

**REFORMA
AL SISTEMA PENAL
Y CARCELARIO EN URUGUAY**

REFORMA AL SISTEMA PENAL Y CARCELARIO EN URUGUAY

Beatriz Scapusio Minvielle
Alberto Reyes Oehninger
Rafael Ubiría Alzugaray
Eduardo A. Pesce Lavaggi
Olga Carballo Sica
Diego Camaño Viera
Raúl Ronzoni

Raúl Ronzoni
Compilador



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Schweizerische Botschaft
Ambassade de Suisse
Ambasciata di Svizzera
Embajada de Suiza



CADAL
CENTRO PARA LA APERTURA
Y EL DESARROLLO DE
AMÉRICA LATINA

© *FUNDACIÓN CADAL*

1ª edición, setiembre 2008

Impreso en Uruguay
Printed in Uruguay

ISBN: 978-9974-xxx-xx-x

Se terminó de imprimir en los talleres
gráficos de Tradinco S.A.

Minas 1367 - Montevideo - Uruguay

Tel.: (598-2) 409 44 63

D.L. 345-XXX / 08

*Edición amparada en el decreto 218/996
(Comisión del Papel)*

AUTORES

Camaño Viera, Diego

Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Penal (Facultad de Derecho – Universidad de la República, Uruguay). Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IEL-SUR).

Carballo Sica, Olga

Realizó una extensa carrera en el Ministerio Público. Su último cargo, antes de retirarse en julio de 2008, fue el de Fiscal Letrado Nacional de lo Penal de Tercer Turno en la República Oriental del Uruguay. Profesora de derecho penal en la Universidad Católica del Uruguay. Hizo varios cursos sobre combate al lavado de dinero.

Pesce Lavaggi, Eduardo A.

Defensor de oficio en lo Criminal de Montevideo. Integra la directiva de la Fundación CIEPUR (Centro de Investigaciones y estudios Penales del Uruguay). Profesor adjunto de derecho penal en la Universidad de la República. Encargado del dictado de los cursos derecho penal I y II de la regional norte de la UDELAR, sede Salto.

Reyes Oehninger, Alberto

Doctor en Derecho y C. Sociales. Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Penal. Ex Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal. Profesor Grado II de Derecho Procesal en la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL). Integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Universidad de la República). Vocal de la C. Directiva de la Asociación de Magistrados del Uruguay (AMU). Representante de dicha Asociación en la Comisión creada la Ley de Humanización y moderniza-

ción del sistema carcelario 17.897 de 14.9.05 (art. 21), para redactar las bases de un nuevo proceso penal.

Ronzoni, Raúl

Periodista desde hace 40 años. Ha ejercido su profesión en radio, televisión y medios escritos. Entre 1997 y 2008 fue editor de información judicial del semanario *Búsqueda*. Cubrió acontecimientos de diversa índole en Argentina, Brasil, Cuba, Paraguay, España, Portugal, Suecia, Japón y Estados Unidos y realizó diversos cursos de perfeccionamiento en su país y en el exterior.

Scapusio Minvielle, Beatriz

Fiscal Letrado Nacional Adjunta a la Fiscalía Letrada en lo Penal de Tercer Turno. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante de la Comisión de Mejoramiento del Sistema Carcelario. Integrante de la Comisión de Reforma del Código del Proceso Penal. Autora de numerosas obras nacionales e internacionales en materia de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penitenciario y Criminología. Participación como Expositora y/o Disertante en diferentes Congresos y Conferencias nacionales e internacionales.

Ubiría Alzugaray, Rafael

Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación (Uruguay), año 2007. Fiscal Letrado Nacional de lo Penal de 14^a Turno (1998-2007). Fiscal Letrado Departamental de Pando (Julio-1996-1998). Fiscal Letrado Departamental de Maldonado (Enero- Julio, 1996). Fiscal Letrado Departamental de Cerro Largo (1993-1995). Participó como expositor en la Conferencia Internacional: Proceso Penal y Derechos Humanos: “El proceso penal actual: virtudes y defectos”, año 2005, Montevideo, Uruguay; y Seminario sobre el Proceso Penal: “Comentario sobre las Bases para la Reforma del Proceso Penal”, Konrad Adenauer- Serpaj, año 2007.

PRESENTACIÓN

Con el apoyo de la embajada de Suiza en Uruguay, el Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina (CADAL), a través de su oficina en Montevideo, implementa un proyecto sobre “Reforma al sistema penal y carcelario del Uruguay”. El mismo se ha dividido en tres partes.

La primera etapa del proyecto fue la realización de una encuesta, denominada “Barómetro Legislativo”, a los Representantes Nacionales que integran las comisiones de “Constitución, Códigos, Legislación General y Administración” y “Derechos Humanos”; a los Senadores de la comisión de “Constitución y Legislación”; y a los legisladores integrantes de la comisión bicameral “Especial para el seguimiento de la situación carcelaria”, a fin de conocer sus opiniones en materia de reforma al sistema penal y carcelario. La segunda parte del proyecto es la publicación de este libro sobre “Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay”, para lo cual se solicitaron las colaboraciones de destacados expertos locales, reflejando la pluralidad política de opiniones.

La tercera etapa del proyecto es la difusión del libro, mediante la organización de un seminario con la participación de los autores del libro y Representantes Nacionales y Senadores del Uruguay, y otras presentaciones en universidades y ámbitos interesados en esta materia.

Los resultados de la encuesta, que son analizados en este libro, servirán para conocer los consensos existentes entre los legisladores, lo cual ayudará a formular propuestas de políticas públicas, referidas al sistema penal y carcelario en Uruguay, que encuentren amplio apoyo en el seno del Parlamento y de esa manera poder continuar con este proyecto.

Finalmente, varios agradecimientos para quienes contribuyeron a la realización de este proyecto. En primer lugar, a la embajada de Suiza, por brindarle a CADAL la posibilidad de realizar un aporte al fortalecimiento democrático, los derechos humanos y las instituciones del

Uruguay. Al periodista Raúl Ronzoni, por su generosidad y decisiva participación en la implementación de este proyecto. Al Comisionado Parlamentario Penitenciario, Álvaro Garcé, por su excelente predisposición y colaboración en esta iniciativa, a los autores que colaboran en este libro y a los legisladores que tuvieron la gentileza de responder a la encuesta. Finalmente, a los colaboradores de CADAL en Uruguay que ayudaron en la implementación de esta iniciativa: Flavia Biurrún, Nelson Fernández, Hugo Machín y Pablo Brum.

Gabriel C. Salvia

Buenos Aires, agosto de 2008

PRÓLOGO

En este libro, resultado de la plausible convocatoria de CADAL a seis expertos penalistas -Dr. Diego Camaño Viera, Dra. Olga Carballo Sica, Dr. Eduardo Pesce Lavaggi, Dr. Alberto Reyes Oehninger, Dra. Beatriz Scapusio Minvielle, Dr. Rafael Ubiría Alzugaray- y un destacado periodista -Sr. Raúl Ronzoni- el lector encontrará, ante todo, una clara advertencia.

A poco más de cien años de abolida la pena de muerte, el sistema penal uruguayo, y en especial, el subsistema penitenciario -asumiendo que pueda hablarse de éste en tales términos- se encuentra inmerso en una profunda crisis.

Crisis, enseñaba magistralmente el Profesor Clemente Estable, por su etimología significa cambio, más o menos profundo, más o menos brusco, más o menos decisivo, favorable o desfavorable; en Medicina, señalaba nuestro eminente biólogo y filósofo, la acepción es doble: proceso, a partir de un momento dudoso, de mejoría o de gravedad.

Lo mismo pensaba el Profesor Aníbal del Campo: crisis es un estado o situación en que algo llega o se aproxima a su desenlace, hora decisiva en la que, bajo riesgo de caducidad, puede perder su ser o sentido sin que tampoco se excluya la posibilidad de su consolidación o recuperación eventual.

Así, como en el antiguo dístico o en la cruz de los caminos, la crisis del sistema penal nos coloca ante dos -en definitiva sólo dos- alternativas: actuar radicalmente, es decir, en clave nacional y asumiendo el problema desde sus raíces o, simplemente, seguir confiando en los parches.

Teniendo casi a la vuelta de la esquina el *Bicentenario* de la República sería una gran necesidad dejar pasar otra oportunidad, una más. No importa que, aun con más recursos y muchas menos personas privadas

de su libertad, hace más o menos medio siglo haya quedado pendiente la reforma penal; *nunca es tarde...*

Aquella reforma liderada por el Dr. Juan Carlos Gómez Folle (más allá de las discutibles influencias ideológicas que en él hicieron pie aquí evocamos su vocacional compromiso con la institucionalidad) tuvo un vigoroso comienzo de ejecución entre las décadas de 1930 y comienzos de la siguiente.

Por entonces fue creada la Dirección de Institutos Penales, el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados y el Instituto Nacional de Criminología. También fue proyectado el complejo carcelario en Santiago Vázquez (inaugurado recién en 1986) y se planificó la gradual sustitución, parcialmente cumplida en el último gobierno de facto, de las obsoletas cárceles departamentales construidas en los tiempos del militarismo de fines del siglo XIX.

Poco tiempo después, al igual que otros buenos intentos, la reforma penal llegaba al “*kilómetro trescientos veintinueve*” y, como la vía férrea inconclusa ante el Río Negro, por razones presupuestales se detenía, más o menos como ésta, sin cruzar el obstáculo y en la mitad del recorrido proyectado.

Hoy, en medio de dificultades mucho más complejas que antaño —a modo de ejemplo: en 1934, cuando fue aprobado el Código Penal, la comisión de una rapiña era una rareza— urge la revalidación de aquél buen impulso reformador. Ello sin duda hará mejor o peor a la suerte de nuestros hijos.

Como sabemos, del destino de las cárceles dependerá la suerte de las personas privadas de su libertad, tantas hoy como nunca antes; y de aquél también dependerá el porvenir de todos los que trabajan y trabajarán en los centros de reclusión.

Pero al mismo tiempo, la suerte de las cárceles tiene mucho que ver con la calidad de vida y la seguridad, actual y futura, de los tres millones

medio de seres que aquí habitamos; el interno o la interna de hoy será el liberado o la liberada de la semana próxima, del mes que viene o del año siguiente.

Por ello la humanización del sistema penal es un imperativo ético, tanto como práctico.

Mientras la población del país se encuentra prácticamente estancada desde hace décadas, la cantidad de internos e internas, en constante aumento, multiplica por cuatro su media histórica. Y mientras sin pausa crece este guarismo, la misma comunidad que hace un siglo confiaba en la “enmienda del delincuente” por medio del trabajo y del estudio —“*Nuestro sistema penal produce ya hermosos resultados*”, afirmaba el Poder Ejecutivo en el mensaje a la Asamblea General que acompañó al proyecto de supresión de la pena capital- hoy no disimula su fastidio ante el delito y la visceral desconfianza frente el liberado.

Detrás de las puertas blindadas y de las rejas, o tras los cercos electricificados, predomina en la ciudadanía el temor y el rechazo hacia el que sale de la cárcel, generalmente percibido como alguien “peligroso”.

En el liberado, a su vez, prevalecen la resignación, la falta de esperanza y con frecuencia el resentimiento. Casi seis de diez que han estado en prisión vuelven a ella, en muchos casos a los pocos días o a las semanas.

¿Cómo se produjo, en tan corto lapso —en términos históricos: muy poco tiempo- un quiebre tan profundo entre los actores del *contrato*? ¿Por qué la sensibilidad actual es, más que diferente, radicalmente opuesta al humanismo predominante en el *novecientos*? ¿Por qué nuestros tatarabuelos o bisabuelos imaginaban un Uruguay entre todos -ni exterminio ni exterminables, sin excepción- y hoy, con fuerza cada vez mayor, existe un clamor de “muerte civil” cuando no, lisa y llanamente, de regreso a la pena de muerte para los autores de ciertos delitos? ¿Qué razón hace que en nuestras cárceles abunden quienes no tienen aún sentencia defi-

nitiva? ¿Por qué las personas privadas de libertad no trabajan y por qué las cárceles no rehabilitan a los infractores? ¿Cómo sería posible superar este estado de cosas?

La presente obra ofrece al lector un amplio y complementario conjunto de respuestas a estas cuestiones.

Así, los resultados morales y prácticos del aprisionamiento, sus límites éticos y normativos, el impacto de la legislación penal de emergencia en la criminalidad, reincidencia y cantidad de personas privadas de libertad, la colisión entre las normas constitucionales y las normas ordinarias dictadas para la organización del sistema penal, el rendimiento de la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Penitenciario, son desarrollados por la Dra. Beatriz Scapusio.

Su aporte, basado en su amplia experiencia como integrante del Ministerio Público, equilibra un certero diagnóstico del sistema penal con un elenco de propuestas tendientes a articular una nueva realidad basada en la racionalidad, el respeto de la dignidad humana, la observancia de los principios constitucionales, la promoción de penas alternativas a la prisión y el empleo de las penas privativas de libertad únicamente para aquellas conductas que afecten gravemente bienes jurídicos esenciales.

A la misma conclusión (“*busquemos algo mejor que la cárcel*”) llega el Dr. Eduardo Pesce, tras una síntesis jusfilosófica realmente disfrutable. La cárcel no es útil ni justa; no reeduca, no resocializa, tampoco rehabilita. Por ello, sostiene el distinguido defensor público, ha llegado el momento de un profundo debate ideológico en torno a una primera cuestión: ¿qué se pretende lograr con el encierro?

Como la Dra. Scapusio, el Dr. Pesce propone una pronta revisión de la práctica del encierro, a la vez que reclama la restricción de la misma a la mínima expresión, es decir, sólo en caso de delitos graves.

La *descriminalización* —mediante la derogación de algunas figuras penales y la reducción de penas a niveles de excarcelación— conjuntamente

con la aplicación de *penas alternativas* a la prisión -multa, inhabilitación o suspensión- son dos concretas propuestas avanzadas por el Dr. Pesce para obtener un descenso de la cantidad de personas privadas de libertad, premisa para un trato penitenciario basado en un humanismo capaz de brindar reales posibilidades de inclusión social al liberado.

La necesidad de cambios en la legislación penal sustantiva y adjetiva es defendida con brillo por el Dr. Rafael Ubiría. Tras historiar algunos fallidos intentos de reforma del régimen procesal, el Sr. Fiscal de Corte y Procurador de la Nación incursiona -lo hace con destacable franqueza y valentía- en un aspecto clave para lograr una mejor administración de justicia: la relación, que debe ser paridad estricta, entre las partes en el proceso penal ("*uno contra uno y no dos contra uno*" como bien recuerda el autor, en cita al Dr. Gonzalo Fernández), bajo la estricta imparcialidad del tercero decisor.

En términos que compartimos totalmente, el Dr. Ubiría aboga por la adopción de un modelo procesal penal garantista, basado en los principios de oralidad e intermediación, con una activa participación de la víctima y la sujeción física del imputado sólo en la medida en que las necesidades cautelares así lo justifiquen.

Tomando en cuenta experiencias del Derecho Comparado, en particular de la República Argentina, el Dr. Ubiría plantea la conveniencia de una limitación de algunas facultades discrecionales del Ministerio Público, por ejemplo, en lo relativo a los pedidos de clausura o sobresei-mientos. También revisa algunas trabas originadas en la actual posición institucional del servicio.

Desde una perspectiva similar, dada su condición de magistrado del Ministerio Público, la Dra. Olga Carballo Sica analiza la actual legislación procesal penal uruguaya, y en particular el rol y la estructura interna de la institución a la que sirve en forma destacada.

En tal sentido, la Dra. Carballo plantea la lentitud e inoperancia que caracterizan a nuestro proceso penal -póstumo homenaje a Kafka, discúlpenos el exabrupto- cuya estructura objetivamente conspira contra las garantías del justiciable, más allá del empeño y buenas intenciones que animan a muchos de sus operadores.

Los resabios de sistemas procesales perimidos -por ejemplo, las facultades inquisitivas conferidas a los jueces en las primeras etapas del juicio- deben ser eliminados, afirma la mencionada autora, quien decididamente aboga en favor de un cambio “radical y profundo” que nos acerque a los modernos sistemas procesales.

Para hacer viable tal transformación la Dra. Carballo reclama, en las conclusiones de su profundo trabajo, la dotación de suficientes recursos económicos, aspecto que, como bien ella recuerda, requiere la correspondiente voluntad de los actores políticos.

Con la misma sinceridad que reconociéramos en la ponencia del Dr. Ubiría, la Dra. Carballo señala la asimetría actualmente existente entre las partes en el juicio penal.

Resulta esperanzador –especialmente para quien proviene de la tradición de la defensa, en nuestro caso, del ejercicio de la defensa pública- observar cómo los magistrados del Ministerio Público no sólo reivindican para su institución las facultades que le han sido injustamente cercenadas en una anticuada estructura procesal, sino que también bregan por la real y efectiva igualdad entre las partes. Por lo que sabemos, la postura del Dr. Ubiría y de la Dra. Carballo representa a un amplio sentimiento, que incluye naturalmente a magistrados del Poder Judicial.

Los reclamos de paridad procesal hasta hace poco tiempo habían sido tema de los defensores; recordamos en tal sentido un brillante ensayo del Dr. Carlos Martínez Moreno, publicado en el semanario *Marcha* en julio de 1972, cuyo título resume la previsión del Maestro: “*Una figura menguante: el defensor*”.

El clamor por urgentes cambios en el sistema penal, hilo conductor en el aporte de todos los expertos integrados en esta obra, adquiere con el trabajo del Dr. Diego Camaño Viera una sólida y amplia perspectiva que involucra aspectos culturales.

En su excelente ponencia, donde vierte toda la experiencia adquirida en el ejercicio de la defensa, el Dr. Camaño centra la visión en la aplicación de la prisión preventiva en Uruguay, y sin eufemismos denuncia la colisión frontal entre, por un lado, los estándares internacionales en la materia y, por otro extremo, las normas y prácticas nacionales.

El instituto de la prisión preventiva, como acertadamente señala el citado autor, es para la jurisprudencia interamericana un recurso cautelar que sólo procede ante un riesgo fundado, y en tanto medida de carácter excepcional nunca puede asumir la condición de primera regla.

No obstante en nuestro país la absurda práctica invierte los términos, y bajo diversas justificaciones finamente analizadas por el Dr. Camaño, lo residual deviene principal: la prisión preventiva, cuyo abusivo empleo en las últimas décadas ha contribuido en muy buena medida al aumento de la población reclusa, entre nosotros opera como un indebido adelanto de pena.

Aunque abusiva y por tanto ilegítima, dicha práctica, como bien denuncia este autor, lamentablemente representa un rasgo de nuestra mentalidad jurídica. Por ello es que, en todo de acuerdo con el referido jurista, hoy hace falta bastante más que un simple cambio procesal penal; aunque imprescindible, la actualización normativa debe integrarse en un cambio cultural que abarque y transforme las actitudes de todos los operadores del sistema, cuyo primer paso bien podría ser la consulta y la efectiva aplicación de la jurisprudencia internacional, medida reclamada por el Dr. Camaño. Mientras no lo hagamos permaneceremos bajo riesgo de un cambio cosmético o, al buen decir de aquél, expuestos a una “mera apariencia de cambio”.

En sintonía con la idea antes expuesta -el cambio no sólo debe ser normativo, también debe ser mental- Raúl Ronzoni denuncia en su trabajo el “espíritu restrictivo” que, desde lo institucional, signa al ejercicio de la función institucional.

Vale recordar un pasaje del ensayo titulado “*Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo XX*” (Rev. D.J.A, t. XLVII, págs. 217 y ss.) en el que afirmaba Justino Jiménez de Aréchaga: “*Nuestro país es una comunidad en la que imperan las ideas de igualdad y de libertad, en su concepción más depurada. Esto es visible en las leyes, tanto como en la realidad social. El poder político de nuestro pueblo es efectivo y real, y se manifiesta en una verdadera democracia. Esto es posible debido a que nuestro sistema institucional se funda en la idea de que toda autoridad pública ha de ser eficazmente contenida en el ámbito de competencia que le asigna el Derecho. Pese a su perfectibilidad, el sistema institucional de nuestro país hace de él un Estado excepcional, a la vez que una de las Democracias más perfectas del mundo*”.

La “cultura del secreto” que Ronzoni identifica como una herencia dictatorial que pervivió más allá del año 1985, contrasta abiertamente con el amplio modo de entender la libertad que en *los cincuenta* enorgullecía a nuestros mejores juristas.

Nuestra legislación todavía no ha resuelto la contradicción entre el principio de publicidad de las actuaciones, plasmada en lo civil por el artículo 15 del Código General del Proceso y la “reserva” del presumario penal, un postulado que, como acertadamente refiere Ronzoni, en la práctica equivale al más hermético de los secretos.

Pero a la vez –también aquí concordamos con el citado autor- cuando están normativamente autorizados a “abrir” el juzgado, la mayoría de los operadores de justicia temen hacerlo. Así, aunque no exista cerrojo legal suele haber traba mental; sufren el Estado de Derecho y el anónimo ciudadano.

En este punto, suma su coincidente visión el Dr. Alberto Reyes. Su muy inteligente ponencia clarifica nuestras fortalezas y debilidades de

cara a la reforma penal. En lo personal, nos da dado argumentos para la esperanza.

Como fortalezas, el Dr. Reyes identifica en la reforma del ochenta y ocho (para el proceso civil) y su complemento en 2004 (procesos vinculados con menores en conflicto con la ley), elementos y principios de base para la transformación de las áreas pendientes (lo penal y la ocurrencia ante el T.C.A.). De un modo muy didáctico, el destacado magistrado llama a “civilizar” el proceso penal, en lo posible.

Otra de nuestras ventajas, señala el Dr. Reyes, reside en dos claves jusnaturalistas de la premisa constitucional: el concepto de dignidad humana y la aplicabilidad de derechos aún no reglamentados.

Una debilidad –más, dice el autor: el obstáculo principal- radica en la mentalidad de los operadores jurídicos, en la especial, la nociva tendencia resistir los cambios.

Evidentemente y como magistralmente lo expresan todos los autores en este libro, ha llegado el tiempo de la actualización del sistema penal. El primer paso ha sido dado con la creación de las dos comisiones convocadas a partir de la ley 17.897. También están dadas algunas otras condicionantes, como lo demuestra el anexo “Barómetro Legislativo”.

Dicho instrumento resume el conjunto de respuestas dadas por decenas de legisladores y legisladoras de nuestro país, quienes más allá de partidos y sectores, coincidieron en su rechazo al sistema inquisitivo y adhesión al principio acusatorio, en la necesidad de dotar de suficientes recursos a la administración de justicia, en la conveniencia de modificar el actual régimen de prisión preventiva dando entrada a las medidas alternativas a ésta y en la necesidad de asignar a las cárceles fuera del Ministerio del Interior.

En suma, tras la lectura de esta obra queda manifestamente claro que si mantuviéramos intacto el sistema penal, como si en él todo estuviera bien, cometeríamos una muy riesgosa e irresponsable apuesta.

En el Digesto de Justiniano -siglo VI de nuestra era- Papiniano (III, 1) define a la ley como “*precepto común, consulta de hombres prudentes*”; en la misma obra, Marciano (III, 2) recuerda que para Demóstenes “*nomos es aquello que conviene que todos los hombres obedezcan, por muchas razones, pero principalísimamente porque toda ley es hallazgo y enseñanza de hombres prudentes*”.

La principal virtud y “prudencia” del Uruguay del *novecientos* consistió en su capacidad de soñar –Real de Azúa llamó a aquel joven “*el país de las cercanías*”- y de querer a la Ley como el principal instrumento de cambio y de progreso. Ahora nos toca a nosotros imaginar y dar a luz un país que sea más que una gran cárcel: nuestra tradición humanista nos desafía a intentar algo mejor y más humano que el campo de concentración.

El sueño de encarcelar a los jóvenes, decía Martínez Moreno, es “el más peligroso de los sueños. El más peligroso y el más irreal, en la medida en que prefiere aprisionarlos a comprenderlos. Porque aparentemente no los entiende, ni quiere ni cree que valga la pena entenderlos, considera más fácil cercarlos”.

Señalábamos en las primeras líneas que este libro representa, por encima de todo, una clara advertencia. Y una advertencia es, según nos enseñara Nils Christie, “un acto de optimismo”.

Esta obra, por la excelencia y complementariedad de los enfoques que reúne, se perfila como un valioso insumo para la mejora de nuestro sistema penal. Con optimismo confiamos que así será, porque la prudencia y el coraje para enfrentar los problemas, por graves que sean, forman parte de nuestro ser nacional, y porque la filosofía, la buena filosofía es, en esencia, el preámbulo de toda acción inteligente.

Dr. Alvaro Garcé García y Santos

EL SISTEMA PENAL URUGUAYO Y SU REPERCUSIÓN CARCELARIA: LA NECESIDAD DE SU REFORMA

Beatriz Scapusio Minvielle

Introducción

Durante todo el curso de nuestra historia nacional, por lo menos a partir de la abolición de la pena de muerte, la respuesta al fenómeno criminal -esto es la reacción social al delito- ha sido casi en exclusividad el aprisionamiento, que es la pena por excelencia.

Numerosísimas investigaciones realizadas al respecto muestran el magro resultado preventivo de la pena de aprisionamiento y el altísimo costo de este tipo de castigo, generando a su vez un expandido sentimiento colectivo de inseguridad. A ello se respondió desde el poder -cerrando el círculo- con el establecimiento de nuevos delitos y de penas de reclusión más prolongadas.

Tal actitud ha llevado en nuestro país a un aumento exponencial de la población reclusa, recreándose e incrementándose el costo y la disfuncionalidad del sistema, lo que evidencia una ineficaz respuesta social tanto en lo referente al control y disminución del delito, como al sistema de tratamiento del delincuente.

En cuanto al sistema realizativo, Uruguay, al igual que el resto de Iberoamérica, ha sido fiel receptor del modelo inquisitivo, o inquisitivo-reformado, que implica no sólo un esquema procesal, sino también una forma de pensar y ejercer el poder penal, constituyendo una verdadera “cultura inquisitiva”¹.

