- a) de faltas,
- b) de delitos sancionados con pena de suspensión o multa,
- c) de delitos culposos, cuando fuere presumible que no hará recaer pena penitenciaria.

Las soluciones armonizan con la naturaleza cautelar del instituto. La prisión preventiva no se admite en algunos delitos no sanciona-

¹⁰ En este sentido: “Proyecto de código de procedimiento penal”, de Alfredo Vázquez Acevedo, con la colaboración de Antonio Camaño Rosa; “Proyecto de código del proceso penal”, de Luis Alberto Bouza, y Camaño Rosa, A., “Prisión preventiva”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 23, pp. 25 y ss.

bles con pena privativa de la libertad, pues de lo contrario el medio preventivo resulta más grave que la sanción. Tampoco se admite cuando el elemento subjetivo culpa, unida a la no gravedad de la pena, a recaer, no hace necesaria la prisión, aunque el delito culposo no revela una especial peligrosidad. Tampoco es aplicable a infracciones penales de carácter leve, como son las faltas.

Cuando se considere que la libertad del inculpado haga presumir que no se podrán alcanzar los fines del proceso, el juez está facultado para decretar la prisión preventiva.

El carácter cautelar se pone de manifiesto, ya que cuando no haya que presumir que la libertad del individuo obstaculizará la marcha de la instrucción, o se presuma que tratará de sustraerse a la acción de la justicia, o fuere necesaria por razones de seguridad pública, o bien se trata de reincidentes o con causa anterior en trámite, el juez decretará su prisión.

También se otorga al juez la facultad de decretar medidas sustitutivas de la prisión preventiva que en alguna forma son también restricciones a la libertad como la obligación de presentarse periódicamente a la autoridad, etcétera.

Posteriormente a la sanción del Código del Proceso Penal (CPP) y continuando hacia una mayor acentuación de esta naturaleza del instituto, se sancionó en 1986 la Ley 15859,¹¹ la cual establece: "Además de los casos previstos en el artículo 71 del CPP, no se dispondrá la prisión preventiva del procesado cuando concurrieren simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) si fuere presumible que no habrá de recaer en definitiva pena de penitenciaría (pena de prisión);

b) si, a juicio del magistrado, la naturaleza del hecho imputado, los antecedentes del procesado, su personalidad y sus circunstancias hicieren presumir verosímilmente que no intentará sustraerse a la sujeción penal, ni obstaculizar de manera alguna el desenvolvimiento del proceso. El artículo 30 agrega que no obstante lo dispuesto se decretará la prisión preventiva del procesado, cuando el hecho que se le imputa hubiere causado o pudiere causar, a juicio del magistrado, grave alarma social.

Debido a distintas interpretaciones sobre el alcance de la norma, se sanciona una nueva ley, para ajuste de la anterior.

¹¹ Preza, D., *El proceso penal uruguayo y el procesamiento sin prisión*, Montevideo, 1987.

La prisión preventiva. La otra hipótesis al dictar el auto de procesamiento es la de decretar la prisión preventiva del procesado.

No es exagerado afirmar que existe siempre un conflicto en el proceso penal entre el derecho punitivo del Estado y el derecho a la libertad del individuo. El enfrentamiento de estos derechos pone de manifiesto que deba adoptarse una solución de equilibrio de tal modo que la libertad del individuo durante el proceso no se sacrifique en favor del interés punitivo del Estado.

Por consiguiente, la prisión preventiva debe reducirse a los límites estrictamente necesarios y si el imputado estuviere en prisión preventiva, debiere obtener su libertad mediante el instituto de la libertad provisoria, fundado en la naturaleza esencialmente cautelar de la prisión preventiva y del no cumplimiento anticipado de la pena.

Sin embargo, es de señalar que del análisis de las estadísticas resulta que los procesados en prisión preventiva en relación a la población penal en algunos países latinoamericanos y del Caribe, que sigue el sistema continental europeo, tiene una cantidad de procesados en prisión preventiva que oscila entre 47.40% en Costa Rica, hasta el 94.25% en Paraguay, llegando a un promedio simple del 67.28%. A su vez, en el área de los países que siguen el proceso penal anglosajón se tiene un promedio de 22.57%.¹²

En nuestro país, el porcentaje se eleva a más del 70%.

Régimen de la libertad provisoria. El derecho a la libertad del imputado y la naturaleza esencialmente cautelar de la prisión preventiva, se concreta durante el desarrollo del proceso penal en la posibilidad de obtener el cese de la prisión preventiva, mediante la libertad provisoria, en las condiciones y formas legales previstas por el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 27 de la Constitución de la República, “en cualquier estado de la causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad dando fianza según la ley”.

Pero también puede otorgarla la Suprema Corte de Justicia, en acto de visitas de cárceles o de causas cualquiera fuera la naturaleza de la imputación. Facultad que puede ejercitarse de oficio o a petición de parte (Ley 15738 del 8 de marzo de 1985).

¹² *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José de Costa Rica, ILANUD, 1983, pp. 21 y ss.

Puesto que esta facultad de otorgamiento de la libertad provisoria puede ejercerla la Suprema Corte de Justicia “cualquiera que fuere la naturaleza de la imputación”, no está entonces limitada por la circunstancia a que se refiere a la Constitución que en la sentencia no haya de recaer pena de penitenciaría. Se ha entendido que la norma no es inconstitucional, ya que la Suprema Corte de Justicia no actúa en este caso en ejercicio de función jurisdiccional, sino en función administrativa, como órgano máximo del Poder Judicial.

En consideración a los poderes del juez, el otorgamiento de la libertad provisoria constituye un acto discrecional del órgano jurisdiccional, sin que exista como en otras legislaciones en el instituto de la libertad automática (por ejemplo en Italia, en donde el imputado tiene derecho a su libertad si el proceso no se termina en un determinado plazo).

Señala Minvielle¹³ algunos casos jurisprudenciales en que el juez de oficio ha decretado la libertad provisoria, que atienden a la equivalencia entre prisión preventiva y pena a recaer; por ejemplo, cuando la pena solicitada en la acusación fuera equivalente a la prisión preventiva ya sufrida.

En algunas situaciones existe un cese de la prisión preventiva y libertad provisoria automática, que se produce cuando existe una sentencia absolutoria pendiente el plazo para deducir apelación o aun tramitándose la apelación (artículo 247).

Asimismo ocurre con las sentencias absolutorias de segunda instancia mientras transcurre el plazo para la interposición del recurso de casación o planteado éste (artículo 273 del CPP); también la situación que se da (artículo 287 del CPP) cuando durante el trámite del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, previo a resolver el recurso, puede suspenderse la ejecución de la sentencia recurrida y disponer provisoriamente, con o sin cauciones, la libertad del condenado.

En cuanto a la relación entre los poderes del juez de la causa y el Ministerio Público en este aspecto del otorgamiento de la libertad provisoria, si bien en el incidente excarcelatorio interviene necesariamente del Ministerio Público, el juez no está vinculado por su pronunciamiento y puede denegar u otorgar la libertad provisoria con independencia de la opinión del Ministerio Público.

¹³ Minvielle, B., trabajo cit., p. 145.

Es de señalar que en el otorgamiento de la libertad provisoria, el juez no puede limitarse solamente a realizar un pronóstico sobre si ha de recaer pena de penitenciaría respecto al procesado, sino considerar otros elementos que puedan hacer aconsejable o no la libertad provisoria.

