

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS EN EL MISMO

Adolfo GELSI BIDART

SUMARIO: I. *Intervención de la justicia penal: cuándo y por qué.* II. *Instrucción preliminar y garantías procesales.* III. *Garantías en el proceso penal de Uruguay.* IV. *Conclusión en perspectiva.*

I. INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: CUÁNDO Y POR QUÉ

1. *El juez y la realidad concreta*

A. Las materias no-penales

Tanto el Código General del Proceso (CGP) como el Código del Proceso Penal (CPP) establecen la relación inescindible entre el juez —por ejemplo, el proceso presidido por el juez— y la realidad concreta, vale decir, individualizada, determinada, acotada por lo que ha ocurrido antes de —y para que— se lleve a cabo el proceso judicial.

El proceso se pone “en marcha” porque ha ocurrido en la realidad algo para cuya dilucidación y solución jurídica ha sido delineado aquél, instrumento jurídico de aplicación del derecho a una situación determinada.

De ahí que el CGP señale que (“derecho al proceso”): “cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales a plantear un problema jurídico *concreto* u oponerse a la solución reclamada” (artículo 11); varias otras disposiciones se refieren a “los hechos controvertidos” (artículo 24.4); en la demanda ha de realizarse “la narración precisa de los hechos” (artículo 117.4).

Podría seguirse la enumeración de otras normas —principalmente las relativas a los medios de prueba y su diligencia—, pero creemos que basta lo transcrito para subrayar que el proceso está necesariamente liga-

do a hechos concretos que *han ocurrido* (al menos se crea, se piensa, se entiende que han tenido lugar).

Se podrá tener mayor o menor seguridad acerca del acaecimiento (¿verosimilitud, como cuando se evoca un riesgo o verdad? ¿cuándo se entiende que se ha captado efectivamente lo ocurrido en la realidad?), pero en todos los casos es algo que existió, que se dio en la realidad, que se hace referencia para fundar fácticamente en los hechos ocurridos, la necesidad o la conveniencia del proceso.

De ahí que Carnelutti, en la “Introducción” al *Sistema* señale que la “historia, en sentido estricto, es decir como narración de hechos pasados” sea indispensable para el derecho y, en concreto, para el derecho procesal —por ejemplo, para el proceso—.¹ Si ocurrió algo que está relacionado con la apertura de un proceso, debe procederse, pero *no* para tratar de eventualidades. También Chiovenda recordaba que el poder que se denomina “jurisdicción” es “el poder de actuar la voluntad de la ley en el caso concreto”.² Las citas pondrían ser innumerables; siempre se subraya lo que ocurrió *antes* en la realidad y, por ende, de manera concreta, para posibilitar la existencia del proceso.

B. La materia penal

El CPP establece que el “enjuiciamiento” se realiza cuando se ha cometido un “hecho constitutivo de infracción penal” (artículo 3o.); también cuando el ejercicio de la acción depende de la instancia del ofendido, se requiere la enumeración de “los hechos [...] que comprueben el cuerpo del delito” (artículo 17); la jurisdicción abarca los delitos “cometidos” en territorio nacional (y aún en el extranjero, según tratados o leyes especiales) (artículo 31) (*cf.* artículos 114, 125 y conc.).

El hecho que se toma en cuenta para iniciar el proceso es “acción u omisión, acto y relación de casualidad”, en todo caso lo acaecido en la realidad según apunta Leone.³ A su vez, Manzini⁴ se refiere a los “actos

1 Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo, t. I, Introducción, p. 2; *cf.* pp. 68-69 y 105 y ss. Uno de los aspectos en que se asienta su obra es —junto con “instrumentalidad y la unidad del Derecho”— la realidad, aunque sería más exacto hablar de concretividad (*concretezza*) y “no confundir los conceptos con los fenómenos”. Prólogo, pp. XXX-XXXIII.

2 Chiovenda, *Introducción de derecho procesal civil*, trad. de Gómez Obaneja, t. 1, p. 40.

3 Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de S. Sentís M., t. I, p. 286.

4 Manzini, *Instituzioni dei diritto processuale penale*, pp. 18-19.

[hechos] concretos y previstos y reglados en abstracto por el derecho procesal penal”. Carnelutti plantea, desde el punto de vista del que va a cometer el acto, “si existe el hecho que es valuado por la ley”, “el hecho es lo que está por acaecer por obra del agente, la hipótesis (legal: *fattispecie*; *Tatbestand*) es el acto tal como lo describe la ley”.⁵

Tanto para el proceso penal como para el proceso civil, el punto de partida, de “apertura”, radica en la *existencia*, por ejemplo, en la realización de uno o varios hechos que —especialmente se dice en el proceso penal— han sido tipificados por una norma penal y que tienen, pues, “apariencia delictiva”, dado que el proceso penal *sólo* se refiere a la existencia de crímenes, delitos que, si son comprobados y se determina quién o quiénes son sujetos activos de los mismos, dan lugar a una sentencia de condena y, en caso contrario, a la absolución.

C. La comunicación previa

La intervención del juez penal requiere, pues, de una orientación previa, con base en una indicación de haberse efectuado un hecho que puede calificarse —*a priori*, en principio— como delictivo, es decir que *parece* ingresar en una tipificación penal, con o sin señalamiento del presunto autor y, por ende, delincuente.

Vale decir que el juez (o, si las cosas cambian, el Ministerio Público) no actúa si no tiene esa indicación previa (*vid. infra*, 2); es decir, que *no* corresponde que él mismo, sin *notitia criminis* que según la ley y *previa*, salga en busca de eventuales delitos que indagar.

No corresponde que el juez “salga a buscar delitos”, *sin* que le haya llegado antes una comunicación (*vid. infra*, 2) de que ha ocurrido un hecho, algo en la realidad con —como dijimos— apariencia delictiva. No se trata (salvo casos especiales que se dirán) de un condicionamiento que imponga al juez seguir el contenido de dicha comunicación, pero sí lo que podríamos denominar un condicionamiento *temporal*, un *prius* de cualquier actuación procesal; la “ignorancia” del juez acerca de delitos que puedan ocurrir en cualquier momento se ve quebrada por esa comunicación: ha ocurrido, se ha dado en la realidad, ese aparente delito y, por tanto, el Estado a través del órgano establecido tiene el deber de de-

5 Carnelutti, *op. cit.*, nota 1, t. I, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís M., p. 18. Los tres autores al igual que todos, puede decirse, los autores de derecho procesal penal subrayan la *precedencia* del hecho presuntamente acaecido y de naturaleza delictiva, que da lugar al proceso penal.

terminar si así ocurrió efectivamente: de la “verosimilitud”, aproximación a la verdad, a la existencia real de tal hecho “criminoso”.

Por ende, el juez “no sale a buscar situaciones delictivas”: ¿se habrá cometido algún delito que debe ser indagado? Se requiere lo que llamaríamos un llamado de la realidad, una convocatoria de ésta, y no el azar de que “a lo mejor” algo se encuentra; delitos anónimos que nadie denuncia.

No bastan “vagos rumores” y tampoco genéricas acusaciones (parece que en el Ministerio de Industrias, Energía y Minería se habría cometido, tal vez, algún delito).

D. Principio del realismo jurídico-procesal

Lo indicado ingresa en el principio del realismo jurídico procesal, que vincula a los tribunales judiciales y, más específicamente, al proceso, en la realidad que es siempre concreta, individualizada; lo cual, en el caso, requiere la indicación de un hecho existente en el pasado más o menos inmediato.⁶

El realismo se conecta, obviamente, con lo existente, lo que se ha llevado a cabo, lo *ya* realizado. El proceso siempre sobreviene (ha de sobrevenir) después de que se ha producido un hecho —una situación de hecho—, con, al menos, apariencia delictual. No cualquier delito que haya, eventualmente, podido ocurrir, sino una situación realizada y que, en principio, parece encuadrar en una tipificación penal.

Naturalmente que la calificación (incluida en una figura jurídica-penal) definitiva corresponderá hacerla en el proceso, pero lo que se indica aquí es, por tanto, doble: *a*) existencia de la situación de hecho, y *b*) apariencia, indicada, de la calidad de antijurídica.

6 De ahí que, en otros planos, no coincidamos con el recurso de *casación* que restringe y prácticamente imposibilita la relación entre la Suprema Corte y los hechos que dieron mérito al expediente, sin perjuicio de cosiderarlos para descartar la penetración jurisdiccional en cuanto a la realidad de acontecida.

Con mayor razón resistimos que lo definido en determinadas circunstancias —como existe en sistemas jurídicos de algunos países— pueda ser de obligada aplicación en procesos ulteriores.

En la misma línea de consideración, tampoco acogemos el sistema del “*juicio al acto legislativo*”, al margen de la situación concreta planteada (por ejemplo, Tribunales Constitucionales de la segunda posguerra).