Puede entonces advertirse del estudio de la normativa que somos protagonistas del divorcio existente entre el programa socio-político fundamental -en tanto determina la manera de aplicar la ley penal- y la legislación que se aparta claramente de estos postulados, conservando la rutina de la administración de justicia y la forma de proceder colonial.

Este planteo obliga no sólo a una revisión de la normativa vigente sino también a la propuesta de una reformulación del sistema penal en su conjunto. En tal sentido, la Ley N° 17.897 determinó la creación de sendas Comisiones para la reforma del Código Penal y el del Proceso Penal, previéndose en este sentido la adopción de un moderno sistema de tipo dispositivo-acusatorio.

En cuanto al derecho penal sustantivo se prevé la inclusión de institutos diferenciales y alternativos a la privación de libertad, los cuales fueron reconocidos por nuestro país.

En los últimos cuarenta años, la comunidad internacional en las Naciones Unidas ha ido logrando un consenso en torno a los principios básicos que deben presidir los sistemas penales y aparecen instrumentos que condensan esos consensos respecto del trato que debe darse a las personas privadas de libertad.²

Este conjunto de instrumentos constituye un modelo que se denomina “modelo penitenciario de derechos y obligaciones de las Naciones

1 Sin embargo, del elenco de países de Latinoamérica, sólo nuestro país continúa con un proceso penal inquisitivo.

2 .- Conf.: Carranza, Elías, en: “Cárcel y Justicia Penal. El modelo de derechos y deberes de las Naciones Unidas y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito”, ILANUD, 2007.

Unidas”. De acuerdo a este modelo, las personas presas, con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, siguen gozando de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que ratificó nuestro país.

Marco constitucional

Las disposiciones de la Constitución de la República, vigente en nuestro país desde 1967, no fueron receptadas en la legislación dictada en su cumplimiento para la organización del sistema penal que nos rige. Ello acarrea consecuencias inevitables en la realidad carcelaria.

En la Carta se consagra, además de un elenco de derechos individuales de corte jusnaturalista, el principio del “*nullum crime sine lege*” y el debido proceso y se prevé que todo juicio criminal comenzará por acusación de parte o acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas, así como los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones y se encuentra abolida la pena de muerte.

Por otra parte, se establece que “ningún ciudadano puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él y por orden escrito de Juez competente”. “En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales”.³

Este marco constitucional no ha sido receptado ni en la legislación penal sustantiva, ni en la procesal vigentes. Se produce entonces una contradicción insoportable entre las normas superiores y la legislación tanto sustantiva como adjetiva, que mengua los derechos de los ciudada-

3 Artículos 12, 13, 15, 16, 18, 20 21 y 22 de la Constitución de la República.

nos y que nada bien le hace a la imagen de nuestro país en el concierto internacional.

Marco sustantivo: el Código Penal

En lo que respecta a nuestro Código Penal de 1934, en su primera redacción no llegó a regir tres meses. Tan apresurada como fue su sanción, pareció necesaria su reforma. El mismo día que empezó a regir, el Poder Ejecutivo estimulado por la solicitud de varias instituciones y con la opinión favorable de la Suprema Corte de Justicia, propuso a la Asamblea General, prorrogar nuevamente su vigencia hasta el 31 de agosto de 1934.

Mientras tanto, el mismo Poder enviaba un nuevo Mensaje con un Proyecto del Doctor Espalter. El día 14 de agosto de 1934 numerosas reformas se concretaron en un proyecto de la Cámara de Senadores. De ese proyecto, más tarde consultado por la Cámara de Representantes a la Suprema Corte, dio cima a la Ley N° 9.435 del 18 de octubre de 1934, que reformó numerosas disposiciones, completó otras, aclaró el régimen de las leyes especiales y creó una Comisión encargada de "indicar las reformas que convenga introducir en el Código Penal vigente, transcurridos dos años de su aplicación".⁴

En lo que dice en relación con las penas, nuestro Código las clasifica en privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de determinados derechos y pecuniarias. Excluida de nuestro sistema legal la pena de muerte, las penas que tienen más aplicación son aquellas en las que se priva de la libertad ambulatoria y se cumplen mediante la internación del condenado en un establecimiento carcelario, en el cual el encausado debe permanecer el tiempo que la sentencia determine.

⁴ Cf.: Código Penal de 1934, Concordado y anotado por el Profesor Juan B. Carballa, 2ª. Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1968, págs. 17 a 23.

La pena de penitenciaría se individualiza dentro de los límites mínimos y máximos que establece el artículo 68, superando así el régimen impuesto por la derogada ley N° 3.238 del 23 de octubre de 1907, en cuyo artículo 2° establecía la pena de penitenciaría por tiempo indeterminado⁵.

La pena de prisión por su parte, se fija entre los límites mínimo y máximo de tres meses y los dos años respectivamente.

Las penas restrictivas de la libertad se caracterizan por no privar al condenado de su libertad ambulatoria, sino por restringirla en lo que respecta a su ingreso, permanencia o traslado dentro del país.

Al mismo tiempo, se afilia al sistema de “*doppio binario*”, estableciendo numerosas medidas de seguridad junto a las penas, entre las que no figura la de muerte, abolida constitucionalmente. Aquellas se clasifican en “curativas”, “educativas”, “preventivas” y “eliminativas”. Las primeras se aplican a los enfermos, los alcoholistas, los intoxicados por el uso de estupefacientes declarados irresponsables y a los ebrios habituales. Las segundas, a los menores de dieciocho años y a los sordomudos⁶. Las preventivas, en cambio, se aplican a los autores de delitos imposibles, putativos o provocados por la autoridad. En cuanto a las eliminativas se aplican a los delincuentes habituales, a los homicidas que por la excepcional gravedad del hecho derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias denuncien gran peligrosidad.⁷

Si bien los artículos 97, 98 y 100 del Código concretan las normas que orientan el cumplimiento de las medidas curativas, educativas y preventivas, especificándose las autoridades a cargo de las cuales se halla su

5 Se establece que la pena de penitenciaría durará de dos a treinta años.

6 Cf.: GOFFMAN, E.: “Asylums: Essays on the social situation of the mental patients and others inmates”, Anchor Books Ed., Nueva York, 1961, págs. 325 a 341.

7 Las medidas de seguridad eliminativas fueron derogadas por el artículo 19 de la Ley N° 15.737 de Pacificación Nacional de fecha 8 de marzo de 1985 y reimplantadas por Ley N° 16.349 del 10 de abril de 1993.

ejecución, no ocurre lo mismo con referencia a las medidas eliminativas acerca de las cuales el artículo 99 indica que se cumplirán en las cárceles bajo el régimen que establece el artículo 70, en cuanto fuere aplicable. Este último régimen regula la ejecución de la pena de penitenciaría.

Las medidas eliminativas previstas en el artículo 99 del Código Penal fueron suprimidas por el artículo 19 de la Ley N° 15.737, de fecha 8 de marzo de 1985 y reimplantadas con fecha 10 de abril de 1993, por Ley N° 16.349, e incluye ahora también a los violadores, ampliando de esta forma el ámbito de aplicación que las mismas tenían según el artículo 92 del Código de 1934.

Entre las penas privativas de determinados derechos, se incluyen la inhabilitación, cuyo alcance y contenido está establecido por los artículos 75 y 76 del Código, mientras que el artículo 77, consagra la inhabilitación especial profesional.

La inhabilitación en general, supone una interdicción, un descaecimiento absoluto de la titularidad para ejercer determinados derechos políticos o conservar u obtener determinadas situaciones jurídicas y puede ser absoluta o especial.

En cuanto a la suspensión, consiste en la interrupción temporal de la capacidad de ejercicio de un cargo público durante la condena y sus límites genéricos están fijados entre los seis meses y los dos años.

Las penas pecuniarias afectan al delincuente en su patrimonio. La pena pecuniaria por excelencia es la multa, esto es, la obligación de pagar al Estado una suma de dinero impuesta como sanción, la cual será individualizada por el Juez en la sentencia de condena, dentro de los mínimos y máximos establecidos por la ley, pudiendo otorgarse plazos para su pago.

Si el condenado fuera indigente, el artículo 84 prevé la sustitución de dicha pena por la de prisión, de acuerdo con los parámetros que el mismo artículo determina⁸.

La reforma legislativa en materia penal de nuestro país durante las últimas seis décadas no fue ajena a las tendencias represivas del derecho comparado, fieles a las corrientes criminológicas que inspiraron las campañas de “ley y orden”⁹.

Tal fenómeno se hizo manifiesto sobre todo a partir del año 1995, fecha en que se sancionó la ley de Seguridad Ciudadana y sus sucesivas reformas, las que básicamente crearon nuevas figuras delictivas, incrementando las penas privativas de libertad y suprimiendo beneficios penitenciarios. Desde esa fecha asistimos a una constante inflación legislativa en materia penal, con sus respectivos efectos y consecuencias.

Estas medidas obedecieron en particular a la demanda de seguridad pública reclamada por diversos sectores de la sociedad, quienes exigían al legislador de la época una política más represiva en la materia.

Contrariamente a lo que los legisladores esperaban y pese a la severidad de las penas y la creación de nuevos delitos creados al socaire de los reclamos de mayor seguridad de la opinión pública, este conjunto de leyes sólo logró aumentar el número de personas privadas de libertad, sin disminuir en absoluto la criminalidad¹⁰, ni el índice de reincidencia. Siguiendo esta tendencia, la política criminal de la última década

8 La Ley N° 15.903 de fecha 18 de noviembre de 1987, en su artículo 216, dispone que las penas de multa establecidas por el Código Penal y Leyes especiales, se fijarán en Unidades Reajustables, para de esta manera, asegurar su actualización automática.

9 Cf.: MARTINSON, R.: “What works? Question and answers about prison reform, The Public Interest, 1974, págs. 22 a 54, el autor se pregunta en un conocido ensayo qué es lo que funcionaba en el sistema del control penal, llevó sus conclusiones al plano de la idea fuerza citada, llegando a la respuesta de que nada funcionaba bien, que todo estaba mal no sólo en cuanto al tratamiento, sino a la prevención penitenciaria. En el mismo sentido, MARTINSON, R. en: “California reseach at the Crossroad”, Crime and Delinquency, 1976, Tomo 22, págs 180 a 191.

10 .- De 3.500 reclusos en 1995, fecha de entrada en vigencia de la primera ley de Seguridad Ciudadana, N° 16.707 de 12 de julio de 1995 a diciembre de 2007, se incrementó a 7.510 reclusos.

se orientó a reformas legislativas de corte punitivo, sin desarrollar una estrategia institucional que controlara la densidad carcelaria y minimizara las consecuencias del encierro, lo que provocó el colapso del sistema penitenciario.

Debido a esta situación, el 14 de setiembre de 2005 el Parlamento Nacional aprobó la Ley 17.897, conocida como “Ley de humanización y modernización del sistema carcelario”. Esta norma estableció un conjunto de medidas orientadas a mejorar las condiciones de reclusión y jerarquizar determinadas instituciones, dando un paso adelante hacia un cambio de concepción en la política criminal del Estado uruguayo, haciendo partícipes en su elaboración a todos los operadores del sistema penal.

Sin embargo, corresponde aclarar desde ya, que no es posible alcanzar soluciones satisfactorias interviniendo únicamente sobre uno de los subsistemas del sistema penal, por lo cual -pese a los loables propósitos de esta norma- la población carcelaria volvió a los guarismos que provocaron su aprobación.

Marco adjetivo: el Código del Proceso Penal

Nuestro proceso penal se encuentra estructurado de acuerdo a la normativa contenida en el Código de Proceso Penal vigente en nuestro país desde el 1° de enero de 1981. Es la copia estructural de nuestro anterior Código de Instrucción Criminal de 1878, que procedía de la legislación española de 1812 a 1872, la cual a su vez reproducía el Código francés de 1808.

Establece un procedimiento común u ordinario para el juzgamiento de los delitos, de expresión escrita, de actuación sucesiva y unilateral de las partes y el Juez, de desarrollo escalonado en etapas, por lo que se afilia

a la forma mixta. Estructuralmente está integrado por cinco etapas de conocimiento y una de ejecución¹¹.

Las etapas del proceso de conocimiento en primera instancia están divididas en: a) presumario; b) sumario; c) ampliación sumarial; y d) plenario. La segunda instancia se abre mediante los recursos tradicionales de apelación y nulidad. En sus primeras etapas, presumario y sumario, se aplica en forma predominante el principio inquisitivo, mientras que en el plenario rige el principio acusatorio.

La actividad que se desarrolla en el presumario, en el sumario y en la ampliación es básicamente de recolección del material probatorio.

También en plenario y en segunda instancia puede producirse prueba, elemento que denota la preocupación obsesiva del legislador por la misma. Dada la naturaleza formal y reiterativa de su recolección, trae como consecuencia un alargamiento indebido del proceso. El punto de la duración del proceso es uno de los que mereció mayores críticas nacionales e internacionales.

A pesar del loable propósito del legislador y reconociendo que algunos de los instrumentos consagrados para la celeridad alcanzaron su fin, el proceso penal nacional contiene muy serios defectos que constituyen importantes causas de retardo.

A modo de ejemplo, puede mencionarse la excesiva duración del presumario sin detenido o el plazo del sumario fundado en un mecanismo de control de la actuación funcional, tendiente a sancionar la conducta omisa o negligente y no a garantizar al encausado su derecho a un proceso de duración razonable.

El Código del Proceso Penal prevé asimismo una forma de proceso por audiencia aplicable en materia de delitos, pero opcional para el Juez

11 Cf.: Barrios de Angelis, D.: "Lineamientos del Código del Proceso Penal", en "Curso sobre el Código del Proceso Penal", Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo, 1981, pág. 33 y sig.

de la causa de acuerdo a la existencia de una serie de requisitos que el propio texto establece.¹²

La forma contingente en que ha sido creado este sistema -la voluntad del Fiscal, del Defensor o del Juez, provocaron el retorno al proceso ordinario- no altera significativamente la forma de juzgamiento.¹³

Se consagra pues, claramente, una instrucción inquisitiva, caracterizada por el presumario estrictamente reservado, la prisión preventiva como regla general, el valor indiciario de la confesión formulada ante la autoridad policial, la incomunicación de la persona privada de su libertad, la falta de información al detenido sobre sus derechos y el reiterado olvido de la víctima.

Si bien se recoge el principio de inmediación¹⁴ en la realidad ésta no se verifica, reduciéndose a la supervisión por parte del Juez de las declaraciones brindadas ante funcionarios judiciales no técnicos. Se establece por otra parte, la unidad de Juez para la investigación y decisión, entrañando el peligro de la auto-implicación y no se prevé el principio de publicidad, garantía esencial del control de la función jurisdiccional.

Como puede apreciarse, al igual que en muchas de las repúblicas latinoamericanas, se infiere del estudio de la normativa vigente que existe una incompatibilidad entre el programa socio-político previsto en nuestra Constitución -en tanto determina la manera de aplicar la ley penal- y la legislación tanto sustantiva como realizativa, que se aparta claramente de los postulados plasmados en aquella, conservando la rutina de la administración de justicia vigente en la época colonial.

Es así que en nuestro actual ordenamiento conservamos rasgos de la legislación de la conquista, tales como la organización fuertemente vertical de los tribunales, jerárquica, en algunos casos con controles de oficio,

12 Al respecto, ver: Landeira, R.: "Proceso por audiencia en materia de delitos", F.C.U., Uruguay, 1990, pág. 19.

13 Artículos 302 a 308 del Código del Proceso Penal.

14 Artículo 136 del Código del Proceso Penal.

sin necesidad del recurso del agraviado por la resolución y mecanismos legales para imponer a los tribunales inferiores la forma de decidir los conflictos y de interpretar la ley, que adoptan los tribunales superiores en casos similares.

El procedimiento sigue siendo escrito -aplicación del principio “*quod non est in actis non est in mundo*”, llevando como consecuencia a la falta absoluta de intermediación entre las partes y el Juez, inclusive en cuanto a los elementos de prueba.

Junto a ello falta también la publicidad, indispensable elemento de contralor de la función. En tal sentido, predomina el Juez unipersonal, profesional -funcionario permanente y técnico de la administración de justicia- quien realiza la instrucción y dicta sentencia en la primera instancia.

Para la segunda instancia, cuya apertura se efectiviza por la promoción de recursos amplios, se prevé un tribunal colegiado integrado por tres miembros, también Jueces profesionales y permanentes, que examina la corrección formal del procedimiento y la material de la decisión, sólo sobre la base del expediente formado por las actas labradas.

Como se ve, nuestro proceso penal no presenta diversificación de roles y el poder de persecución penal se confunde en forma grosera con el poder de juzgar.

En efecto, a nuestro Juez le ordenamos que instruya, lo obligamos a pesquisar detectivescamente, pero con la obligación de no contaminarse con los frutos de su propia investigación, ni prejuzgar sobre los hechos que él mismo va reconstruyendo.

Por si todo ello fuera poco -en un segundo olvido de su limitada condición humana- se le demanda que supervise la instrucción, el plenario e incluso la ejecución penitenciaria.

En la etapa de ejecución se prevé la actuación del Juez, quien será el mismo que entendió en la etapa de conocimiento. El Código establece que el Juez vigilará el cumplimiento de la pena aplicada al encausado, la cual, de acuerdo a lo que prevé la ley sustantiva es, en la enorme mayoría de los casos, privativa de libertad.

La forma en que el Juez cumple esta función es vigilando la marcha de los expedientes, efectuando una visita anual -por lo menos- al establecimiento penitenciario donde se encuentran alojados los reclusos que están a su disposición. Está facultado asimismo a realizar estas visitas en cualquier momento en que así lo decida¹⁵.

El Código no deroga las disposiciones de la Ley N° 14.470, en cuanto atribuye al Director del establecimiento carcelario la potestad de decidir sobre la situación general del encausado, una vez que éste ingresa como recluso. Por tanto, no es necesaria la intervención judicial en lo referente al traslado, la asignación de trabajo o las visitas, todo lo cual decide por sí y ante sí la autoridad administrativa.

En lo que dice relación con las salidas transitorias de los reclusos, la Ley N° 16.707 del 12 de julio de 1995, modificó el régimen para su otorgamiento, las cuales deben ser concedidas por el Juez de la causa, previo informe de la autoridad carcelaria.

Como puede apreciarse, los principios materiales de la inquisición se conservan declaradamente: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, los que a su vez determinan la forma de aplicación del castigo y la función que el Estado desempeña en la misma.

A pesar del saludable impacto provocado por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y la Ley N° 17.897, la legislación pro-

15 Si bien el Juez está habilitado para realizar visitas a los centros de reclusión donde se encuentran los reclusos bajo su jurisdicción, los Magistrados sólo concurren una vez al año, en ocasión de la Visita de Cárceles y Causas, única obligatoria por mandato legal.

cesal uruguayaya aún no ha roto su letargo y continúa atada a este sistema históricamente superado.

Situación carcelaria

Con motivo de la reestructuración de Ministerios contenida en la disposición transitoria y especial, Letra E) de la Constitución de la República, se dictó el Decreto N° 160/967, de 1° de marzo de 1967, en cuyo artículo 10 se dispuso que corresponde al Ministerio de Cultura el régimen y contralor del tratamiento de prevenidos y penados y los Institutos Penales y Establecimientos de Detención.

Sin embargo, desde el 20 de enero de 1971 fue transferido al Ministerio del Interior por Decreto N° 27/971 el cometido de controlar y regular el tratamiento de prevenidos y penados y los Institutos Penales y Establecimientos de Detención que antes eran competencia del Ministerio de Educación y Cultura por razones políticas previas a la dictadura militar que rigió en nuestro país hasta el 1° de marzo de 1985.

Por tal razón, el Decreto N° 574/974 de 12 de julio de 1974, incluye a los Institutos Penales y Establecimientos de Detención bajo la dependencia del Ministerio del Interior.

Asimismo, por aplicación del artículo 159 del Decreto-Ley N° 14.252, de 22 de agosto de 1974, se facultó al Ministerio del Interior a crear y organizar Centros de Recuperación Carcelaria en toda la República sobre la base de las "chacras policiales" u otros organismos que puedan ser útiles a tal fin.

Posteriormente, el Decreto-Ley N° 15.167, de fecha 6 de agosto de 1981, creó la Dirección General de los Centros de Recuperación, disponiendo que la misma se integraría con la Dirección del Centro de Recuperación "Tacoma", la "Colonia Educativa de Trabajo" y los demás

Centros que se creen, conforme a lo previsto en la norma más arriba mencionada¹⁶.

Como puede advertirse, el Ministerio del Interior ha ido concentrando a través de los últimos años todo lo relacionado con el sistema carcelario. Consecuentemente, el Decreto-Ley N° 15.185 de fecha 29 de setiembre de 1981, estableció que la Policía estará integrada, entre otras reparticiones, por la Dirección Nacional de Institutos Penales. Actualmente todos los establecimientos de reclusión dependen del Ministerio del Interior.

Sin embargo, el mapa carcelario nacional se muestra fuertemente atomizado. Existen siete establecimientos ubicados en la zona metropolitana que dependen de la Dirección Nacional de Cárceles, mientras diecinueve establecimientos ubicados en el interior del país dependen de las Jefaturas Departamentales de Policía y el Centro Nacional de Rehabilitación depende de la Secretaría del Ministerio del Interior.

Al 30 de setiembre de 2007 la población reclusa a nivel nacional ascendía a 7.200 personas, ubicando a Uruguay entre los países con mayor tasa de prisionización de la región según las estadísticas de I.L.A.N.U.D. y el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Londres¹⁷.

La capacidad locativa del sistema penitenciario se compone de 5.100 plazas, por lo que la tasa de densidad penitenciaria es de 142, calificándose como crítica según los parámetros internacionales.

El porcentaje de personas procesadas sin condena asciende al 63%, habiéndose registrado una leve mejoría de este guarismo en los últimos años, pero continúa siendo aún inaceptable y ello como consecuencia

16 Cf.: Consulta evacuada por el Dr. Carlos E. Delpiazzo, de fecha 14 de octubre de 1985, Anexo N° 1, del Informe N° 1 del Informe General de la Comisión Honoraria de Mejoramiento del Sistema Carcelario, Montevideo, junio de 1996, pág. 14.

17 .- Esto es, 217 cada 100.000 habitantes.

fundamentalmente del obsoleto procedimiento penal vigente a que hacíamos referencia.

Del total de personas privadas de libertad cuatrocientas cincuenta son mujeres¹⁸, de las cuales doscientas noventa y tres se alojan en el establecimiento de reclusión femenino de Montevideo, mientras que las restantes lo hacen en anexos de establecimientos masculinos en el interior del país.

La Ley N° 17.897 de 14 de julio de 2005, llamada de “Humanización y Modernización del Sistema Carcelario”, vino a atender la caótica situación carcelaria, fruto de la legislación represiva de la última década a que ya nos referimos. Al respecto, la norma estableció un conjunto de medidas orientadas a mejorar las condiciones de reclusión y jerarquizar determinadas instituciones y dio un paso hacia un cambio de concepción en la política criminal del Estado uruguayo. En tal sentido, previó un régimen excepcional y de oficio de libertades anticipadas y provisionales aplicable por única vez.

Los beneficiarios de este régimen excepcional fueron los procesados y penados que se encontraran privados de su libertad al 1° de marzo de 2005 y que no fuesen responsables de delitos graves, tales como homicidio, lesiones gravísimas, rapiña agravada, copamiento, extorsión, corrupción, proxenetismo, aquellos previstos en la ley de estupefacientes y los delitos económicos y que llevasen un tiempo mínimo de prisión preventiva o pena.

Si la pena era mayor a tres años, la persona privada de libertad debía haber cumplido las dos terceras partes de la misma, si era menor a tres años debía haber cumplido la mitad. En el caso de los procesados sin acusación fiscal, se tomó en cuenta la pena máxima prevista por el tipo penal. En caso de existir acusación fiscal se consideró la pena solicitada.

18 Aproximadamente el 6% de la población reclusa total.

Los jueces dispusieron de un plazo de sesenta días para otorgar estas libertades excepcionales. Las personas liberadas debieron permanecer sujetas a un régimen de atención y vigilancia del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. Los liberados que incumplieron las medidas impuestas o cometieron un nuevo delito, perdieron en forma inmediata el beneficio otorgado por la Ley y fueron restituidas a prisión.

Por medio de estos mecanismos se liberaron ochocientas veintisiete personas, de las cuales reincidieron ciento cincuenta y una, lo que representa un índice de reincidencia del 18%, mientras que la tasa media de reincidencia nacional se sitúa en un 60%.

Por otra parte, la ley amplió el régimen de prisión domiciliaria facultando al Juez Penal a otorgarla a reclusos o reclusas portadores de enfermedades graves¹⁹, a mujeres en el último trimestre de embarazo y primer trimestre de lactancia y a personas mayores de 70 años, con excepción de aquellos que hubieran cometido delitos de homicidio, violación o lesa humanidad²⁰.

Además, se modificó el régimen de la libertad anticipada previsto en el Código del Proceso Penal, estableciéndose la preceptividad de la libertad a las dos terceras partes de la pena impuesta. La Suprema Corte de Justicia sólo podrá negarla por resolución fundada, en los casos en que los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos.

Entre las propuestas más novedosas que incluyó la Ley de Humanización se encuentra el régimen de redención de la pena por trabajo y estudio, el que fue reglamentado por el Decreto 225 de julio de 2006, con la activa participación de operadores del sistema penitenciario y del sistema nacional de enseñanza. Se trata de un instrumento jurídico que permite a todas las personas privadas de libertad, procesadas o penadas, reducir la condena impuesta o a recaer, cualquiera sea el delito cometido. Se redime a razón de un día de condena por cada dos jornadas de seis ho-

19 Tales como cáncer, VIH, Sida, otros tipos de enfermedades mentales.

20 Hoy se benefician con esta medida alternativa a la prisión 57 personas.

ras de estudio o por cada dos jornadas de trabajo de ocho horas. También se podrá redimir pena presentando proyectos para realizar actividades de naturaleza productiva o de mantenimiento, capacitación laboral, educación formal o no formal, entre otras.