El CPP admite dos formas para su otorgamiento: bajo caución juratoria (artículo 141) o bajo caución real o personal, cauciones que tienen por finalidad asegurar que el imputado cumpla los deberes impuestos por el juez y la autoridad en este régimen de la libertad provisoria, que en definitiva es un régimen de libertad vigilada, pero a quien se le permite la autorización para salir del país, con autorización judicial, siempre que se cumpla determinados requisitos (artículo 155), especial situación que Manzini denomina libertad limitada a los fines del proceso.¹⁴

El sumario. El auto de procesamiento abre la etapa instructoria que nuestra legislación denomina sumario, de modo tal que esta resolución significa un engarce entre el presumario y el sumario, pues al mismo tiempo que termina la etapa presumarial es punto de comienzo de otra etapa, es decir el sumario (artículo 125, CPP).

Es importante destacar las facultades y deberes de los sujetos procesales en esta etapa.

El juez dispone de amplísimos poderes probatorios respondiendo al proceso de naturaleza inquisitiva. Se dice que es aplicable en el proceso penal el principio de la verdad real por oposición al proceso civil en que es aplicable el principio de la verdad formal, como lo señala Clariá Olmedo, debería denominarse principio de “averiguación integral de la verdad”, en efecto, la verdad es una sola, lo que ocurre es que en el proceso penal, en materia probatoria, el juez dispone de más amplios poderes que en materia civil, aun actualmente en nuestro país con la sanción del Código General del Proceso que otorga facultades probatorias muy importantes al juez, pero que no llegan a consustanciarse íntegramente con las facultades probatorias del juez instructor.

El principio de intermediación rige en la investigación de los hechos (artículo 135): “Los jueces encargados de la instrucción deben proceder directamente a la investigación de los hechos, salvo las situaciones, que por razones especiales, exijan el diligenciamiento por

¹⁴ Manzini, G., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, t. III, p. 661.

medio de despachos, o exhortos o la realización de las diligencias más urgentes por parte de los jueces de paz, en los casos previstos en el presente código”, no así el principio de concentración procesal.

A la actividad probatoria que desarrolla el juez instructor debe agregarse una actividad de naturaleza cautelar, ya que puede decretar sobre bienes del imputado y del tercero civilmente responsable, a petición de parte de las medidas cautelares que estime indispensable para proteger los derechos del Estado o del damnificado, siempre que exista peligro de lesión o frustración, debiendo justificarse sumariamente los presupuestos esenciales de la medida cautelar, es decir la existencia del derecho y el peligro de frustración, y se fijará la garantía, salvo que para el juez exista motivo para la no exigencia de la misma o si la medida fue solicitada por el Estado.

También dentro del ámbito de las medidas cautelares, el juez puede decretar el cese de una medida cautelar, es decir otorgar la libertad provisoria, solicitada por el defensor del procesado.

En lo referente a los demás sujetos procesales, respecto al imputado, en la hipótesis de que hubiere declarado sin asistencia de defensor en la declaración indagatoria, se debe ratificar la misma presencia del defensor (artículo 78).

El Ministerio Público “puede participar en todos los actos de instrucción, solicitar las medidas y formular las observaciones y reservas que estime del caso” (artículo 134). En consecuencia, tiene la posibilidad de participar en todos los actos de la instrucción.

Asimismo, puede formular repreguntas a los testigos (artículo 167).

El defensor del imputado también tiene esa facultad de contralor, pudiendo asistir a todas las diligencias que se realicen, e inclusive sugerir al juez medidas que tiendan a una más eficaz instrucción.

La ampliación del sumario. Realizadas todas las diligencias debidas para la comprobación del hecho delictivo y cumplimiento de los demás fines del sumario, se pondrán los autos de manifiesto en la oficina.

En un plazo de seis días, el defensor puede proponer prueba; vencido el mismo se otorga similar plazo al Ministerio Público para los mismos efectos. Es decir, una nueva posibilidad de diligenciamiento de prueba.

De acuerdo con lo expresado, la existencia de esta etapa procesal, es eventual, ya que depende la voluntad de una o de las dos partes el hacer uso de la misma.

La clausura del sumario. Terminado el sumario o la ampliación en su caso, el juez mandará pasar el expediente al Ministerio Público a los fines de la acusación o el sobreseimiento.

El plenario. Depende de la actitud que asuma el Ministerio Público el destino del proceso en trámite, pues son tres las hipótesis posibles: a) el Ministerio Público deduce acusación. En este caso el proceso se desarrollará esquemáticamente en la siguiente forma: contestación a la acusación, con posibilidad para el defensor de solicitar diligenciamiento de prueba que determinará la apertura de un plazo probatorio del cual también se beneficiará el Ministerio Público, alegatos escritos y sentencia. Con la posibilidad para el juez de decretar diligencias para mejor proveer; b) el Ministerio Público solicita el sobreseimiento; c) el Ministerio Público deja pasar los plazos sin expedirse, por lo cual el expediente se sigue con el fiscal subrogante.

III. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Haremos unas breves referencias a este tema, una vez que se han analizado las etapas de instrucción y plenario.

El Código del Proceso Penal prevé oportunidades múltiples para producir prueba; así, en el presumario, en el sumario, la ampliación del sumario, el plenario y hasta en la segunda instancia existe la posibilidad de una apertura a prueba.

Los comentaristas del Código del Proceso Penal, en general han criticado esta multiplicidad de oportunidades probatorias, que incide en una desconcentración del material probatorio.

Recogiendo las conclusiones de la moderna ciencia procesal, el Código del Proceso Penal en su artículo 173, luego de realizar una enumeración de los medios de prueba, agrega: “y cualquier otro medio de prueba no prohibido por la ley que pueda utilizarse análogicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos”. Es decir que se establece como principio el de la libertad de los medios de prueba, con una condicionante: que no esté prohibido por la ley. Desde luego debe interpretarse todo medio de prueba que colinde con normas constitucionales y cuya utilización signifique violación de un derecho individual, interpretación de la prohibición reconocida unánimemente por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Si la prueba es esencial para resolver la contienda penal, y si al juez se le otorga la posibilidad del empleo de todos los medios de

prueba, con la limitación señalada, debe tener la efectiva disponibilidad de los medios de prueba. Se rige asimismo el proceso por otro principio aplicable a la materia penal en cuanto a la actividad probatoria: el principio de obtención coactiva de los medios de prueba, según la terminología de Devis Echandía. “Los jueces apreciarán la eficacia de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (artículo 174), es decir que se recepciona el sistema de apreciación de prueba, más de acuerdo con las conclusiones de la moderna ciencia procesal al respecto.

1. *Relaciones entre los poderes del Ministerio Público y del juez*

Estas relaciones pueden apreciarse en tres momentos fundamentales del proceso penal, es decir en el auto de procesamiento, en la iniciación del plenario y en la sentencia.

En el auto de procesamiento

El aspecto a considerar es el que se refiere a si es necesaria o no la petición del Ministerio Público para que el juez dicte el auto de procesamiento.

Es de señalar que en el antiguo Código de Instrucción Criminal, se establecía en su artículo 146: “No tratándose de *in fraganti* delito, no se podrá iniciar juicio criminal sino a petición de parte o del acusador público”.

Se interpretó pacíficamente esta norma en el sentido de que si existía flagrancia delictual se podía procesar de oficio, en los demás casos se requería el pedido del Ministerio Público.

En el actual Código del Proceso Penal, la norma del artículo 125 permite concluir que el autor de procesamiento puede ser dictado sin el pedido del Ministerio Público, el cual lo que puede hacer es impugnar el auto de procesamiento que se dicte sin su pedido de procesamiento, o puede asimismo impugnar el que disponga el archivo de los antecedentes.

Esta disposición se apartó de los antecedentes del proyecto, ya que el procesamiento debía ser pedido por el Ministerio Público, o bien se exigía la ratificación del auto de procesamiento por el Ministerio Público de modo tal que carecía de validez el acto procesal, si no se ratificaba el procesamiento.