2. *El juez y la notitia criminis*

A. Inquisición y *notitia criminis*

Como surge de lo precedente, no cabe identificar el tema de la realidad concreta que “abre el camino al proceso penal” y la vigencia del principio inquisitivo. Sea quien fuere el que dé inicio al proceso, incluso a las diligencias preliminares del mismo, la existencia del —al menos— aparente hecho delictivo es un elemento requerido para tal iniciación. Éste es un problema de oportunidad legal, de cuándo ha de procederse y de factor desencadenante de las correspondientes actuaciones.

Quien inicia el proceso ha de hacerlo, no cuando le parezca —a su talento— que ha de intervenir, sino cuando llega a su conocimiento que se ha llevado a cabo un hecho aparentemente delictivo. Todo se desarrolla en el plano de la realidad efectiva, lo que ocurrió, sin perjuicio de la calificación —lo reiteramos— que en definitiva se le otorgue en el proceso. La indagación que se practique acerca del hecho en sí, de su o sus autores y la calificación pertinente llevará a conclusiones que corroboren o no lo que ha sido comunicado.

B. Sentido de *notitia criminis*

La *notitia criminis* es lo que posibilita las actuaciones. Abarca *a*) una declaración, en el sentido de expresión o narración de hechos; *b*) que habrían ocurrido (existentes en el pasado), y *c*) que se comunica a la autoridad que corresponde (juez, Ministerio Público, etcétera).

El CCP se refiere al tema en el artículo 105.

Toda persona que tenga conocimiento de la *comisión* de un *delito* perseguible de oficio, puede denunciarlo ante la autoridad judicial o policial. El contenido de la *denuncia* deberá contener de modo claro en cuanto sea posible, la *resolución del hecho* con las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución, la indicación de sus actores y partícipes, testigos y demás elementos que puedan permitir su comprobación y calificación legal (artículo 106).

El artículo 111 establece los casos de flagrancia (propia e impropia 1o., 2o. y 3o., respectivamente).

A su vez, el artículo 114 dispone acerca de los medios por los cuales llega a conocimiento de la autoridad la realización de un delito (*notitia*

criminis): “el juez [...] que a iniciativa del Ministerio Público, por conocimiento *personal*, denuncia o cualquier otro medio semejante, tome conocimiento de la comisión de un delito, debe ejecutar prontamente todos los actos necesarios para su esclarecimiento”. Hay, pues, una remisión a los artículos antes citados y una apelación a la analogía (“medios semejantes”) para determinar los diversos canales de conocimientos que puede tener el juez.

C. Los diferentes medios para saber del delito que se habría cometido

Colombo enumera nueve de estas vías: denuncia, flagrancia propia, flagrancia impropia, sentencia previa, *vox populi*, notoriedad, noticia personal del juez, comunicada por éste al juez, y comunicación (referencia) de órgano público, señalando la comisión de un delito.

La noticia personal del juez es el conocimiento directo del magistrado, que toma conocimiento por estar presente al cometerse el delito (flagrancia propia) o bien presencié las circunstancias que según la ley configuran la flagrancia impropia. Colombo indica de forma conjunta el conocimiento del juez o del Ministerio Público (¿un reconocimiento implícito, subconsciente de que, en el conjunto de juez y fiscal, está presente el poder represivo del Estado?).

Cuando el conocimiento fue adquirido por el Ministerio Público, se requiere la comunicación que éste realice al juez; tal vez la equiparación del autor citado significa un modo de conocimiento privilegiado, en cuanto se trata de dos magistrados y de que quien trasmite la *notitia criminis* es el titular del ejercicio de la acción penal.

Una situación similar —comunicación de juez a juez— se da cuando el juez que dicta la *sentencia previa al proceso penal* la comunica al que habrá de intervenir en la causa criminal pertinente. La diferencia radica en que lo que se hace saber es algo más que una simple *notitia criminis*, por cuanto aquí el juez de la sentencia previa (por ejemplo, quiebra fraudulenta o culpable), al dictar su fallo, está posibilitando legalmente la realización del proceso penal; se trata, si se quiere, desde el punto de vista de la noticia del delito, de una comunicación privilegiada, que responde a un proceso y a un fallo necesarios para que el juez de la causa pueda entender y, en su caso, resolver que efectivamente la quiebra fraudulenta configuró un delito penal. En el mismo sentido, la comunicación de desafuero de un legislador y la realización de juicio político.

Colombo⁷ distingue entre *vox populi*, vale decir, conocimiento difuso en la población que se trasmite, que llega al saber del juez, que supone una cierta verosimilitud en la existencia del hecho criminoso, por una parte. Por otra, la *notoriedad* que —según el plano de la prueba— supone, para la opinión pública, la (relativa) certeza, la verdad, la existencia de tal hecho cometido en la realidad.

Otras *comunicaciones* pueden venir de parte de órganos públicos en los que se detecta la comisión de un delito, por ejemplo, en una oficina pública o por parte de una Comisión Investigadora Parlamentaria, etcétera. También la comunicación puede provenir de instituciones privadas, sociedades o asociaciones.

La *flagrancia* requiere de una especial comunicación, que como dijimos puede ser del Ministerio Público, o no requerido, cuando es el mismo juez el que directamente toma conocimiento de ella. En la flagrancia propia “se sorprende a una persona en el acto mismo de cometer el delito” (artículo 111, inciso 1o.).

La impropia se contempla en dos situaciones diversas:

Cuando inmediatamente después de la comisión de un delito se sorprendiera a una persona huyendo, ocultándose o en cualquier otra situación o estado que haga presumir su participación y, al mismo tiempo, fuera designado por la persona ofendida o damnificada o testigos presenciales hábiles, con participación en el hecho delictivo (artículo 111, inciso 2o.).

Como se admite, la (posible) existencia del hecho delictivo se infiere de estos elementos: *a*) temporal: lo que se capta ocurre de inmediato a la comisión del delito; *b*) indicación: huida, ocultación u otra situación similar y presencia que de ellos se estime, de que se trate del autor del hecho, y *c*) denuncia del damnificado o de testigos presenciales. Se trata de un complejo de elementos probatorios, que se conjugan para dar la pauta de una *notitia criminis*, siempre apoyada en algo que se realizó.

La segunda clase de flagrancia impropia (artículo 111, inciso 3o.) se busca de manera siempre compleja en presunciones que se apoyan en indicios: *a*) temporal; *b*) la persona tiene efectos u objetos procedentes del delito; *c*) o armas o utensilios utilizados en el mismo, y *d*) o presuntos rastros o señales relacionados con el delito cometido.

⁷ Colombo, *Diligencias preliminares*, en Colombo, *Curso sobre el Código de Proceso Penal*,

Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, pp. 208-229, en especial pp. 210-211 y 213-215.

El caso de la *denuncia* (como se vio) parece tener una preeminencia mayor de la comisión del delito; se trata de un espectador que trasmite la comisión de un hecho criminal que ha llegado a su conocimiento y que él afirma que existió y da motivo del mismo a la autoridad pertinente.⁸

3. *Lo general (abstracto) en la tipificación y lo individual para la actividad procesal*

A. Lo genérico no corresponde en los hechos

Según el citado artículo 106 (y el artículo 114), la *notitia criminis* debe tener por contenido una precisa referencia acerca de la comisión de un delito concreto (hecho de apariencia criminosa): no bastan genéricas acusaciones y, menos, referencias “pase a la justicia”, también genérica, sin indicar ni siquiera que existe apariencia de delito (“nosotros no pudimos encontrar nada; vean ustedes lo que pueden hacer”).

Lo genérico, lo general, en cuanto a hechos, escapa a la justicia; importa en lo relativo a la aplicación de la ley, pero esta aplicación es *para* el caso concreto; es decir, a lo que ocurrió en la realidad. El juez “no sale a ver qué pasó, sino a confrontar la *notitia criminis* con la prueba que la fundamenta” en los hechos, y la tipificación legal que pueda —o no— corresponderle.

B. La denuncia como paradigma

El diccionario de la Real Academia señala denuncia como “noticiar, avisar” y, específicamente, “participar o declarar oficialmente el estado ilegal, irregular o inconveniente de una cosa”. Así también Couture indica que etimológicamente proviene del latín *denuntio-are* “hacer saber”, propiamente remitir un mensaje (de *nuncius-i*, *nuntium-i* “mensaje”); implica “manifestar a la autoridad *un hecho* que a ella corresponde conocer para el cumplimiento de su cometido” (*vid.* denuncia). El *Nuevo Digesto Italiano* establece que la intervención del tribunal se produce a raíz de “denuncia, relación, referencia o a otra noticia del delito”.⁹

8 Sobre la *notitia criminis* y sus variedades, *vid.* Arlas, *CPP anotado preliminar*, p. XI; Greif, J., *CPP de la R. O. del Uruguay anotado y concordado por*, pp. 75, 77-78, y Torello, y Landoni, “Nuevo C. del P. P.”, *El juez*, pp. 77-78.

9 Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, acepción 1 y 3; Couture, *Vocabulario jurídico*, “Denuncia”, *Nuevo Digesto Italiano*, vol. IV, “Denuncia e repporto” (Conrado Perris).