Para estar habilitado para ingresar al régimen de redención de la pena, los interesados se deben inscribir en el Registro creado a tales efectos. Debido a la limitación de plazas laborales y educativas, se establecieron criterios predeterminados creando bases para determinar un orden de prelación²¹.

La Dirección de cada uno de los establecimientos, con el apoyo de una Junta Asesora creada a estos efectos y dos secretarías técnicas especializadas -una en materia laboral y la otra en materia educativa- asigna las plazas laborales y de estudio, en la medida de las posibilidades presupuestales de cada unidad penitenciaria. A su vez, los establecimientos de reclusión deben remitir a la Justicia informe de las horas cumplidas por trabajo y/o estudios por cada recluso, cada vez que se tramita una libertad anticipada o toda vez que el Magistrado así lo solicite y será éste, quien en definitiva determine el número de días a redimir²².

Pese a los loables propósitos y de los logros efectivamente obtenidos con la aplicación de esta Ley, sin duda el sistema penal requiere aún cambios estructurales profundos. Se hace necesaria una reforma para que, dentro de los mecanismos constitucionales, el Estado uruguayo pueda mantener la dimensión y operatividad de su sistema penal dentro de límites racionales y para que no supere el número de personas privadas de libertad que pueda custodiar en condiciones de dignidad.

21 Por ejemplo: la edad, la buena conducta carcelaria, la primariedad, las cargas familiares, la condición de analfabeto, entre otras.

22 Gracias a este instrumento, 3.125 personas privadas de libertad a nivel nacional redimen pena por trabajo o estudio. Además, se incrementaron los proyectos laborales y productivos: cooperativa panificadora gestionada por reclusos y liberados, proyecto de hidroponía, chacras agropecuarias, convenios con intendencias municipales, u organismos públicos y aumentó considerablemente la presencia de docentes en todas las cárceles.

Necesidad de una reforma global del sistema penal

Para comprender cabalmente la necesidad de una reforma en el sistema penal, es necesario tener en cuenta que esta reforma es, en América Latina y en nuestro país, una tarea pendiente desde la época de la Independencia. Los conquistadores imprimieron sus normas y la justicia penal tal como la conocemos hoy. Ello es el resultado de la formación de nuestra propia identidad como nación independiente.

Ante la constatación de los efectos criminógenos generados por la tendencia a la prisionización, debe concebirse entonces al encierro carcelario como una oportunidad para que el Estado pueda, dentro de una política de protección integral de los Derechos Humanos, realizar los derechos de las personas que no fueron satisfechos antes de su ingreso en prisión, buscando reducir los daños y minimizar el efecto deteriorante del encierro carcelario, como forma de asegurar un trato acorde con la dignidad humana²³.

Si bien nuestro país ha ratificado Convenciones y Tratados internacionales tendientes al reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos del hombre, sus disposiciones aparecen cada vez más divorciadas de la legislación común, fruto de la falta de criterios globales, lo cual conduce a la ausencia de elaboración de un sistema de garantías armónico para los derechos formales y sustanciales.

A pesar del saludable impacto provocado por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y de las disposiciones de la Ley N° 17.897 de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario, la legislación procesal uruguaya aún no ha roto su letargo y continúa atada a un sistema históricamente superado.

23 - Conf.: Baratta, A.: La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino a pesar de ella, buscando hacer menos negativas las condiciones de la vida en prisión.

Por otra parte, los principios básicos que regulan el sistema carcelario contenidos en nuestra Carta y en la legislación vigente no se ven reflejados en el funcionamiento de nuestros centros de reclusión. Si según las pautas constitucionales, las cárceles no deben ser un lugar para mortificar, sino para asegurar, reeducando al delincuente, si su objetivo es la resocialización del mismo y la “profilaxis del delito”, parece evidente que los distintos establecimientos no están actualmente en condiciones de intentar siquiera el cumplimiento de estos fines.

La distancia entre el mundo normativo y el de la realidad es palmaria de acuerdo a los resultados comprobados en las investigaciones de campo llevadas a cabo desde diferentes ámbitos²⁴. En lo que al derecho sustantivo se refiere, el avance doctrinario generalizado tanto en la concepción del delito y de la culpabilidad como medida del reproche, como de las políticas tendientes a la minimalización y aquellas que tienden a dar respuestas diferentes de la privación de libertad como única forma de pena, no han sido recepcionadas por la legislación en los últimos setenta años²⁵.

Un sistema penitenciario basado casi exclusivamente en las penas privativas de libertad, para todo tipo de delito y de delincuente como respuesta unitaria, sólo matizada por el lapso de duración, no ha dado resultados apreciables en la prevención de la delincuencia, ni en el abatimiento de la reincidencia. Incluso puede sostenerse que la cárcel, por el contrario, produce delincuencia o agrava las tendencias criminales de los reclusos, pues los degrada y los envilece. Al respecto, deberá tenerse presente que los mecanismos creados por la Ley de Humanización y Mo-

24 Desde el Ministerio del Interior y desde la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, se realizaron investigaciones respecto de la situación carcelaria y del impacto de la legislación aprobada en la última década y en la superpoblación de los centros de reclusión.

25 La Comisión de Reforma del Código Penal creada por Ley N° 17.897, propone una nueva versión no sólo de la estructura del delito acorde con las más modernas tendencias dogmáticas, sino una nueva concepción de la culpabilidad, erradicando cualquier vestigio de responsabilidad objetiva.

dernización del Sistema Carcelario, solamente vienen a mitigar la caótica situación imperante en los centros de reclusión.

Al legítimo sentimiento de inseguridad que vive la ciudadanía en general, no corresponde responder primitivamente en todos los casos, como suele hacerse, con la creación de nuevos delitos o imposición de penas más severas. En definitiva, se continúa brindando la respuesta con más aprisionamiento indiscriminado y ello sólo concurre a agravar las disfunciones del régimen actual.

Una política criminal de control de la criminalidad y su eventual disminución, requiere de un instrumental mucho más sofisticado, que incluye no sólo reformas legislativas impostergables sino, y creemos que en primer lugar, un cambio de mentalidad y de actitud en lo que debe ser la respuesta variada y rica a la realidad social del delito.

De hecho, las respuestas tradicionales que no presuponen el uso de instituciones correccionales frente al delito integran el sistema de justicia penal autóctono de muchos países del tercer mundo.

Los métodos sustitutivos actualmente se planifican y aplican como parte de una estrategia diferenciada que tiene por objeto resolver el problema de la delincuencia, dentro de una perspectiva global en la que los diversos sectores de la justicia penal se consideran partes de un sistema integrado.

En el contexto de las intenciones reformistas del Poder Ejecutivo, debería estructurarse una política criminal como política de Estado, manteniendo la pena privativa de libertad para aquellos delitos que atacan gravemente bienes jurídicos fundamentales.

Es necesario además disponer la inclusión masiva de proveimientos diferenciados que impidan el encarcelamiento de las personas, a la vez que satisfagan suficientemente a las víctimas y sirvan de reaseguro a la comunidad global.

Pero además, es necesario puntualizar que ni siquiera el proyecto gubernamental tendiente a establecer un servicio penitenciario nacional fuera de la órbita policial, transformando el sistema carcelario en uno civil que abandone la óptica policial, puede arrojar resultados beneficiosos comprobables empíricamente hasta que no se concrete la modificación profunda del proceso penal en la forma en que está proyectado.

Conclusiones y propuestas

La reseña del sistema penal vigente en Uruguay puede llevar al desaliento y hasta un enfoque pesimista de la forma en que nuestro país asume el control penal formal, el cual aparece en la actualidad transido de contradicciones, paradojas y promesas incumplidas.

Sin embargo, una tesis negatista y pesimista nos llevaría a un callejón sin salida, lo cual es verdaderamente riesgoso, pues si fuera cierto que las cárceles no funcionan como instrumento para recuperar a los delincuentes, la consecuencia obvia sería reducir los ya menguados recursos de nuestros centros de detención, arrojando a los delincuentes dentro de la cárcel, para así colocarlos como se afirmaba un siglo y medio atrás, en “condición de no ofender”.

Nuestra realidad carcelaria es, como viene de verse, fruto de la política represiva de nuestro Código Penal que desde 1934 prevé un elenco de penas, casi exclusivamente de prisión. Mientras tanto, las respuestas legislativas posteriores son aisladas y se dirigen a la hiperinflación del arsenal represivo, privilegiando la pena de reclusión como sanción por excelencia.

Existe acuerdo general acerca de que el tratamiento penitenciario debe basarse en el respeto a la dignidad humana. En tal sentido, las Naciones Unidas en el Preámbulo de la Carta, reafirmaron su “fe en los derechos fundamentales del hombre” y “en la dignidad y el valor de la persona humana”. Sin embargo, las condiciones de encarcelamiento, los

largos períodos de detención en espera de la conclusión del juicio y el alto costo tanto humano, como material de la reclusión, parecen indicar una grave discrepancia entre los ideales universales y la realidad de nuestras prácticas penitenciarias, lo cual dificulta la realización de los derechos inherentes a esos principios.

Si bien desde la óptica del Poder Ejecutivo se plantearon objetivos para la humanización de las cárceles y la dignificación de las condiciones de reclusión en particular en materia de alojamiento, alimentación y atención médica, como forma de dar cumplimiento a las normas constitucionales y los compromisos internacionales, los mismos no han logrado concretarse. Consideramos que un factor esencial para tal concreción radica en la modificación de la estructura procesal en la cual nuestro derecho penal sustantivo se realiza. Es cada vez más necesario transitar por mayores espacios de libertad, a la vez que reducir el discurso del encierro, procurando la contención de conductas ilícitas a través de mecanismos alternativos y sólo recurrir a la instancia dura de control social -la cárcel- para casos donde se vulneren bienes jurídicos de incuestionable relevancia. Para que ello sea posible, la reforma normativa debe presidir políticamente todo el sistema, pues la ley es una de las formas más claras y eficaces de explicar y llevar a la práctica ideas políticas. Constituye, por tanto, un factor ponderable de transformación social.

La ley procesal penal y la de organización judicial deben cumplir su papel reformulador de los principios y del modelo de administración de justicia establecido en la Constitución. En este sentido, son sus pilares básicos el enjuicimiento oral y público, concentrado y continuo, contradictorio y estructurado en base a audiencias. Mediante esta vía instrumental lograría reemplazarse la vieja ritualidad escrita del procedimiento penal actual²⁶, su articulación monologal y sucesiva, por un modelo de actuación conjunta, concentrada e inmediata, de todos los

²⁶ Uruguay cuenta con el triste privilegio de ser el único país de América que continúa contando con un proceso fundamentalmente inquisitivo, alejándose de las legislaciones más modernas, no sólo de nuestro continente, sino del mundo.

sujetos, quienes a lo largo del debate participan efectivamente de un diálogo comunicativo. Se deben plasmar claramente los diferentes roles, poniendo de cargo del Ministerio Público la investigación pre-procesal, asegurando a la Defensa una real actuación y articulando la función del Juez de acuerdo a los atributos inherentes a su esencia misma: el juzgamiento.

Todo ello sin perjuicio de ubicar a la víctima en su real dimensión, aumentando su iniciativa exclusiva en cuanto a la persecución de determinados delitos, en el control de los otros sujetos del proceso y en la resolución del conflicto, que de esta manera se lograría reprivatizar, obteniendo la mejor composición del mismo.

En forma complementaria, es menester adoptar mecanismos de simplificación y abreviación procesal para hipótesis especiales. Tales, la introducción del principio de oportunidad reglado y bajo el control de las partes, del juicio por bagatelas en tribunales de pequeñas causas, la suspensión del proceso a prueba, o la sentencia condicionada, ya sea a la reparación de la víctima o a la no recaída en el delito, o a alguna otra solución equivalente o complementaria.

En cuanto a la prisión preventiva, debe reinstalársela de acuerdo a su esencial naturaleza de medida cautelar, sólo justificada por razones de peligro de frustración de la prueba o posible escollo en la investigación del delito. El sometimiento a juicio de una persona y su implícita prisión preventiva constituye una interpretación que debe quedar limitada al recuerdo histórico. El principio es la libertad y la prisión su excepción.

Esta propuesta refleja fielmente la orientación de todos los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, del programa sociopolítico diseñado por nuestra Constitución y de la más moderna doctrina procesal que consagra los lineamientos fundamentales de un modelo democrático.

En lo que dice relación con las leyes penales, la preocupación fundamental debiera ser su reformulación global, teniendo en cuenta que en los largos años transcurridos desde la aprobación del Código Penal vigente, la sociedad ha vivido enormes cambios, los que forzosamente deben traducirse en la normativa, para que ésta pueda ser operativa y motivadora de conductas.

Asimismo. deberá tenerse en cuenta el elenco de bienes jurídicos reconocidos y jerarquizados en nuestra Carta y aquellos que en la actualidad aparecen como dignos de protección por la conciencia social.

Nuestro país se debe como tema pendiente la redacción de un Código Penal acorde con las pautas constitucionales, donde la responsabilidad objetiva quede desterrada definitivamente²⁷. Ello implica la decriminalización de ciertas conductas y la creación de otras, especialmente en el área de la criminalidad no convencional, teniendo como premisa básica la idea de que el Derecho Penal debe considerarse como la “última ratio”.

Por otra parte, debe acogerse un concepto de culpabilidad normativa en la cual encuentre su límite y fundamento la aplicación de la sanción como medida del reproche individual, consagrando definitivamente un Derecho Penal de acto y no de autor.

En lo que refiere al sistema de sanciones deberá privilegiarse la implementación de penas alternativas y reservar la pena privativa de libertad para aquellas conductas que afecten gravemente bienes jurídicos esenciales.

27 Conviene recordar que nuestro Código Penal aprobado en 1934 durante una de las dictaduras que sufrió nuestro país, es la copia adaptada del Código Rocco de la Italia fascista. Por el contrario, nuestra Carta de 1967, fue prevista como “una constitución para el desarrollo”, que se encuentra divorciada de la legislación sustantiva, que resulta contradictoria respecto de las normas constitucionales de rango superior.

El encarcelamiento deviene entonces residual, cuando no puede aplicarse otro proveimiento más eficaz, menos lesivo para el justiciable y para la comunidad global, una vez dictada la sentencia de condena.

Sin perjuicio de tener presente el modelo postulado por las Reglas de Tokio, debería ensayarse la línea que se impone en todo el derecho occidental de preferir la pena pecuniaria.

El sistema de los días-multa puede ayudar en principio a fijar el *quantum* según la capacidad de cada cual, permitiendo con ello la reparación del daño y hasta la mejora del servicio o el financiamiento de programas de rehabilitación de delincuentes, de acuerdo al destino que se asigne a dichas prestaciones.

El incumplimiento de la pena no privativa de libertad, debería traer aparejada la reconversión en otra pena de la misma índole, solución que zanjaría además la dificultad de acceso al pago de la pena pecuniaria por los sectores marginales.

La posibilidad de la reforma de la política sancionadora depende del grado de confianza de la sociedad en la seguridad de la comunidad y en el sistema de la justicia penal. El pasaje del concepto de prisión como eje y norma del sistema de la justicia penal a una situación en que las medidas no institucionales puedan transformarse en la regla, depende primordialmente de su aceptación por el tejido social.

Partiendo de la idea de que toda proposición de cambio debe comenzar por la modificación de la conciencia social y sus representaciones ideológicas, sería necesario efectuar un amplio programa educativo de difusión, para lo cual los diferentes medios de comunicación son esenciales, en la tarea de lograr el compromiso de la comunidad toda.

En tal perspectiva, la ubicación institucional de los establecimientos de reclusión deberá estar fuera del ámbito del Ministerio del Interior. Una de las opciones podría ser la de la constitución de un Consejo Penitenciario, encargado de su administración, de carácter autónomo,

de perfil tecnificado y con la participación de diferentes sectores de la comunidad, que de esta manera se verían comprometidos en su gestión. En tal caso, deberá articularse la imprescindible relación de la Justicia Penal con este organismo de administración carcelaria para asegurar el mantenimiento de las condiciones mínimas de alojamiento digno disponible, arbitrándose un sistema de responsabilidad correlativo.

Las propuestas aquí planteadas implican, en definitiva, un cambio cultural: nada menos que cambiar el modo cultural de administrar la justicia penal en nuestro país. Nuestra sociedad está reclamando ese cambio y a muchos de nosotros nos corresponde el desafío de afrontarlo, desencadenarlo o dirigirlo. Si no lo logramos, si no nos atrevemos o si actuamos con miopía, probablemente nuestra sociedad comenzará a recorrer el camino del descreimiento en la justicia penal y en el Derecho, principal instrumento de la convivencia pacífica en el contexto democrático.

EL ENCIERRO: EFICACIA Y PERSPECTIVAS

Eduardo A. Pesce Lavaggi

1. Introducción

La discusión sobre el tema de la cárcel resulta crucial en la dilucidación de la eficacia del derecho penal en la solución de los conflictos sociales etiquetados como delitos. Ello es así porque la mentada solución se lograría con la aplicación de la pena, la que normalmente importa la reclusión del sujeto. Este tema se hermana entonces con la justificación del castigo, en otras palabras, porque y para que se castiga.

Si se analiza objetivamente la realidad carcelaria desnuda de cualquier discurso, se debe concluir que estos establecimientos constituyen instrumentos para causar dolor a las personas y el ropaje de esa desnudez viene de la mano de las diversas teorías que buscan de alguna manera legitimar la causación de dolor.

Es así que en el correr del tiempo se verifican diversas explicaciones del tema de la cárcel y de sus cometidos a las que brevemente referiremos en el decurso de este trabajo, analizando también las importantes críticas que se le hacen a cada una de ellas, para luego llegar a las conclusiones que nos merece el tema, y que tienen que ver con las más modernas formulaciones críticas realizadas en la actual ciencia penal.

Se debe adelantar desde el inicio que el derecho penal y particularmente la pena de prisión se encuentran en crisis en el momento actual en el resto del mundo. Se trata específicamente de una crisis de legitimación del castigo, que oportunamente referiremos. Paradojalmente en nuestro

país la mentada crisis no se verifica, en la medida que se sigue insistiendo en la supuesta solución de conflictos mediante la aplicación de leyes penales, que crean delitos y aumentan penas, llevando al aumento de la población carcelaria en un número que casi triplica la existente hace doce años.

Lo que viene de expresarse demuestra una inexplicable confianza en las “*bondades*” del sistema en la persecución de objetivos de política criminal. Por esa razón es que al abrirse este ámbito de debate pensamos que se debe plantear en principio una discusión profundamente ideológica entre los diversos actores del sistema (legisladores, magistrados, abogados), respondiendo a la siguiente interrogante: ¿Qué se pretende lograr con la cárcel? Las respuestas necesariamente deberán ser difundidas a la población, para que adquiriera conciencia de la dimensión del tema y de que puede haber otras soluciones posibles.

En el discurrir del debate seguramente se darán explicaciones de los por qué y para qué del encierro, que seguramente no serán originales porque hace más de doscientos años que se viene discutiendo sobre el tema.

Se pretende en este momento acortar el camino y plantear las posibles respuestas y sus críticas, para luego si tratar de lograr la aplicación de otras soluciones alternativas a la pena de prisión, que sirvan para que se pueda implementar administrativamente un sistema carcelario menos lesivo de los reclusos.

El tema carcelario no amerita diversas posiciones por parte de los distintos operadores del sistema (Jueces, fiscales y defensores), sino que el posicionamiento se realiza o bien desde una óptica funcional al poder, en cuyo caso la cárcel cumplirá funciones “útiles” y se multiplicará en su capacidad aumentando día a día la población carcelaria, o desde una óptica limitativa del poder, lo que traerá como consecuencia su reducción.

2. La cárcel justa

2.1. Kant

La contribución de este autor a los estudios jurídicos, se puede resumir en líneas generales, en la distinción entre el derecho y la moral, y las conclusiones respecto del delito y de la pena.

2.1.1. Moral y derecho

En lo referente a este aspecto, puede sostenerse que Kant entiende que la legalidad se conforma con que el hombre no viole el mandato legal, sin que importe la motivación para no hacerlo, mientras que el comportamiento moral, importa el cumplimiento del deber, motivado únicamente por el impulso de cumplirlo, cualquier otra motivación que motivara la acción lo transformaría en inmoral.

Esta distinción kantiana es esencial para determinar su liberalismo y su jusnaturalismo; tanto el concepto de moral como el de derecho, se hallan depurados de todo contenido empírico o naturalístico, lo que deriva, sin dudas, de su posición racionalista e idealista, que extrae la moral de reglas *a priori*.

El Estado surge como una garantía de cumplimiento del imperativo categórico. El citado imperativo categórico se traduce por las máximas “*obra en forma tal que tu conducta pueda servir de norma universal*” o bien “*nunca emplees a otro como medio, considéralo como un fin en sí mismo*”. Esto significa que la libertad ética del sujeto (optar por el cumplimiento de la norma o no), hace necesario al Estado.

Si desaparece el Estado, desaparece la garantía ética de que a la violación del imperativo categórico siga una pena como necesidad impuesta, también como un imperativo categórico.

Es tan fuerte la necesidad del Estado como garantía, que se ve como una forma de disgregación el derecho de resistencia ante él. Por otra parte, esto se parece mucho a una justificación, también *a priori*, del propio Estado, que venía muy bien a los propósitos del despotismo ilustrado de la época.

2.1.2. Pena y delito

El delito se da cuando un sujeto ha violado un imperativo categórico, es decir cuando ha empleado a otro como medio y no lo ha considerado como si fuese un fin en sí mismo.

Por su parte, la pena sólo puede tener un objetivo moral y sólo podrá aplicarse, simplemente porque se ha violado el imperativo categórico, y como impuesta por un imperativo categórico ella misma, sin que pueda asignársele ningún otro fin ulterior o mediato.

La pena jurídica no puede aplicarse como un simple medio para lograr otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad. Se debe castigar al culpable por la sola razón de haber delinquido, pues de perseguirse alguna otra finalidad con la pena, el propio Estado estaría violando el imperativo categórico y estaría *“empleando a otro como medio”* y *“jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto del derecho real.”*

La pena se concibe entonces con un criterio absoluto, no persigue ningún fin, y se realiza como una retribución moral.

El rigor del pensamiento kantiano, queda de manifiesto, al considerar el filósofo que si una comunidad estuviera por disolverse, y pendiera el cumplimiento de sentencias de muerte, antes de efectivizar la disolución y dirigirse sus integrantes a sus nuevos destinos, tendrían la obligación de cumplir todas aquellas sentencias.

2.2. Hegel. La retribución jurídica

Para este autor, la convivencia pone un límite a la esfera externa de libertad, del que nace el derecho de propiedad y su regulación natural: el contrato. La violación culpable de las obligaciones contractuales es el delito, que representa, entonces, una violación del derecho.

Pero esa violación del derecho es sólo una apariencia de destrucción. Ante esas *aparentes* negaciones, el derecho se reafirma de inmediato y necesariamente, como realidad única del espíritu; niega pues, la realidad de aquello que aparentemente lo anulaba, niega la realidad de la negación del derecho, y restablece de ese modo su imperio. La pena realiza esa especie de demostración. Por eso es que autores como Soler denominaban a esta posición como *teoría de la irrealidad de lo ilícito*.

El delincuente con su delito realiza una conducta contradictoria, pues afirma su propia libertad, al tiempo que la niega en los otros; al intentar la destrucción del derecho mediante su violenta negación, genera la violencia de la ley, surgiendo la pena como una especie de retorsión de la propia negación del derecho (negación de la negación), de la que resulta la afirmación del derecho exigida por la razón.

De acuerdo con lo antes expresado, Hegel coloca el delito dentro del ámbito del derecho privado, pero sin embargo, la *pena* reviste el carácter de *pública*, pues sólo alcanza su sentido moral cuando es aplicada por el Estado, y ello es así porque este es el depositario del mayor grado de eticidad, entendida como *moral objetivizada*.

Esta concepción que se acaba de exponer -al decir de Zaffaroni (1987)- tiene consecuencias catastróficas sobre la teoría del bien jurídico, pues todos los bienes jurídicos desaparecen en el Estado, quién posee la misteriosa alquimia de reafirmar el derecho, como exigencia de la razón, mediante la aplicación de una pena.

Esta posición tiene que ser considerada, sin duda, como una justificación de los poderes del Estado y, por consiguiente, como una coartada legitimante del *statu quo* postrevolucionario. No en vano Hegel fue protegido por el Estado prusiano de la época, quién lo designó catedrático en Berlín.

2.3. Conclusiones críticas

Si bien las teorías antes referidas parten de puntos de vista legitimantes diversos del derecho, existe una coincidencia en que la pena resulta un fin en sí mismo que no necesita ninguna justificación, de allí que las mismas sean denominadas absolutas.

Se las critica por cuanto no imponen límites a la facultad del Estado de castigar, (particularmente la posición de Hegel). También se afirma que la pena justificada en sí misma, es vana, pues debe ser utilizada con una finalidad trascendente. A partir de esta crítica van a surgir las teorías utilitarias de la pena que se analizarán párrafo aparte.

La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues no puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Se queda pues en el plano simplemente metafísico, despegada de la realidad social. Como es imposible eliminar el hecho ya producido, lo que a la sociedad le interesa lograr es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Por lo tanto, la pena debe tener una función utilitaria, y ello se logra mediante la aplicación de los criterios preventivos, particularmente el general. (Bustos Ramírez. 1986).

Por último, tampoco la retribución puede considerarse esencialmente "*justa*". En efecto, teniendo presente la existencia de una enorme cifra oscura de la criminalidad, que marca que sólo un ínfimo porcentaje de los delitos que se cometen son castigados, se debe concluir que el sistema funciona de una forma poco igualitaria e injusta.