En la iniciación del plenario

Terminado el sumario o la ampliación sumarial en su caso, dentro del plazo de tres días, el juez mandará pasar el expediente al Ministerio Público a los fines de la acusación o del sobreseimiento (artículo 233) como vimos.

El Ministerio Público puede adoptar diversas actitudes, entre ellas, solicitar el sobreseimiento. Este pedido deberá contener bajo pena de inadmisibilidad:

- a) la identificación del procesado u otros datos que sirvan para individualizarlo debidamente;
- b) la relación de los hechos y su calificación legal;
- c) los motivos en que se funde el sobreseimiento, con citación de las disposiciones legales pertinentes, y
- d) el pedido concreto de sobreseimiento.

El pedido de sobreseimiento procederá especialmente: cuando el hecho no constituye delito, cuando el hecho imputado no haya sido cometido o no exista plena prueba de que fue cometido por el imputado o de que participó en él, y cuando resulta de modo indudable que media una causal de justificación de impunidad, u otra extintiva de delito o de la acción, penal, o exista prueba que el imputado no cometió el delito.

En esta hipótesis del pedido de sobreseimiento se nota la dependencia del juez al pedido fiscal. Si el fiscal solicitare el sobreseimiento, de todos o alguno de los procesados, el juzgado lo decretará sin más trámite y mediante auto fundado exclusivamente en su solicitud (artículo 235).

El sobreseimiento cierra el proceso definitivamente. El juez está atado a la petición del fiscal titular de la acción penal y, por ende, a través de esta figura procesal dispone del proceso.

En la sentencia

El Ministerio Público deduce acusación, el problema esencial es el de determinar si el juez puede aplicar una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público en este acto.

En efecto, en ausencia de un texto regulador de la situación bajo el régimen del Código de Instrucción Criminal, se abrió un amplio panorama doctrinario y jurisprudencial sobre si el juez estaba limitado solamente en sus poderes por las pautas legales de mínimo y

máximo de las penas para cada uno de los delitos tipificados como tales, o bien si existe un límite determinado por la pena solicitada por el Ministerio Público.¹⁵

Una opinión mayoritaria entendía que el juez no puede ultrapasarse la pena requerida por el Ministerio Público, entre ellos Arlas,¹⁶ para quien el fundamento se encuentra en el principio acusatorio del artículo 22 de la Constitución y no en el principio de congruencia.

Por lo contrario, quienes sostenían la limitación exclusiva de los límites de pena legales, permitían ultrapasarse por el juez la pena solicitada en la acusación.

Surgió una tercera posición, en que no obstante estar vinculado el juez en su fallo por la pena requerida por el Ministerio Público, si entendía que la pena requerida era ilegal por ser inferior al límite legal, entonces no estaba atado por la solicitud fiscal y podía aumentar la pena. El Código del Proceso Penal, en su artículo 246, contiene una expresa referencia al problema, al establecer: “La sentencia no podrá superar el límite de la pena requerida por el Ministerio Público”. Y agrega en el inciso 2º: “No obstante, si, por error manifiesto, la pena requerida es ilegal, el juez la individualizará de acuerdo con la ley, con circunstanciada exposición de los fundamentos pertinentes”.

En la pretensión punitiva que ejerce el Ministerio Público, existen dos elementos a destacar: la calificación jurídica de los hechos, considerados probados y la aplicación de la pena que requiere el Ministerio Público.

El primer aspecto a determinar es si el magistrado puede modificar la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Público.

En la comisión asesora especial de la Cámara de Representantes que elaboró el proyecto de código que sirvió de base al Código del Proceso Penal, entendía que indudablemente se encuentra implícita la facultad dentro de los poderes del juez, pero es necesario considerar la trascendencia en la solución en cuanto a la aplicación de lo penal, pero se ha entendido que el texto se refiere a la situación de un error manifiesto al individualizar la pena, no al error en la calificación jurídica de los hechos.

¹⁵ Reta, A., “Límites formales y sustanciales a la discrecionalidad judicial en materia de aplicación de penas”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1975, núm. 2, pp. 19 y ss.

¹⁶ Arias, J. A., “Relaciones entre acusación y sentencia en materia penal”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 55.

El otro elemento integrante de la pretensión punitiva, es decir, si la pena requerida es ilegal por error manifiesto en la aplicación de la misma, es objeto de solución expresa del artículo 246, que hace admisible para el juez aumentar la pena en esa hipótesis.

Como señala Gelsi Bidart,¹⁷ la excepción a la aplicación del principio de congruencia está claramente delimitada: 1) se trata de un error de derecho, exclusivamente, por tanto, el juez ha de atenerse a los hechos sobre los cuales basa el Ministerio Público su acusación y no puede apoyarse en otros que el Ministerio Público no haya incluido en la acusación; 2) el error debe ser manifiesto, es decir, evidente, claro, indudable, grosero; 3) en caso de la mínima duda, habría de atenerse al planteamiento del Ministerio Público, pues, dice, se trata de excepción y por ende de interpretación estricta.

2. Principios que informan el proceso penal escrito

Del somero examen del que hemos denominado proceso penal escrito en Uruguay, surgen los principios procesales que rigen el mismo.

En primer término es de señalar que se optó por el mantenimiento del proceso escrito, a través de todas sus etapas, comprendiendo inclusive la de plenario.

La adopción de un proceso en audiencia es aspiración de la reforma procesal penal a través del proyecto actualmente en estudio por el parlamento.

Si bien el Código del Proceso Penal establece el proceso en audiencia para delitos, está condicionado a que medie alguna de estas circunstancias: a) que el imputado haya sido aprehendido en flagrante delito; b) que medie confesión prestada regularmente de su participación penal; c) que por su naturaleza o levedad del delito o la poca complejidad de la prueba pueda preverse una instrucción breve y exacta y una pronta decisión.

Pero se da la facultad al juez de volver al proceso escrito, si la prueba se tornare compleja o sobrevinieran demoras en su tramitación, lo que, indudablemente, no es del todo favorable para esta previsión de un proceso en audiencia.

Es de hacer notar que la aplicación del mismo, en determinados departamentos del interior, ha dado muy buenos resultados, según

¹⁷ Gelsi Bidart, A., "Nuevo código del proceso penal", en *IV Simposio Regional de Justicia*, Montevideo, 1981, p. 114.

surge de una investigación realizada sobre la aplicación de este tipo de proceso.¹⁸

En cuanto al principio de inmediación procesal, se consagra en forma expresa en el artículo 135, con referencia a los jueces encargados de la instrucción, que deben proceder directamente a la investigación de los hechos, salvo las situaciones que, por razones especiales, exijan el diligenciamiento por medio de despachos o exhortos, o la realización de las diligencias más urgentes por parte de los jueces de paz, en los casos previstos en el código.

Puede señalarse la ausencia de la aplicación del principio de concentración con un desarrollo gradual del proceso a través de varias etapas.

En cuanto al principio de publicidad del proceso, la misma puede considerarse en dos modalidades, la publicidad interna, lo cual significa la posibilidad de acceder a todos los actos procesales a las partes y la publicidad externa, es decir, aquella que significa que el público pueda conocer los actos del proceso.

El Pacto de San José de Costa Rica, siguiendo las previsiones de otros documentos internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), establece “el proceso penal debe ser público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En lo que respecta a la publicidad interna, el Código del Proceso Penal establece la reserva del presumario en su artículo 113, donde dice: “tendrá carácter reservado mientras no se disponga el archivo de las actuaciones”.