Las disposiciones legales tanto como la doctrina son contestes, por ende, en la aplicación del que llamamos “principio del realismo jurídico procesal”, el Tribunal no se pone en marcha si no se le comunica la existencia (realización previa) de un hecho con al menos apariencia delictiva.¹⁰

C. El ámbito de lo general

Para abarcarlo, para establecer normas que aclarasen múltiples realidades ulteriores se da el Poder Legislativo, sin perjuicio de que a veces ingrese en lo particular (pensión graciable, nombres dados a edificios públicos, etcétera). A veces, el Poder Ejecutivo tanto ingresa directamente en lo individual como en lo general, reglamentario.

El Poder Judicial abarca lo general, cuando, en lo interno, mediante acordadas, la Suprema Corte ejerce su potestad de administrar y orientar, en lo funcional o administrativo, la actividad de los integrantes de este poder de gobierno del Estado. Pero cuando cualquier Tribunal ejerce la potestad específica de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, la jurisdicción se orienta, se dirige, impera en lo individual, vale decir, en la actividad concreta, pues lo que recibe, lo que se le pide, lo que se le presenta para que actúe es el o los hechos concretos que han ocurrido: una realización del pasado que fundamenta la actividad actual, para disciplinar el porvenir. Pueden algunas de sus decisiones tener un alcance mayor que el que estrictamente se plantea entre acto o demandado. Así lo resuelve la ley; pero, en todo caso, a partir del caso concreto cuya decisión puede, a veces, alcanzar más allá, por la naturaleza de lo definido.

Los límites referidos importan por razones de especialidad y también por la separación de los poderes, no menos que por la efectividad de la garantía procesal que brindan a todo derecho la posibilidad de que tenga realización en una situación determinada, cuando los involucrados en ella no pueden o no quieren dar la pertinente satisfacción.

El tribunal incurriría en verdadero “exceso de poder”, si “saliera a buscar entuertos que enderezar”, sin tomar en cuenta, sin esperar que se

10 Vid. notas 7, 8 y 9. Además, entre tantos: Fenech, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 339; Manzini, *Diritto processuale penale*, t. IV, capítulo I, “La denuncia facultativa”; Leone, *op. cit.*, nota 3; Vélez Mericonde, A., *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 383-386; Levene, Ricardo, *Manual de derecho procesal penal*, pp. 288-290; Vázquez, C., Iruzabieta, *Procedimiento penal mixto*, t. II, “Denuncia”, pp. 13-17, Florián, *Derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, pp. 235-236.

le dé a conocer, según la ley, la presunta comisión de un delito, la existencia de hechos de apariencia criminal. Vale decir, sin que se le dé a conocer (o él directamente lo haya conocido) esa realización de apariencia delictual.

5. *El no mantener en el ámbito propio y sus riesgos*

A. La experiencia de la potestad

El ir más allá —con las mejores intenciones— de lo que indica la ley —aquí la *notitia criminis*— puede hacer perder el verdadero sentido de la potestad que se ejerce. Por ejemplo, cuando se trata del tema “de moda”, recurrente cada tanto en la sociedad, de la corrupción, se rozan y se confunden lo ético y lo jurídico-delictual. ¿El juez transformado en un Catón el Censor, de perfil o protagonismo que no le corresponde, y que tropieza, además, en un país pluralista, con la existencia de una defensa moral social generalmente aceptada y las diferentes morales con base en la libre aceptación de cada uno, pueden convivir en dicha sociedad?¹¹

No sería necesario subrayar la máxima romana: *non omne quod licet, honestum est*, y si bien al juez (como a todos) se exige un comportamiento ético adecuado, como persona y como magistrado, ello no lo convierte en *magistrado* de la moral.

B. Un riesgo “a dos puntas”

La creencia de que la justicia está ahí para resolver cualquier problema en que nos sentimos atascados, sin hacer mucho hincapié en las reglas procesales, puede conducir, sin quererlo, a una manipulación de la justicia penal; su utilización para actividades que estrictamente no le correspondan y en las que se sustituye a otra o que procuran que vaya más allá del lugar correspondiente.

Desde otro punto de vista, siempre sin quererlo, puede llegarse, también, a una “judicialización penal” de la vida civil, penetrando incluso sin razón suficiente en la esfera de la intimidad personal y en el ataque a otro de los derechos fundamentales, el derecho al honor (artículos 7o. y 10 de la Constitución).

11 Cfr. Marín, Rolo, “El fundamento moral de la denuncia”, *La Gaceta Literaria*, Tucumán, 9 de septiembre de 1994. Vid. Gelsi Bidart, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, capítulo 4, “Acerca de la licitud y de la ilicitud jurídica”.

La influencia cada vez mayor de los medios de comunicación, también en los jueces, la dificultad de una equilibrada relación entre unos y otros ante la opinión pública tiende a hacer más compleja la situación social y las relaciones entre los integrantes de la misma y la autoridad, que siempre se encuentra, como todo el que dispone del poder, frente a la tentación del autoritarismo.

C. La solución legal

Aquí la ley racionalmente formada y con apoyo de una larga tradición ha establecido los límites —el primero, la existencia efectiva de la *notitia criminis* y de una reglamentación del proceso judicial conforme a su propia naturaleza—: oralidad que implica defensa desde el comienzo de las actuaciones y control de la opinión pública por la publicidad que permiten un más adecuado y legal relacionamiento de la justicia penal con los habitantes del país y ante la mirada de la opinión pública.

II. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR Y GARANTÍAS PROCESALES

1. *Ubicación en el derecho positivo*

A. Constitución y ley

Es notoria la oposición del suscrito a la ley procesal vigente (*CPP*), por considerarla inconstitucional en diferentes aspectos, en el presumario (en particular) y el sumario, por no otorgar las garantías procesales que proclama la Constitución.

El foro no ha planteado el proceso de inconstitucionalidad, pues no hubo ningún fallo que descartara aquél, sobre la base (exacta) de que el presumario *no* es, no integra, el proceso. Argumento que hoy difícilmente podrá legalmente aducirse, dado que el *Código* considera el presumario como primera etapa del proceso penal: *CPP*, libro II, “Del Proceso de conocimiento”, título I, “De los actos preliminares”, capítulo II, “Del presumario”.

El artículo 112 (extensión y contenido) dispone: “se denomina *presumario*, la 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”. Quienes anotaron y concordaron el Código —Díaz Romeu, Cairoli Martínez y Larrieux—, dicen en nota: “el presumario, creación fundamentalmente jurisprudencial, adquiere en este Capítulo, su consagración legal”.¹²

De todos modos, la suspensión de los procedimientos que provoca la iniciación del proceso de inconstitucionalidad (Constitución, artículo 258, inciso 3) desalienta el planteamiento del problema.

B. Constitución y normativa vigente

No nos detendremos sobre el punto; su mención sirve para ubicar la cuestión en el más alto nivel normativo y, en cierto modo, es paradójal reclamar, así, un enfoque que permita superar, aún en el régimen legal vigente, la precariedad de los medios de acción reservados a la defensa, en las dos etapas previas —instructorias— del proceso penal.

Nos limitamos a hacerlo, señalando un punto de vista sobre *problemas jurídicos* procesales que se presentan.

2. Problemas que plantea la práctica y que afectan a la noción constitucional y racional del proceso

Los temas principales

Presupuestos del auto de procesamiento; constitución subjetiva del proceso y garantía de la defensa incluso en el presumario; auto de procesamiento y prisión preventiva y principios involucrados.

3. Presupuestos del auto de procesamiento

A. Presupuestos del acto

Carnelutti aplicaba también a los actos procesales categorías que soñan (y suelen) referirse a los procesos en su conjunto.¹³

¹² *Código del Proceso Penal de la Rep. O del Uruguay*, anotado y concordado por los doctores Milton Cairoli, Juan Carlos Larrieux y Manuel Díaz Romeu (en adelante, *CPP anotado por Cairoli, Larrieux y Díaz Romeu*) nota al artículo 112, p. 85 (Acali).

¹³ Carnelutti, *op. cit.*, nota 1, t. III, p. 154, núm. (original) 443. “En cuanto a las circunstancias específicas que [...] se refieren a la ligazón (conexión, relación) *entre el acto y un hecho* determinado *distante* de aquél, procede distinguir según que ese hecho sea *anterior* o *posterior* al acto considerado. En la primera hipótesis, la circunstancia recibe el nombre de *presupuesto* y el de *condición* en la segunda [...]. [La] palabra *presupuesto* [significa] no la circunstancia específica, anterior al acto, sino los requisitos constitutivos de ésta o también, en general, los hechos constitutivos de una situación jurídica (*supra*, núm. 411)”.

Los presupuestos son *los hechos* que constituyen por ejemplo, la competencia o la legitimación (núm. 411. a) *in fine*, p. 72).