3. La cárcel útil

Las teorías utilitarias de la pena surgen en la época de la ilustración, que insta una clara separación entre derecho y moral: los sufrimientos penales serían el precio necesario para impedir males mayores y no homenajes gratuitos a la ética o a la religión (Camaño Viera, 2003).

Los partidarios de esta concepción ven en la pena un instrumento para evitar la comisión del delito, de allí que sustenten las teorías preventistas de la pena. Prevención especial cuando se sostiene que la pena va dirigida a quién comete el delito y prevención general cuando se entiende que la pena va dirigida a la sociedad.

A su vez ambas concepciones preventistas pueden ser negativas o positivas, según se analizará en lo sucesivo.

3.1. Prevención especial negativa

Como todas las teorías de la prevención especial, miran más al individuo que al delito (Camaño Viera, 2003). En el caso de la prevención especial negativa, lo que se busca con la aplicación de una pena es causarle dolor a quién cometió un delito. El castigo importa un mal que debe sufrir el delincuente. Luego, se entiende que no volverá a delinquir por temor a ser castigado nuevamente.

La adopción de esta postura legitimante de la pena lleva por lo regular a la inflación penal, por cuanto se estima que a mayor cantidad de pena se verifica una mayor eficacia preventiva.

Se entiende además que la pena cuando no puede enmendar a quien delinque, lo debe tornar inocuo. Como consecuencia, no sólo por esta concepción se tiende a la aplicación de una mayor cantidad de pena, sino que a su vez se justificaría la aplicación de penas atroces que no respeten el principio de dignidad humana y que obviamente no son compatibles con un Estado de derecho.

La principal crítica que se le puede hacer a esta autoritaria concepción, es que tiene una equivocada concepción antropológica. En efecto, considera al hombre como un ser sensible, que responde a estímulos y la pena es un estímulo para que el sujeto no delinca.

Pero lo que se pierde de vista es que el ser humano es racional, y conoce la selectividad del sistema penal y la cifra oscura de la criminalidad, de pronto por su propia experiencia, de haber delinquido en otras oportunidades y no haber sido castigado, o haber sido castigado en pocas ocasiones, por lo que el “estímulo” de la pena ya recibida, no va a ser tal. En otro orden de cosas, la cárcel para esta concepción sería un mero dispositivo custodial, instaurándose quizás, como expresión patológica un tratamiento duro a los reclusos, por aquello de que a mayor dolor mayor eficacia preventiva, vulnerándose en gran medida los Derechos Humanos de los mismos.

Baratta refiere a que la expresión más salvaje de la prevención especial negativa se da en el cono sur, como consecuencia de la represión de las dictaduras de los setenta, con la aniquilación física o la desaparición del adversario, acompañada del abandono de la función punitiva del Estado. Los castigos se realizaban por fuera del sistema punitivo estatal, instaurando un régimen basado en la tecnología del terror (Baratta, 1990).

La inconveniencia de la adopción de estos criterios es irrefutable, e inaceptable en un Estado de Derecho, y contrario también a nuestra propia Constitución, que establece en su artículo 26 que en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar a los reclusos. También desde un punto de vista humanitario, esta ideología del dolor como forma de prevenir el delito es rechazable.

3.2. Prevención especial positiva

Estas teorías afirman la función del tratamiento del condenado para su reeducación y readaptación a la normalidad de la vida social. La cárcel

adoptaría la función de una especie de centro educativo que trataría de reeducar al delincuente. Todo este tipo de teorías denominadas teorías “*re*” (rehabilitación, resocialización, reinserción, reintegración), consideran a la cárcel un factor positivo, pues mediante ella se le hace un bien a quién delinque, pues justamente se lo intenta integrar a la sociedad.

Por cierto que este tipo de teorías parten de la base de que la persona que comete un delito es un ser distinto, una especie de inadaptado, al que se lo debe igualar mediante la educación al resto de la sociedad. Se sigue conservando una concepción del delincuente como ser distinto.

Esta teoría ha experimentado una fuerte crisis, que no sólo tiene que ver con la pérdida de credibilidad científica de la misma, sino más bien con constataciones empíricas de la ineficacia resocializadora de la cárcel.

En efecto, a partir de la formulación de la teoría del etiquetamiento, se llega a la conclusión de que la cárcel no sólo no resocializa, sino que por el contrario, agrega un estigma a quién la sufre que aumenta su vulnerabilidad para ser captado por el sistema penal. Los elevados índices de reincidencia, constituyen un certero apoyo para tal afirmación.

Baratta denomina a esta teoría como ideológica, pues tiene un discurso absolutamente falso (reeducativo e integrador), cuando en realidad cumple una función segregativa y marginalizadora. Han sido las investigaciones empíricas entonces, las que han demostrado suficientemente la imposibilidad de una reinserción social de los individuos por medio de un tratamiento llevado a cabo en las instituciones carcelarias (Baratta,1990).

Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente técnico, resulta realmente contradictorio que se pretenda reintegrar segregando, pues si se segrega a alguien se lo aísla del medio al que se le pretende integrar (Bustos Ramírez, 1986).

Otros autores parten de la base de la imposibilidad de resocializar del encierro, pero entienden que la cárcel debe implementarse adminis-

tratativamente de forma tal de que no aumente la vulnerabilidad del sujeto (Uriarte, 1990). Luego se volverá sobre este punto al analizar las posibles perspectivas.

3.3. Prevención general negativa: “Cuando veas las barbas de tu vecino arder...”

Está íntimamente emparentada con la posición de la prevención especial negativa, y seguramente se corresponden, porque obedecen a la misma concepción antropológica, siendo que en este caso el temor que se origina por el dolor que causa el castigo, al ser apreciado por la sociedad originaría la inhibición de delinquir.

A Feuerbach se le debe conceder la paternidad de esta concepción. Sostenía el autor que se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es, mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos. El impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho (Bustos Ramírez, 1986).

De acuerdo con lo que expresa el autor, se castiga el delito porque consiste en una violación del derecho que contradice los fines del Estado. Lo considera como una infracción que tiene como única razón psicológica para su nacimiento la sensualidad, como apetencia del hombre para impulsarse mediante el placer. A ese motivo sensible (el placer provocado por el delito), debe oponérsele necesariamente otro motivo sensible, la pena que funcione como un poderoso resorte disuasorio, por su capacidad psicológica intimidatoria en el ánimo del ciudadano indeciso o del delincuente potencial.

Las críticas que se le pueden hacer a esta teoría coinciden en gran medida con las que formularan a la concepción preventista especial negativa, según se apreció párrafos antes. El hombre considerado como ser

sensible, que reacciona exclusivamente por estímulos, no condice con lo que se puede apreciar en la realidad, pues se trata de un ser racional, que reacciona de acuerdo con su comprensión de la realidad. Por esta razón es que Bustos Ramírez sostiene que esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre (Bustos Ramírez, 1986).

Por su parte, Baratta expresa que los resultados de las investigaciones realizadas sobre el control empírico de esta teoría pueden resumirse del siguiente modo: la realización efectiva de la función disuasiva de la pena no está empíricamente demostrada. Se puede incluso pensar razonablemente, en base a consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable (Baratta, 1990). Esta también es una teoría ideológica, de acuerdo con la concepción del autor, por cuanto no puede verificarse en la realidad el postulado expresado.

Además hay una crítica social, que viene ya desde la formulación de las teorías absolutas, particularmente la kantiana, en el sentido de que el individuo no debe ser utilizado como medio para realizar las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas. La teoría de la prevención general difícilmente puede rebatirla (Bustos Ramírez, 1986).

De acuerdo con lo expresado, esta concepción de la pena privativa de la libertad tampoco sirve para explicarla, ni legitimarla, por cuanto las finalidades perseguidas, como se expresó, son indemostrables o éticamente reprobables, en la medida que utilizan al ser humano como chivo expiatorio.

3.4. Prevención general positiva

Sostienen los partidarios de esta concepción, que en un Estado democrático sólo puede apoyarse el derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través

de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. Un derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo (Mir Puig, 1982).

En otras palabras, para estos autores la ley penal cumple una función motivadora, pues mediante la amenaza de pena se pretende que el sujeto motive su conducta de acuerdo al derecho. Y la pena cumple una función de reafirmación del valor disminuido por la comisión del delito, por ello se denomina a esta especie de prevención estabilizadora o integradora.

En definitiva, la aplicación de la pena serviría para reforzar, promoviendo el conformismo de las conductas. Serviría como elemento de cohesión del sistema político social, por su pretendida capacidad para restaurar la confianza colectiva quebrada por las transgresiones, reafirmando la estabilidad y vigencia del ordenamiento jurídico (Camaño Viera, 2003).

En la nueva versión alemana de la teoría, el efecto integrador de la pena está relacionado, más que a su abstracta previsión legal y a la función declaratoria de la misma en relación a las normas sociales, al concreto castigo del condenado, a la percepción social de dicho castigo. Según lo expresa Jakobs, el condenado se vuelve de esta forma en el “sustrato psico-físico” de la función punitiva, el sujeto a costa del cual la misma se realiza (Baratta, 1990).

Un planteamiento de esta naturaleza, que mediatiza al individuo para el cumplimiento de determinados fines de cohesión del sistema, que llevaría en definitiva a graduar la pena por los fines sociopolíticos del Estado, es criticable por cuanto se perdería de vista que en un Estado de derecho la pena debe graduarse de acuerdo con el hecho cometido; se

caería nuevamente en la arbitrariedad del absolutismo (Bustos Ramírez, 1986).

Esta concepción, además, importa una gran indiferencia para con los derechos de las personas. Ferrajoli señala que la justificación de la pena desde esta perspectiva sirve para legitimar modelos de derecho penal máximo, pues resulta muy difícil limitar el poder punitivo, cuando la pena es vista como un “bien” para la sociedad (Camaño Viera, 2003).

Se trata de una justificación que parte de una fe desmedida en la pena, atribuyéndole finalidades integrativas casi filosóficas, de dudosa credibilidad, ya que aún partiendo de la idea de una “sociedad integrada” socialmente, de ninguna manera podemos afirmar con seriedad que ello se deba exclusivamente a la existencia de la pena. (Camaño Viera, 2003).

Tampoco se debe sostener que pueda existir una sociedad de valores homogéneos, por cuanto el concepto de sociedad importa necesariamente la idea de conflicto entre los diversos grupos sociales que la integran, relativo a sus intereses y a los valores culturales. A vía de ejemplo, la propiedad no tiene el mismo significado para un marginal que no tiene acceso a ella, que para una persona perteneciente a las clases pudientes. En este sentido la valoración no puede ser la misma.

Existe un mensaje ideológico que legitima la realidad existente acreditándola como normal (homogeneidad de valores) que es reafirmada mediante la imposición de la pena, cuando en realidad se verifica un mensaje exotérico que manejan los operadores del sistema que tiene que ver con la represión del disenso, y la imposición de valores de las clases dominantes.

3.5. El agnosticismo penal

Esta posición es creada y sustentada por Zaffaroni (1990). Si bien el autor en sus primeras obras (Manual y Tratado), sostuvo que la pena

perseguía finalidades de prevención especial, en la actualidad cambió su planteo, sosteniendo una posición deslegitimante de la pena. Nos dice que las teorías preventivas de la pena no han hecho otra cosa que justificar el poder que nos *engulle*.

Ante esta *realidad*, de la existencia de un sistema penal deslegitimado, ¿no será posible salvar a la dogmática jurídico-penal y elaborarla en base a un discurso que parta de la asunción de esta realidad?

Esa pregunta, de acuerdo con el autor, puede ser contestada en primer lugar desde una óptica abolicionista, sosteniendo que no es posible elaborar una dogmática que no sea legitimante del ejercicio del poder. Pero expresa, que en realidad, es el poder de las agencias del sistema el que señala esa respuesta negativa.

Se inclina por una respuesta afirmativa a la interrogante planteada. Desde lo que denomina *realismo marginal*, debe llegarse a la elaboración de un derecho penal que justamente sirva como contención al poder. La posición es realista por cuanto parte de la base de la crisis del discurso jurídico, que es, a su vez, consecuencia de la grave crisis del poder jurídico. Nos vamos quedando vacíos, sin discurso (o con discursos que sabemos falsos, que es lo mismo), frente al poder arrollador de las restantes agencias no jurídicas (policiales, administrativas, políticas, etc). Es marginal, porque se construye desde el margen del poder, de una forma no legitimante, y con un objetivo -como se expresó- limitativo y de contención del mismo.

Señala el autor que la expresión marginal debe tomarse en tres posibles sentidos: En primer lugar, pretende dejar en evidencia la ubicación de nuestros países en la periferia del poder planetario. En segundo lugar, por la expresión se alude a la necesidad de adoptar una perspectiva de nuestros hechos de poder, en el marco de una relación de dependencia con el poder central. Por último, lo *marginal* señala a la gran mayoría

de la población latinoamericana, marginada del poder, pero objeto de la violencia del sistema penal.

Partiendo de esa concepción realista, basándose esencialmente en el dato óptico, se puede establecer un concepto limitador de pena, teniendo presente que se trata de una inflicción de dolor o de una privación de derechos, que no responde a ningún modelo de solución de conflictos por parte del orden jurídico. Esto nos proporciona un concepto de pena que la agencia legislativa no puede manipular a gusto, y le proporciona a las agencias judiciales un campo de lucha para ampliar el ejercicio de su poder hacia ámbitos en los cuales hoy se halla excluida.

A partir de ese dato se debe construir un discurso jurídico penal que implique una planificación normativa del ejercicio del poder por parte de los juristas, como poder efectivo de la agencia judicial.

Ello no significa, según el autor, legitimar el sistema penal, sino más bien partir de la base de que el mismo se verifica como un *hecho*, y que el derecho penal debe ser concebido como un derecho *humanitario del momento de la política*, dotado de mayores garantías, y por ende limitativo del poder. Para explicarse pone el ejemplo de la guerra, el derecho *humanitario* no pretende relegitimar la guerra, el mismo admite su existencia como un hecho de poder que no desaparece con el mero discurso de los juristas. En este sentido, el derecho humanitario trata de hacer un uso racional de su limitado poder para reducir la violencia irracional de ese *mero hecho de poder* que es la guerra. Con el derecho penal pasa algo similar, debe limitar el poder del sistema penal, y con ese sentido debe reelaborarse la dogmática.

No se debe perder de vista tampoco que el derecho penal liberal surge como una forma de limitación del poder del soberano, por lo que este alcance es fiel a la tradición garantista del mismo, que había sido caracterizado por Von Liszt como la *carta magna* del delincuente.

4. Conclusiones

De acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, debe llegarse a la conclusión de que la cárcel ni es útil, ni es justa. No logra los objetivos que se propone y en general agrava la situación social de quién la sufre.

En este sentido sostenía Grezzi que lo penal aparece cada vez más cargado de funciones simbólicas e ideológicas y simultáneamente aliado de funcionalidad práctica, en tanto, no reeduca, no resocializa, no rehabilita, no prepara para la reinserción social, no elimina sino que crea la reincidencia (Grezzi, 1995).

Entonces, ¿Cómo se explica que si la cárcel no puede cumplir con ninguno de sus cometidos, sea impulsada su aplicación desde los centros de poder?

La cárcel es funcional al poder, pues permite darle a un problema real una solución ficticia o simbólica. En otras palabras, el conflicto social que representa el delito tiene existencia real, pero no se pretende solucionarlo con eficacia, sino mediante un método comprobadamente contraindicado: la aplicación de una pena de prisión.

¿Qué ventajas tiene la adopción de esa vía de “*solucionar*” el problema? Que importa una rápida respuesta a los “*justos*” o inducidos reclamos de seguridad. A vía de ejemplo se sostiene: ante la existencia real de cierto tipo de rapiñas que importaban además la privación de libertad de las víctimas -y aún cuando esa hipótesis era castigada severamente por la legislación anterior- se debe crear una nueva figura delictiva, sucedánea de la rapiña, con una pena más severa. Y así se hace y rápidamente se expone el logro ante la opinión pública: salió humo blanco y contamos con un nuevo delito. Hay que sentirse seguros.

¿Que sucede en la realidad? Se siguen cometiendo copamientos, algunos “*copadores*” son captados por el sistema penal, unos muy pocos, y esos seguramente van a poblar nuestras cárceles por un mayor tiempo.

Pero la eficacia intimidatoria de la pena con que primero se amenaza y luego se castiga al sujeto que comete el delito, es inexistente.

La adopción de la medida punitiva impide que se tomen otras medidas de mayor eficacia tendientes a evitar o a paliar la comisión de este delito, como puede ser la existencia de una mayor vigilancia en los lugares donde se cometen normalmente los copamientos, o en su caso la posibilidad de asistir a las víctimas del delito, esas eternas olvidadas del sistema penal.

Pero en definitiva, y siguiendo con nuestra línea de exposición, estamos convencidos que la adopción del método carcelario para “solucionar” la problemática del delito, obedece a varias razones. En principio puede haber un facilismo demagógico por parte de quienes detentan el poder, que los lleva a adoptar las medidas punitivas aún sabiendo de su ineficacia. Podemos decir en este sentido que ante los reclamos de la opinión pública (publicada) de seguridad, no se encuentra mejor forma de obtener réditos políticos que la creación de delitos o el aumento de penas, es decir, insistir en las “cualidades filosofales del encierro” en el logro de “soluciones”. Pero en este caso lo que se pierde de vista es que por lo regular la gente no tiene un contacto directo con el hecho delictivo y con el fenómeno de la delincuencia. El conocimiento sobre esta temática le llega a través de la información brindada por los medios de prensa. Esto lleva necesariamente, quizás por la forma, el espacio y el tiempo que se le dedica a la información policial, a que exista una sensación de inseguridad diversa de la realidad. Así como existe la temperatura y la sensación térmica, existe una sensación de seguridad o inseguridad, y una real situación de seguridad o inseguridad. Las exigencias entonces de la opinión publicada, deberían pasarse por un tamiz de realidad, antes de adoptarse la solución punitiva. La rapidez en la adopción de este tipo de soluciones, lo reiteramos, tiene que ver con una actuación demagógica.

La segunda actitud que puede adoptar el legislador ante la problemática penal es el convencimiento de las bondades de la cárcel en el tra-

tamiento terapéutico del tema, pues después de todo este tipo de posiciones está respaldado por una excelente política de marketing desde hace más doscientos años. Pero en ese caso, el operador político pecaría de una negligencia temeraria, pues estaría aplicando un instrumento afflictivo, que como se vio, causa dolor y destruye a las personas, sin tener presente todas las opiniones sobre el particular.

5. Perspectivas. Unas pocas pragmáticas

De acuerdo con todo lo expresado, resulta claro que no se puede seguir sosteniendo una política criminal signada por la excesiva confianza que se tiene en el encierro en el tratamiento de estos temas.

La postura que se debe tener en el tratamiento de la problemática penal y particularmente de la cárcel, tiene que ver con el hecho de que el buen jurista debe tener *mala conciencia*. Y ello implica hacerse cargo de las disfunciones del sistema penal, y en especial de la amarga realidad que la pena implica, de los sufrimientos que ocasiona, de la violencia y selectividad con que el sistema penal opera día a día (Camaño Viera, 2003).

En ese sentido, se vuelve a insistir en que el discurso jurídico sirva como límite de contención al poder punitivo, y que a partir de él, se edifique un sistema penal con una cárcel reducida a su mínima expresión, que sirva únicamente para recluir a los autores de delitos graves.

5.1. ¿Cárcel resocializadora?

Para ello es necesario partir de la base de la aplicación en la política carcelaria de las teorías preventivo especiales positivas y ello no porque se comparta la creencia legitimadora de las facultades resocializantes de la doctrina del tratamiento, sino del propósito más humilde de ofrecer un trato penitenciario que siga la flecha del humanismo, y de la posibilidad

de ofrecer al liberado mayores chances sociales para desmarginalizarse y desvictimizarse. (Grezzi, 1995).

Sin duda se trata de la adopción de un modelo educativo de la cárcel, pues mediante él se concibe al hombre como eje y centro del proceso. Se buscará que el tratamiento penitenciario aumente las chances sociales del recluso una vez en libertad. Esto significa lograr que una vez devuelto a la comunidad, el hombre tenga mayores defensas contra un medio social que no supo o no pudo limitarlo y que por regla general volverá a serle hostil (Díaz Serra, 1990).

No se trata entonces de resocializar, sino de disminuir la vulnerabilidad del recluso a ser captado por el sistema. Esta finalidad no importa una legitimación de la pena, sino más bien el tratar de paliar los efectos negativos de la misma, estableciendo un sistema carcelario más respetuoso de los derechos humanos.

5.2. Dependencia jerárquica de la cárcel

Cualquier reforma que se intente en el sentido especificado en el párrafo anterior, debe tener por ineludible presupuesto que las cárceles dejen de depender del Ministerio del Interior, pasando a vincularse con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

El citado pasaje se está discutiendo desde 1985, cuando se afirmaba que había voluntad política de proceder en tal sentido (Uriarte, 1990). A más de veintitrés años de lo afirmado, las cárceles siguen dependiendo del Ministerio del Interior, y no se atisba la posibilidad de que se verifique el citado cambio. La importancia de esta primera medida, tiene que ver con la comprobación de que el policía es un mal carcelero, que nunca podría llevar a cabo una tarea educativa tendiente a disminuir la vulnerabilidad del recluso.

En efecto, el funcionario policial recibe una formación dentro de la ideología de lucha contra la delincuencia y una vez dentro del sistema penitenciario visualiza al interno como su enemigo, con lo cual el propio sistema lo condiciona contra él. Por su parte, el recluso percibe a su custodia como su aprehensor y rival (Uriarte, 1990). No puede darse un vínculo educativo en esas condiciones, es más inexorablemente el modelo educativo, se tornará de a poco en custodial, que es el que más se compadece con la formación policial de guerra contra la delincuencia.

Un ejemplo ilustrativo de lo que viene de referirse ya se vivió en nuestro país con la experiencia piloto de la cárcel de Santiago Vázquez, con la intervención de técnicos y particularmente de personal policial para aplicar un modelo educativo. Lo cierto es que en el correr de pocos años la policía fagocitó el modelo educativo, transformándolo rápidamente en custodial.

5.3. Reducción del número de presos

También resulta indispensable para poder instrumentalizar administrativamente las propuestas, que se reduzca drásticamente la población carcelaria, por cuanto es imposible llevar a cabo un modelo educativo con el número de reclusos que hay en la actualidad y para lograrlo se propone:

5.3.1. Política descriminalizadora

Para lograrla se debe proceder a la derogación de delitos y a la disminución de las penas, sobre todo a la disminución de las penas a niveles de excarcelación. La aplicación de este tipo de política seguramente llevará con el correr del tiempo a retrotraer la situación creada en los últimos doce años con la sanción de leyes de un alto contenido represivo, que

contribuyeron en gran medida a la existencia de una superpoblación carcelaria, que derivó ineludiblemente en el hacinamiento de los reclusos.

5.3.2. Aplicación de penas alternativas

En esta materia existe una creencia generalizada en la población de que la única pena posible a aplicar a quienes cometen algún delito es la pena de prisión y que la cárcel sería la única solución punitiva. Sin embargo, es sabido que esto no es así, por cuanto el propio Código Penal prevé la posibilidad de aplicar penas diversas a la prisión, como la inhabilitación, la suspensión y la multa.

Además, nuestro ordenamiento jurídico también prevé la aplicación de penas alternativas a la prisión (Ley N° 17.726). Se habían cifrado esperanzas en que esta ley pudiera surtir efectos para “descomprimir” el sistema carcelario, evitando en alguna medida su superpoblación, pero lamentablemente esas esperanzas murieron antes de nacer, en parte como consecuencia del alcance que se le dio a la misma por parte del legislador y en gran medida como consecuencia de la limitadísima e inadecuada aplicación que se le dio por parte de los operadores del sistema.

La posibilidad de castigar con penas alternativas sólo se previó legislativamente para los primarios y los reiterantes, negando su aplicación a los reincidentes, que en definitiva serían los que más las necesitarían por sufrir las consecuencias estigmatizantes y marginalizadoras de la prisión anterior.

Como consecuencia de ello el margen de los posibles “beneficiarios” del sistema alternativo queda reducido a una mínima expresión y la aplicación de la legislación alternativa no incide en el número de la población carcelaria, como se pretendía al momento de su sanción.

Sin duda que en el marco de una reforma carcelaria de signo educativo, sería indispensable extender la posibilidad de aplicación de pe-

nas alternativas a los reincidentes por las razones antes apuntadas. Con la modificación de ese sólo aspecto, la ley adquiriría otra trascendencia permitiendo un castigo diferenciado a las personas que fueron sometidas al sistema y que son una muestra fehaciente del fracaso del mismo, y en general de las políticas carcelarias del Estado, permitiendo además la reducción de la población carcelaria y la manida “descompresión” de las cárceles como consecuencia.

La Ley N° 17.726 es perfectible también en otros aspectos, pero la objeción ideológica esencial que se le debe formular es la que viene de apuntarse, porque desde el inicio limita su aplicación a un mínimo e intrascendente número de casos.

Pero existe otro problema sobre el particular mucho más preocupante. La ley comentada permite su aplicación a los reiterantes, pero es mínima, prácticamente nula, la imposición de penas o medidas provisionales alternativas por parte de los jueces en estos casos. No se aplican medidas alternativas a los reiterantes, aunque sí se le aplican a los que pueden ser procesados sin prisión sin ninguna cortapisa.

Como consecuencia de lo expresado, en realidad el sistema de penas y de medidas provisionales alternativas en su funcionamiento práctico en nuestro ordenamiento jurídico, importa un sustituto de la libertad y no de la prisión. Sólo se aplican a aquellos que podrían ser procesados sin prisión, y no a los reiterantes. Jurisprudencialmente se limita aún más la aplicación de la ley.

Lo referido pone en evidencia que el segmento judicial del sistema penal, también puede incidir en soluciones de mayor represividad. Resulta interesante también la explicación que sobre el control social “duro” y “blando” explicita en su obra Pavarini,(1995) lo que nos puede llevar a comprender lo que ocurre en nuestro medio sobre el tema estudiado.