No obstante, el juez, por auto fundado, podrá mantener esa reserva cuando en mérito a las resultancias del expediente considerare probable que el presumario pudiera reabrirse en el futuro.

En la etapa del plenario pensamos que no existe posibilidad de una publicidad externa (acceso al público), de las actuaciones procesales, ya que el procedimiento es escrito, y no parece compatible con la publicidad un proceso de tipo escrito, sin perjuicio de señalar algunas situaciones en ordenamientos jurídicos extranjeros que admiten esa posible compatibilidad.¹⁹

Agregaremos que rige desde el punto de vista de la organización judicial el principio de unidad del juez en todo el proceso, con ex-

¹⁸ Landeira, R., *El proceso penal por audiencia en materia de delitos*, Montevideo, 1990.

¹⁹ Minvielle, B., *op. cit.*, p. 140.

cepción de procesos por ciertos delitos, cuando se cometen en el interior del país (delitos contra el orden político interno del Estado, contra la fe pública, homicidio) en que los juzgados letrados del interior de la república entienden solamente en el sumario, conociendo en las demás etapas los jueces de la capital (artículo 35 del Código del Proceso Penal).

En algunos departamentos con especialización de los jueces en materia penal, éstos actúan, aun en los delitos señalados, en todas las etapas del proceso (Ley 15.903 de 18 de noviembre de 1987).

En la etapa de plenario tiene plena vigencia el principio acusatoria con el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, recordando que en el régimen vigente la acción penal es siempre pública, a cargo del Ministerio Público, y aparece nítidamente el carácter del contradictorio.

3. Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales

Dentro de los medios de impugnación de las resoluciones judiciales, el Código General del Proceso pone a disposición de las partes un elenco de recursos, estableciendo expresamente los siguientes: reposición, apelación, queja por denegación de apelación, nulidad, casación y revisión.

A. El recurso de apelación

En este aspecto nuestro ordenamiento jurídico procesal responde a las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir el Pacto de San José de Costa Rica, el cual en el apartado 2 del inciso 2 en su artículo 8 sobre garantías judiciales y en lo que se refiere expresamente al proceso penal, se otorga el derecho como garantía mínima de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

En efecto, el CPP (artículo 251) otorga el recurso de apelación contra sentencias interlocutorias y sentencias definitivas y sólo se admiten en virtud de la apelación dos instancias.

En cuanto así proceden en segunda instancia deducción de nuevas pretensiones, defensas o aportación de pruebas, en este aspecto debe señalarse que una vez recibidos los autos por el superior, que siempre será un tribunal de apelaciones en lo penal y notificada el auto de citación para sentencia, empieza a correr un plazo de cinco días. Dentro de ese plazo las partes pueden “agregar documentos

que justifiquen sumariamente no haber conocido hasta entonces o no haber podido proporcionárselos antes o que se refieran a hechos supervivientes”.

Las partes podrán proponer otra clase de pruebas, es decir, recurrir a otros medios de prueba que deben articularse con toda claridad y precisión.

Frente a la proposición de prueba, el tribunal examinará si puede influir sobre la decisión del proceso y en este caso abrirá a prueba, es decir, podrá introducir en la segunda instancia un periodo probatorio. Esta solución de la renovación de apertura a prueba en segunda instancia ha sido objeto de críticas, ya que distorsiona el sistema probatorio.

Características de este recurso

1ª El recurso de nulidad no se halla incluido en el recurso de apelación, sino sólo comprende la impugnación en razón de mérito, la impugnación basada en la nulidad por incumplimiento de un requisito del que se derive tal efecto, ya sea en cuanto a la sentencia o al procedimiento, se hace valer mediante el recurso de nulidad.

Este procede contra las sentencias apelables siempre que se haya producido una nulidad por defecto de forma no subsanada por los medios admitidos por la ley.

Pero el recurso de nulidad tiene un carácter de subordinado al recurso de apelación, ya que se interpone conjuntamente con el recurso de apelación, en la misma forma que él y se sustanciará por los mismos trámites (artículo 268).

2ª En cuanto a la ejecución de la sentencia definitiva impugnada, tiene efecto suspensivo, pero cuando se trata de sentencia absolutoria en realidad estamos frente a una ejecución provisoria puesto que se cumple la sentencia poniendo en libertad al imputado en régimen de libertad provisoria (artículo 247).

3ª El código también admite el efecto diferido de la apelación. En este caso el trámite del recurso se reserva hasta la eventual apelación de la sentencia definitiva y los recursos se resolverán conjuntamente.

Se utiliza por primera vez en nuestra legislación en el Código del Proceso Penal en los procesos penales por audiencias, que permite la apelación con efecto diferido de las resoluciones recaídas en los incidentes, con excepción del incidente excarcelatorio (artículo 307).

Este valioso instrumento procesal ha sido admitido en el nuevo Código General del Proceso, para ciertas resoluciones judiciales.

4^a En cuanto al procedimiento, que se regula en el CPP, se escinde en dos fases; la primera se desarrolla ante el juez que dictó la sentencia, y la segunda ante el órgano superior.

En la primera fase (frente al inferior) el trámite procesal difiere según se trata de sentencias interlocutorias o definitivas, ya que en la primera hipótesis el escrito se presenta fundado, como asimismo la contestación; pero tratándose de sentencias definitivas desaparece este acto de concentración procesal, y es así que en un primer escrito se expresa la voluntad de recurrir, con traslado a la contraparte, y un plazo para el juez para admitirlo o denegarlo.

En otro acto el apelante expresará sus agravios y a su vez conferirá traslado para contestar los agravios la contraparte.

La tendencia es la de concentrar en un solo acto procesal ambos aspectos, como se hace en el Código General del Proceso para las apelaciones de interlocutorias y de sentencias definitivas.

Tanto en el escrito de contestación de apelación de sentencia interlocutoria como en las sentencias definitivas, puede tener un contenido más amplio que el de la contestación a la expresión de agravios, ya que se puede adherir a la apelación, lo cual significa la definición de Rosenberg:²⁰ “la petición del apelado para que se modifique también a su favor la sentencia impugnada, que se presenta en un procedimiento de apelación, ya abierto y todavía no concluido”. Los requisitos para la adhesión a la apelación son: a) la existencia de una apelación principal, b) la petición fundada, que constituye una carga procesal para el apelado ya que si no se funda la adhesión a la apelación se tendrá por no deducida (artículo 253), y c) oportunidad para su deducción: dentro del plazo concedido para contestar los agravios. En virtud del principio de bilateralidad del escrito en que se adhiere a la apelación debe conferirse traslado al apelante (artículos 252 y 253).

Los poderes del Tribunal de la Apelación

a) Principio de la *no reformatio in pejus*. El juez de la apelación no podrá modificar el contenido de la sentencia en perjuicio del apelante..

²⁰ Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, t. 11, 1955.

b) El tribunal de segunda instancia, que debe pronunciarse sobre un recurso de apelación, deberá previamente observar si se ha hecho valer en el escrito interponiendo el recurso la nulidad de la sentencia o de los actos de la primera instancia.

En caso de que así fuera, examinará la petición de nulidad y sólo si la rechaza se pronunciará sobre los agravios de la apelación.

Si la declaración de nulidad hiciere imposible el aprovechamiento de los actos procesales posteriores, se resolverá el envío del proceso al juez subrogante del que dictó la sentencia, a fin de que continúe con el conocimiento del asunto, desde el punto en que se cometió la falta, que fue causa de nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.

c) En cuanto a los hechos, el tribunal puede dar por reproducidos los hechos que sirvieron de fundamento para la aplicación del derecho en la sentencia apelada siempre que los considere ajustados a los resultados de la causa, o bien apartarse de ellos en todo o en parte; en este caso deberá precisar los nuevos hechos que considere probados o las rectificaciones que fueren pertinentes.