Encarando la secuela de los actos en un proceso, que ha de ser establecida por la ley, según la Constitución (artículo 10), pueden darse actos antecedentes —y consecuentes—; aquellos pueden ser tanto *meramente anteriores*, sin ser *necesarios* para los que se presentan ulteriormente, y otros son requeridos indispensablemente para que los segundos puedan válidamente realizarse.

Un ejemplo de los primeros es el diligenciamiento de un medio de prueba que ninguna relación (formal, en cuanto acto) tenga con el que se diligencia después (sustancial o materialmente); en cambio, tienen la conexión que les corresponde según el principio de comunidad probatoria.

Ejemplo de los segundos, tal vez el más típico, podría ser el de la demanda inicial, introductoria del principal ejercicio de la acción. Podemos hablar, en tales casos, de acto previo (o previo-necesario) o de presupuesto (o de presupuesto indispensable). El *CGP* para el proceso previo lo requiere, y consagra como requisito —externo, cronológico— de validez del realizado posteriormente. Lo propio cabe decir del acto, presupuesto para el ulterior que depende, en cuanto a su realización, que se haga antes, previamente, de efectuado aquél (*CGP*, artículo 305).

El presupuesto-necesario es pieza clave en el “debido proceso en la legal forma”, sea porque su omisión impide que se materialice una garantía básica para que el mismo se lleve a cabo, sea porque integra, en alguna medida, el contenido mismo del ulterior (el caso de la providencia prejudicial, para la subsiguiente).¹⁴

B. Presupuesto del procesamiento e invalidez

“Presupuesto” del auto de procesamiento es la realización de la indagatoria o instrucción presumarial en su conjunto, hasta que el juez entiende haber reunido “los elementos de convicción suficiente” acerca de la existencia del delito y su (o sus) autor(es), todo en grado de probabilidad y como fundamento para poder iniciar las partes centrales del proceso.

En cuanto a la “declaración indagatoria”, como acto, es un presupuesto necesario, reunidos todos los requisitos que lo constituye, para que pueda decretarse el procesamiento.

14 Hemos realizado una calificación de hechos objetivos que *preceden* a los actos con diversa significación para éstos en los núms. 7-11 del capítulo 23 de Gelsi Bidart, *Proceso penal: aproximación a los fundamentos*, pp. 274 y 275.

Si el referido acto carece de alguno de los requisitos esenciales para su consistencia resulta nulo, inválido, *tanquam non esset*.

En efecto, de acuerdo con el citado artículo 126,

(Requisito indispensable para el procesamiento) En *ningún caso* podrá decretarse el procesamiento, *sin* previo interrogatorio del indagado o sin que conste formalmente su negativa a declarar (inciso 1). Dicho interrogatorio se practicará *en presencia del defensor* si el indagado lo solicitase, en cuyo caso deberá intimarse previamente su designación, bajo apercibimiento de tenerse por designado el de oficio que corresponda. A efectos de que el defensor pueda prestar su *aceptación* al cargo y *comparecer*, podrá suspenderse la audiencia por 24 horas (inciso 2). 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 (inciso 3).

Los citados anotadores Cairolí, Larrieux y Díaz Romeu sobrayan que “constituye una *trascendente garantía* para el indagado”.¹⁵

El CPP establece la ineludible consecuencia de la invalidez antes referida: “a) (Principio de *finalidad*). No es nulo por decreto de forma ningún acto que cumple con el fin que lo determina”, en el caso: la indagatoria del artículo 126 (artículo 99).

“b) (Infracción de *leyes prohibitivas*). Es nulo todo lo hecho contra las leyes prohibitivas” (en *ningún caso* —dice el artículo 126— “podrá decretarse el procesamiento [...]” (artículo 100).

“c) (Nulidades específicas) Constituyen nulidades por defecto de forma: 3º La infracción de las normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado, *si disminuye las garantías de éste [...]*”.¹⁶

4. *Constitución subjetiva del proceso y garantía de la defensa, incluso en el presumario*

A. Separación del juez y Ministerio Público

No será necesario enfatizar, pero sí recordar, la constitución subjetiva *compleja y heterogénea* del proceso: pluralidad de sujetos —por ejemplo,

15 CPP anotado por Cairolí, Larrieux, Díaz Romeu, nota al artículo 126, p. 89.

16 Sobre *nulidad* en casos de faltar acto-presupuesto de otro por tratarse de garantía fundamental, vid. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, *Curso sobre el CPP, C. Gauna*, capítulo 8 “Actos procesales”, en especial pp. 186-192; Greif, J., *CPP de la R. O. del Uruguay, anotado y concordado por...* p. 71 (artículo 97); (artículo 98); p. 72 (artículo 99), y p. 101, en especial, inciso 3).

fundacionales o principales y complementario—; iniciadores del ejercicio de la acción y quienes se oponen al progreso de ésta; sujeto, autoridad y quienes están “sujetos” a la misma; autoridad *al* servicio de los derechos alegados y que en definitiva entienda amparados por el sistema jurídico y quienes hacen valer aquéllos.¹⁷

De donde derivan algunas conclusiones: *a)* el trabajo en conjunto del juez-instructor *con* el Ministerio Público y *sin* la presencia del defensor puede derivar en que juez y el Ministerio Público formen *un conjunto* investigador-acusador. Esto tergiversa (*sin* intención de hacerlo, pues la experiencia —en esto positiva— procura sacar al Ministerio Público del escritorio para incluirlo en la realidad efectiva) la constitución del proceso, pues cada uno de los sujetos principales debe actuar independientemente.

b) La situación del indagado —*sin defensa*— se hace más difícil ante el “frente instructor acusador” que forman los otros dos sujetos principales.

También el *CPP* reconoce lo que acabamos de señalar, en el título IV, “De las partes” (artículos 67-83) por un lado y, por otro, el título III, “De los Tribunales y de su jurisdicción y competencia” (artículos 30-66).¹⁸

B. Abogado y presuario

¿De qué deriva la calificación de “trascendente” aplicada a la innovación del artículo 126, en cuanto a las garantías del indagado?

De que en ese momento, intimación de nombramiento de defensor, aceptación, audiencia en presencia del defensor como asistente jurídico, se *realiza* (si bien con precariedad) *la constitución subjetiva del proceso* a que nos referimos *supra*.

A partir de su designación, el abogado, que es quien tiene “capacidad de postulación” para realizar la defensa (*CPP*, artículo 75), adquiere, obtiene, “todas las atribuciones que le permiten el control de las pretensiones [Ministerio Público] y de las decisiones judiciales [Tribunal] atinentes a su defendido, los intereses de éste y de la ley” (artículo 79). Puede y debe, por tanto, ejercer los derechos y deberes que le son atribuidos, parte de los cuales le reconoce el inciso 3 del artículo 26 que se ha transcrito.

17 Gelsi, Bidart, “El concepto de estructuras y el proceso”, *Universidad. Revista de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe, Argentina, 1969.

18 Gelsi Bidart, *op. cit.*, nota 14, parte V, capítulos 16 y 27.

C. Informalidad e igualdad

Una de las características de la etapa “presumaria” radica en su acentuada *informalidad*, no menos que en el predominio del principio inquisitivo (artículo 4o. del CPP), sin perjuicio de que la parte actora pueda intervenir en la misma (artículo 2o.).

La *igualdad* de las partes en el proceso que proclama, para todo proceso, el CGP (artículo 4o.) es reconocida a texto expreso por el *CPP*, cuando se trata de la intervención en la audiencia indagatoria (artículo 126, inciso 3). Claro que, para intervenir con seriedad en la audiencia indagatoria, el abogado necesita un tiempo mínimo, que debe graduarse según los casos, con el fin de interiorizarse acerca de la instrucción y poder realizar su aporte con adecuado profesionalismo.

El acentuado informalismo del presumario no sólo admite, sino que en cierto modo reclama (pues el defensor ha de ejercer los derechos y deberes que le competen, desde el momento de la aceptación del encargo) que, además, el abogado pueda hacer valer otros elementos probatorios que sirvan sea para complementar la instrucción, sea para aclarar el eventual auto de procesamiento y los elementos accesorios que habrían o no de acompañarlo.

De lo contrario, se violaría el principio de igualdad de las partes en el proceso, especificación, en éste, de la igualdad de las partes ante la ley (Constitución, artículo 8o., *CGP*, artículo 4o.), se impediría el *diálogo* en que todo proceso ha de desarrollarse y no se daría la preferencia que nuestra época requiere del *aporte previo*, preventivo, *ante facto*, para que lo que se decida se efectúe de la mejor manera posible, y como real consecuencia del desarrollo procesal, en el que ambas partes, con el juez, han intervenido.¹⁹

D. Plazo razonable para el estudio de las diligencias antes del procesamiento

La solicitud de la defensa en el sentido de que se le otorgue un plazo razonable para el estudio de los resultados de la instrucción encuadra en el enfoque de los apartados anteriores.

¹⁹ *Idem*. También, Gelsi Bidart, “Principios del proceso”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (RUDP), en homenaje a la L. A. Viera Ruíz.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Pues, como decían los romanos: *impossibilia nulla obligatio*, nadie está obligado a lo imposible.