El *hard control* implica la negación de cualquier situación problemática, a través de la supresión de cualquier tipo de espacio de interacción

social. Existe un secuestro de la situación acometida por la instancia de control.

En las formas de *soft control*, la intervención tiende a modificar la situación problemática en el sentido deseado, no negando, sino exaltando las capacidades que ofrece la dimensión social del propio problema. Esta situación se puede definir como blanda, por no ser traumática.

A partir de esta definición, el autor formula las siguientes tesis: a) Las formas de control social blandas, se extienden, reduciendo el terreno de las prácticas de control social informal, pero no las de control “formal duro”; b) El *soft control*, no es alternativa del *hard control*, sino que resulta alternativo de otras formas de control social informal.

Como consecuencia de lo expresado, las formas de control blando implican una ampliación del espectro de actividades formalmente controladas. En este caso, las medidas alternativas no implican una forma de control sustitutivo del control duro, sino más bien de formas de control de menor repercusión en la persona del castigado. El procesamiento sin prisión es sustituido en la mayoría de los casos por la aplicación de medidas de mayor represividad.

A esta situación se llega mediante la aplicación de leyes por parte de los jueces que permitirían interpretaciones de menor regresividad, pero que sin embargo en mérito de la ideología imperante, justifican y legitiman una mayor dureza del castigo.

5.3.3. Cultura inquisitiva

Hemos sostenido en otras ocasiones que particularmente los jueces deben estar convencidos de las premisas ideológicas que se expresaran en la consideración del sistema penal, del derecho penal, y de la función que deben cumplir en un Estado Democrático de Derecho; la mala *conciencia*

cia del buen jurista, tal cual se expresó párrafos antes (Pesce Lavaggi, 2005).

Ello lleva necesariamente a la consideración del magistrado como un operador neutral del sistema, que cumpla la importante tarea de decidir sobre la resolución de un caso, sin buscar logros más trascendentes, como la evitación del delito o su prevención; reservar la decisión tan sólo al castigo proporcional y cuantitativamente relacionado con el daño social ocasionado por el delito. El magistrado no debe teñirse con la búsqueda de logros que vayan más allá de su función de resolver la aplicación de la ley. Si se pretende otra cosa, el juez deberá buscar una justificación de la pena fundada en sus propias ideas, dejando de ser neutral.

6. Excursus

Reiteramos la pregunta inicial: ¿Qué tipo de cárcel queremos? La discusión sobre el particular será profundamente ideológica, pero es crucial realizarla al inicio, para luego tener claro el camino a seguir.

En este momento se pretende construir un sistema carcelario mejor, que contemple a la persona del recluso, tal como se expresó párrafos antes, pero en un futuro será indispensable buscar algo mejor que la cárcel.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal.” En “Criminología y derecho II”.Ed. FCU. 1990.

Bustos Ramírez, Juan. “Introducción al derecho penal.” E.d. Temis. Bogotá. 1986.

Camaño Viera, Diego. “La pena y sus discursos de justificación”, en “Lecciones de derecho penal. Parte general“, Con Eduardo Pesce. Ed. Alvarez. Montevideo. 2003.

Díaz Serra, Juan Carlos. “El modelo penitenciario del tratamiento en el marco de la reforma.” En Criminología y derecho II. Ed. FCU. Montevideo. 1990.

Grezzi, Ofelia. Prólogo a la obra de Massimo Pavarini “Los confines de la cárcel” Ed. Alvarez. Montevideo. 1995.

Mir Puig, Santiago. “Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho.” Ed. Bosch. Barcelona. 1982.

Pavarini, Máximo. “Los confines de la cárcel.” Ed. Alvarez. Montevideo. 1995.

Pesce Lavaggi, Eduardo. “Acerca de la reforma del proceso penal y la cultura inquisitiva”. En la Tribuna del abogado N° 145. Montevideo. 2005.

Uriarte, Carlos. “Capacitación penitenciaria.” En Criminología y derecho II. FCU. Montevideo. 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.”Tratado de derecho Penal.” Parte general. T.I y II.ed. EDIAR. Buenos Aires. 1987. y “En busca de las penas perdidas”. Ed. Temis. Bogotá. 1990.

ACERCA DE LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL PROCESO PENAL URUGUAYO

Alberto Reyes Oehninger

Introducción

En la presentación de su Proyecto de Código de Procedimiento Civil (1945), Couture advertía que “Una reforma no es una receta curativa, sino un programa que, como se ha dicho, pertenece a la acción política”²⁸, lo que remite a la cuestión de las reformas “fuera de contexto”.

La del proceso civil uruguayo recién fue alcanzada (1988), cuando existía consenso o al menos amplia mayoría acerca de la necesidad de instaurar un nuevo modelo signado por la concentración de actos, oralidad, publicidad, etc. Contó con respaldo político merced al “mecenazgo” conseguido por “un líder incomparable en el ámbito forense, como era el Prof. Enrique Véscovi”²⁹, quien además de jurista y académico sumamente respetado a nivel nacional e internacional, era una influyente personalidad política de prestigio y trayectoria dentro del entonces partido de gobierno.

Es cierto que antes hubo un par de leyes de abreviación de los juicios tendientes a mejorar la lentitud del proceso civil (escrito), pero es un secreto a voces que de no mediar el apasionado impulso del malogrado procesalista, difícilmente se habría llegado a la aprobación (práctica-

28 Couture, Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Depalma, 1945, p. 49.

29 O. Sarlo, El sistema judicial uruguayo en la restauración democrática (1984-2004), en “20 años de Democracia”, obra colectiva dirigida por Gerardo Caetano, p. 88.

mente a tapas cerradas) y puesta en vigencia (casi inmediata), del primer código uruguayo sancionado en régimen democrático: “La estrategia reformista, técnicamente muy elogiada, contó con un amplio consenso político, gremial y académico en el país, pero también con muy buenos respaldos internacionales en lo técnico y lo financiero”³⁰

Hay quien no ve casual que con ese contexto tan favorable, la reforma no comprendiera (también) al proceso penal: “La reforma era neutral en términos de la confrontación del momento, pues solo alcanzaba a la jurisdicción civil (incluyendo la laboral); quedaban fuera las cuestiones penales y los litigios contra actos del gobierno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; no había ningún interés en agilizarlos ni en fortalecer su papel”³¹

Se comparta o no ese análisis, la realidad muestra que para concretar una reforma del proceso penal, Uruguay está más cerca de 1945 que de 1989, cuando se aprobó y puso en marcha el Código General del Proceso (CGP), inspirado en el Código Modelo para Iberoamérica (que entre sus fuentes tiene al formidable “Proyecto Couture”). Dicho código era comprensivo de todos los procesos excepto el penal, aduanero e infraccional; como el último (aplicable a delitos cometidos por adolescentes) quedó regulado a partir del 2004 (Ley 17.823) por el Código de la Niñez y de la Adolescencia (CNA) en términos similares al CGP, es presumible que haya una opción de no modificar sustancialmente el proceso penal que -con enmiendas- rige desde 1981.

La matriz inquisitiva

Para diagnosticar útilmente sobre necesidades o causas, lo mismo que para mensurar auténticas posibilidades de concretar una reforma

30 Sarlo, ob. cit., p. 89.

31 Sarlo, ob. cit., p. 89 nota 29.

con la nota de integralidad que haga legítima esta calificación³², resulta cuando menos poco racional no abordar el terreno: se trata del análisis de los mismos elementos que podrán impedir esa reforma por falta de aprobación legislativa o determinar el naufragio de los propósitos que llevaron a su implementación una vez obtenido el consenso parlamentario.

Existen sobrados antecedentes que confirman el error que sería (es) prescindir de “...los presupuestos socio-jurídicos acerca de la adecuación de la norma de derecho a la realidad que pretende regular, no sólo desde el punto de vista organizacional, sino también cultural e histórico. Es decir, implica al sistema no sólo desde el punto de vista institucional (órganos jurisdiccionales, policía o cárcel), sino también desde el punto de vista ideológico y de la cultura legal...”³³

Llevado esto a nuestro proceso penal, es obvio que no alcanzará nunca con la voluntad académica de reformarlo, sino existe acuerdo sobre el papel asignado a cada uno de los llamados “operadores” judiciales (fiscales, jueces, abogados, policía, víctimas o damnificados), o ni siquiera se conce el objetivo estratégico de todo el sistema.

El punto de vista no es novedoso: “...analizar la reforma de la justicia penal como el paso de un estado x a otro y o z. Al contrario se trata de orientar procesos. La tradición inquisitorial es como un río que indefectiblemente viene y en el cual debemos sumergirnos. Podemos realizar muchas acciones con ese río y tener pretensión de acabar con él: lo que no podemos hacer es desconocer que el río viene y tiene fuerza. En gran

32 Por oposición a reformas llamadas tales pero que se comportan como ajustes a la práctica del sistema anterior, como es el caso de la aprobada en 1997 (Ley 16.893), derogatoria del régimen vigente a partir del 1º de febrero de 1999 pero cuya vigencia fue sucesivamente prorrogada al punto que en 2005 otra ley (17.897) creó otra comisión (y van...) para redactar las bases de una reforma del proceso vigente sustituido por la ley vacante!

33 F. Delgado, Ficción y realidad en el proceso penal. Una aproximación sociológica a la implantación del sistema acusatorio, Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social, ISSN 0798-95- 98, Vol. 33, N° 1, 2005, ps. 131-171, <http://dialnet.unirioja.es>, p. 1.

medida mucho de los fracasos legislativos o institucionales, así como muchas de las frustraciones de quienes han hecho grandes esfuerzos por construir una institucionalidad republicana proviene de la falta de esta perspectiva...Nuestra cultura jurídica (...) ha sido moldeada por la tradición inquisitorial y, a su vez, reproduce y perpetúa esa tradición del modo más fuerte posible, es decir, sin gran consciencia de ello”³⁴

Pese a los progresos obtenidos con la “mirada constitucional” del proceso legal, la perspectiva inquisitiva persiste y se retroalimenta en una realidad que hay que saber “desleer” para tener legítimas expectativas de concretar exitosamente la reforma integral, “...la enorme tensión entre la letra de ley (law in book) y su implantación fáctica (law in fact), por inadecuación de la norma a la realidad social y cultural que pretende regular. Ello no implica la renuncia o el abandono de los esfuerzos reformadores, mucho menos la recuperación del terror inquisitivo; implica, eso sí, la prescindencia de esquemas organizacionales propios del voluntarismo jurídico...”³⁵

Hoy todavía la sociedad reclama jueces que investiguen y encarcelen, los jueces de instancia están entrenados y acostumbrados a investigar (en realidad, a “dirigir” la investigación de la policía), los tribunales de apelaciones conocen de oficio en determinados casos (apelación automática) para preservar la legalidad de la pena, los fiscales solicitan el sumario sin articular los hechos que motivan su solicitud generalmente basada en actividad probatoria de la que no participaron, los defensores de oficio reclaman a los jueces cuando no tienen oportunidad de intervenir o si las tienen las desaprovechan, el Poder Ejecutivo y los medios de comunicación califican de “ineficiente” a “la justicia”, dando por sobrentendido que los niveles de inseguridad pública es cuestión de los jueces.

34 A. Binder, *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*, Bs. Aires, 2004, cfm. Delgado, p. 3.

35 Delgado, ob. cit., p. 31.

La opinión pública y el Parlamento suelen ver a “la delincuencia” como “fenómeno” sensible al rigor punitivo, ignorándose -en general- la excesiva punición de delitos tales como el hurto cometido mediante amenazas o violencia (rapiña), cuyo “piso” (ej. primarios absolutos) de pena legal es 4 años de penitenciaría (lo que reconduce a la discusión sobre la inexcusabilidad durante el proceso) y de 5 años y 4 meses si media (como habitualmente sucede) alguna agravantes específica (ej., pluriparticipación).

La lentitud del proceso (de la que muchas veces se habla sin acabado conocimiento de sus variables ni pautas comparativas) pasa a ser una causa del “incremento de la criminalidad”, con resignación de las que hacen a un sistema que por ser esencialmente represivo conduce lógicamente a superpoblar las cárceles cuyo hacinamiento es endilgado a los jueces en base a un papel (averiguación de la verdad material, prevención y sanción del delito), de dudosa compatibilidad con el sistema acusatorio: “El juez que nos entrega el sistema acusatorio es un juez respetuoso del enfrentamiento de las partes, garante del equilibrio y la igualdad, de la presunción de inocencia, de la duda probatoria, del debido proceso, del principio de estricta legalidad, de la favorabilidad, del respeto por el derecho a la defensa, de la impugnación, de la contradicción, de la concentración de la prueba, de la oralidad, de la celeridad, de la publicidad, de la no auto-incriminación, de la exclusión de pruebas ilegales y en general de todas las garantías, siempre con apego, solo a la ley. En todo caso, un juez sin compromiso con la búsqueda de la verdad, diferente de la valoración de la que le traen las partes de manera legal, sin compromisos con la sociedad distintos de fallar con apego a la ley, sin prejuicios ni apasionamientos, un juez justo no protagonista de la contienda, pero sí celoso garante de los derechos de las partes.

“...El juez que tenía como objetivo la lucha contra la impunidad y la protección de la sociedad quedó atrás, porque era un concepto propio e identificador de la inquisición (...) en cuya misión suprema estaba la bús-

queda de la verdad a cualquier costo. El nuevo juez tiene como objetivo procurar el equilibrio y la igualdad de las partes dentro de un proceso adelantado con todas las garantías para el imputado, que es quien sufre el embate de la Fiscalía, que con todas sus posibilidades y poderes representa al Estado y a la víctima...”³⁶

Investigación y garantismo

La combinación de costumbres y ritos provenientes de la tradición europeo-continental autoritaria, se presenta como un severo escollo *ex ante* y *ex post facto* para una reforma estructural, donde las garantías no estén dadas por la buena voluntad de fiscales y jueces: “Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo ese “algo” que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de *Estado de derecho* en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder.”³⁷

La estructura del proceso vigente se describe mediante la siguiente síntesis: “El presumario -o informativo preliminar, como lo denominan otros sistemas latinoamericanos, que en nuestro país se caracteriza por la regencia del principio inquisitivo, con un Juez de Instrucción como Director del Proceso, etapa que se cumple generalmente con carácter re-

36 J. C. Arias Duque, El Sistema Acusatorio Colombiano. Análisis desde su Implementación, Colección Lecciones del Sistema Acusatorio N° 2, 2006, p. 54.

37 M. Gascón Abellán-Alfonso J. García Figueroa, La argumentación en el Derecho, 2da. Edición, Palestra, 2005, ps. 30 ss.

servado y con prescindencia de la intervención del Defensor; -esta etapa es previa al inicio del proceso penal estrictamente, el que comienza con el auto de procesamiento, si bien lo actuado en ella, deviene fundamental y trascendente, al término del proceso; luego tenemos una segunda etapa del procedimiento penal -el Sumario- primera gran etapa del proceso penal-, que comienza con el auto de procesamiento, donde el Juez Penal (el mismo instruyó) sigue actuando como Director del Proceso y en la cual se complementa la prueba que dio sustento fáctico a la sentencia interlocutoria (auto de procesamiento) por la cual se resolvió iniciar proceso penal a determinada persona e imputarle “prima facie” su participación en un hecho delictual determinado.

“En esta etapa -además de la actividad probatoria- *suele ocurrir otro hecho trascendente*:

“El planteo y tramitación del incidente excarcelatorio, que procura la libertad provisional del imputado, cuando se ha dictado prisión preventiva” (que mayoritariamente se entiende preceptiva por mandato constitucional cuando es avizorable que recaiga pena de penitenciaría, dos años en adelante).

“Tenemos luego, una tercera etapa (de existencia eventual) y cuya realización depende de la actitud procesal que asuman las partes:

“La ampliación sumarial. Esta etapa es de existencia eventual, porque si las partes no piden nuevas probanzas al término del Sumario -cuando el Juez considere agotada la actividad instructoria-, se conferirá traslado al Ministerio Público -de las actuaciones procesales cumplidas- a efectos de que formule acusación o pida el sobreseimiento de la causa. Si ocurre lo primero -que es la posibilidad más frecuente- dará comienzo el juicio penal “*strictu-sensu*” con plena regencia del principio acusatorio.

“Esta etapa culminará normalmente, con el dictado de la sentencia definitiva de la primera instancia, por la cual se condenará al prevenido o se le absolverá.”³⁸

La investigación preliminar (presumario) es la principal actividad de recolección probatoria, al punto que pese a la retórica de respeto al principio constitucional de inocencia, es casi un hecho que de no revocarse el procesamiento que pone fine a esa “etapa preliminar”, el sucesivamente indagado, imputado y acusado, será también condenado, a lo cual no es ajeno el compromiso del juez que condena con su propia investigación: “Actualmente tenemos un juez que lo hace todo en la institución formal (presumario y sumario). Se pasa al juez común (*que es la misma persona*), cuando se llega a la ampliación sumarial y luego en el plenario, pero la realidad indica que es lo anterior -la instrucción- lo que definitivamente incide en el resultado del proceso.

“Esta concepción del juez, no se compadece ni con la directiva social de la división del trabajo ni con la idea del proceso, “acto de tres personas”, cada una de las cuales tiene situación diversa, algunas funciones exclusivas y otras en que las tres coinciden. Pero lo que el proceso no admite es que “uno solo lo haga todo o todo lo esencial.”³⁹

Es claro que si el sistema asigna la tarea de investigar a un sujeto (juez), será humanamente difícil cuando no imposible, que ese investigador se “travista” en evaluador de las mismas pruebas que recolectó con su inteligencia y esfuerzo. Ese juez entrenado y acostumbrado a buscar pruebas incriminatorias, no debería ser quien lo defina, porque en él la parcialidad no es riesgo sino redundancia u obviedad.

La conclusión primaria no debería merecer dudas: quien investiga lo hace proyectando la posibilidad del resultado de su propia investigación, por lo que adolece de la imparcialidad característica de la función

38 D. Preza Restuccia, El proceso penal uruguayo, FCU, 2005, ps. 10-11.

39 A. Gelsi Bidart, Aproximación a un nuevo proceso penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1996, p. 10.

jurisdiccional; si zz procesa a xx no es imparcial en caso que a xx lo acuse el M. Público, porque la acusación se hará en base a las pruebas obtenidas por zz, aunque haya intermediarios (policía u otros auxiliares).

El correctivo no debería ser traumático: bastaría teóricamente con dar al proceso penal la estructura propia de un contradictorio, con etapa preliminar (reservada por las mismas razones que así lo permiten en el proceso civil) provocada por el titular de la acción y controlada en cuanto a garantías fundamentales, por un órgano jurisdiccional, que no tiene por qué ser distinto (no lo es el que dispone un embargo previo a un proceso civil ordinario o que dicta sentencia ejecutiva inaudita altera para en el ejecutivo o de ejecución) del que decida.

La alternativa de una intervención judicial en dos tiempos (un juez que investigue y otro que decida la acusación de formalizarse), no deja de ser inquisitiva, ni es económica (en términos estrictamente procesales) porque impone la reproducción de actos, como declaración de testigos y damnificados. El acento debe ponerse en la función asignada a cada uno de los sujetos del proceso, desde la perspectiva que “no existe ningún principio fundado en la experiencia, según el cual el defensor siempre está dispuesto a obstaculizar y a instigar declaraciones falsas”.⁴⁰

Incluso, el método contradictorio puede ser visto como el *otro* camino “para llegar a la verdad, y a la justicia”, donde “el Juez encargado de la jurisdicción penal se limite al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido dejando la interposición de las solicitudes y del material producido dejando la interposición de las solicitudes y la recogida del material a aquellos que, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes. El procedimiento penal se convierte de este modo en un litigio, y el examen del procesado no tiene otra significación que la de otorgar audiencia. Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento crimi-

⁴⁰ C. Roxin, Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 39.

nal, es la *acusatoria*. Parte del enfoque, de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia, es dejar la invocación del Juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad. Al mismo tiempo se manifiesta de esta manera el respeto de la dignidad del procesado como ciudadano. Al contrario, esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión. A los peligros que de esto nacen se previene por medio de la institución de la abogacía, por la parte acusadora especialmente la de la Fiscalía, y por la del procesado, la de defensa.

“En atención a lo expuesto, la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del *fin esencial* del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con *uno de los medios posibles* para lograr este fin (conformes Planck, Zacharie, Glaser)”⁴¹

El papel de los fiscales, hoy

En el proceso penal vigente a la fecha en Uruguay, el relevamiento de los hechos en tanto presentación del objeto a la jurisdicción⁴², es en realidad, auto-relevamiento, nota bien propia del principio inquisitivo, o asunción del realizado por la autoridad administrativa (policía).

Como se ha dicho, “Los principios materiales de la inquisición están claramente recepcionados: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, los que a su vez determinan la función del Estado y la forma de aplicación del castigo. Es así que en nuestro ordenamiento

41 J. Goldschmidt, Principios generales del proceso, II, EJE, 1961, ps. 113-114.

42 D. Barrios de Angelis, Cómo comprender el Código del Proceso Penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3-4/1998, p. 235.

procesal penal, encontramos rasgos de la legislación colonial, tales como la organización fuertemente vertical de los tribunales, en algunos casos con controles de oficio, sin necesidad del recurso del agraviado⁴³. El sistema no establece diversificación de roles y, por añadidura, el juez realiza la investigación, adopta la decisión final y supervisa la etapa de ejecución, con el peligro evidente de la autoimplicación⁴⁴”.

Sin embargo, es necesario destacar que ningún juez adopta unilateralmente la decisión de formalizar un proceso sin previo requerimiento del Ministerio Público, en el mismo sentido, cuando dispone el cese de la detención de un indagado, es más probable que sea debido a que la fiscalía interviniente no encontró mérito para su enjuiciamiento, a una discrepancia del juez con un pedido de procesamiento.

O sea, si bien durante el informativo preliminar (presumario, que de regla no puede durar más de un año) hay iniciativa y amplias facultades del juez, para que lo actuado a su impulso (casi siempre dependiente del conocimiento brindado por la policía) lleve a la etapa subsiguiente (el sumario que comienza con el auto de procesamiento), quien decide es el M. Público. No hay juez que procese sin oírlo y menos, que resuelva contra su opinión de falta de mérito (“contra vista fiscal”), aunque esté absolutamente convencido de la improcedencia de clausurar “...pues es natural que el proceso no puede avanzar contra el acto de voluntad del titular de la pretensión, quien adelanta que, en el caso, no la tiene y no ejercerá su acción penal, sometiendo a juicio al indagado. Todo lo que torna desviado el procesamiento dispuesto contra la opinión del Ministerio Público y nada significa que el Juez pueda procesar de oficio, pues,

43 Aunque la pena nunca puede ser aumentada. En contra: Preza: La apelación automática y el “non reformatio in peius”, *Revista de Técnica Forense*, N° 12, FCU, 2003, ps. 109-110).

44 G. Fernández, informe de Uruguay en *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, obra coordinada por J. Maier, K. Ambos y Jan Woischnik, ed. Ad-Hoc, Konrad-Adenauer-Stiftung. Instituto Max Planck para Derecho Penal extranjero e internacional, 2000, p. 764.

al recabar la opinión del representante del Ministerio Público, renuncia tácitamente a tal facultad”.⁴⁵

Cuando la opinión pública -en general desinformada y/o alentada por el descontento policial- reclama contra la permisividad de los jueces, ignora (además de los datos del expediente) esta mecánica: “El aparente aumento de la criminalidad, sobre todo en los delitos de propiedad, con nuevas modalidades, se imputa frecuentemente a los Jueces. Es claro que media ignorancia; incluso en los medios de comunicación (...) Se desconoce totalmente la existencia de los Fiscales de Crimen, que pueden admitir u oponerse a las libertades provisionales, solicitar el sobreseimiento, etc.”⁴⁶

De ahí la inconsistencia o insuficiencia de calificar al proceso penal como inquisitivo, aún en la etapa inicial donde el M. Público no tiene legalmente asignada una participación definida, como sí la tiene la Defensa, sin perjuicio de los desencuentros interpretativos en cuanto al alcance de ésta: “La solución legal, ignorando la presencia del Ministerio Público en el curso del presumario (con la excepción de la audiencia de interrogatorio) es criticable y aparece como una consecuencia de la posición, aún más criticable, que adopta el nuevo Código cuando permite el procesamiento de oficio. Es claro que en la práctica no se produce esa ausencia del Ministerio Público durante el presumario, pues siempre se le da conocimiento de las actuaciones que se practican”; pero en cuanto al inicio del sumario, se pronuncia decididamente por la necesidad del pedido fiscal en función de lo previsto en el art. 22 de la Constitución: “Examinando el alcance de este artículo hemos afirmado que él se refiere

45 D. Gutiérrez, El imputado y el Ministerio Público en el presumario penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/1983, ps. 183-184. Cfm. D. Preza Restuccia, Las etapas del proceso penal, T. I, p. 37.

46 J. Teitelbaum, Garantías y eficacia en el proceso penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1995, p. 31.

a la iniciación del sumario, es decir, que exige la previa petición fiscal como presupuesto indispensable del auto de procesamiento”.⁴⁷

Si a ello se añade que la solicitud de clausura por el M. Público (lo mismo el pedido de sobreseimiento) no viene limitada por causales ni deber de motivarla (como sucede en derecho comparado y está previsto en la “reforma vacante”), resulta llamativo y paradójico que la objeción principal proveniente de tiendas políticas y judiciales (en privado o públicamente) a desplazar la iniciativa en la investigación hacia el sujeto que hoy es quien define su resultado, sea visualizada en el riesgo que significaría concentrar la investigación en “agentes” del Poder Ejecutivo al que también pertenece la Policía que deberían controlar o dirigir.