B. *El recurso de casación*

En Uruguay, el recurso de casación para la materia penal responde a una larga tradición jurídica. En efecto, se establece por Ley 3.439 de 5 de abril de 1909, y aun es de señalar que dentro de límites muy reducidos lo había establecido el Código de Instrucción Criminal de 1878.

El Código de Proceso Penal vigente lo mantiene con algunas modificaciones.

Características generales de la casación en el Código del Proceso Penal

Sintéticamente se tratará de dar relieve a las principales características de la casación.

a) Procede sólo para impugnar los errores de derecho, es decir, sólo puede fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma.

b) Constituye un recurso extraordinario (en mérito a la exigencia de determinada motivación, y los límites a los poderes del tribunal de casación) u ordinario, de seguir la distinción que pacifica-

mente se admite en nuestro país, de ordinarios o extraordinarios según se otorgue contra sentencias no pasadas o si es cosa juzgada.

c) Determinación de los motivos de la casación mediante fórmulas genéricas, tanto respecto al fondo como a la forma, lo que resulta positivo frente a otras fórmulas utilizadas en varias legislaciones.

d) Adhiere al sistema del reenvío, elemento característico de la casación pura, en los casos de casación basada en errores en el procedimiento. Si se trata de la casación en el fondo, una vez anulada la sentencia, el órgano de la casación debe emitir el juicio de mérito.

e) El procedimiento se escinde en dos fases; una ante el tribunal que dictó la sentencia que se limita exclusivamente a la recepción y elevación del escrito de interposición del recurso y otra fase ante el órgano de la casación.

El contralor de la admisibilidad queda reservado exclusivamente al tribunal de casación en una etapa previa al examen de fundabilidad, que se denomina de calificación de grado, con la intención de eliminar casaciones recargando la tarea del tribunal de casación.

Esta solución ha sido criticada por parte de la doctrina nacional, como Gelsi Bidart (por ejemplo), quien entendía como solución de principio que debería eliminarse la calificación de grado y que la Suprema Corte de Justicia, es decir, el órgano de la casación, entre directamente al estudio del recurso, sin perjuicio, obviamente, de rechazarlo si no se ajustare a las prescripciones formales.

Cabría preguntarse si el tribunal de la casación puede reexaminar el aspecto de la admisibilidad del recurso al proceder a dictar sentencia, y parecería que nada obsta a que pueda el órgano de la casación realizar este examen de la admisibilidad formal del recurso. Esto se presupone dado sus poderes.

La fase ante la Suprema Corte de Justicia, luego de efectuada la admisibilidad formal del recurso, se desarrolla con un traslado a la contraparte y obviamente sin posibilidad de producir prueba, por tratarse de un recurso procedente para los errores de derecho, y se oye al Ministerio Público, representado ante la Corte por el fiscal de corte y procurador general de la nación.

La Corte emite un doble pronunciamiento: a) sobre la admisibilidad formal del recurso, y b) un pronunciamiento sobre el mérito.

Bases del recurso de casación

El recurso de casación, como se establece en el Código de Proceso Penal, parte de las siguientes bases:

1^a Sólo procede la casación en los casos de infracción o errónea aplicación de la norma de derecho.

2^a La distinción entre errores de hecho y errores de derecho.

Esta distinción ha sido preocupación de la doctrina. Inclusive Calamandrei reconocía las dificultades de una zona intermedia gris, que ha pasado a nuestros autores, como Barrios de Ángelis, Gelsi Bidart, etcétera.²¹

3^a La distinción entre errores de fondo y errores de forma. La misma aparece dentro de la categoría genérica de errores de derecho.

Respecto a la distinción entre errores de fondo y errores de forma, algunos autores utilizan otra terminología y se refieren a errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, según afecten el fondo del proceso o su forma.

Calamandrei,²² siguiendo a Chiovenda, distingue entre errores de juicio y errores de actividad. La base de la distinción la encuentra el procesalista en la distinta posición del juez respecto a la norma, según la naturaleza de ésta. Frente a la norma procesal, el juez debe observarla. El destinatario de la norma es el propio magistrado que debe ajustar su procedimiento, su actividad, a lo que establece la norma. En el caso del juicio el destinatario principal de la norma sustancial no es el juez, y el magistrado al juzgar (decir el derecho) debe decidir si el destinatario de la norma cumplió con la observancia de la misma.

Causales de casación en el fondo

De acuerdo con el texto legal, para que exista motivo de casación en el fondo debe existir una infracción o aplicación errónea de la norma de derecho en el fondo.

Para resaltar cuáles serían los motivos de la casación en cuanto al fondo, en el fallo del juez se recurre —en general la doctrina— a

²¹ Barrios de Ángelis, D., "Cuestiones de hecho y de derecho en la casación", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1962, pp. 579 y ss. "Distinción entre las cuestiones de hecho y de derecho en la casación, con especial referencia al proceso penal", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1976, núm. 2, pp. 51 y ss. "Concepto y evolución de la casación civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1978, núm. 3, pp. 17 y ss. Gelsi Bidart, A., "Presentación comparada de dos casaciones en Uruguay", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1979, t. 57, núms. 5 y 6, p. 90.

²² Calamandrei, P., *Casación civil*, Buenos Aires, p. 75.

la elaboración lógica del juez en la sentencia y que se plasma en el denominado silogismo judicial.

Causales de casación en la forma

Atendiendo a los dos tipos de motivos de la casación y determinados muy someramente los que corresponden a los errores en el fondo, es preciso determinar las causales en cuanto a la forma.

A este aspecto se refiere el artículo 270 que en su inciso final establece: “En cuanto a las normas de procedimiento sólo tendrá efecto causal la infracción y errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

Es decir, el motivo de la casación es esencialmente la existencia de una nulidad procesal, por ello se vincula directamente con el sistema de las nulidades procesales.

El texto usa una fórmula genérica en la expresión de las causales, ya utilizada para las causales de fondo.

Del texto mencionado surgen los presupuestos necesarios para la procedencia del recurso de casación en cuanto a la forma:

- a) existencia de una nulidad procesal;
- b) la norma en infracción o aplicada erróneamente al caso, debe ser esencial para la garantía del debido proceso;
- c) la nulidad no debe haber sido subsanada en forma legal, y
- d) el error debe tener influencia en la parte dispositiva del fallo.

Se recogen así los principios esenciales que informan el sistema de las nulidades en la moderna ciencia procesal.

Sujetos procesales, efectos y actos impugnables

El órgano de la casación es la Suprema Corte de Justicia, es decir, el órgano de mayor jerarquía del Poder Judicial.

En cuanto a la legitimación activa, sólo podrán interponer el recurso, el Ministerio Público, el defensor del procesado o éste mismo, siendo indispensable en este último caso la asistencia letrada de nuevo defensor, quedando relevado de pleno derecho el anterior (artículo 271).

Al referirnos a los efectos de la interposición del recurso, es de señalar que durante el transcurso del plazo para la interposición del recurso, o interpuesto el recurso, impedirá que la sentencia se ejecute hasta tanto se resuelva definitivamente el mismo.

Pero podría decirse que tiene un efecto suspensivo parcial, pues si la sentencia fuere absolutoria se debe poner en libertad al procesado provisionalmente, bajo caución (artículo 273).

Debe asignársele, además, efecto preclusivo a la interposición del recurso, en cuanto a la invocación de los motivos de casación, puesto que fuera de esta oportunidad no se puede alegar nuevos motivos de casación, ni modificarse o ampliarse los propuestos.