El artículo 87 del *CPP* sobre “duración y [...] cómputo del tiempo procesal” establece: “la iniciación, *suspensión, interrupción*, término y *cómputo* del tiempo en que puedan o *deban* producirse los actos del proceso penal, se regularán, en lo pertinente, por las normas del proceso civil”.

Y el *CGP*, ley posterior y *general* del proceso, en el artículo 98, “principio general de suspensión de los plazos”, dispone: “*al impedido por justa causa no le corre plazo* desde el momento en que configura el impedimento y hasta su cese. Sólo se considera justa causa, la que provenga de fuerza mayor o caso fortuito para la parte y que la coloque en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario”.

5. *Procesamiento y prisión preventiva*

A. Prisión “preventiva” y cautela

La llamada “prisión preventiva” es una medida cautelar, de garantía.

Varias disposiciones de propio *CPP* apuntan a señalar la calidad de “medio procesal”, para asegurar el “medio proceso” o alguna de sus eventuales diligencias. Por ejemplo, cuando habla de las “cauciones” que suelen acompañar a la “excarcelación”. El artículo 141 dispone que “la excarcelación se concederá bajo la caución juratoria, personal o real”, pudiendo, además, imponerse otras “restricciones” a la libertad otorgada. La finalidad de las cauciones se indica en el artículo 142: “las cauciones tienen por finalidad *asegurar* que el imputado cumpla los deberes impuestos por el juez y la autoridad policial”; habrá de establecerse de modo que, atendiendo a las circunstancias del caso, “constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de infringir los deberes impuestos” (artículo 143 *in fine*).

Al referirse a deberes y derechos del tercero caucionante, el artículo 152 alude a una de las razones de la caución: evitar el *riesgo* de la *fuga* del imputado: “si el caucionante teme, con fundamento, la fuga del imputado, debe dar aviso inmediato al juez y quedará liberado si aquél es detenido”.

Puede, incluso, el juez permitir la *salida del país* del imputado, en el caso de que *prima facie* no sea necesaria su presencia a los efectos de la indagatoria formal o sumarial (artículo 155, B).

En cuanto a las “medidas asegurativas sobre bienes”, el artículo 159 dispone: los “principios de las medidas cautelares indispensables (a juicio del juez) para proteger los derechos del estado o del damnificado, siempre que exista peligro de su lesión o frustración” (inciso 11) y se remite, después, a las normas del Código Procesal Civil y leyes especiales (inciso 3).

En todo caso, hay coincidencia entre dichas normas del *CPP* y las del *CGP* en cuanto a los aspectos constitutivos y estructurales de todas las medidas asegurativas o de cautela.

B. Código General del Proceso y cautela

El CGP, ley posterior, contiene para toda norma procesal especial su orientación *general* (de ahí su denominación) y los principios que lo orientan (ley I, título I). De los referidos aspectos, aquí importa señalar, en especial, los siguientes:²⁰

a) Universalidad de aplicación, ya se trate de proceso contencioso o voluntario (artículo 311).

b) Se realizan a petición de parte o, si la ley lo autoriza expresamente (como en el caso del proceso penal), aun de oficio (artículo 312).

c) Para su procedencia, se requiere que sean (*cf.* artículo 316) “*indispensables*” “para la protección del derecho y siempre que exista *peligro de lesión o frustración* del mismo, *por la demora* del proceso” (artículo 312); la “*necesidad de la medida*”, su “alcance”, su “duración” y “modificación, sustitución o cese” serán fijados por el juez (artículo 313).²¹

C. La prisión preventiva no es la regla

Corresponde aclarar que *no* existe disposición que imponga, como regla, la prisión preventiva ni *in limine litis*, como “consecuencia” del auto de procesamiento, ni como disciplina del sumario, aunque la tradición forense siga, en general, esa orientación.

El artículo 27 de la *Constitución* —reserva constitucional de la facultad judicial respectiva— *garantiza a los jueces* la posibilidad legal (cons-

²⁰ Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, *Curso sobre el CPP*, en especial capítulo 5. Luis M. Simón.

²¹ Gelsi Bidart, *op. cit.*, nota 14, capítulo 7. Abal Oliú, A., *Medidas cautelares en el proceso penal*. También en Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, *Curso sobre el CGP*, t. II, capítulo 7, pp. 77-101.

titudinal) de otorgar la libertad provisional. Ninguna ley podría suprimir o limitar la utilización de su potestad en ese campo. La letra del artículo delimita su campo de reglamentación; para nada dice que siempre habrá privación de libertad, sino que, *en caso de existir tal privación*, podrá el juez, siempre, otorgar la libertad provisional: “en cualquier estado de una causa de que no haya de resultar pena de penitenciaría los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley” (artículo 27 de la Constitución).

Tampoco prohíbe que la ley otorgue tal facultad a los jueces aun prescindiendo de la condición negativa señalada (“aunque no haya de resultar pena de penitenciaría”). Lo que dispone la Constitución es un límite a la ley (*no puede quitar esa facultad*) y, por ende, hasta él mismo, el juez, tiene asegurado el ejercicio de su potestad en dicho ámbito.

La Constitución no establece la concesión de la libertad, pero asegura, como se dijo, el ejercicio de la referida potestad judicial, que la ley no puede, ni restringir ni, menos, eliminar. Por tanto, el juez en cada caso podrá, de acuerdo con los requisitos de la materia —medias cautelares personales—, adoptar la decisión que proceda, otorgando o no, en cada oportunidad, la excarcelación provisional.

D. Leyes sobre prisión preventiva

La *reglamentación legal* actual se encuentra en el artículo 71 del *CPP* y en la Ley 15,859 de 31 de enero de 1987.

El citado artículo 71 *niega la posibilidad de prisión preventiva* en tres casos: faltas, delitos sancionados con suspensión o multas, y delitos culposos “cuando fuere presumible que no habrá de recaer, en definitiva, pena de penitenciaría”. A su vez, el artículo 72 establece excepciones a la regla (de la libertad), pudiendo el juez disponer la prisión preventiva con lo cual, indirectamente, señala los fines de las medidas cautelares: *a*) “motivo fundado para presumir que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia”; *b*) “es presumible que la libertad del imputado, obstaculizará la eficacia de la instrucción”; *c*) “seguridad pública”, y *d*) “procesado reincidente o que tuviera causa anterior pendiente” (artículo 72).

Además, junto con la libertad genérica, pueden imponerse ciertas restricciones: prohibición de: *a*) salir del domicilio durante determinados días (“arresto domiciliario”); *b*) asentarse de cierta circunscripción te-

rritorial; *c*) domiciliarse en otra u otras; *d*) concurrir a determinados sitios; *e*) practicar determinadas actividades, y *f*) conducir vehículo, si el delito fue cometido en el uso de uno de estos (artículo 73).

La *Ley 15,857* añadió a los tres casos del artículo 72 del CPP una cuarta categoría, siempre que concurrirán

simultáneamente las siguientes circunstancias: *A*) [...] es presumible que *no* habrá de recaer, en definitiva, *pena de penitenciaría*; *B*) sí, a juicio del magistrado: (1) los antecedentes del procesado, (2) su personalidad; (3) la naturaleza del hecho imputado y (4) sus circunstancias, hiciesen presumir verosímilmente que *no* intentará sustraerse a la sujeción penal, *ni* obstaculizar de manera alguna, el desenvolvimiento del proceso.

Por último, según el artículo 3o., “[...] 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*”.²²

E. Prisión preventiva y pena

Está claro que las leyes *no* confunden procesamiento con prisión y pena anticipada, como las medidas anticipadas del artículo 317 del *CGP*.

En efecto, ello contradeciría claramente el artículo 12 de la Constitución: “nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

Tanto la letra como el espíritu de las disposiciones citadas asignan a la eventual prisión que acompañe el procesamiento el carácter de medida cautelar que previene, cuando concurren las circunstancias respectivas, la fuga (sustracción a la actividad judicial) o la pérdida o tergiversación de las pruebas.

F. Discrecionalidad y arbitrio (como arbitrariedad)

Corresponde aplicar los *criterios legales*, pues encarcelar o no al procesado *no* implica *libre discrecionalidad* del juez en un Estado de derecho. Sólo en casos muy claros no se corre el riesgo de traspasar los límites discrecionales, vale decir, según la *discreción o criterios de aplicación* de la norma por el juez, para penetrar en el ámbito del mero arbitrio.

²² Camaño Rosa, V. A., “Prevención sin prisión”, *La justicia uruguaya*, t. 10, 3, p. 47.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Según el diccionario de la Real Academia,²³ lo discrecional y lo discreto están vinculados. La discrecionalidad se refiere al otorgamiento a una autoridad —aquí un tribunal— de mayor amplitud, de menos delimitación, en el ejercicio de facultades que le corresponden.

