

Capítulo I

Las normas procesales penales

1. Introducción

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

2. Constitución de la República

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Normas internacionales

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

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

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

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

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

4. Las leyes

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

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

El CIC fue reformado por varias leyes posteriores.

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

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

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

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

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

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

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

5. Integración de las leyes procesales penales

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

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

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

6. Interpretación de las leyes procesales penales

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

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

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

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

7. Principios del proceso penal

7.1. DEBIDO PROCESO LEGAL

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

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

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

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

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

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

7.2. PRINCIPIO DE INOCENCIA

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

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

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

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

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

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

La regla de la inocencia tiene varias repercusiones:

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

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

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

7.3. IGUALDAD PROCESAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.4. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.5. ACUSATORIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.7. PUBLICIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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