Son impugnables mediante este recurso las sentencias dictadas en segunda instancia, así como las resoluciones de segunda instancia que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación.

Procedimiento

Como todo acto procesal, la interposición del recurso de casación se encuentra sometido al cumplimiento de ciertos requisitos en cuanto al aspecto formal del mismo, es decir, requisitos de lugar, de tiempo y de expresión.

El lugar en que debe realizarse esta actividad es la sede del tribunal que dictó la sentencia (artículo 271), y en cuanto al requisito temporal, se establece un plazo de 15 días al de la notificación de la sentencia.

El texto legal es muy preciso en la determinación de los requisitos de expresión del acto, al establecer que el escrito deberá contener necesariamente: la *mención de las normas* de derecho infringidas o erróneamente aplicadas y la *invocación de las causales* legales de casación.

Precisamente es un aspecto característico de la casación, a diferencia de otros recursos, que la parte no puede recurrir con base en su interés, sino que tiene que contar con una causal legal que entre en la fórmula genérica establecedora de los motivos de casación.

Estas menciones son muy importantes pues constituyen un requisito de admisibilidad del acto de interposición del recurso y le dan carácter preclusivo al mismo, pues con posterioridad no podrá invocarse otra causal.

Poderes del juzgador

Se admite o no el reenvío, según el motivo que fundamenta la casación.

En efecto es preciso distinguir:

Casación por vicios de fondo. Si la Suprema Corte de Justicia casare la sentencia, dictará la que en su lugar procediere sobre el material de hecho del fallo recurrido y remplazará los fundamentos jurídicos erróneos por los que estimare correctos. Es decir, que en esta situación no existe reenvío.

Casación por vicios de forma. En esta hipótesis la Corte anulará el fallo y remitirá el proceso al tribunal que debe subrogar al que lo pronunció a fin que continúe conociendo desde el punto en que se cometió la falta que dio lugar a la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.

En este caso, el proyecto se afilia a las legislaciones que, como la francesa, admiten el tipo de casación pura, admitiendo el reenvío.

Casación por vicios de fondo o de forma. Puede ser admisible que la sentencia se impugne a la vez por motivos de error de derecho en la forma y en el fondo, y en esta situación el órgano de la casación sólo se pronunciará sobre el fondo en caso de estimar que no se ha cometido infracción formal que invalide el procedimiento.

Límites a los poderes del órgano de la casación

Este recurso se caracteriza con respecto a otros recursos como más limitado, ya que deben señalarse las causas legales del recurso, de modo tal que ello se proyecta en una limitación a los poderes del tribunal.

Estos límites podrían indicarse sintéticamente.

a) Es un recurso orientado al contralor del derecho aplicado; según surge del artículo 280, se dictará la sentencia que corresponde sobre el material de hecho del fallo recurrido, al referirse a la casación en cuanto al fondo.

b) El conocimiento se limita al derecho, pero a su vez con respecto a errores en el fondo o en la forma, por infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, siempre que tuviera trascendencia sobre lo dispositivo del fallo.

Cabría preguntarse si es de aplicación el principio *iura novit curia* y en virtud de ello podría la Suprema Corte de Justicia invocar un motivo de casación que no fuere el alegato por el recurrente, es decir, si por ejemplo podría invocar la violación de otra norma jurídica que no fuera la misma que invocare el recurrente.

Calamandrei²³ considera reñida con la estructura institucional de la casación el que, aun excepcionalmente, pudiera admitirse la consideración de vicios que no fueran renunciados por el recurrente, ya que la Corte “no está llamada a investigar de oficio cuáles son los defectos de la sentencia impugnada, sino únicamente a juzgar si existe el derecho del recurrente a obtener la anulación de la sentencia por tales defectos y no por otros que él menciona como lesivos de su interés individual”.

c) Inadmisibilidad del principio de la *reformatio in pejus*.

C. El recurso de revisión

Nuestro ordenamiento jurídico ya desde 1909 admite la revisión de la sentencia penal condenatoria con error, por medio del recurso de revisión, que constituye un medio impugnativo de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

La posibilidad de la revocación de la cosa juzgada pone en juego intereses trascendentes, que creemos no sean contrapuestos y que incumben al Estado. Es decir el interés en mantener la intangibilidad de la cosa juzgada, pues es lo que permite el logro de la seguridad jurídica y el interés de sustentar el valor justicia.

Cuando en el proceso aparentemente válido existe un vicio de tal entidad, como son los motivos en que tradicionalmente se basa la impugnación, no puede cerrarse la misma para llegar a la sentencia justa. En efecto, la sentencia ha consagrado una verdad formal, pero la realidad demuestra otra verdad. Indudablemente la condena del inocente hiere la sensibilidad jurídica, por lo cual se debe disponer de los medios procesales para subsanar ese error.

Caracteres generales del recurso de revisión

1) Constituye un medio impugnativo que permite la revisión de la cosa juzgada.

2) En lo referente a los sujetos: se atribuye competencia al órgano máximo del Poder Judicial: la Suprema Corte de Justicia.

Pueden solicitar la revisión a) el condenado o sus representantes legales; b) el cónyuge, los ascendientes, descendientes o hermanos, legítimos o naturales reconocidos o declarados tales; c) el Ministerio Público.

²³ *Ibid.*, p. 157.

Y es posible que los parientes enumerados o el Ministerio Público deduzcan el recurso, aun en caso de fallecimiento o incapacidad del condenado, con la finalidad de obtener su rehabilitación.

3) Las causales de revisión están establecidas taxativamente en el Código del Proceso Penal (artículo 283). Las tres primeras causales reconocen como antecedente los incisos 1, 3 y 4 del artículo 554 del código italiano de 1930, recogidos a través de proyectos que sirvieron de base al actual Código del Proceso Penal.

a) Inconciliabilidad de las sentencias. Si los hechos establecidos como fundamento de la condena, resultan inconciliables con los que fundamentan otra sentencia penal irrevocable. La inconciliabilidad debe darse, pues, entre fallos penales irrevocables, aunque no se requiere que la otra sentencia sea también de condena. Por eso, si la sentencia posterior a la sentencia penal es civil y se contradice con la penal, no entraría en la hipótesis. El Código, con respecto al tema de la prejudicialidad prevé expresamente: “si la decisión de las cuestiones prejudiciales constituye fundamento principal y determinante de condena penal y las mismas cuestiones son objeto de una posterior sentencia contradictoria, en otra sede podrá el perjudicado deducir recurso extraordinario de revisión” (artículo 283).

b) Sobrevenir nuevas circunstancias o elementos de prueba. Si después de la condena sobrevienen nuevos elementos de prueba o circunstancias que solos, o unidos a los ya examinados en el proceso hacen evidente que el hecho no existió, o que el condenado no lo cometió.

c) Derivación de la condena de la falsedad o de otro delito. Si se demuestra que la condena fue pronunciada como consecuencia de una falsedad o de otro hecho previsto por la ley penal como delito, en tal caso la prueba consistirá en la sentencia condenatoria por esa falsedad o ese delito, salvo que la acción penal se halle extinguida o no pueda proseguir, en cuyo caso se podrán emplear otros medios probatorios.

d) Si corresponde aplicar retroactivamente una ley penal más benigna. La inclusión de ese motivo de revisión ha sido criticada,²⁴ porque no se ha incurrido en ningún error en la sentencia, y no sería procedente el recurso debiendo solucionarse por otros medios, como la aplicación de la ley de oficio, declarando extinguida la acción penal o la condena.

²⁴ Arias, J. A., *El proceso penal*, p. 51.