Porque cualquier iniciativa de reforma buscaría establecer controles procesales (los hay administrativos y muy débiles) internos (motivación) y externos (iniciativa del damnificado o de la víctima), para limitar la enorme discrecionalidad que hoy detentan los fiscales, llámese inquisitivo o acusatorio al proceso que solo ellos tienen la prerrogativa (hoy) de clausurar sin dar expresión de fundamentos.

La investigación preliminar y el lugar del MP

El Ministerio Público fue introducido en nuestro país a principios del siglo pasado y aparece regulado por vía legislativa, dado que la Constitución (1967) prescindió de hacerlo: “Es su ley orgánica (dec. Ley 15.365 del 30 de diciembre de 1982), la que le ha conferido singularidad propia. Desde siempre, se lo ubicó como dependencia del Poder Ejecutivo, a través de un ministerio (actualmente el de Educación y Cultura), no habiendo sido nunca una dependencia judicial. Tiene una

47 J. Arlas, Curso de derecho procesal penal, vol. I, 2da. ed. revisada y puesta al día por E. Tarigo, FCU, 1994, p. 149. v. W. Guerra, ¿El Juez Penal puede procesar de oficio imputando delitos más graves a hechos no propuestos por el Ministerio Público en su requisitoria?, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 4/2001, p. 453 ss.

jefatura común: el fiscal de corte y procurador general de la Nación, a su vez jerarquizado al ministro...”⁴⁸

Uno de los procesalistas que contribuyeron a redactar el anteproyecto plasmado en el Código General del Proceso, señalaba lo siguiente: “Como se dijo para el proyecto de CGP -más jueces y mejor preparados-, ahora, reiterándolo, el acento ha de ponerse en “más y mejor preparados agentes del MP” De lo contrario el paso *del fiscal “de escritorio”*, -a quien el juez preparaba toda la tarea, para que él pudiera efectuar su requisitoria o su acusación o su solicitud de sobreseimiento o, en el trámite, las solicitudes de prueba, etc.-, al *fiscal activo*, en la función del *actor “in genere”*, difícilmente podría practicarse por falta de material humano indispensable.

“Claro que a esto ha de añadirse el esfuerzo por superar la mentalidad en todos los “operadores del proceso” (y en la sociedad toda, completamos nosotros) a través de más de 150 años de lo que rige, porque en la mentalidad resistente al cambio radica “el” obstáculo principal”.⁴⁹

La idea de adecuar la reforma procesal civil al proceso penal fue alentada desde la Suprema de Justicia, respondía al pensamiento del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y contaba con el apoyo de la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: “El proyecto elaborado a nivel de la Suprema Corte de Justicia proponía adecuar la ley procesal penal a la Constitución y a los pactos internacionales, en una asimilación a los lineamientos del Código General del Proceso para la materia civil -aprobado en nuestro país en 1989-, fiel al Código Modelo Tipo para Iberoamérica, con casi 6 años de vigencia, cuya funcionalidad ha quedado acabadamente demostrada. Delineaba un proceso penal de tipo dispositivo, en el que el Ministerio Público tenía la dirección y responsabilidad de la indagatoria preliminar,

⁴⁸ G. Fernández, ob. cit., p. 727.

⁴⁹ Gelsi, ob. cit., p. 13. Del mismo autor y antes, Interrelación de sujetos y de sus funciones en el proceso penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1992, p. 65 ss.

con la necesaria autorización judicial para las medidas que implicaran restricción a los derechos humanos. El proceso se realizaba en audiencia pública, con plena vigencia de los principios de oralidad, inmediación, concentración, indelegabilidad y publicidad.

“Esta iniciativa ingresó al Parlamento y no fue considerada”, se prefirió (1997) la iniciativa del Poder Ejecutivo, siendo revelador (como inexcusable olvidarlo) el informe efectuado por la Cámara de Senadores donde se reconoce la opción “...por un modelo que implica una “aproximación al acusatorio” en mérito a lo acordado por los partidos políticos” y que “implementar un modelo acusatorio puro requiere un cambio de mentalidad. No puede soslayarse que la enorme mayoría de los jueces se opone, en forma discreta pero inequívoca a un modelo acusatorio puro y que incluso entre los integrantes del Ministerio Público puede detectarse una amplia mayoría contraria a un proceso acusatorio. Si bien el Código General del Proceso implicó un cambio cualitativo importante en el rol del juez, las particularidades del proceso penal y los valores que en él subyacen deben ser muy cuidadosamente apreciadas. Pero además la atribución al Ministerio Público de la investigación preliminar aunque ello no haga a la esencia misma del modelo acusatorio puro, va acompañada de una nueva ubicación institucional del Ministerio Público y aún de la creación de una policía judicial. La Ordenanza Procesal Alemana que instituye el Ministerio Público como dueño de la instrucción, establece el auxilio de la policía judicial. Y en Alemania se discute la ubicación institucional del Ministerio Público. En América latina, Vélez Mariconde ubica al Ministerio Público y a la policía judicial como órganos autónomos del Poder Judicial. Otros estiman pertinente crear un órgano cuyos jerarcas serían designados como los ministros de la Suprema Corte de Justicia. Todo esto pone de relieve en nuestro país, que el problema es de resorte institucional, requiriendo incluso una reforma de la Carta Constitucional si se propiciara la creación de una Fiscalía General. Es por ello que los autores estiman que se han ajustado a la realidad normativa

y a la tradición nacional: no se propicia ninguna modificación institucional del Ministerio Público, ni se crea la policía judicial. Pero es cierto que no se consagra la atribución al Ministerio Público de la instrucción preparatoria estableciéndose a la vez un “juez de la investigación” cuya intervención se verifica necesariamente en caso de adopción de medidas restrictivas de las libertades individuales. Pero no puede realizarse ninguna actividad procesal si no media requerimiento previo y fundado del Ministerio Público y no puede decretarse la prisión preventiva ni medida restrictiva de la libertad física si no existe previa petición al respecto del Ministerio Público...En suma, se ha asignado al Ministerio Público un rol que se adecua racionalmente a un proceso acusatorio “atenuado o limitado”.⁵⁰

El condicionamiento de la reforma a la ubicación institucional del Ministerio Público resurgió al trascender que la Comisión creada en el art. 21 de la Ley 17.897 de 14 de setiembre de 2005 “*para elaborar las bases del proceso penal*”, acordó (con la única excepción de la Suprema Corte de Justicia) la necesidad de una reforma integral, con la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, precisamente, para efectivizar la plena vigencia del principio acusatorio.

A propósito de esa objeción reactualizada, un distinguido constitucionalista concluye: “deben evitarse conclusiones basadas en impresiones generales, no suficientemente probadas, y atender a dotar a los actores del proceso de la más amplia libertad. No parece ser necesaria la modificación constitucional para “sacar” al Ministerio Público de la órbita del Poder Ejecutivo sino que parece que hay alternativas legislativas muy eficaces a los efectos de garantizar la independencia de los fiscales. Por último, no debe olvidarse que, conforme a sabias normas constitucionales, la “llave” del tema no está en el Poder Ejecutivo, sino en el ejercicio

50 R. Landeira, El sistema procesal penal uruguayo y su reforma, Revista de Derecho del Mercosur, año I, n° 2, La Ley, Bs. Aires, 1997, p. 71. Greiff, Código del Proceso Penal, Ley 16.893, ps. 8-23, Fernández, ob. cit., ps. 740-743.

de las atribuciones de los órganos legislativos establecidas en el numeral 13 del artículo 168 de la Constitución”.⁵¹

En Alemania se planteó el problema de la ubicación institucional del Ministerio Fiscal (nuestro Ministerio Público), pero en términos que no demuestren la existencia de un escollo insuperable: “...la Fiscalía no es una mera autoridad administrativa, sino que posee aquella competencia en relación con la justicia que la hace a ella guardián de la legalidad y la sustrae de una vinculación carente de límites con respecto al Ejecutivo” pues “la Fiscalía está constituida por profesionales con conocimiento en Derecho Penal, cuyo juicio, obtenido de la percepción directa del caso, es superior a la incertidumbre del ministro o en su caso del senador. Fuera de eso, está la posibilidad de influencias extrañas al derecho, si bien ellas juegan un papel, siempre están más cerca de un político que de la Fiscalía. Por lo demás, todo esto vale solamente para los casos extremos. En general, la facultad de impartir órdenes externas se maneja tan cuidadosamente que no entraña un conflicto muy agudo”.⁵²

Sobre la concentración de poderes de investigación en reparticiones de un mismo Poder (Ejecutivo), el mismo autor señala: “El modelo contrario al dominio procesal unilateral por parte de la Fiscalía sobre todos los antecedentes de investigación se puede realizar de la manera más pura si se le crea a la Fiscalía una infraestructura propia, en la que una investigación policial se sustrae al aparato de policía y se sujeta directamente al Ministerio Fiscal...Pero los expertos guardan amplio consenso en que la concepción no es realizable en las circunstancias actuales; la autoridad del Ministerio del Interior no cedería una parte de la policía al Ministerio de Justicia (que en Uruguay no existe y sería al Ministerio de Educación y Cultura del que dependen los fiscales) por razones políticas. Y también en lo esencial sería prácticamente imposible escindir tajantemente la ac-

51 M. Risso Ferrand, consulta evacuada el 15 de octubre de 2007 a la Asociación de Magistrados del Uruguay (gremial que nuclea a más del 90% de los jueces de todo el país).

52 Roxin, ob. cit., p. 32.

tividad de persecución penal y la prevención de riesgos, debido a que las acciones represivas y preventivas de la policía cada vez confluyen más y son difícilmente separables.

“Por consiguiente, debemos permanecer en el modelo “inacabado” de dos autoridades de investigación, coexistentes e independientes, que el legislador creó en el siglo anterior. Únicamente se debe intentar contrarrestar la tendencia a que la policía, en su papel ejecutor, limite la Fiscalía y lleve adelante la intención legislativa.”⁵³

La objeción entonces aparece como natural secuela del modelo inquisitivo, al que también responde la dificultad de identificar otra solución que la intervención estatal exclusiva y tendiente a la imposición de una aflicción toda vez que ocurra una conducta contemplada legalmente como delito: “El modelo procesal penal clásico de América Latina se atiene rigurosamente al principio estricto de *legalidad* así como al de *oficialidad* ya que la regla es que la acción penal *es pública* y debe ser ejercitada por el MP en los casos establecidos *por la ley*, de donde se derivan sus caracteres de “obligatoriedad” o *necesariedad* y de *indisponibilidad* de la misma. También la doctrina ha defendido con alguna intransigencia el principio de “obligatoriedad”, por encima de cualquier demostración dogmática-especulativa (fin de las teorías “*obsoletas*” para la justificación de la pena y acogimiento subsecuente de las teorías “*utilitarias*”) o empírica (imposibilidad de perseguir todos los delitos y métodos ocultos de selección que la práctica propicia).

“El nuevo proceso penal latinoamericano, en consonancia con una nueva postura de la doctrina, está en contra de la *falacia* y de la *hipocresía* como expresa agudamente la Dra. Ada Pellegrini Grinover, de la rigurosa adopción del Principio de Obligatoriedad, porque en la práctica operan *diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos*. No se desconoce que, en elevadísimo porcentaje de ciertos delitos de acción pública, la policía no denuncia o comunica, lo mismo el MP o el Juez ac-

53 Roxin, ob. cit., ps. 36-37.

túa de modo que se produzca la prescripción o actuando él mismo como “filtro” o “seleccionador” de ciertos comportamientos antijurídicos (lo que es propio de un sistema inquisitivo que mantiene la figura del “Juez Instructor”)...”

Por otra parte, “...sólo un proceso nítidamente acusatorio desarrollado sobre la base de los principios fundamentales de oralidad, publicidad, intermediación, indelegabilidad, etc., puede permitir una adecuada tutela de los derechos y expectativas de la víctima, *la gran olvidada* del sistema inquisitivo”.⁵⁴

Perspectivas de “civilizar” el proceso penal

La comprensión de que la oralidad es un principio deseable, no obstante las dificultades que deben tomarse en cuenta para su puesta en práctica, significa un progreso en relación al rechazo consignado en el Mensaje del Poder Ejecutivo de 9 de agosto de 1978, que determinara la aprobación del Código vigente (1981), de forma escrita y actividad procesal desconcentrada, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de un proceso por audiencias cuyo carácter facultativo lo condenó de antemano al fracaso, no obstante el entusiasmo inicial de algunos jueces.⁵⁵

El diseño de una estructura similar a la del proceso ordinario previsto en el CGP, con los agregados y adaptaciones indispensables para el objeto penal, haría mayormente innecesaria la exigencia del doble juez, toda vez que los procesos se decidirían en única audiencia por un juez que no fue “contaminado” por aquello que no investigó: “La aplicación del CGP, con los agregados y adecuaciones indispensables para el proceso penal, significa que éste sería, como todos los procesos nacionales, de carácter *dispositivo*: son las partes quienes plantean el problema a dilu-

54 V. H. Bermúdez, La oralidad y el proceso penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/1995, ps. 281-283

55 Preza, Los Impulsos reformistas hacia la oralidad y el Proceso en Audiencia, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1988, ps. 68-70.

cidar y que incluso pueden, con las garantías procesales requeridas para evitar “la razón del más fuerte”, resolver el fondo de la cuestión, en los casos pertinentes. Este principio dispositivo regiría en todas las etapas del proceso, incluso en las diligencias preparatorias y medidas cautelares. El Ministerio Público, sin perjuicio de los supuestos en que se requiere *instancia de parte*, ejercerá la acción penal, con los alcances del ejercicio de la acción en los procesos *no penales*. Las denuncias acerca de la comisión de posibles delitos se presentarán a la policía, al Juzgado de Paz (en los lugares donde no exista sede del Ministerio Público, normalmente en zonas rurales del interior de la República) o al Ministerio Público. En los dos primeros casos el organismo respectivo lo comunicará de inmediato al Ministerio Público; las investigaciones (indagatoria) se realizarán bajo la *dirección y responsabilidad del Ministerio Público*, el cual, cuando entienda que las pruebas son suficientes, según la Constitución, para proceder al sometimiento de un sujeto a proceso (*procesamiento*), solicitará al tribunal competente el enjuiciamiento del mismo. En el transcurso de la investigación, si se requiere adoptar medidas preparatorias o cautelares que impliquen restricción de los derechos humanos o diligenciamiento de pruebas que puedan desaparecer o perjudicarse (frustrarse), se solicitará al *órgano judicial* competente siguiendo las reglas del CGP. En este supuesto (diligenciamiento de pruebas, concreción de medidas cautelares o de diligencias preparatorias) se realizará la “actuación procesal correspondiente” (“acto de tres personas”). Si la indagación se realiza en relación a una persona, deberá hacérselo saber y la misma designará *su abogado* para que intervenga (“el otro enfoque”) en aquélla. Se fija un plazo para que la indagatoria culmine, sea por *caducidad*, sea por *decisión de mérito* (clausura o procesamiento), acotación temporal que establecen las legislaciones de muchos países.

“El procesamiento se decretará o rechazará *en audiencia pública*; en el primer caso, se abrirá el *plenario*, siguiéndose el procedimiento ordinario del CGP (que comprende básicamente dos audiencias: una “preliminar”

y otra “complementaria” de prueba, necesaria la primera, contingente la segunda). En los casos en que se ha logrado la totalidad de la prueba o lo esencial de ella, se prevé la posibilidad de que el Ministerio Público presente directamente la demanda *en plenario...*”

La exigencia de que el juez que decida someter a proceso a una persona sea distinto del que luego debe resolver su condena o absolución, va a ser fundada únicamente cuando la prueba no esté reunida -como sí lo está la más de las veces- dentro del brevísimo plazo constitucional (48 hs.) subsiguientes a la detención del sospechoso: “El mismo juez del proceso, con iguales facultades que el juez del CGP, adoptará las decisiones; no se requiere otro juez, como no lo exige en el Código: no se trata de un “juez-instructor” o “inquisidor”, sino del juez del proceso dispositivo, tal como lo reglamenta el CGP...La idea básica consiste en: a) suprimir la “instrucción formal”: solo el proceso y todo en el proceso. De las informaciones o indagaciones que haga el MP con la policía u otros institutos, no quedará documentación oficial ni se hará expediente a incluir en el proceso...Las denuncias penales, privadas o públicas, de la policía o de otras instituciones, se realizarán al MP y éste tomará la decisión de aceptarlas o descartarlas a efectos del proceso. El proceso *no* se inicia por la policía, como ocurre actualmente, sino por el MP.”⁵⁶

El tiempo transcurrido sin llegar a soluciones concretas, solo a proyectos o leyes suspendidas, debería bastar para hacer reflexionar si no es del caso dejar de acumular voluntarismo y examinar estrategias tendientes a suscitar un cambio que sea tan integral como lo habilite una norma vigente y no la retórica o el discurso académico. Sobra prestigio en los nombres y las razones de quienes han sucumbido anteriormente.

De otro lado, la técnica no asegura el resultado. Buena parte del mismo depende de la disposición de los tomadores de la decisión política a evaluar su necesidad y ubicarla en la agenda de acciones con objetivos,

⁵⁶ Bermúdez, La oralidad en el proceso penal uruguayo. Actualidad y perspectivas, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/1995, p. 302

y un esfuerzo financiero, a título de costo o gasto, de parte de la sociedad civil a la que representan.

Los convencidos de la necesidad de reformar deberían tener la capacidad de convencer a quienes piensan lo contrario. Por razones diametralmente contradictorias, existe un alto porcentaje de operadores judiciales a los que la reforma les resulta innecesaria, aunque el Estado uruguayo haya sido observado por la Comisión Interamericana de DDHH debido a las notas de inquisitividad que están a la vista de cualquier observador desprejuiciado.

Pero no hay mucho más⁵⁷ para ofrecer que la adecuación de procedimientos y funcionalismos a los Pactos Internacionales sobre DDHH y a la Constitución nacional (en su interpretación *pro homine*), como manera de poner fin a toda duda sobre la distancia entre el ser y el deber ser del proceso penal, con la inseguridad que significa dejar librado a la ideología personal de los operadores judiciales.

Es probable que de sancionarse un proceso penal acusatorio, los juicios serán más breves (sobre todo si se cuenta con recursos humanos suficientes), pero no puede augurarse disminución de los delitos ni menos presos en las cárceles; para lo primero se necesitan políticas que atañen a las causas socioeconómicas de ciertos delitos; para lo segundo se necesitaría reducir la pena privativa de libertad prevista por ej. para la rapiña, o el guarismo general de la penitenciaría. Existen además otros mecanismos como la mediación, la *probation* y las medidas alternativas a la pena: “Cualquier opción para simplificar con eficiencia el rito penal, deriva de un mero cambio de procedimiento o, directamente, de formas de solución no convencionales del caso, implica por principio, al menos para los sistemas penales fundados en una adecuación de la inquisición al Estado de Derecho, una transformación sustancial de la idea positiva del procedimiento penal en ese ámbito...Todas estas soluciones no convencionales implican sustituir -en más o en menos- la meta hasta hoy reconocida

57 Gelsi, ob. cit., en nota 10, p. 15.

para el procedimiento penal: el hallazgo de la verdad “correspondencia” (histórica objetiva) como base de la “justicia penal”. En lugar de ese fin, ingresa, parcialmente, la llamada “verdad consensual”, como forma de solución del conflicto...”⁵⁸

No es fácil augurar hasta donde sea posible internalizar estas fórmulas en nuestro sistema, más aún, se desconoce si alguna o todas ellas son deseables para la mayoría y para quienes están en posición de promoverlas, cuando en nuestro país ni siquiera se ha llegado a legitimar el principio de oportunidad: “Podemos concluir en la necesidad de poner al día conceptos con fuerza de mitos -como el de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal- siempre que los adecuemos a la realidad de cada país -cultural y sociológicamente-: no se trata de modernizar los códigos, sino previamente de analizar las diversas implicaciones que esa reforma conlleva: hay un país real y no ideal, hay jueces y abogados que han de aplicar la ley, con supuestos específicos, delitos más complejos cada día, y más aún, una criminalidad organizada que está afectando la convivencia ciudadana a todos los niveles”.⁵⁹

En el plano teórico (de conveniencia y justificación) puede sin embargo coincidirse “...que las instancias conciliadoras pueden convertirse en: a) una alternativa a la privación de libertad; b) una forma de suspender el proceso que intenta la búsqueda de una verdad formal y prescindir de la pena; y c) una instancia que fomente el acuerdo entre los verdaderos involucrados (autor-víctima), a efectos de que el primero obtenga el sobreseimiento de la causa penal y la segunda la reparación del daño.”⁶⁰

58 Maier, Mecanismos de simplificación del procedimiento penal, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1993, ps. 19-20.

59 Greif, Principios y mitos en el proceso penal. Contribución al Tema III de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, La Paloma, 1995, p. 19. V. R. Landeira, Principio de oportunidad: el control de la selectividad del sistema penal, VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, p. 335 ss. y El principio de oportunidad y el nuevo Código del Proceso Penal, Judicatura 39, p. 69 ss.

60 P. Galain Palermo, La negociación en el proceso penal, Revista de Derecho VII, U. Católica, p. 193.

Colofón

Los esfuerzos institucionales o académicos por materializar la reforma judicial, centrando el interés en los aspectos organizacionales de su implementación, más que en la discusión acerca de los valores que la informan, y en la nueva cultura legal, devienen juridicismo estéril. El viraje “dialógico” que se pretenda dar al proceso penal puede tener un carácter eminentemente performativo (voluntarismo jurídico), si la naturaleza ideológica del instrumento se opone a la cultura jurídico-político hegemónica.⁶¹

Los enfoques corporativistas (internos o externos al sistema de justicia), el temor a ejercer o perder la instrucción (investigación), los riesgos de que se concentre demasiado poder en el Ejecutivo, no debería cristalizar en indiferencia del sistema político a una reforma similar a la rechazada 10 años atrás, con la investigación dirigida o a cargo del M. Público, en base a una estructura simplificada como la del CGP.

De concretarse, no pondrá fin al problema de la criminalidad, pero contribuirá a dar transparencia y credibilidad de la Justicia Penal: “El conocimiento de cómo funciona la justicia penal es una de las virtudes, aunque no la única, del proceso público y por audiencia. Permite su contralor por la opinión pública, presenciar las pruebas, conocer los fundamentos de las decisiones judiciales, creando una *mínima cultura jurídica*”.⁶²

Uruguay cuenta con ventajas comparativas para lograr ese cambio eficientemente: a) el marco teórico dado por una Constitución *ius naturalista* (1967) donde se *reconoce* la dignidad humana y la aplicabilidad inmediata de derechos con tutela no reglamentada, al margen de consagrar el principio de inocencia y la “regencia” del acusatorio;⁶³ b) la experiencia

61 Delgado, ob. cit., p. 3.

62 Teitelbaum, ob. cit., p. 39.

63 J. Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, T. I, p. 241 ss., J. Marabotto Lugaro, Reflexiones sobre el proceso penal, en una visión constitucional, Revista Uru-

de la reforma procesal civil (1989), extendida (2004) sin mayores inconvenientes a procesos vinculados con adolescentes infractores (CNA)⁶⁴.

Así como “cualquier esfuerzo de reforma o de mejoras de la Justicia no puede hacerse de espaldas a la sociedad, ignorando sus raíces y sus efectos, tampoco “es razonable pretender que la Administración de Justicia, en una tal sociedad, rectifique todas o la mayoría o las principales consecuencias torcidas del desmorreamiento social.

“La rectificación de todos los errores e injusticias generados en una tal sociedad es una tarea absolutamente desproporcionada a la entidad y los medios de la Justicia. En la sociedad y, sobre todo, en sus dirigentes, debiera existir lucidez suficiente como para comprender estas dos cosas: 1º) que nunca pueden los tribunales resolver plenamente *todos* los problemas humanos, ni siquiera los que presentan relevancia jurídica; 2º) que, en determinados momentos históricos, en que alguna patología social se *dispara*, es singularmente grave el desfase entre los casos judicialmente procesables y las posibilidades de resolverlos satisfactoriamente...si hay demasiados procesos penales y, en promedio, duran demasiado, ¿cabe desentenderse de la realidad de un exceso de comportamientos criminales? ¿No habrá que inquirir los factores generadores de esa realidad? ¿No

guaya de Derecho Procesal 4/1996, p. 681 ss.; autor cit., A la búsqueda de un Código perdido, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2002, p. 107 ss.; M. Risso Ferrand, Derecho Constitucional, FCU, 2006, p. 594 ss.; R. Perciballe, Sistema de garantías constitucionales, ed. Carlos Alvarez, 2006, p. 12 ss. Gelsi y otros autores en Constitución y Proceso Penal..., Jornadas de Derecho Procesal 1985, FCU, 1986; Teitelbaum, ob. cit., ps. 33-35; Fernández, ob. cit., ps. 719-721; M. Tejera, Proceso Penal: Su reforma desde una perspectiva constitucional, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/2005, p. 411 ss.; S. Garderes, La prisión preventiva como medida cautelar..., Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/2006, p. 441; etc.

64 v. Uriarte Audí, El proceso por infracciones cometidas por menores, Revista Uruguaya de Derecho Pocesal 1/2003, p. 121 ss.; J. Javier-L.Pacheco Carve-A.Umpiérrez González, El proceso de Adolescentes infractores, AMF, 2006.

habrá que actuar decididamente sobre ella, en vez de esperar imposibles de la Justicia penal?”.⁶⁵

La reforma del proceso penal podrá impactar en la condición jurídica de las personas privados de libertad (habrá mayoritariamente presos con condena que sin ella), pero no tiene por qué tener efectos milagrosos sobre la cantidad de reclusos: “...es errónea la creencia de que en los países más avanzados, los procesos duran días o semanas, o meses. Cuando se constata que en otros países, el juicio insume unos días o semanas, en realidad se refiere a la audiencia en donde se presentan todas las pruebas (testigos, peritos, etc.). Pero *previamente* han existido audiencias preliminares y otras diligencias, que insumen meses y en los casos muy complejos, años. Pero además, en aquellos países, el procesamiento sin prisión o con libertad provisional es la regla, y no la excepción como ocurre aquí. A lo que hay que agregar que los *procesados en libertad, una vez condenados cumplen la pena*. En nuestro país, la mayor parte de los procesados, *aún condenados, si se encuentran en libertad, no sufren luego la pena*, a través de diversos mecanismos, especialmente el de la libertad condicional. La conclusión es que *el número de condenados, posiblemente sea mucho mayor que el de los procesados, sólo que no cumplen la pena, y no se computan en las prisiones*”⁶⁶

Reconocer estas peculiaridades y complejidades que tiene la ejecución de la pena en el proceso penal uruguayo, es también ineludible en una honesta presentación de un nuevo sistema donde el juez estaría despojado del compromiso con la lucha contra la impunidad.

