

PROCESO PENAL E INSTRUCCIÓN PRELIMINAR

Adolfo GELSI BIDART

1. *La instrucción preliminar ante el proceso penal*

Probablemente el problema racional y prácticamente más difícil del proceso penal es el de la llamada “instrucción preliminar”, que en la práctica y desde 1981 (Código del Proceso Penal —CPP—) en la normativa vigente en Uruguay es el llamado “pre-sumario”, puesto que el sumario es la etapa probatoria inquisitiva que antecede a las sucesivas —acusatorias— de la ampliación sumarial, el plenario y la segunda instancia.

Se le llama preliminar, anterior *in limine litis*, antes de que ésta pueda intentarse y para que ésta sea admisible.

Una etapa que teóricamente se considera *no integrante del proceso*; preparatoria del mismo cuando se logran en ella determinados resultados. En el CPP de Uruguay ya no se puede hablar así, porque el Código la ha incluido expresamente como la primera etapa del proceso penal.

De todas maneras es constante en todos los sistemas jurídicos considerarla etapa: 1) No incluíble por sí sola en el proceso. En nuestro derecho se requieren ratificaciones, más o menos formales, de lo actuado en cada caso (cada declaración testimonial, *v. gr.*) para que quede incorporado al proceso. 2) Unilateralidad. La actividad principal en ella, se reserva a uno de los sujetos del proceso: a la futura (y eventual) parte actora o al juez. 3) Verosimilitud. Lo actuado en la instrucción está dominado por el signo de la verosimilitud: parece que se cometió un delito; parece que es de tal figura delictiva; parece que quien o quienes participan en el mismo son. . . 4) Su finalidad es determinar la admisibilidad del proceso, abrir la puerta para su desarrollo, fundar la providencia que así lo establezca. 5) Su contenido radica en la reunión de elementos probatorios pri-

mordialmente, para fundar una eventual acusación posterior. Vale decir: reunir medios probatorios para la parte actora; algunos le servirán directamente; otros, una vez diligenciados nuevamente en el proceso; con la bilateralidad que corresponde podrán ser utilizados en favor del actor; sin perjuicio del sentido de comunidad, característico de toda prueba.

Desde el punto de vista práctico, el problema fundamental que se plantea es la inclusión o exclusión, más o menos radical, de la instancia preliminar en el proceso.

Y la determinación de quien o quienes han de realizarla, para que sirva realmente a los fines para el que es reglada.

2. *La constitución subjetiva del proceso penal*

Para quienes entendemos que la constitución del proceso es, ante todo, subjetiva (en lo fundamental trilateral en el contencioso; bilateral en el voluntario y siempre en el plano de la autoridad y de la sujeción jurídicas), la determinación de un proceso especial —aquí proceso penal— resultará del derecho sustantivo respectivo y de las leyes de organización judicial (si especializan o no a los tribunales según la materia).

El derecho sustantivo, aquí el penal, determina quién o quiénes habrán de intervenir en el proceso.

La especialización es de las primeras establecidas en todos los países; las diferencias se refieren a si hay primera y segunda instancia, o primera y casación; si un único juez o jueces diversos intervienen en la instrucción y el plenario; si en uno y otro hay sólo jueces togados o éstos y, además, los jurados.

En cuanto al actor, el tema principal es si sólo corresponde ese papel al Ministerio Público, o al acusador privado; si éste puede intervenir por sí solo o coadyuvando con el Ministerio Público; si sólo actúa a los efectos de la responsabilidad civil o también para la responsabilidad penal.

El demandado ha de ser el presunto delincuente y, si se permite la acumulación de responsabilidades penales y civiles en el proceso penal, el responsable civil, que puede no ser el mismo responsable penal.

Tal variedad de fórmulas va a influir —y es influida, al propio tiempo— en las soluciones de la relación entre instrucción preliminar y proceso; en especial cuando se opta por jueces diferentes y en

cuanto a la participación exclusiva o no, del Ministerio Público como actor.