Puede haber toda una graduación al respecto, pero nunca, como dice Alcalá-Zamora, la discrecionalidad es absoluta. Por ejemplo —agregamos— la ley puede poner los límites como en el caso de las penas (mínima y máxima); en otros, deja librado al juez para adoptar la decisión con una amplitud prácticamente total, como en la fijación de pensiones o régimen de visitas.

Pero, en todo caso, aun en los segundos, el juez no debe proceder según su mero o libre arbitrio. Siempre hay criterios de razonabilidad que pueden resumirse en el “*principio de razón suficiente*” y que se asientan en las máximas de experiencia; los principios generales o especiales del derecho; los criterios acerca del interés preferentes que debe considerarse (menor, familia); la peligrosidad, etcétera.²⁴ Tanto Alcalá como C. J. Perera se remiten al criterio genérico de *equidad*: no en el sentido amplio de “justicia del caso concreto”, vale decir, encarnación de la justicia y su realización en una determinada situación de hecho; sino en el significado contrapuesto al de justicia legal o fijada por una norma positiva determinada, que establece un marco preciso, sino en el marco genérico, amplio, del sistema jurídico, sus principios y sus criterios.²⁵

23 El diccionario de la Real Academia entiende por “*discrecional*” lo “que se hace libre y prudencialmente” y por “*discreto*” (del latín *discretus*, participio pasado de *discernere*, discernir: dotado de *discreción*) (lat.: *discretus-onis*), “sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar”. Vale decir que se conecta directamente no con el puro arbitrio, sino con el *criterio pensar*.

A su vez, cuando designa el arbitrio (junto con otros significados que no se refieren a este punto) establece acepción (1) “facultad que tenemos de adoptar una resolución por preferencia a otra”. (3) “Voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o capricho”. Y “arbitrio de Juez For. facultad que se deja a los Jueces para la apreciación *circunstancial* a que la ley no abarca”.

Si se descarta —como parece lógico—, la acepción (3) de arbitrio, lo discrecional está vinculado al criterio, o lo razonable o sensato que no está previsto expresamente por la ley para el caso concreto.

24 Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso-auto-composición y autodefensa*, México, UNAM, 1970 subraya: “a) El Juzgador en casos que así establece la ley, o las partes en el arbitraje, ‘no se encuentra sometido a norma alguna pre-establecida y si en solo a lo que le sugiera la equidad’. b) Esto no significa que carezca de límites que son fijados [...] por el propio ordenamiento jurídico [...] y por los términos mismos del litigio”. *Ibidem*, p. 205.c). “En materia ‘civil’, por el juez habrá de fallar ‘intra-petita’ ‘partium’”. *Ibidem*, d). Además lo limitan “normas de experiencia” y “principios grandes del Derecho”. *Ibidem*, p. 206.

25 Alcalá-Zamora señala, por una parte que —en algunos sistemas jurídicos— resultan en el *proceso penal* límites más flexibles. Pero también se establecen otros límites, por ejemplo: la *reformatio in pejus*, el principio *nullum crimen, nulla poena, sine previa legem*. *Idem*, vid. nota 344; cfr. Perera, C. J., en Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, *Curso sobre el CGP*, p. 184.

No basta cualquier ubicación para el fundamento; éste debe ser: *a)* pertinente. No cabe fundar una prisión preventiva en datos referidos a la fundamentación de la pena de un delito presuntamente cometido o —mucho menos— que podría, tal vez, existir; el fundamento ha de referirse al *thema decidendum* (prevenir la fuga y/o la eliminación de pruebas); *b)* suficiente, y *c)* basado en hechos comprobados.

Desde hace tiempo, la doctrina reclama una adecuada fundamentación para cualquier decisión judicial, como de las garantías básicas del “debido proceso en legal forma” que ha de regir en el Estado de derecho democrático.²⁶

G. La “alarma social”

En cuanto a si el decretar el procesamiento sin prisión pueda causar “grave alarma social”, corresponde decir lo siguiente.

a) Reiterar lo que antecede, en cuanto a la “personalidad” y entorno de actuación en el ámbito social del imputado y naturaleza del delito que se habría cometido, por ejemplo, hoy con el recrudecimiento de delitos como rapiña y similares.

b) El diccionario de la Real Academia entiende que “alarma” significa “*inquietud, susto o sobresalto, causado por algún riesgo o mal que repentinamente amenace*”.

c) Además, la alarma debe ser “grave”, no cualquier “inquietud” es suficiente.

d) La ley dice —y no sería de otro modo, aunque no lo dijera— que dicha “grave alarma social” habrá de ser juzgada por el juez. Pero, naturalmente, con base en su existencia; su universalidad; su fundamento, y su gravedad.

e) Por lo demás, si la opinión pública parece no inquietarse ante el 92% de personas privadas de su libertad sin previo proceso y sentencia en legal forma, ¿se inquietará y aun gravemente, porque quien es *inocente* hasta que en el proceso (no en el auto de procesamiento) no se demuestre lo contrario no sea —¡al menos uno!— penado de antemano con priva-

26 Como señala José Carlos Barboza Moreira “*A Motivação das decisões judiciais como garanta inerente ao Estado de Direito*” (separata de la *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, Minas Gerais, vol. 16, 4o. trienio de 1978). Regla que deriva de principios tales como: el de ser oído en juicios; pasibilidad de recurrir; legalidad; imparcialidad del juez; contralor por la sociedad; derecho a que el tribunal examine todos los problemas planteados.

ción de libertad y, todavía, cuando se encuentra sin posibilidad de influir negativamente en el proceso? (*vid.* notas 12-15).

6. Principios involucrados. Conclusión

A. Algunos principios que deben aplicarse

Obviamente, en todo proceso penal han de aplicarse todos los principios generales establecidos o referidos en la *declaraciones* de derechos humanos, la Constitución y las leyes. Brevemente reitero algunos de los aplicables al tema.

Principios de *composición subjetiva*, compleja y heterogénea del proceso, que reclama su conjunción con el principio de *igualdad* —en lo pertinente— de los tres sujetos principales y, en especial, de las partes del mismo.

La consecuencia es que cada uno asuma su propio *distinto papel* en el proceso. No corresponde al conjunto procesal —fiscal, juez, instructor—, y es indispensable la presencia del defensor, presencia activa, como real asistente jurídico, desde que se inician las primeras actuaciones procesales.

Esto último aparece consagrado para el presumario, armonizando las normas citadas, desde que el abogado defensor queda incorporado formalmente al proceso, al aceptar el encargo que se le confiere. Por ende, puede y debe tener, desde tal momento, acceso a todo lo actuado y realizar sus aportes a la instrucción, aun antes de que se dicte el eventual auto de procesamiento.

El principio de la *invalidéz absoluta* de los actos que vulneran el derecho de defensa y/o no cumplen los requisitos exigidos para dictar el auto de procesamiento.

El principio de *fundamentación en los diferentes elementos* que surgen de las normas —por ejemplo, naturaleza cautelar— de la prisión preventiva y sujeción a los requisitos de la misma para disponerla: aquí también (Estado de derecho democrático) el principio tiene que ser la *libertad*, *principio de razón suficiente* aplicado al proceso.²⁷

27 *Vid.* Gelsi Bidart, *op. cit.*, nota 19, y “*De derechos, deberes y garantías del hombre común*”, en especial, capítulos 8 y 19.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

B. Algunas razones para que prevalezca la libertad

Insistiendo en cuanto a la composición subjetiva e independiente de cada uno de los sujetos del proceso, me permito puntualizar, por último lo siguiente:

No es indiferente cualquier composición, ni cualquier oportunidad que se otorgue a uno u otro de los sujetos “fundacionales”, salvo que —inconscientemente— se crea que el abogado *no* es un auxiliar del desarrollo procesal hacia la justicia, sino un mero elemento decorativo sin real participación o, lo que es peor, un factor de perturbación en el mismo.

Hay razones, en varios planos concurrentes, en tal sentido:

Epistemológico: como en la investigación científica suele partirse de más de una hipótesis de trabajo, para desarrollar los elementos que permitan ratificarlas o rechazarlas;

Sociológico: la muy conveniente aplicación de la antigua ley de división del trabajo, acorde con la limitada capacidad de todas las personas;

Ontológico: pues nos apoyamos en la concepción no del presunto (¡y hay quienes piensan en él “seguro”!) delincuente, sino en la *concepción de la persona* como tal sujeto del proceso y que, por ende, en él ha de ser respetado;

Ético y filosófico: para evitar toda vulneración de los derechos humanos. No se olvide que el derecho al honor es uno de los derechos fundamentales que han de ser reconocidos y aplicados, como todos los otros (Constitución, artículo 7o.; *cf.* CPP, artículo 119, inciso 3).²⁸

III. GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL EN URUGUAY²⁹

1. *Aplicación concreta*

Todos sabemos, y en esta materia muy particularmente, que el problema principal radica no tanto en la adhesión a las declaraciones nacionales, universales, regionales, relativas a los derechos humanos, sino en la aplicación efectiva, la eficacia, que tenemos que esforzarnos por lograr en la aplicación de estos derechos humanos.