Clariá Olmedo también critica igual solución contenida en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba.²⁵

e) En cuanto al procedimiento, son aplicables las reglas establecidas para el recurso de casación, en cuanto le sean aplicables, y en consecuencia es procedente una etapa de calificación de grado, es decir un previo contralor de admisibilidad formal del recurso por la Suprema Corte de Justicia.

f) Poderes de la Suprema Corte de Justicia. Se atribuyen a la Corte poderes probatorios y cautelares. En efecto, la Corte podrá disponer todas las indagaciones y diligencias consideradas útiles y cometer su ejecución a alguno de sus ministros o a los jueces que designare. Esta actividad instructoria que se otorga al órgano de la revisión responde a la distinta naturaleza que el recurso tiene como el recurso de casación, que se refiere exclusivamente al error de derecho.

Asimismo, en uso de poderes cautelares, la Suprema Corte de Justicia podrá en cualquier momento suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer con o sin cauciones la libertad del condenado (artículo 287).

En cuanto al contenido del fallo, una vez anulada la sentencia, si se diera esta hipótesis, el órgano jurisdiccional tiene la opción entre disponer la instrucción de un nuevo proceso por el juzgado competente o pronunciar directamente la sentencia definitiva que corresponde, es decir que existe la posibilidad de reenvío.

g) Consagración expresa de la responsabilidad del Estado por el acto jurisdiccional, dictado con error de hecho que permite la reparación a la víctima del error.

IV. LA EJECUCIÓN PENAL

En el actual desarrollo científico del derecho procesal existe la clara tendencia a reivindicar la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal, como se ha comprobado en el congreso realizado en Roma el año pasado, sobre un Código Tipo de Proceso Penal para Latinoamérica que incluyó en el temario “La exigencia de la jurisdiccionalización de la ejecución”.²⁶

²⁵ Clariá Olmedo, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 260.

²⁶ Un “*Codice tipo*” di procedura penale per l’America Latina, Roma, 1991, pp. 385 y ss.

La función jurisdiccional indudablemente no se agota en la sentencia dictada para culminar el proceso de conocimiento, sino que se mantiene más allá de la ejecución de la pena.

Es cierto que existe participación de la administración a los efectos del cumplimiento de la pena, pero es indudable que la tutela jurisdiccional debe continuar y asegurar la continuación en la ejecución de la garantía del debido proceso.

El presupuesto de la ejecución forzada tanto en lo civil como en lo penal en cuanto al título es el mismo. Lo que ocurre con respecto al título de la ejecución forzada es que el único título de ejecución forzada en el proceso penal lo constituye la sentencia basada en la autoridad de cosa juzgada (artículo 318), en tanto en los procesos no penales existen títulos de ejecución no formados necesariamente en el proceso de conocimiento.

En cuanto a los sujetos en esta etapa, se presenta un problema de opción entre: atribuir competencia al juez de la primera instancia que dictó la sentencia, que es la solución que ha adoptado el Código del Proceso Penal o bien crear una magistratura especializada como lo propugna el Código Tipo de Proceso Penal para Latinoamérica, y por otra parte es la solución que sigue nuestro proyecto de código de proceso penal.

El Código de Proceso Penal otorga al juez de la ejecución un conjunto de atribuciones procesales, como lo son algunas que tocan lo referente a alteraciones o modificaciones en el aspecto de la libertad, como la información sobre el otorgamiento de la libertad anticipada o de la libertad condicional, conocimiento de los incidentes que pueden plantearse en esta etapa (artículo 323), el surgimiento de una causal extintiva de la pena, como el otorgamiento de indulto, etcétera.

Pero existe un conjunto de deberes que hacen relación al tema de tratamiento de los reclusos, en el que podrán darse violaciones a los derechos humanos, que han atraído la atención de los organismos internacionales, como la labor de las Naciones Unidas, que inclusive han creado, con sede en San José de Costa Rica, el ILANUD, es decir el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

Este aspecto del contralor de cumplimiento de la pena, el artículo 316 le impone al juez de la vigilancia "concurrir por lo menos una vez al año al establecimiento donde se haya recluido al penado, sin perjuicio de realizar inspecciones toda vez que lo considere oportuno".

tuno”, lo que implica un comienzo para una posterior ampliación de las facultades del juez de la vigilancia, en un futuro a través de nuevos proyectos.

Proyecto del código del proceso penal

El proyecto de código del proceso penal,²⁷ elaborado por la comisión a que se hacía referencia en el inicio de este trabajo, prevé una profunda reforma de las estructuras procesales penales, con la adopción de un proceso por audiencias, que quiebra la tradición de escritura del país que tuvo alguna consideración en el Código del Proceso Penal en las formas de proceso por audiencias de delitos, con las objeciones que se le dirigen y el proceso en audiencia para las faltas, o sea infracciones penales, de poca entidad.

Proceso por audiencias

Del punto de vista de la estructura del proceso, el proceso por audiencias que adopta el proyecto y que significa una coordinación de elementos orales y escritos (en este sentido la acusación y contestación a la acusación deben ser presentadas por escrito), es un tipo procesal que tiende a la humanización del proceso²⁸ y que constituye una síntesis de principios de intermediación, concentración y publicidad.

En cuanto al principio de publicidad, el proyecto armoniza sus disposiciones al respecto, con las previsiones de los documentos internacionales sobre derechos humanos.

En efecto, el artículo 129 expresa: “Sólo en la audiencia de conclusión de la causa el debate será público, bajo pena de nulidad absoluta, con las excepciones que establece el artículo 127. Y en esta disposición se determina la privacidad de parte o totalidad de la audiencia, excluyendo a la prensa y al público en determinados supuestos, que se establecen y que son los siguientes:

a) por consideraciones de moral, de orden público, o seguridad nacional en una sociedad democrática;

²⁷ VI Jornadas Naciones de Derecho Procesal, tema II: “Anteproyecto de Código del Proceso Penal a estudio del Parlamento (especialmente a lo referido a la efectiva aplicación de los principios nacionales e internacionales sobre los derechos humanos y organización de la instrucción)”, Montevideo, 1991, pp. 81 y ss.

²⁸ Gelsi Bidart, A., “La humanización del proceso”, en *Towards a justice with a human fase (the first international congress on the law of civil procedure)*, 1978, pp. 220 y ss.

b) cuando lo exigiese el interés de la vida privada de las personas intervinientes;

c) cuando por circunstancias especiales del caso la publicidad pudiese perjudicar a los intereses de la justicia, o comprometer un secreto protegido por la ley y, finalmente,

d) cuando esté previsto por leyes especiales.

A su vez, la publicidad está excluida de la instrucción, ya que su aplicación, podría perjudicar la eficacia de la instrucción y se coordina con lo previsto por el artículo 102 del mismo proyecto, sobre limitaciones a la información.

La exclusión de la publicidad de la etapa instructoria surge del texto del artículo 129 que establece: “Sólo en la audiencia de conclusión de la causa el debate será público, bajo pena de nulidad absoluta. . .”

Esquemáticamente, el proceso penal proyectado en la etapa de conocimiento se desarrolla así:

Se parte de la *notitia criminis*, o sea, el juez en conocimiento del hecho inicia la investigación. Pero cuando existe denuncia, viene precedida esta indagatoria de una calificación de la denuncia, procedimiento original en nuestro derecho, con intervención del Ministerio Público.

Dentro de la etapa de conocimiento, puede distinguirse: a) instrucción, b) etapa intermedia y c) audiencia para la vista de la causa y sentencia.

La instrucción

Desde que se inicia la investigación, con referencia a determinada persona, la misma debe estar asistida de defensor y tanto ésta como el Ministerio Público pueden ejercer los poderes y deberes de las partes y en consecuencia producir prueba, la que se recoge en audiencia a la que concurren las partes por su debido contralor.