3. *Las razones prácticas para la instrucción preliminar*

El esquema lógico de la estructura del proceso, en cuanto a su contenido racional, puede sintetizarse como pregunta (*litis contestatio*) y respuesta (fallo o modos extraordinarios de concluir el proceso), o como planteamiento y solución de un problema. Entre los dos extremos se realizan diferentes actividades que permiten lograr el resultado que se propugna.

Entre estas actividades la principal es la de la prueba: ¿cómo saber del objeto de la prueba si no se sabe qué hay que probar? Lo habitual en los procesos “civiles” es que, desde el comienzo, se establecen narraciones —en parte coincidentes y en parte contradictorias— sobre lo que ocurrió y da lugar al proceso. Los medios de prueba tienden a reconstruir los hechos pasados teniendo como hipótesis de trabajo las narraciones encontradas de las partes.

¿Qué queda de esto en el proceso penal?

Cuando el hecho eventualmente criminoso queda evidenciado, la situación no es radicalmente diversa con lo que ocurre regularmente en los procesos “civiles”.

Así ocurre en Uruguay, en el caso de los delitos cometidos en los medios masivos de comunicación, donde el problema se transforma, en lo principal, en tema de derecho.

De igual modo podría procederse en el caso de delito flagrante, vale decir, cuando se detiene al delincuente *in flagranti*; podría actuarse, también, según el modelo tradicional del proceso.

La dificultad se plantea cuando no están delimitados el o los autores e incluso el propio delito que se dice, o se sospecha, que se ha cometido.

¿Cómo fijar el marco subjetivo y objetivo del proceso penal? ¿Hacia qué dirigir la actividad probatoria cuando no existe una hipótesis de trabajo que pueda guiarla? No se trata, por tanto, de apoyar o fundar, en primer término, la posición del actor o del demandado, pues no se sabe, en el caso, quién sería éste y el actor aún (el Ministerio Público, en Uruguay) no puede determinar si habrá de asumir la función de tal en el proceso.

Será necesario investigar *sobre* bases imprecisas lo que ocurrió *antes* para saber *si* corresponde o no *iniciar* un proceso y *contra quién* habrá de realizarse.

La sociedad está interesada, pues el crimen está del otro lado y en el nivel más bajo de la frontera del orden jurídico, en esclarecer los hechos, con las consecuencias jurídicas del caso.

Por tanto, el proceso penal es necesario y ha de ponerse en movimiento si “parece que se dan los presupuestos del mismo” (verosimilitud).

El problema radica, como se dijo, en establecer si la instrucción preliminar ha de quedar totalmente separada del proceso penal, como la investigación policial, o bien si se inserta y, en tal caso, con qué requisitos y con cuáles consecuencias, en el proceso penal mismo (juicio oral o plenario).

4. *La justificación de la instrucción preliminar*

Dos razones opuestas —pero no necesariamente contradictorias— pueden ponerse como fundamento de la radical separación de instrucción preliminar y proceso: 1) Garantía para el imputado, que no debe ser sometido a proceso si no existe una base mínima que lo inculpe, cierta verosimilitud que base la determinación de la verdad de lo acontecido; 2) garantía para la sociedad —*i. e.*, sus órganos— que al no haber participado en los hechos significativos para el proceso, a la inversa de lo que ocurre con el presunto delincuente, se vería en desigualdad de situación con relación a éste; de manera similar al actor en los juicios no-penales, que tiene su tiempo para preparar la demanda, aquí debe darse al organismo público la oportunidad de reunir los medios de prueba requeridos.

Se trata de argumentos de peso pero que deben examinarse también desde otro enfoque.

La garantía para el imputado no es tal, en sentido estricto, pues el mismo no hace diferencia entre la etapa de instrucción y el plenario, dado que en ambas, aunque con otras consecuencias, está sujeto a la indagación de la justicia. De ahí que cada vez más se tienda a extender las garantías procesales a la etapa de instrucción, más allá de si integra o no el proceso penal. Por otra parte, ya se trate del Ministerio Público o del juez instructor o de ambos, los mismos no intervienen sino en cuanto forman parte del sistema procesal, por lo cual la necesidad de lo que llamamos “procesalización de la instrucción” se nos hace cada vez más necesaria.