²⁸ Gelsi, Bidart, *op. cit.*, nota 14, capítulos 13, 14 y 15.

²⁹ *Reconstrucción* de una exposición realizada en marzo de 1993 en el “Curso de actualización y complementación de derecho internacional de derechos humanos”, realizado en Montevideo por la Comisión Internacional de Juristas y el Colegio de Abogados del Uruguay.

Y como además el mundo cambia con una gran rapidez, y en la actualidad la rapidez se ha ido acentuado, es indispensable la actualización permanente, y yo diría que lo más importante de todo es que nos actualicemos en qué dificultades podemos apreciar en el cumplimiento de este programa en favor de las personas que es el programa de derechos humanos.

Y cada uno de nosotros, después de sacar las conclusiones en el campo en que estamos actuando, en el campo teórico o de la investigación y de la enseñanza, debemos tratar de que nuestra investigación y nuestra enseñanza no quede en las alturas, sino que ponga los pies en la doliente tierra. Y desde el punto de vista práctico, cada uno de nosotros como abogados, como integrantes del Ministerio Público, como jueces, y así sucesivamente, debemos ver en qué hemos fallado (todos nos equivocamos) en la aplicación de esos derechos humanos en los casos concretos, que son los únicos que interesan efectivamente a cada persona, y de qué manera podemos corregir nuestros errores y ampliar nuestra tarea en pro de los derechos humanos.

2. *Proceso y garantía*

Entrando en el tema de garantías en el proceso penal uruguayo, éste tiene que partir de una afirmación central: el proceso es la garantía última de los derechos humanos, cuando estos han sido violados o cuando pueden ser violados. Aquí es muy importante señalar la tarea preventiva que tiene que tener también la justicia en esta materia. Y que se refleja también, muy particularmente, en todos aquellos procesos para garantizar la efectividad de los derechos humanos, pero que también debe reflejarse en los procesos ordinarios que afectan a los derechos humanos, entre los cuales está, obviamente, y de manera tan importante, el proceso penal.

La larga tradición de toda la humanidad dice muy claramente que el proceso, y ahora entramos en el proceso penal, es efectivamente el instrumento adecuado para poder lograr que los derechos humanos sean, en un caso concreto, tanto los que han sido violados, como los que pueden ser violados en el proceso, o aquellos que, más allá del proceso, de sus resultados, puedan todavía resultar violados, la garantía más eficaz.

El proceso penal, por lo demás, todos lo sabemos, ha sido en cierta medida el adelantado de los otros procesos en cuanto a las garantías que hay que aplicarse en él. Precisamente porque en él las violaciones ante-

riores, en el proceso, y después del proceso, son las que más llegan al fondo mismo de la conducta humana y de la vida del hombre. Y en cierta medida, en el seminario que en 1959 realizó la Facultad de Derecho en preparación de lo que luego habría de ser un seminario en Santiago de Chile que por último culminó en el Pacto de San José de Costa Rica, se señalaba en este caso la importancia que tenía que el proceso penal, tal como había sido organizado ya por Constituciones y demás, para que se extendieran las garantías, que en él se habían establecido, de forma genérica, a los demás procesos, en los que también hay que velar por los derechos humanos y evitar que sean conculcados.

Así, digamos, ocurre igualmente en nuestra Constitución. Pero la orientación de la doctrina procesal en este país y en todos los países es en el sentido de que tiene que haber, tiene que reconocerse una idea general del proceso. No en balde nuestro CGP lleva esa denominación; es decir, hay ciertas garantías, ciertos principios que tienen que aplicarse en todo proceso. Porque el proceso es un instrumento que se aplica a distintas materias, y debemos, pienso yo, piensa la doctrina creo, tratar de erradicar la idea del proceso apéndice del derecho sustantivo. Es al revés. El derecho procesal no es nada más que un instrumento para la aplicación del derecho sustantivo. Y hay ciertos aspectos globales, generales, que se aplican en todos, sin perjuicio de que haya ciertas categorías específicas que tienen que ser tomados en cuenta según las materias a las que ese proceso se aplique.

3. Aspectos constitutivos del proceso

Pero el proceso es garantía en la medida en que se reglamenta tal como es; no por el hecho de denominarse proceso es un proceso. El proceso como tal es, que desde épocas inmemoriales se denomina, un proceso contencioso, “acto de tres personas”, como decían los romanos, que algo entendían de derecho. Es decir, donde no hay tres personas, no hay proceso. Habrá una aproximación al proceso, habrá un cuasiproceso, como a veces decimos, pero no habrá proceso. Y, por lo tanto, si ésta es la garantía y no hay proceso no está la garantía. Pura y simplemente. Estamos en otra cosa, estamos a lo mejor en otra garantía, pero no es la garantía procesal, que es la fundamental.

Por eso, cuando se realizan medidas cautelares o medidas anticipativas y demás, éstas se realizan provisionalmente siempre, y luego tienen que

ser ratificadas, examinadas desde el punto de vista trilateral en que consiste el proceso. Pero un proceso que en etapas fundamentales no es trilateral está absolutamente fuera de la garantía procesal. Entonces, repito, podrá ser otra garantía, pero no es la garantía procesal, que es la garantía fundamental.

Este proceso de tres personas, además, tiene que asegurar la igualdad de las tres personas en muchos aspectos. Y ese principio de igualdad no lo referimos solamente a las partes, lo referimos también al juez. Por eso, en el CGP se reconoce que el juez tiene, como las partes, la iniciativa probatoria. Puede intervenir en la prueba, justamente porque a los tres les interesa saber lo que pasó, para poder aplicar el derecho que corresponde a ese caso concreto planteado.

Y en tercer lugar, el proceso tiene una autoridad, que es, obviamente, la autoridad judicial. Pero es una autoridad que se diferencia de manera esencial en todas las otras, porque es una autoridad de servicio de los derechos y al servicio de los derechos que se discuten, se dialogan, se debaten en el proceso.

Por otro lado, el proceso es un instrumento evidentemente jurídico. No puede hablarse de ningún aspecto del proceso si no lo hablamos desde el punto de vista jurídico. Jurídico no quiere decir solamente una ley determinada, sino todas las que confluyen en un determinado caso. Pero también los principios jurídicos que están establecidos en la Constitución, en los códigos, en las leyes, etcétera. Es decir, no solamente para proceder sino también para el resolver; para las relaciones entre las partes; todo eso tiene que llevarse a cabo según el derecho, según el sistema jurídico imperante en un país.

4. Instrucción inicial

Hay, naturalmente, algunas garantías básicas del proceso penal, sobre todo se denuncia la posible existencia de un delito. El juez toma en cuenta naturalmente esas denuncias, porque el juez no va por ahí buscando los casos, sino que los casos le llegan a él. Al juez le dicen que pasó tal cosa y que parece que hay unos testigos. El juez tiene que empezar. Una buena medida sería que los memorándum policiales no fueran incluidos en el expediente, sino que fueran archivados por separado. Es decir, se toman en cuenta los elementos que se dicen, y se empieza la instrucción procesal.

Por otro lado, es exacto que el proceso es necesario en materia penal. Eso se cumple, efectivamente, como otra garantía. Pero este proceso penal tiene una etapa que se llama presumario, y que no contempla ninguna de las garantías que tienen que ir unidas al proceso. Es decir, hay una garantía final, la declaración indagatoria tomada en presencia del abogado. Y a veces se le permite al abogado ver lo que pasó antes; y a veces, no. En ocasiones, se le permite al abogado intervenir en las preguntas al indagado, y en otras oportunidades, no.

Es indudable que la existencia de esos presumarios, dilatados en el tiempo, muchas veces duran meses y años, con el suspenso consiguiente de alguien que se sabe indagado y no se sabe por qué, y no puede defenderse, y que un buen día le tocan el timbre para llevárselo. Es una falta de garantías total para todas las personas en el país.

El tercer aspecto, decíamos, es la garantía relativa a la libertad. En fin, lo que establece la Constitución, ustedes ya lo han visto de manera que no voy a insistir. Que fue mejorada con las leyes relativas a la excarcelación y al procesamiento sin prisión, que últimamente han tenido grandes embates.

No digo que no hay que tomar en cuenta los problemas que pasan en la vida real. Al contrario, creo que deben ser tomados en cuenta, porque del hecho nace el derecho. Pero es indudable que hay que tomar un poco de distancia para ver que, a pesar de que en tal caso, y tal otro, y el de más allá, tiene que haber una protección general de las personas y de la sociedad. Porque a la sociedad no le interesa castigar a cualquiera, sino solamente sancionar al que realmente se ha probado, principio de la inocencia salvo que se demuestre lo contrario, al que efectivamente ha cometido el delito.

Es decir, hay tanto interés de la sociedad por la absolución como por la condena. Es un punto básico que muchas veces se olvida. Cuando se habla del garantismo y todas esas cosas, se cree que eso es una garantía para los delincuentes. No, no es una garantía para los delincuentes, es una garantía para la sociedad; la sociedad quiere que sean sancionados efectivamente los delincuentes; pero quiere que previamente se destruya el principio de inocencia, de una manera clara, que no deje dudas. Y además la sociedad no tiene por finalidad penalizar todo, sino al contrario, la ilicitud no es siempre la ilicitud penal. Hay otras ilicitudes que a veces son más eficaces con su sanción respectiva, que la ilicitud penal.