La prioridad de reformar drásticamente debe instalarse como una demanda social (que tiene su caja de resonancia en el sistema político); hasta ahora no pasa de ser un requerimiento de operadores del sistema judicial y de la comunidad jurídica que ven (mayoritariamente) la nece-

65 A. de la Oliva Santos, El “factor humano” en la Justicia, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2006, p. 70.

66 Teitelbaum, ob. cit., ps. 39-41.

sidad de que el proceso vigente se supere mediante un cambio profundo que no admite procesos evolutivos graduales.⁶⁷

La creación por vía legislativa de comisiones facultadas para elaborar las bases de unas reformas, no es un dato suficientemente expresivo en cuanto al sentido que debe tener ni a las posibilidades de su aprobación e implementación, etc.

67 M. Duce-C. Riesgo, La reforma procesal penal en Chile, N. H. Schönbohm-N. Lösing, Un nuevo sistema procesal penal en América Latina, Konrad -Adenauer- Stiftung, ps. 164-165.

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL URUGUAYO

Olga Carballo Sica

El Código del Proceso Penal Uruguayo consagra el principio de oficialidad de la acción penal. Por lo tanto, en función del mandato de la ley, su titular es el Ministerio Público, con la reserva de la instancia privada, en los casos especialmente preceptuados. Esta disposición tiene concordancia con la previsión constitucional de la iniciativa del acusador en el juicio criminal. Ello significa que, en definitiva, el ejercicio de la persecución penal necesita de la realización de un acto oficial, que por lógica le imprime carácter público al sistema represivo.

No obstante ello, el proceso penal que tiene la particularidad de haber sido catalogado de mixto, presenta una fuerte impronta inquisitiva, lo que sumado a su condición de escrito, crea no pocas dificultades. Sin embargo, estas disposiciones nos pueden servir como arranque inicial para el analizar el objeto de este trabajo. El tema de la titularidad de la pretensión punitiva en la persecución de los delitos vulneratorios de los bienes jurídicos penalmente protegidos por la norma sustantiva o norma de fondo, está fuera de cualquier tipo de discusión. Tampoco se discute el hecho de que la víctima ha quedado relegada en el ejercicio de su pretensión natural de reparación, puesto que esta dependerá exclusivamente de la actividad de la representación fiscal.

El Código del Proceso Penal, sancionado por el decreto ley 15.032 de fecha 7.7.80 vigente desde el 1.1.81, regula en el Título IV lo relativo al diseño de las partes en el proceso, dedicándole al Ministerio

Público tan solo dos disposiciones. En la primera, alude su organización y su composición; mientras que en la segunda a sus cometidos.

En cuanto a la organización indica, en el caso que nos ocupa: la materia penal, sobre quienes recaerá su ejercicio. Al Fiscal del Corte le reserva su intervención en las causas radicadas en la Suprema Corte de Justicia; mientras que los Fiscales Letrados Nacionales en lo Penal (hoy en número de 14), tendrán a su cargo el ejercicio de la acción en las causas del fuero común, siendo asistidos por un equipo técnico que en general se compone con los Fiscales Letrados Adjuntos a sus sedes y los Secretarios Letrados. Asimismo, los Fiscales Departamentales la ejercerán en sus respectivas circunscripciones territoriales. Todas las cuestiones relativas a la regulación del estatuto de los fiscales y su carrera funcional está regulada puntualmente en la ley orgánica (decreto ley 15.355).

El titular de la Fiscalía de Corte ejerce además la superintendencia administrativa del cuerpo y el control de actuaciones de los expedientes elevados en consulta por la Suprema Corte de Justicia.

En cuanto a sus cometidos, el artículo 68 de la norma procesal, señala la competencia del Ministerio Público para la promoción de las acciones fundadas en los delitos y en las faltas; y especifica que le corresponde de acuerdo al estado de la causa deducir acusación o solicitar el sobreseimiento, esto es ejercer la acción penal o declinar la persecución en casos tasados legalmente.

De lo expuesto, podemos concluir primariamente que las funciones que le son encomendadas perfilan y componen su rol de parte en el proceso penal, debiendo en consecuencia cumplir con su cometido con todas y cada una de las facultades que tienen las partes en cualquier tipo de proceso. A fin de reafirmar su condición de tal, se establece expresamente que cuando éste actúe en dicha condición no es posible recusar al fiscal, procurando su apartamiento del caso, en virtud de que no es posible cuestionarlo en función de su eventual parcialidad. Por lo tanto,

cuando actúa de ese modo no corresponde su consulta como dictaminante técnico; esto es, como asesor técnico del Juez, pues ello implicaría una severa distorsión sobre la calidad de imparcial que debería mantener el Oficio.

Entre las tantas discusiones que se han suscitado en torno al rol del Ministerio Público en el proceso penal, su condición de parte ha llevado una porción importante de la misma. Como colofón de ella, se engancha la de establecer cuál es la naturaleza de esa condición de parte, esto es si es formal o material. No existe solución unánime sobre el punto, aunque algunas prevalecen sobre otras, siendo seguidas por la mayoría de la doctrina. Así, el profesor Arias ha sostenido que es parte principal, tanto en sentido material como en sentido formal; mientras que otros entienden que lo es solo en sentido formal, porque en realidad el titular de la pretensión punitiva es el Estado y el Ministerio Público únicamente ejerce su representación cuando actúa en el proceso penal. De todas formas, cualquiera sea la posición que se adopte sobre el punto no caben dudas de que sí tiene dicha condición y que actúa en el proceso haciendo valer su pretensión, pudiendo realizar para ello todos los actos legalmente previstos, que por lo regular le son conferidos a las partes, y necesarios orientados a ese fin legalmente conferido.

Existe por ahí la idea, a la que suscribo, que en realidad se trata de una parte a la cual en cierto sentido la norma ha privilegiado. Además de reconocerle su condición de magistrado, le confiere intervenciones particulares que no tienen su correlato en sede de la defensa, y que en la realidad de los hechos, desde una visión crítica, podría considerarse que existe un cierto desequilibrio a su favor.

La observación de la estructura procesal permite percibir que el proceso penal se estructura en un trípode en el cual descansan sus tres actores principales: Juez, Fiscal e Imputado interactúan entre sí en el desarrollo del proceso penal, desempeñando roles diferentes orientados por los intereses que mueven a cada uno de ellos. Pero esta afirmación,

de tomarse sin más, podría inducir en errores sobre la realidad procesal nacional. Las funciones y facultades que detentan cada uno distan de ser equilibradas y, analizadas en el plano de las partes, percibimos que tampoco respetan el principio de igualdad de las mismas en el proceso. No rige acá el esquema clásico de dos partes dotadas de los mismos derechos y deberes que se enfrentan entre sí en un proceso por el cual pretenden dirimir un conflicto originado en la comisión de un delito y que someten a la decisión y resolución de un tercero ajeno e imparcial.

En la mecánica del proceso penal uruguayo es el Juez quien detenta los verdaderos poderes de instrucción, seleccionando por sí los casos que considera con relevancia penal, disponiendo la colección probatoria destinada a corroborar el carácter ilícito de la conducta investigada y la identidad del autor de la misma, y que luego condicionarán y habilitarán el ejercicio de la acción penal que, como ya se viera, le está conferida al Ministerio Público. Vemos acá una cortapisa importante al ejercicio de la acción, pues ésta dependerá en definitiva del criterio del Juez que seleccionará cuáles casos perseguirá el fiscal, vulnerando elípticamente el mandato constitucional. Esa facultad es en el plano normativo omnímoda, no tiene control, más allá de la formación personal del Oficio, la estructuración de su conciencia jurídica y garantista, que determina su autolimitación en función de los principios de legalidad y demás, que informan las bases del Estado Liberal de Derecho.

Las posibilidades de control sobre cuáles casos serán objeto de investigación, o reclamar pruebas de cargo o descargo en esa etapa previa al desencadenamiento de la intervención penal, le son cercenadas tanto al Ministerio Público como a la Defensa, quienes no se enteran de la génesis del caso hasta que la intervención oficial ya es una realidad y está dispuesta la detención del indagado y su conducción a la Sede.

El Ministerio Público orientará su participación en el proceso en función de sus cometidos, esto es, representando el interés del Estado en la protección de los bienes jurídicos penalmente protegidos, o lo que es

lo mismo, en la observancia de la norma. Ello posibilita, en definitiva, que el Estado cumpla adecuadamente con la finalidad de control social consolidando su vigencia en el colectivo. Normalmente se afirma que el verdadero motivo de la intervención oficial está en la representación de la Sociedad en su conjunto, titular y depositaria del conjunto de bienes jurídicos que se ve vulnerada en su integridad, por la realización de esos actos antijurídicos con relevancia penal. Claro que en ese ejercicio represivo, en algunas ocasiones los derechos de las víctimas particulares no se toman como norte ineludible y sobre los cuidados que la misma merece y aun quedan muchas cosas para llevar adelante.

De todas formas, no existe duda que la defensa de la causa pública es el principio rector que conduce su acción, y que ésta es propia de la Sociedad en su conjunto, quien clama en ocasiones sin éxito la realización de las normas penales, castigando a los infractores mediante la imposición de la pena, con lo cual se dejaría satisfecha la conciencia social de la vigencia de la norma.

La Defensa va a la zaga. Los derechos del imputado en la etapa pre-sumarial se circunscriben en torno a la cuestión del respeto de las normas garantistas relativas al plazo de detención por la autoridad administrativa y su puesta a disposición del Juez, lo que conforma el respeto de los derechos humanos de fuente constitucional. Luego, antes del dictado del auto de procesamiento, si es que éste correspondiere, sólo se limitarán a conocer el contenido de la imputación del requerimiento a la asistencia letrada desde el principio de la instrucción judicial y que éste pueda formular algún tímido pedido probatorio que no es preceptivo para el Juez ordenar, sino que puede diferirla para el momento procesal correspondiente; esto es, cuando llegue la causa al manifiesto. Por lo tanto, la idea de una defensa activa que pueda desde el inicio cumplir su ministerio, va quedando por ahora, en la cuenta del debe.

No es real en el derecho uruguayo sostener que tenemos un proceso de partes. Menos aún en esta etapa del proceso de fuerte contenido inqui-

sitivo, que deja a la luz la existencia de una injusta organización estructural con desigualdades importantes que se traducen y proyectan sobre la inexistencia de un contradictorio, con sus garantías y sus resultados.

1. Antecedentes

La norma procesal encomienda, en el sistema penal patrio, al Ministerio Público la persecución penal y la procuración de la imposición de la pena estatal, aunque como viene de verse, debe este mandato interpretarse y tomarse con agudas prevenciones, pues aunque lo enuncia, luego no se encarga de conferir los medios para que las cosas sean efectivamente como se proponen.

Esta persecución penal de carácter público, se origina en una forma de organización social que se presentó históricamente regida por un poder político centralizado que extrajo el conflicto trabado entre ofensor y ofendido de la esfera privada, apropiándose de la venganza privada o la imposición de justicia vindicativa a cargo de particulares, convirtiéndolo en un interés estatal excluyente que impide que la parte damnificada pueda de por sí ejercer su derecho de reparación o arribar a un acuerdo de composición transaccional para su solución, que enerve la imposición de la pena. De este modo, la víctima queda virtualmente apartada de la satisfacción de su derecho, perdiendo sus facultades de decisión sobre el caso, facultad que es tomado por el poder central que lo ejerce, con cierta ajenidad y además como forma de prevención especial y general. Legitimado de este modo, el persecutor oficial pone en acción el ejercicio represivo con el despliegue de los actos necesarios sobre el infractor de la norma penal.

Éste enfrentará la controversia asistido por la presunción de inocencia. Otorgada por mandato constitucional, este escudo debería ser una herramienta poderosa para enfrentar la contienda, y su destrucción, a cargo del actor, solo podría verificarse con la obtención de la prueba

de cargo necesaria y completa para que el quiebre sea eficaz. Esta presunción de inocencia no se presenta aislada y está rodeada por una corte de principios que la sostienen e interpretan, como la prohibición de la inversión de la carga de la prueba, la plenitud de la misma, y el principio del *indubio pro reo* que establece una solución a su favor, cuando el fiscal no ha podido culminar con éxito el requerimiento.

No obstante lo que viene de sostenerse, podemos afirmar que en países como Uruguay, cuya realidad se encuentra fuertemente atada a la tradición inquisitiva hispana francesa, aún hasta nuestros días, el Ministerio Público tiene un papel bastante acotado en el ejercicio inicial de su cometido, que lo alejan dramáticamente del proceso de partes a los cuales todos los operadores aspiramos. El principal protagonista es indudablemente el Juez, quien conserva facultades fuertemente inquisitivas que le permiten por sí investigar e incorporar al proceso prueba de oficio lejos de la iniciativa y control de las partes. Ciertamente, un rol bien distante del modelo acusatorio originario de los países sajones, que se ha ido imponiendo lentamente en casi todos los códigos procesales contemporáneos.

Como se ha señalado en una publicación reciente propiciada por Fiscalía de Corte en ocasión de celebrarse los 100 años de su creación, aún antes de que ello ocurriera, existía la figura de un fiscal, con un perfil que procuraba acercarse al rol. El primer hito histórico lo encontramos en un decreto de Lavalleja, del 27 de enero del año 1827 que hace alusión a que “*la defensoría de menores, sería servida interinamente por el Fiscal Público*” y también disponía que *los jueces de primera instancia de los departamentos de Maldonado y Soriano, procederían en los procesos criminales a instancia de un promotor fiscal que sería nombrado para cada caso, sin perjuicio de oír a la parte damnificada por el delito*. Por cierto, esta designación puntual nada tenía que ver con la idea de cuerpo que impera actualmente y carecían de cualquier organización, siendo además honorarios. Mas adelante, el Reglamento del 6 de diciembre de 1827 dispuso que en cada cabeza

de departamento se establecería un agente fiscal del crimen de servicio remunerado.

. Ubicación institucional y composición

El Ministerio Público uruguayo en materia penal, se halla integrado como viene de señalarse por 14 Fiscales Letrados Nacionales y sus correspondientes adjuntos. Según mandato de la ley orgánica, están jerarquizados administrativamente a la Fiscalía de Corte. Esta se encuentra funcionalmente ubicada en la órbita del Poder Ejecutivo, insertada a través del Ministerio de Educación y Cultura. Carece de independencia económica, componiendo la administración central del Estado.

No obstante el carácter de su función, y su ubicación institucional, los fiscales se encuentran por ley, dotados de independencia técnica, pudiendo resolver las cuestiones que se le ponen a consideración de acuerdo a sus convicciones, y capacidades técnicas, sin que sea posible por parte del Fiscal de Corte intervenir en sus resoluciones ni impartir órdenes respecto a la forma de dictaminar. Esta es una importante garantía conferida por la norma al justiciable, relativa a que el poder represivo será producto de la convicción libre e independiente de su acusador y no de una orden del poder central.

Esta distribución horizontal originada en la independencia técnica, determina que haya tantos Ministerios Públicos como cuantos Fiscales haya, pues no hay precedente obligatorio para la resolución de los casos ni criterios unificadores al momento de decidir el quantum punitivo que se reclamará en el reproche penal de cada una de las causas sometidas a consideración, y la duración de la prisión preventiva que debe cumplir el encausado antes de que se resuelva el incidente excarcelatorio; esto es, el plazo que cada fiscal considera que debe el justiciable cumplir cautelarmente, extremo de sumo interés visible para el mismo y que generalmente representa su mayor preocupación.

Dicha forma de estructuración del Ministerio Público, además, impide que se puedan delinear esquemas de política criminal que marque una tendencia con respecto a cuáles delitos deberán perseguirse en forma prioritaria, en cuáles se le permitiría al fiscal disponer de la acción usando los criterios de utilidad y conveniencia en el ejercicio de la acción penal o declinándola si correspondiere y la forma de retribución del injusto dentro de los límites mínimo y máximo señalados en los respectivos tipos penales.

Ello permite considerar, en forma aproximativa, que en el esquema actual de la organización del Ministerio Público no podrá ser posible la implantación sin más de un sistema acusatorio, pues el mismo implica la existencia de un cuerpo jerarquizado y centralizado para la conducción de la persecución ya que ésta deviene en una cuestión de política criminal de corte estatal, cuyo trazado y directivas se deposita en la figura del Fiscal General, quien marcará tendencias, modos de cumplirlas y circunstancias en las cuales se considera de particular interés el ejercicio o la disposición de la acción, en función de criterios de política criminal, lo cual colide en forma abierta con la independencia técnica que actualmente tienen los magistrados fiscales. La independencia técnica perderá pie en el modelo acusatorio, pues representaría un obstáculo a las facultades del Fiscal General de coordinar las políticas de persecución señaladas precedentemente. Una nueva razón para concluir en la necesidad de modificar la ley orgánica que consagra los principios antedichos.

La ley procesal uruguaya no reconoce a la especialización como criterio de distribución de la competencia entre las fiscalías penales. De esa manera, todas ellas resultan ser igualmente competentes para conocer en el universo que componen los delitos, limitándose la distribución del trabajo en función de criterios temporales y territoriales. Esta manera de conocer en los casos penales no sigue la tendencia general de distribución de la competencia, que se verifica en función de los diversos bienes jurídicos protegidos penalmente, de suerte tal que existen fiscalías especiales

para el combate de los delitos contra la propiedad, los delitos contra la personalidad humana, el medio ambiente, el orden económico, la criminalidad organizada o la violación de los derechos humanos, etc.

Actualmente se procura formar un cuerpo especializado en lo penal económico que permita la coordinación y centralización del conocimiento de esos tipos delictivos y la unificación del combate contra la criminalidad de los poderosos u organizada.

3. Formas de intervención del Ministerio Público

El proceso penal es un proceso dinámico que resulta de una serie de actos encadenados entre sí, encaminados al dictado de una sentencia definitiva que falle sobre la condena o absolución del imputado. Lo dinámico alude a la continuidad y enlace de los actos procesales y no precisamente a la celeridad o rapidez del proceso. El proceso penal uruguayo, salvo algunas excepciones menores, es escrito, y este resulta ser el medio utilizado para la mayoría de los actos del proceso, lo cual puede darnos una idea aproximativa de su lentitud. No existen a nivel de Fiscalía de Corte estadísticas que permitan aportar números sobre el punto, lo que corrobora la idea generalizada de un proceso abstruso, complejo y agobiante.

Cuando se verifica la intervención judicial por recepción de la noticia criminal, da comienzo el proceso con una etapa inicial que se denomina *presumario*. Esta etapa, que en algún momento se discutió su pertenencia al proceso propiamente dicho, está conformada por un conjunto de actividades encaminadas a la comprobación de los hechos que contenía la noticia criminal, a la adquisición o resguardo de prueba pertinente sobre la misma, viabilizar el juicio de tipicidad de la conducta investigada, y la identidad de su probable autor. La cuestión de su consideración como etapa del proceso ha quedado zanjada por el dictado de la ley 17.773 del año 2004, que modifica el artículo 113 del CPP y establece en el final

de su artículo único la obligación de los jueces de observar la igualdad procesal entre fiscales y defensores *en esta etapa del proceso*.

Esta fase, denominada comúnmente como de instrucción presu-
marial, resulta ser como preceptúa el artículo 114 del CPP, una etapa
durante la cual el protagonista principal es el Juez inquisidor, figura
que adquiere dimensiones insuperables, concentrando el haz de poder
instructivo para el cumplimiento de su función siendo encargado de ello
por la ley. La norma procesal lo inserta conjuntamente en los roles de
director de la encuesta y juez de garantías puesto que no se puede llevar
adelante ninguna actividad instructiva sin su conocimiento y autoriza-
ción.

La noticia criminal que excitará el celo del inquisidor, tiene varias
vías de acceso y su conocimiento le llegará tanto por el conocimiento
personal del asunto (de oficio) por comunicación de la autoridad admi-
nistrativa, por imposición del damnificado o por denuncia del Ministerio
Público.

Acá se marca una diferencia fundamental con el sistema acusatorio.
En el régimen procesal penal uruguayo no es el Fiscal la persona encar-
gada de recibir la noticia criminal. Tampoco tiene la facultad de seleccio-
nar cuáles son los hechos que pueden tener relevancia como para llevarlos
a juicio o iniciar los procedimientos; ni es el encargado de la colección
de la prueba dirigiendo la investigación que le permita organizar el caso
que luego llevará a proceso, sino que es el propio Juez quien recibe por
sí la noticia criminal y resuelve en función de su criterio. Insistimos en
ello, pues esta selección inicial de los hechos con relevancia penal debe-
ría estar reservada, en un proceso de partes, al Ministerio Público en su
condición de actor. El hecho de que la realice el Juez, quien además está
facultado para adoptar las medidas probatorias instrumentales, ordenán-
dolas directamente a la autoridad administrativa como ser detención de
sospechosos, incautación de efectos o documentos, allanamientos, con-
ducción de testigos, etc., en función de su exclusivo criterio, significa

un involucramiento que en alguna manera repercute en el dictado de la sentencia definitiva.

Ese material colectado inicialmente por él, será el que luego llevará a la instrucción que tendrá lugar en la Sede y que en definitiva formará parte de la sentencia. En el momento que detenido, testigos, efectos incautados y víctimas lleguen al Juzgado y sean interrogados, tomará conocimiento el Fiscal, pero ya el Juez hizo previamente la selección sobre cuáles casos ameritan el ejercicio de la acción penal. Esto significa que, en el arranque del proceso penal, quien determina los casos juzgables, no es el titular de la acción sino que ésta le está delineada por la decisión previa del criterio del Juez. Ello no significa que el Fiscal en conocimiento de la comisión de un delito esté impedido de dar noticia de ello al Juzgado, más le estará impedido iniciar cualquier tipo de investigación a espaldas del Juez, ni adoptar ninguna medida de protección de su prueba, si no es a través del juzgado y como consecuencia de la decisión de éste que puede no compartir la solicitud fiscal. Es más, aún cuando al representante del Ministerio Público le llegarán datos de la comisión de un delito, no podrá adoptar ninguna medida ni impartir orden alguna sobre el punto en resguardo de su función acusadora, salvo la de noticiar al Juez que resolverá sobre el punto.

En la vida cotidiana, las cosas están algo más atemperadas. Por resolución de la SCJ en acuerdo con la Fiscalía de Corte, se formalizó un régimen especial para la instrucción de los casos penales acordando un régimen de concurrencia conjunta de las partes, a los turnos penales que se desarrollan normalmente en el Centro de Investigación Criminal, instruyéndose los presumarios de los delitos que se hubieran conocido en ese lapso por los Jueces de Turno, al cual concurre también el Fiscal de turno y su equipo, así como la Defensa. En realidad, esta es una solución a medias y está destinada a facilitar la labor de los jueces, pues no significa un correctivo a esa intromisión en la función seleccionadora que debería estar reservada al titular de la acción penal.

En ese lapso, las partes participan en forma relativamente activa en la instrucción de los casos que se presentaren, teniendo el Fiscal la posibilidad de estar en el desarrollo de los interrogatorios, requerir pruebas y dictaminar en consecuencia, pidiendo procesamiento, archivo o instrucción dilatada del caso, y la Defensa tiene derecho a tomar conocimiento inicial del expediente, salvo resolución de reserva por temor a frustración de prueba, estar presente con su defendido desde los momentos iniciales, así como proponer el diligenciamiento de las pruebas de descargo que considere afines a los intereses de su defendido. La realidad también demuestra que, en la mayoría de los casos y cuando estos son de relativa sencillez o se ha conformado la prueba necesaria, el juicio queda completo en esas 48 horas que transcurren desde la detención del indagado hasta que el dictado de la resolución judicial que se conoce como auto de procesamiento.

No obstante lo que sucede en la realidad, que depende mayormente de la buena voluntad y disposición de las personas que encarnan los roles, en puridad la norma procesal según surge del análisis de los artículos 114 y 116 del CPP, establece que la actuación fiscal en esta etapa se reduce a dar la noticia criminis (en condición no excluyente pues concurre con otros noticiantes) cuando estuviere en su poder, y a la facultad de apelar el auto del juez que no haga lugar a su pedido. La simple lectura de los artículos mencionados no dejan dudas con respecto a la identidad de a quién va dirigido el permiso.

Culminada la etapa de instrucción, verificado el requerimiento de inicio de actuaciones procesales por parte de la fiscalía si se da el caso, y dictado el auto de procesamiento que determina la sujeción procesal penal del imputado, comienza la etapa de sumario. En el mismo, luego de las actuaciones de estilo, se pone la causa de manifiesto. Esto significa la apertura de la misma a prueba, y que ambas partes, fiscal e imputado, tienen el lapso de seis días cada uno para reclamar de la Sede que ordene las pruebas complementarias o las contrapruebas de las que piensan ser-

virse. También la realidad nuevamente nos indica que pocas veces se usa este derecho, corroborando la afirmación sostenida párrafos más arriba relativas al lapso en que se produce la sustancia del juicio.