En cuanto a la necesidad de una peculiar investigación o actividad probatoria sin un fin predeterminado (narración de una u otra parte), sino con hipótesis de trabajo abiertas, según vayan apareciendo síntomas de los hechos ocurridos, no tenemos duda alguna.

Pero la posición de la sociedad es diferente a la del actor común; a éste se asimila el querellante privado, cuando es único partícipe en el ejercicio de la acción. Así, en Uruguay en los procesos por delitos cometidos a través de los medios de comunicación, en los que, si el Ministerio Público desiste, el ofendido puede llevar adelante el ejercicio de la acción punitiva.

La sociedad en sí investiga si se cometió un delito y cuál es su actor, pero como no lo sabe de antemano, su interés no está en que se declare responsable a un X determinado, sino que se determine si éste u otro es el verdadero autor del crimen; tanto —o más— le interesa la absolución que la condena. Como también vimos, cuando el delincuente es sorprendido *in fraganti*, en rigor una instancia preliminar no sería necesaria sino, más bien, acudir de inmediato al proceso público, dando el tiempo prudencial para que una y otra parte presenten las pruebas a diligenciar en el mismo.

5. *La separación de la instrucción y el proceso*

Como garantía fundamental para toda persona se afirma la necesidad de que lo que se realiza en la instrucción preliminar *no* se tome en cuenta, para nada, en el proceso.

La instrucción serviría para iniciar éste, pero no podrá integrarlo en ningún caso, básicamente porque la instrucción *no* es procesal. Es la actuación de uno solo de los interesados en el proceso, el juez o el Ministerio Público en los países (anglosajones, Alemania, Italia, Portugal, etcétera) en que funciona como “super parte”, que tiene a su servicio a la policía y ante la cual nada puede hacer el presunto, futuro, demandado.

Sólo que, aquí también, la realidad y las formas legales no siempre van unidas y nadie podrá negar que quienes —testigos, peritos, instituciones...— fueron indagados en la instrucción preliminar no quedaron influidos, por temor, por consecuencia, etcétera, con relación al juicio.

Tampoco podrá negarse que para que el indagado no pase a ser “objeto” del proceso y sea considerado como sujeto, se requerirá

defensa —en general a partir de su detención, al menos— e intervención de la justicia para evitar que sus derechos no sean respetados. El avance que en todos los países, al menos básicamente, se ha producido en torno a las garantías de la instrucción— cada vez más, las que se exigen en el proceso— revela que aquí también se ha producido la rebelión de la realidad frente a las formas, más aún frente a las denominaciones y que del hecho sigue surgiendo un derecho cada vez más fuertemente reclamado.

La defensa de la sociedad se vería, se dice, amenazada, si todo el diligenciamiento de la prueba se realizara con la participación de ambas partes procesales, con lo cual no se toma en cuenta que, a pedido del Ministerio Público o *ex officio* el juez podrá resolver la realización de todas las medidas reservadas que entienda pertinentes.

Las diligencias preliminares no son patrimonio exclusivo del proceso penal. También pueden (y suelen) realizarse en los otros procesos, sea para determinar la parte demandada; sea para provocar la rendición de cuentas; sea para diligenciar pruebas que pueden perderse de no anticiparse; sea para adoptar medidas cautelares o de garantía, etcétera.

Las diferencias principales radican, como surge de lo precedente en que: 1) La principal actividad es la probatoria sobre el fondo del asunto; 2) ésta no tiene orientación claramente definida desde el comienzo; no hay (salvo los casos ya indicados) una hipótesis definida a la que deban referirse.