La doctrina ha avanzado desde ese punto de vista, todo el asunto del tratamiento de la libertad dentro del proceso, asimilando el problema de las medidas privativas de libertad, etcétera, a las medidas cautelares. Es decir, mientras dura el proceso, se adoptan determinadas medidas, no para que tengan eficacia en sí, sino que sirvan para evitar que se pierda la prueba, que se escape el presunto delincuente, etcétera. Pero no pueden tener, como de hecho tienen, el sentido de una condena anticipada.

Lamentablemente, la mayoría de las personas que están presas no son condenadas, sino que están en vías de que algún día los condenen, o los absuelvan, o venga una ley de amnistía, o venga la gracia, o lo que fuere.

Por lo tanto, eso significa que el sistema procesal penal no ha funcionado adecuadamente. No por culpa de los operadores, como dicen ahora, del sistema; es decir, los jueces, los abogados y los fiscales, sino por el *modus operandi* propio de un sistema procesal que hace muchos años que no sirve. Por otro lado, funciona, sí, la garantía del proceso penal como *intuitu personae*. Y la eliminación de lo relativo al juicio criminal en rebeldía, que en cambio existe en otros países.

5. La defensa y el proceso

Respecto al tema de la defensa, creo que no es lo que debería ser. No es lo que debiera ser en el presumario, y tampoco en el sumario. Nuestro procedimiento penal tiene la peculiaridad de que el sumario, que es realmente en la inmensa mayoría de los casos la etapa probatoria, se realiza no en forma de proceso contencioso, sino que es un proceso conducido inquisitivamente por el juez.

Personalmente estoy de acuerdo en que el juez tenga iniciativa probatoria, no solamente en el proceso penal, sino en todos los procesos. De manera que esto no va contra los jueces. Sino al revés. Lo que opinio es que el proceso tiene que funcionar con los tres sujetos principales, también, y muy particularmente, en la etapa probatoria. Es un problema de hechos, es una etapa absolutamente fundamental.

Por otro lado, diríamos que, en cuanto al proceso, al sistema acusatorio, que es el proceso dispositivo-contencioso que establece la Constitución, es evidente que no funciona ni en el presumario ni en el sumario. Ni siquiera en cuanto al auto de procesamiento, pasar del presumario al sumario, que el juez puede dictarlo sin la intervención del Ministerio Público. Se podrán tener las opiniones que se quieran sobre el tema del

proceso, pero evidentemente no es un proceso que funcione de acuerdo con la orientación que la Constitución muy claramente ha establecido.

6. *Publicidad*

Voy a seguir diciendo durante toda mi vida que la Constitución prohíbe las pesquisas secretas, a pesar de que la Corte sigue diciendo que en realidad es un problema para el proceso, y como el presumario no es proceso... Claro está que el CPP actual establece que el presumario *integra* como primer etapa el proceso. De manera que no es exacto esto. Si hay una razón de más para pedir que no haya pesquisas secretas como dice la Constitución de la República desde 1830, es precisamente la etapa de presumario en que no hay defensa ni hay garantías de ninguna especie. La garantía la da el juez, y estoy de acuerdo en que los jueces den garantías, y también lo estoy en que gracias a los jueces no se cometen más irregularidades desde ese punto de vista. Pero es una garantía muy especial. Porque el juez sin proceso, y lo digo con todo respeto, no es juez. Entonces es un funcionario que actúa de determinada manera. Y gracias que actúa el juez y no otro, porque quién sabe lo que ocurriría. Pero no es la garantía procesal, de eso no cabe duda de ninguna especie, no puede discutirse.

Entonces el problema no es “estoy a favor de los jueces, o estoy en contra”...., ¿cómo en un Estado de derecho no vamos a estar a favor de los jueces? Creo que a lo largo de estos cincuenta y un años he demostrado suficientemente que estoy a favor de los jueces; que estoy a favor de la justicia y, por lo tanto, de quienes la ejercen. Pero no voy a dejar de decir que es una garantía que nos dan los jueces más allá de lo que les corresponde, porque a ellos les correspondería darnos la garantía en el proceso y no fuera de él.

No hay publicidad en el proceso en algunos aspectos; en el presumario, ninguna, ni siquiera en el plenario. De manera que el proceso no es público.

7. *Inmediación*

Pero, además, hay una constante delegación de funciones. Es decir, porque no hay número de jueces suficientes, por una cantidad de razones que todos sabemos y comprendemos perfectamente, pero la inmediación

es una de las garantías más importantes en el proceso. Porque lo que se desea es que sea el juez quien juzgue, y que juzgue de primera mano, y no a través de lo que relatamos los otros.

Esto se soluciona de una sola manera: aumentando el número de jueces. No hay otro modo de solucionar el problema que aumentando el número de los jueces, para que éstos no se vean precisados, de hecho, a delegar sus funciones en el desarrollo del proceso.

8. *Impugnación*

El último punto, la última garantía, es la relativa a la existencia de más de una instancia, lo cual es exacto. En nuestro proceso, después de las dos instancias, hay un recurso de casación. Francia nos legó muchas cosas buenas, como todos los países del mundo legan cosas buenas a los demás, pero en material procesal penal, en mi opinión, nos legó dos institutos muy inadecuados. El primero es el juez instructor, y el segundo es la casación. La casación que, en mi concepto, es contraria justamente a la naturaleza misma de la actuación jurisdiccional. Que es para la justicia del caso concreto y no para defender la majestad de la ley. Ésta se defiende aplicando la ley al caso concreto, según lo que corresponde a la naturaleza misma del proceso.

9. *Un cambio posible*

Sobre todo esto habría mucho que decir, pero quisiera terminar simplemente señalando que resulta una posición bastante pesimista con relación al proceso penal uruguayo y a las garantías que le brinda a la sociedad y a sus integrantes. Creo que sería absolutamente indispensable que esto se cambiara algún día, estamos desde 1830 tratando de cambiarlo. Hay un anteproyecto que fue presentado al Ministerio de Educación y Cultura en febrero de 1990, y que está en proceso de estudio por la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

Ese proyecto intenta en primer lugar procesalizar el proceso penal, de tal manera que la instrucción procesal, no la investigación policial, que es otra historia, una historia previa a la historia del proceso, se lleve a cabo de una manera adecuada, como lo establecen las distintas orientaciones internacionales y nacionales. Es decir, con efectiva intervención del Ministerio Público y de la defensa.

Por otro lado, de lo que se trata es de lograr un proceso oral, en el cual se obtenga o se tenga la inmediación, publicidad, la defensa del primer

momento, proceso que ha sido ya realizado en distintos lugares del país, en Maldonado Salto y Paysandú de una manera constante desde hace un tiempo, y simplemente lo que deseamos es que se extienda a todo el país, y que se extienda también a la etapa de instrucción procesal.

Entendemos desde ese punto de vista que el anteproyecto elaborado por una comisión designada por ley puede ser un punto de partida, podrán cambiarse y modificarse algunas cosas. Siempre que no se modifique que la defensa esté presente desde el primer momento. Siempre que no se modifique que el proceso sea oral, que el proceso suponga entonces la intermediación, que suponga la publicidad, que suponga la concentración de las actuaciones.

Lo demás, lo pueden modificar todo. Pero hay ciertas cosas fundamentales por las que se viene bregando, tanto por la doctrina como por la profesión organizada, como por los fiscales, los jueces, que realmente parecería que hubiera llegado el tiempo de empezar a cambiar.

IV. CONCLUSIÓN EN PERSPECTIVA

El proceso penal, presuntamente último y definitiva garantía de los derechos humanos, “garantismo” pero que defenderá tanto a la sociedad como a cada uno de sus integrantes, siempre ha constituido un campo de batalla en la lucha por los derechos fundamentales.

Se necesitó a Beccaria y a todos sus seguidores para lograr ese mínimo, que todos aspiramos a extender.

Sigue todavía en pie, un poco en todos los países y dejando de lado los abusos, los excesos, la violación “clandestina” de tales derechos. Aun en el plano de las leyes, la lucha ha de continuar.

Por ejemplo: *a)* reconocimiento efectivo de que el imputado es sujeto y *no* objeto del proceso; *b)* igualdad de las partes con todos los sujetos procesales; *c)* eliminación del instructor solitario; *d)* publicidad efectiva en todo el proceso, incluso en la instrucción, y *e)* medidas cautelares personales para evitar la fuga o la desaparición de las pruebas y *no* la privación de la libertad durante el proceso, como pena anticipada.

El hombre *no* ha avanzado suficientemente estos tres siglos en que se ha dado algunas grandes luchas por los derechos fundamentales *en* el proceso penal. ¡No hay que dejar de luchar ni arriar la bandera!