Esta etapa se cierra con una audiencia, cuya finalidad es decretar o no el procesamiento del imputado.

El principio de defensa tiene plena vigencia en el proyecto, ya que está asegurado desde el inicio de la investigación.

El proyecto considera imputado “a toda persona a quien se atribuye su participación en la comisión de un delito o que sea indicada como tal ante las autoridades competentes, desde cualquier acto inicial de los procedimientos o durante el desarrollo de los mismos,

hasta que recaiga sentencia o resolución que signifique su conclusión” (artículo 52.1).

“El imputado es parte en el proceso con todos los derechos y deberes inherentes a tal calidad, en la forma y con los límites regulados en este código” (artículo 52.2).

Para su debida defensa, se establece la defensa técnica y es así que el imputado tiene derecho a designar defensor letrado de su confianza desde el inicio de las indagaciones (artículo 7.2) y esa defensa técnica constituye un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento (artículo 7.1).

Por ello sólo podrá actuar en un proceso penal quien está habilitado para ejercer la abogacía, cesando esta exigencia sólo cuando se actúe por razones de urgencia o no existe abogado disponible en el lugar (artículo 71).

Esta fórmula de la defensa técnica supera la fórmula del pacto de San José de Costa Rica que permite al inculcado defenderse personalmente o ser asistido por defensor de su elección o en su caso defensor proporcionado por el Estado (artículo 9).

Y esa asistencia en el Proyecto es absolutamente imprescindible de tal modo que ningún acto que requiera la presencia del imputado podrá realizarse sin la asistencia de defensor. Si éste no compareciera, el acto se realizará con su sustituto o en su defecto con defensor de oficio (artículo 69).

En caso de procesamiento, éste requiere el pedido del Ministerio Público. Se señala en el artículo 9.2: “Rige también en el proceso penal el principio acusatorio consagrado en el artículo 22 de la Constitución de la República. Por aplicación de dicho principio no se podrá procesar, condenar o imponer una medida de seguridad por infracción a la ley penal si no media petición del Ministerio Público”.

En la hipótesis del pedido de procesamiento por el Ministerio Público, se concede al defensor del imputado de ser oído.

El contenido de la resolución judicial puede ser: a) decretar la clausura del proceso, o b) decretar el procesamiento.

En esta resolución el juez tiene la facultad de:

- a) ordenar la prueba que queda incorporada al proceso;
- b) ordenar la reiteración o complementación de prueba, y
- c) ordenar el diligenciamiento de la prueba solicitada por las partes en la audiencia.

Antes de pasar a la audiencia para la vista de la causa, existe una etapa preparatoria de la misma para cumplir con la prueba a que pueda referirse el auto del juez que decreta el procesamiento y asimismo la presentación de los escritos de acusación y de contestación a la acusación.

Ante la difícil elección del procedimiento para la instrucción los autores del proyecto de código del proceso penal se inclinaron por un proceso que consideran original: y que consiste en que, desde las primeras diligencias instructorias aparece el imputado con su defensor y el Ministerio Público como partes, con los poderes y deberes inherentes a las mismas, y en consecuencia con actividad probatoria.

Es, quizás, esta modificación al procedimiento de la instrucción el aporte más trascendental del proyecto y en que se manifiesta más especialmente la preocupación de los autores del proyecto para la aplicación de principios de protección a los derechos humanos con un imputado que deja de ser un objeto del proceso, para transformarse en un sujeto del proceso dotado de los poderes y deberes de las partes y con un Ministerio Público con iguales facultades, y que consecuentemente determina la eliminación de la reserva del presuntorio.

Audiencia para la vista de la causa

Esta audiencia viene precedida de la presentación de la acusación por el Ministerio Público y la contestación a la acusación del defensor del imputado, que se realizan por escrito, y que, según se expresa en la exposición de motivos del proyecto de código del proceso penal, la elección de la escritura se hace por similitud con lo que ocurre en el Código General del Proceso con la demanda y la contestación de la demanda.

La audiencia se desarrolla con la plena vigencia de los principios de inmediación (artículo 254.1: “El tribunal presidirá la audiencia, sin poder delegar su presencia bajo pena de nulidad”); de concentración (artículo 255: “La audiencia se desarrollará integralmente en el día señalado. En caso de ser necesaria su prórroga por agotarse el tiempo disponible, su prosecución se fijará en el acto para la fecha más cercana posible, a los efectos, de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional”); de publicidad (artículo 256: “El debate será público, bajo pena de

nulidad, pero la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de la audiencia, en determinados supuestos que se indican a texto expreso”).

Realizada la audiencia para la vista de la causa corresponde dictar la sentencia, para lo cual el proyecto se remite a las previsiones al respecto del Código General del Proceso (artículo 268).

La misma es susceptible de impugnación mediante los recursos de apelación, de casación y de revisión tradicionales en nuestro ordenamiento procesal penal.

Señalamos que el proyecto reafirma la naturaleza esencialmente cautelar de la prisión preventiva, ya que “el tribunal podrá disponer la privación o limitación de la libertad física del procesado solamente cuando exista peligro de que su libertad física pueda entorpecer la indagación, la continuación del proceso o la ejecución de la pena que aparece como probable que sea efectivamente cumplida según surge del artículo 183, que armoniza con lo establecido en el artículo 9, apartado 3 del capítulo sobre garantías judiciales del Pacto de San José de Costa Rica.

Es decir, que la prisión preventiva debe existir en la medida en que sea absolutamente indispensable para asegurar los resultados del proceso, y no puede actuar como cumplimiento anticipado de la pena.

En armonía con disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica en textos expresos se consagra el principio de inocencia, el cual por otra parte ya está incluido en el artículo 12 de la Constitución de la República, al establecer el debido proceso, en cuanto nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

De acuerdo al artículo 4 proyectado, “Toda persona a quien se atribuye un delito no debe ser tratada como culpable mientras no se establezca su responsabilidad por sentencia ejecutoriada”.

Asimismo se recoge (artículo 5) la prohibición del *bis in idem*, contenida también en el apartado 4 del artículo 8, por el cual ninguna persona debe ser investigada más de una vez por un mismo hecho por el cual haya sido sometido a proceso en el país o fuera de él, aunque se modifique la calificación jurídica o se afirmen nuevas circunstancias.

Se exceptúa el caso en que el proceso haya concluido por falta de presupuestos procesales o defectos de procedimiento.

También se incluye el reconocimiento de la dignidad humana de toda persona cualquiera sea su posición en el proceso y en particular aquella a quien se atribuya un delito, recogiendo el contenido del artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

La ejecución

El actual Código del Proceso Penal estableció la vigilancia de la ejecución de la pena y los cometidos que comprende, determinando a estos efectos la competencia como jueces de ejecución de la sentencia, los de la primera instancia que la hubieran dictado, cuando las penas o medidas de seguridad deban cumplirse dentro de la jurisdicción de su competencia.

Si se deben cumplir en lugar diferente, la función de vigilancia la ejercerá el juez de igual jerarquía de ese lugar que esté de turno a la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada, según lo dispone el artículo 322.

El proyecto, desde luego, mantiene la vigilancia judicial de la ejecución de la pena, pero introduce una modificación desde el punto de vista de la competencia ya que crea una magistratura especializada para esa función, los juzgados letrados de ejecución y vigilancia para Montevideo, extendiendo sus atribuciones al departamento de San José respecto a los establecimientos penitenciarios que allí existiesen (artículo 367).

En el interior continúan estas funciones a cargo de los juzgados letrados de primera instancia hasta tanto no se establezca para ellos un régimen similar.