La separación del juez de instrucción del juez de fallo, pierde significación si no es inquisidor único; vale decir, si participan las partes en la instrucción y los tres sujetos principales tienen iniciativa coexistente, en materia probatoria.

Si las pruebas se diligencian con la participación de los tres sujetos principales, no se advierte por qué han de desecharse. Todos admiten la inclusión si se trata de pruebas irreproducibles o que se arriesga perder.

Cuando se dan estas garantías, o sea, cuando se lleva a cabo un verdadero diligenciamiento procesal, en el primer momento, a la garantía se une la importancia de la espontaneidad, sin los factores de influencia que posteriormente se puedan sufrir.

Hay una doble ilusión en pensar que lo que se hizo primero sin garantía podrá luego repetirse *con* garantías en el plenario: ni el tiempo se detiene, ni sus momentos vuelven a darse cuando el hombre quiere reiterarlos.

Tomar en cuenta sólo las pruebas que se diligencian por primera vez o reiterando lo realizado en la instrucción, se refiere a: 1) obtener la apreciación en conjunto de la prueba, y 2) hacerlo en público, vale decir con la fiscalización —más o menos real— de la opinión general.

Pero ha de tenerse en cuenta como ya se dijo que:

a) no hay repetición y es muy difícil pensar en un diligenciamiento *sin* garantías que no influya en quien lo realiza y en sus autores;

b) la espontaneidad inicial *no* es recuperable;

c) si quien en definitiva ha de realizar la apreciación es el mismo juez, la falta de concentración se compensa con la oportunidad inicial de captar la evidencia;

d) no hay inconveniente en reiterar el diligenciamiento de lo ya efectuado, con iguales garantías, tomando en cuenta las dos oportunidades referidas;

e) la publicidad en buena medida puede realizarse, no sólo en la audiencia final y, de todos modos, resulta más importante el diligenciamiento oportuno y con las garantías debidas.

6. *Una propuesta que tiende a “procesalizar” todo el proceso, desde el comienzo de las actuaciones*

El anteproyecto del código del proceso penal de Uruguay (presentado en febrero de 1990 al Ministerio de Educación y Cultura) ha optado por la solución del título: desde que se denuncia la posible realización de un delito, el juez de lo penal respectivo, con el Ministerio Público y el abogado defensor, inicia las actuaciones: toda prueba que se diligencia con los tres sujetos principales del proceso, vale para éste; no así las restantes.

Podrán realizarse las medidas reservadas que el Ministerio Público o el juez solicite en servicio de la verdad.

Cuando se estime suficiente la prueba producida, se celebra audiencia para determinar si se clausura el asunto o se sigue el mismo, dictando acto de enjuiciamiento. Si pasa lo segundo, se da plazo para que el Ministerio Público acuse y presente su prueba y el abogado defensor, la defensa y prueba; ésta se diligencia en la audiencia final de prueba y debate. Puede diligenciarse, a pedido de parte o del juez, no sólo la nueva prueba, sino también la ya diligenciada que se tomará en cuenta, pero confrontándola con el conjunto.

Se procura, en consecuencia, que toda actuación que sirva para el proceso, desde el primer momento, incluida la instrucción preliminar, se verifique como acto de tres personas, vale decir como acto del proceso. Si en la audiencia de enjuiciamiento estiman las partes y el juez que no hay más pruebas que diligenciar, se prorroga la audiencia para que el Ministerio Público acuse y el abogado presente su defensa y luego pase a sentencia (proceso sumario).

Se estima de este modo extender —para la sociedad y las personas—, la garantía del proceso y lograr que la prueba se diligencie en el momento adecuado, es decir, cuando se obtiene.¹

Se mantiene la investigación separada del juicio. Creemos que se piensa en el juez interventor inquisidor único que se separa del juez del fallo; no pensamos que esto incluya, a nuestro punto de vista, un juez que, como en el Código General del Proceso de Uruguay, tiene ambas funciones (iniciativa probatoria y fallo), pero compartidas con las partes litigantes de manera contemporánea.

El imputado tiene derecho a audiencia antes de tomarse decisiones que afecten su derecho.

Antes de ser interrogado tiene derecho a que se le dé a conocer su derecho a la defensa, a guardar silencio.

¹ Ver el “Anteproyecto de código del proceso penal para Uruguay”, en *La Justicia Uruguay*, febrero de 1990, tomo 100, pp. 61-97. Para el estudio del anteproyecto y su orientación, véase: a) “Exposición de motivos de la Comisión Redactora”, *La Justicia Uruguay*, citada, pp. 51-59; b) Viera, L. A. y Gelsi Bidart, A., “Presentación del anteproyecto del código del proceso penal”, *ibid.*, pp. 49-51; c) Gelsi Bidart, A., “Para la humanización del proceso penal”, en *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Uruguay, Ed. Universidad, 1991, pp. 81-91; d) Jardí Abella, Martha, “Anteproyecto de código del proceso penal...”, *ibid.*, pp. 97-107; e) Abal Oliú, Alejandro, “Derecho procesal penal ‘real’ y anteproyecto de nuevo código”, *ibid.*, pp. 107-116; f) Schurman Pacheco, Rodolfo, “Alcance del proyecto de reforma del código procesal penal con relación a la realidad del control social y a la defensa de los derechos humanos”, *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 16, septiembre de 1990, pp. 47-61; g) Viera Ruiz, L. A., “Actos y funciones procesales”, en *Un Codice-Tipo di Procedura Penale per l’America Latina*, Congresso Internazionale, Roma, 1991, pp. 1-10; h) Gelsi Bidart, Adolfo, “Papel y funciones de los sujetos procesales. Interrelación de sujetos y de sus funciones”, *ibid.*, pp. 11-26; i) Gelsi Bidart, Adolfo, “Intervención” en el Encuentro Preparatorio del estudio del Código Tipo de Procedimiento Penal para América Latina, Roma, 1990, pp. 175 y ss. En el *Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal*, redactado en Palma de Mallorca en cuatro sesiones de trabajo realizadas en 1990, 1991 y 1992, cuyo conocimiento debo a la gentileza del profesor alemán delegado a la comisión de expertos redactora del mismo, se establecen algunos elementos de interés para el tema desarrollado.

Derecho a la defensa en todas las fases del procedimiento. El defensor tiene derecho a participar en los actos de investigación que requieran la presencia del imputado; podrá aportar pruebas y participar en su diligenciamiento; podrá recurrir si no se hace lugar a la iniciativa probatoria.

También tendrá derecho a examinar la prueba de que disponga el tribunal, salvo cuando antes de la acusación su conocimiento pudiera poner en peligro la investigación. . . .

En el juicio oral se diligencian todas las pruebas y será público, con las excepciones que establezcan los tratados internacionales.

Podrá sustituirse por declaraciones anteriores si fueran irreproducibles o difícilmente reproducibles y siempre que hayan sido diligenciadas en presencia del defensor.

Las diferencias que advertimos con el anteproyecto de referencia —como queda aclarado— son las siguientes:

a) se mantiene la diferencia entre instrucción preliminar y proceso: aquella actuación precedente al juicio. En el anteproyecto se incorporan las actuaciones si se realizan con la presencia del juez y de las partes (Ministerio Público y defensa);

b) se requiere la reiteración de toda la prueba salvo la que por graves dificultades no pueda serlo o directamente sea irreproducible. El anteproyecto establece que la reproducción no es preceptiva, pero puede hacerse a pedido de parte o del propio tribunal;

c) se piensa aparentemente en el proyecto en la intervención de Ministerio Público o de juez instructor a cargo de la instrucción. El anteproyecto parte de la base de un juez de primera instancia (según la tradición en nuestro país y, en general, en Iberoamérica) que tiene iniciativa probatoria al igual y contemporáneamente con las partes. Pueden adoptarse medidas reservadas que exija la instrucción e incluso el juicio, según las reglas generales en materia de medidas cautelares.