Transcurrido el término de la prueba, el expediente pasa al fiscal para que este deduzca acusación o pida sobreseimiento por el plazo que le marca la ley. Y es acá donde en función de las pautas de la norma procesal se sostiene que el proceso deviene tributario del principio acusatorio, confiriéndole al Fiscal la facultad excluyente de delinear el objeto del proceso y marcar cuáles hechos quedarán fuera de la pretensión punitiva. Por ello, el relato que formula el Ministerio Público en el libelo acusatorio conforma un muro infranqueable que determina que aquellos hechos dejados al margen de la acción penal no conforman la pretensión punitiva y, por lo tanto, el Juez no podrá incluirlos y modificar la base fáctica de la imputación, so riesgo de invadir la esfera del titular de la acción penal pública. Esta forma de desarrollarse las cosas podría interpretarse como una forma de conferirle la potestad de declinar el ejercicio de la acción por razones de oportunidad o conveniencia, aunque pudiera suceder que en los hechos haya sido el resultado de una inadvertencia si no se fundan adecuadamente las razones del descarte.

El relato de los hechos debe estar acompañado de una referencia circunstanciada de todas las cuestiones que conforman la prueba de cargo que considere configurada en la causa, incluyendo en el relacionado tanto la directa, esto es la que resulte de la confesión del imputado, o la flagrancia, como la indirecta conformada por los indicios que unidos por su número, fuerza y cohesión, conformen la plena prueba habilitante del reproche penal y la destrucción de la presunción de inocencia.

Los medios probatorios que sirven al Fiscal son todos los legalmente admitidos y colectados con supervisión del Juez. Normalmente refieren a las declaraciones del imputado, los aportes testimoniales, las declaraciones de las víctimas y damnificados, las pruebas documentales, las inspecciones judiciales, las diligencias de reconstrucción de los hechos,

los careos entre los involucrados y los testigos, las pericias técnicas de diversas naturaleza, las vigilancias electrónicas y los informes registrales. En su mayoría resultan ser los mismos que se habían logrado en la fase inicial, salvo las cuestiones periciales que normalmente se van incorporando gradualmente a la causa o las documentales que generalmente se suelen agregar en la etapa de ampliación probatoria, momento propicio para el ofrecimiento de testimonios que no se tuvieron conocimiento al momento de desencadenarse la intervención penal, o cualquier otra prueba tardíamente conocida.

En una visión garantista y justa, la prueba debe ser sólida y concluyente. Debe además contar con la vigilancia de la Defensa en su cumplimiento, quien la cohonestará con su presencia cuando no la contradiga o logre conformar la contraprueba o prueba de descargo.

La acusación fiscal debe contener, además, la identificación precisa del autor de los hechos, relatando todas las circunstancias necesarias para que no se alberguen dudas en cuanto a su identidad (nombre, domicilio, estado civil, documento identificatorio, filiación, ocupación, etc.).

Asimismo, es menester que se haga el razonamiento de las circunstancias que han permitido llegar a la conclusión que estamos en presencia del injusto total, esto es conducta típica y antijurídica en el proceder del encausado. Junto con el análisis del tipo objetivo imputado, y la expresión de las razones por las cuales considera que el individuo las ha cumplido todas, deberá analizarse la base de la imputación subjetiva, formulando un detallado análisis de las razones por las cuales considera que el individuo tenía posibilidades de conocer el carácter ilícito de sus actos y de determinarse según su verdadera apreciación. La calificación jurídica deberá ser acompañada por el relato de las circunstancias concurrentes que modifican la pena: esto es el relato minucioso de las agravantes específicas y genéricas que concurren en la especie y las atenuantes que minoran su responsabilidad.

Por último, deberá hacerse la invocación de las normas aplicables al *cassus* y se formulará el petitorio de condena concreta. Este pedido de imposición de pena marca el límite máximo de la condena que el Juez podrá imponer en el fallo. Límite que no podrá sobrepasar bajo riesgo de considerarse a la pena impuesta ilegal por ser ultrapetita. Nada impide que el Juez en función de las emergencias de autos, rebaje la pena imponiendo en definitiva una menor, que seguramente tendrá en cuenta al techo que marca la solicitud fiscal y es el error manifiesto sufrido por el Fiscal al momento de reclamar la condena. Ese error tiene características especiales, marcados por la ley, y refieren a su condición de grueso e inexcusable, de manera tal que si el acusador lo hubiera advertido lo modificaría en forma inmediata. No puede referirse a cuestiones opinables o debatidas doctrinaria o jurisprudencialmente, de forma tal que no exista una única posición sobre el punto, pues en ese caso estaríamos simplemente frente a una toma de decisión en la discusión doctrinaria, la expresión de la postura personal del persecutor, circunstancia que no conforma un caso de error enervante y que lo coloca en situación de haber pedido una pena ilegal que habilita al Juez modificarla en su límite máximo.

El Fiscal debe darle a la acusación la forma que viene de verse y que está legalmente indicada en el artículo 239 del CPP. De no hacerse en la forma preceptuada, el Juez podrá rechazarla de oficio o la Defensa procurar su nulidad, pues podría traer aparejada una disminución de las garantías del imputado.

Durante el transcurso del proceso, si el imputado se hallare cautelarmente privado de su libertad, la defensa puede promover el denominado incidente excarcelatorio para que su defendido espere la sentencia en libertad. Para ello, es menester que se verifiquen una serie de requisitos relativos al tiempo, a que la instrucción se encuentre completa, a que no exista peligro de fuga o frustración de las eventuales pruebas pendientes, o que no obstaculizará la acción de la justicia. Todo ello, y además consi-

derando la existencia o no de antecedentes penales, y en caso afirmativo la cantidad y calidad de los mismos. Pero por sobre todas las cosas, el delito por el cual se le está juzgando debe tener un reproche mínimo de prisión, pues en caso contrario el mismo deviene inexcusable.

De la solicitud de la defensa, deberá darse traslado al Ministerio Público, quien en el plazo exiguo de 72 horas deberá pronunciarse por la negativa o afirmativa de la solicitud de la defensa, pudiéndose ampliar dicho plazo en casos de complejidad seria. La razón de que el incidente excarcelatorio se dilige en un breve plazo radica en la comprensión de la lógica y humana urgencia que ocasiona en la persona del imputado, la posibilidad de obtener este beneficio, que lo libere provisionalmente de esa aterradora realidad del mundo carcelario. No obstante, jugarán en la decisión final, además, razones de defensa social, que operarán como contrapesos en la decisión y que poco tienen que ver con los derechos del justiciable y mucho de preocupación proveniente de la alarmante sensación de inseguridad ciudadana.

En este punto nos encontramos con otro bolsón de injusticia, que proviene del hecho de que la decisión sobre el punto no es general, objetivamente tasada, ni predecible. Y ello deriva de esa particular forma de estructuración del Ministerio Público, que en este como en tantos otros puntos, da tantas respuestas como Fiscales del fuero penal existan. No existen criterios unificadores ni políticas coordinadas que permitan establecer cuál será el lapso promedio que se considera necesario para asegurar el fin que se propone la sujeción procesal penal, esto es la duración de la medida cautelar, ni tampoco se puede esperar que todas las situaciones se resuelvan de la misma manera, aplicando los mismos parámetros, aún siendo idéntica la base que provoca la resolución.

Inciden particularmente en la consideración de los tiempos, el delito que motivara la causa y sus circunstancias, los delitos que el justiciable haya cometido en el pasado y si ellos conforman la condición de reiterante o de reincidente. De esa manera se forma un entramado de tal

complejidad que, salvo honrosas excepciones, quien ha delinquido una vez, está determinado a formar parte de la realidad carcelaria en forma fatal y cada vez le resultará más difícil el proceso de reinserción social y el ejercicio del derecho a la readaptación social y su acceso al proceso productivo formal.

Lamentablemente la idea de la selectividad del sistema penal ha cobrado nueva y vigorosa fuerza y cada vez que un individuo cae en dicha red, ésta logra retenerlo por más tiempo hasta que las sucesivas causas lo encarcelan sin solución de continuidad. La obtención de la libertad, como derecho humano inalienable, debe ser sostenida sobre el diseño de una política de seguimiento institucional efectiva que le proporcione al delincuente pautas de educación y trabajo digno, pues en caso contrario nunca resultará funcional al apartamiento del individuo de la subcultura de pertenencia (tan alejada de la cultura central) y del delito mismo.

La oposición fiscal al pedido de libertad no obliga al Juez. Este puede hacer lugar a la misma, dictando la libertad contra vista, lo que le abre al fiscal la posibilidad de recurrir dicha decisión. Lo mismo sucede con la Defensa, en cuanto a las negativas. Lo corriente es que éste no la recurra y espere un tiempo prudencial e intente un nuevo incidente excarcelatorio, lo que le podría evitar el dilatado proceso de la segunda instancia en el incidente que dilate más aún la posibilidad del justiciable de obtener su excarcelación.

Tanto como cuando se le da traslado para abrir el plenario, como en cualquier otro estado de la causa, puede el Fiscal solicitar el sobreseimiento del imputado. Ello se hará en mérito a lo que surge de los artículos 235 y ss del CPP. Las causales que ameritan un pedido de sobreseimiento son varias y están legalmente previstas. Refieren a la constatación de que el hecho no tiene las condiciones de típico y antijurídico; a que no exista plena prueba de que ha sido cometido por el imputado o de su participación; o que exista una causa de justificación que enerva la antijuridicidad de la conducta; o una de impunidad, que permite al

Juez no imponer castigo u otra causal extintiva del delito o de la acción. También reconoce la norma dentro de ellas, la circunstancia de que existe prueba inversa, esto es, prueba de la no participación del imputado en el delito que informa la causa.

Cuando el Fiscal solicita el sobreseimiento del encausado también opera una fuerte limitación a los poderes del Juez, pues la norma adjetiva señala que éste lo debe decretar sin más trámite, en fallo fundado únicamente en la solicitud fiscal. La consecuencia es el cierre definitivo e irrevocable de la causa. Esta es una herramienta poderosísima y peligrosa que debería tener límites, o por lo menos ser pasible de revisión para preservar la indemnidad del sistema y aventar cualquier tipo de sospecha o suspicacia.

De ese modo, conjuntamente con la facultad de formular el pedido de sobreseimiento, la disponibilidad de la acción, resultan ser puntos de particular atención e interés en el proceso de reforma del actual sistema procesal penal, pues esa poderosa facultad que tiene el fiscal, colidiría con la del Fiscal General que sería el autorizado para impartir esa orden en forma coordinada para otros casos similares, de imponerse un sistema de modelo acusatorio.

De la acusación que formule el Ministerio Público, se conferirá traslado a la defensa. Esta lo deberá evacuar en el plazo legalmente establecido y tiene la posibilidad de reclamar un nuevo periodo probatorio, ofreciendo la que estime del caso. En esta oportunidad el Fiscal también podrá solicitar pruebas, pero únicamente cuando la Defensa haga uso de ese derecho que le confiere la norma. Si esta contesta la acusación y no pide nuevas pruebas no podrá el Fiscal a su vez solicitarlas. Como se aprecia con lo antedicho, en esta etapa del juicio, las partes están bastante equilibradas con un ligero privilegio a favor del imputado, y participan en forma alternativa en el impulso procesal.

Tanto el Fiscal como la Defensa, tienen la posibilidad de recurrir las decisiones tomadas por el Juez durante la tramitación de la causa. Según la naturaleza de las mismas, esto es de mero trámite, interlocutorias o definitivas, tienen una forma de recurso especial legalmente previsto, siendo también diferentes las formas de intervención del Ministerio Público en cada uno de esos casos.

Así, las sentencias de mero trámite solo son pasibles del recurso de reposición que no se sustancia, esto es, que el Juez decide sobre el mismo sin tener en cuenta la opinión del MP.

En el caso de las sentencias interlocutorias, se deberán atacar con la interposición conjunta de los de reposición y apelación o nulidad si correspondiera. La facultad de recurrir está otorgada a ambas partes por igual, se interpondrán en los plazos legales, expresando los agravios y motivos de recurrencia. El Juez recibe la impugnación y dará vista a la contraparte, quien tiene un tiempo similar para controvertir los agravios o concordar con ellos, formulando ambos la impetración al Superior llamado a intervenir. La reposición le brinda al Juez la posibilidad de enmendar su posición si la estima del caso, evitando la instancia ante el Superior. En caso contrario, mantiene y eleva para resolución.

En el caso de sentencias definitivas, la modalidad es algo diversa y está contenida en el artículo 253 del CPP, cuya simple lectura da una idea bastante acabada de la forma que opera el sistema en lo cotidiano. Dentro del tercer día de notificada la definitiva, Fiscal y Defensa tienen derecho a abrir la vía recursiva, simplemente anunciándola. Del anuncio se da traslado a la contraparte, para la eventual adhesión. Luego el Juez manda expresar agravios por su orden. Contestados los agravios, el caso vuelve al magistrado, quien podrá defender su posición en forma fundada, elevando al superior como está dispuesto.

Puede suceder en los hechos que los recursos interpuestos por la defensa contengan defectos formales o sustanciales, lo que ameritaría su

rechazo liminar o la posibilidad de declararlo desistido por falta de sustancia o fundamento. En ocasiones puede suceder que las defensas no expresen sus agravios o lo hagan en forma incorrecta. La línea jurisprudencial marca que, en general, impuestos de la concepción garantista que representa la conformación de una segunda instancia de revisión orientada a dar mayores oportunidades al justiciable, siendo que la vía de revisión está estructura en su favor, de forma tal que no puede salir perjudicado de ella imponiéndole un castigo mayor que el recibido, se suele descender el umbral de exigencia para que la garantía cumpla con su cometido. Aunque en el derecho patrio no existe la regla del precedente obligatorio, los criterios jurisprudenciales, aún inorgánicos, han seguido esta línea de pensamiento y se admite la recurrencia aun cuando adolezca de vicios que en puridad la invalidarían.

El Fiscal penal también interviene en el recurso de casación que se sustancia ante la Suprema Corte de Justicia, con la finalidad de revisar en el fondo y en la forma las infracciones de derecho que eventualmente hubiera cometido el Tribunal de Apelaciones, en el dictado de la sentencia pertinente. Ello es sin perjuicio de la facultad del Fiscal de Corte, consagrada en el artículo 277 del CPP, de desistir del recurso cuando este fuere entablado por el Ministerio Público. Seguramente este es un resquicio que fisura la independencia técnica.

4. Estatuto de los Fiscales

Los Fiscales son magistrados que tienen diseñada una carrera dentro del Ministerio Público y que están asimilados al estatuto de la Magistratura del Poder Judicial a todos los efectos.

Aún cuando su ingreso se verifica a propuesta del Poder Ejecutivo, requieren en su designación la venia del Poder Legislativo, dándose así un control extra poder, sobre la idoneidad y aptitud del candidato.

Existe un régimen de subrogación entre pares, instrumentado para los casos en los cuales los fiscales no puedan hacerse cargo de sus despachos.

Duran en el cargo todo el tiempo de su buen comportamiento, pudiendo ser destituidos en razón de ineptitud, omisión o delito. Vacan necesariamente por mandato constitucional al cumplir setenta años de edad.

5. Impedimento, recusación u abstención

Como se viera *ut supra* los Fiscales cuando actúan en calidad de parte no son recusables. Cuando no tienen dicha calidad si lo son y por las mismas causales de recusación que rigen para los jueces.

Durante el conocimiento de las causas que ingresan en el ámbito de su competencia, los Fiscales pueden encontrar circunstancias que aconsejan su apartamiento del caso concreto. En esos casos, invocando razones de delicadeza y decoro, solicitan el uso del derecho de abstención al Fiscal de Corte en forma reservada, quien lo dispone y comunica al Juez de la causa, así como la designación del subrogante.

6. Conclusiones

El proceso penal uruguayo necesita un cambio radical y profundo. Las razones de urgencia son evidentes. Se trata de un proceso, lento, inoperante, independientemente de la diligencia y empeño que pongan sus operadores e injusto.

El Ministerio Público en materia penal tiene un rol que no condice con el que le confiere la más moderna y garantista doctrina procesal y que, por otra parte, es el que impera en la mayoría de los códigos procesales modernos. Hay resabios de sistema perimidos que requieren una mirada renovadora y que asegure el ideal de justicia, con la estructuración

de un sistema de partes en el que el acusador realice y dirija la tarea de investigador que se involucra en la colección de la prueba, con la intervención de un Juez de garantías, y que conforma su caso para someterlo a juicio de un tercero imparcial, en el cual entablará el contradictorio con la Defensa del justiciable en igualdad de condiciones.

El Ministerio Público uruguayo está llamado a ejercer la pretensión punitiva del Estado, el más duro de los ejercicios que representa el derecho de castigar, debiendo emprender la tarea sin tener herramientas para ello, resultando su rol acotado por los poderes inquisitivos conferidos a los Jueces, que le quitan sustancia y lo alejan del ideal procesal del modelo acusatorio que es por ahora, una utopía.

Existe una Comisión de Reforma del Código del Proceso Penal, creada por ley, que está haciendo ingentes esfuerzos por redactar un modelo que siga esas pautas y se adapte a la realidad nacional. Que revierta las numerosas injusticias del sistema actual, dándole a los actores los contornos de sus perfiles propios y dotando a las estructuras procesales de las mayores garantías que merecen los seres humanos, aún cuando hayan incurrido en la comisión de un delito.

No obstante ello, la solución a este modelo anticuado e inoperante, dependerá de la voluntad política y de la obtención de los medios económicos que reclama su implantación.

PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Diego Camaño Viera

1. Introducción

Analizar la prisión preventiva a la luz de los estándares internacionales implica una labor de confrontación entre el marco legal y la práctica judicial de un Estado, por un lado, y la normativa y práctica internacional, por el otro. En pocas palabras, la tarea consiste en verificar el grado de cumplimiento del derecho internacional por parte de las autoridades domésticas.

Para ello resulta necesario, como punto de partida, establecer el valor que debe asignarse al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en la jurisdicción local. Actualmente no puede dudarse que el DIDH ocupa una posición preeminente en relación al derecho doméstico. El artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es meridianamente claro en establecer que *un Estado no puede ampararse en su derecho interno para dejar de cumplir con lo dispuesto en un tratado*; regla a la que hay que sumar la que impone cumplir los tratados de buena fe (*pacta sunt servanda*, artículo 26 de la referida Convención).

A su vez, los tratados sobre derechos humanos presentan características propias que los distinguen de los demás instrumentos convencionales de derecho internacional. En especial, cabe señalar que —como surge de una antigua y recurrentemente citada Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación a la Convención contra el Genoci-

dio⁶⁸ - al firmar este tipo de tratados, *los Estados asumen obligaciones unilaterales de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción*. Por esta razón, un Estado no puede dejar de cumplir un tratado sobre derechos humanos bajo el argumento –aceptable en el derecho internacional general- de que otro Estado parte ha incumplido⁶⁹. Al ratificar un tratado sobre derechos humanos, el Estado se obliga a hacer cumplir sus disposiciones en relación a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, sin excepción de especie alguna⁷⁰. Por lo tanto, las disposiciones convencionales que establecen derechos o aseguran una protección superior del individuo en relación a la prevista por el derecho interno, son directamente aplicables en la jurisdicción doméstica.

Cuando el tratado en cuestión, además de versar sobre derechos humanos, contempla la existencia de organismos de supervisión de su cumplimiento, entonces el Estado tiene la *opción adicional* de formar parte de ese sistema de supervisión. Si decide adherir a dicho sistema, sus obligaciones de derecho internacional son más intensas y específicas, puesto que implican la asunción de aplicar en el fuero interno las referidas normas internacionales *con el alcance conferido por los órganos de supervisión del tratado*⁷¹. *Esto constituye una autolimitación del poder estatal en relación a la interpretación de las disposiciones del tratado: si el Estado acepta someterse a la*

68 Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre “Reservas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” de 28/5/51. En el mismo sentido, se pronunció la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 2/82 de 24/9/82.

69 Solución expresamente contemplada para los “tratados de carácter humanitario” en el art.60.5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

70 DULITZKY, Ariel E.: “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p.37. CELS – Ed. del Puerto, Bs. As., 1997; PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*, p.60. Ed. del Puerto, Bs. As., 1997.

71 En 1992 la Corte Suprema de la República Argentina reconoció expresamente este punto en el histórico fallo “Ekmekdjian” al afirmar que en toda cuestión referida a la aplicación de un tratado se debe seguir la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlo, destacando además la necesidad de que las decisiones de los tribunales tomen en cuenta la eventual responsabilidad internacional del Estado.

jurisdicción de los organismos de supervisión, entonces debe respetar las interpretaciones que realicen los órganos competentes para delimitar los alcances de las obligaciones convencionales. En otras palabras, al formar parte de un sistema de supervisión, el Estado acepta la validez de los estándares que desarrollen los órganos competentes del referido sistema.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un tratado de estas características. El Uruguay no solamente lo ha ratificado sino que además ha reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos⁷², organismos que conforman el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Sin embargo, estas claras manifestaciones de compromiso con los derechos humanos ante la comunidad internacional no se han traducido en un respeto hacia sus normas en el ámbito interno. De este modo, se presenta una dicotomía entre la conducta internacional del Estado y su comportamiento en el plano doméstico. Si en su conducta procesal el Estado no aplica los tratados sobre derechos humanos ratificados, este hecho da lugar a responsabilidad internacional.

Esto es lo que sucede, justamente, en materia de prisión preventiva, ya que tanto en el plano legislativo como jurisdiccional, el Estado uruguayo no ha adecuado sus prácticas a los requerimientos de los estándares internacionales, comprometiendo así su responsabilidad bajo el derecho internacional.

2. La prisión preventiva en el plano doméstico

En la práctica jurisdiccional uruguaya la prisión preventiva es la regla general. La mayor parte de las veces, su imposición se justifica en

72 Ley 15.737, arts.15 y 16.

los guarismos punitivos previstos en la ley⁷³. A ello se suma el artículo 27 de la Carta⁷⁴, interpretado en forma monolítica por la jurisprudencia como un obstáculo –nada menos que de rango constitucional- para la concesión de la excarcelación, para todos aquellos casos en que sea *presumible* la imposición de una pena de penitenciaría⁷⁵. Esto quiere decir que tanto para los procesos por delitos con penas de al menos dos años de privación de libertad, como para cualquier caso en que se presuma que recaerá pena de penitenciaría, la norma constitucional funcionaría como un obstáculo para la excarcelación (y por lo tanto, la prisión preventiva sería *preceptiva* en estos casos).

Por esta razón, en el lenguaje forense es frecuente el uso de la expresión “pena obstativa” para referir a la eventual pena de penitenciaría, que impediría la excarcelación. Dado que prácticamente la totalidad de los delitos vigentes contienen penas máximas de penitenciaría, en los hechos, los jueces gozan de una amplia discrecionalidad para imponer la prisión preventiva e incluso impedir la excarcelación durante todo el proceso, acudiendo al simple anuncio de “pena obstativa”. De este modo, si las “circunstancias del caso” lo ameritan, el juez puede imponer la prisión preventiva con carácter *preceptivo*. Se trata de una decisión potestativa y enteramente discrecional, ya que no existen criterios jurídicos que establezcan qué circunstancias deben tomarse en cuenta como justificación de tal pronóstico (así, el juez o el fiscal suelen basarse en circunstancias tan disímiles e inverificables como la “gravedad” del delito, la “alarma social” o la “peligrosidad” del imputado, aunque en gran cantidad de casos ni siquiera se explicitan las razones en que se basa el anuncio). En definitiva, según esta interpretación, en el Uruguay sería posible impedir

73 En Uruguay se entiende –erróneamente (ver Cap.IV.1.)- que todos los delitos con pena mínima de al menos dos años de penitenciaría son inexcusables.

74 “En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley”.

75 Código Penal, art.68 inc.1: “La pena de penitenciaría durará de dos a treinta años”.

la obtención de la libertad hasta la finalización del proceso en cualquier causa, bastando con el simple “pronóstico de pena obstativa”.

A esto hay que sumarle el hecho de que si el individuo es reincidente o tiene otra causa en trámite, la propia ley establece la prisión preventiva *preceptiva*⁷⁶.

Por otro lado, dado que la legislación uruguaya no establece plazos máximos de duración del encarcelamiento preventivo, el marco legal no contiene referencia alguna para determinar cuándo la prisión preventiva ha alcanzado –o sobrepasado– el límite temporal del “plazo razonable”. De este modo, se considera que la normativa internacional sobre “plazo razonable” es de carácter programático, sin que hayan tenido aplicación los estándares desarrollados por el sistema interamericano para limitar el uso y la duración del encarcelamiento cautelar.

El cuadro que acabamos de presentar es desalentador. La Constitución contendría una norma impeditiva de la libertad provisional para aquellos casos en que se estime recaerá pena de penitenciaría, los jueces utilizan el instituto del encarcelamiento preventivo con amplísima discrecionalidad y la ley limita las posibilidad de excarcelación en gran cantidad de casos. A todo ello debe sumarse la desaplicación de los estándares internacionales sobre prisión preventiva en la jurisdicción doméstica.

Estas condiciones funcionan como caldo de cultivo para las irregulares pulsiones represivas del legislador, que de tanto en tanto se ve seducido a calmar los reclamos de mayor seguridad ciudadana, mediante el fácil expediente del incremento de las penas mínimas para ciertos delitos, tornándolos “inexcarcelables”⁷⁷.

76 Ley 16.058 art.1 inc.2: “... el Juez decretará la prisión preventiva, en todos los casos, si se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite”.

77 Un buen ejemplo es la ley 17.243 del año 2000 cuyos arts.64 y 67 incrementaron a dos años las penas mínimas para los casos de tentativa de rapiña y de violación. La ley 17.897 de 2005 derogó ambas modificaciones.

Finalmente, cabe señalar que la utilización indiscriminada de la prisión preventiva es una de las principales causas de la explosiva situación carcelaria. Un reciente Informe de Naciones Unidas afirma que los niveles de superpoblación rondan el 150%, alcanzando en el COMCAR niveles superiores al 200%, establecimiento en el cual la cifra de presos sin condena representa al 65% de los reclusos⁷⁸. Entre los múltiples factores que inciden en esta crítica situación carcelaria se señalan “la falta de sentencias sin prisión para ciertas categorías de delincuentes”, “la importancia de penas alternativas al encarcelamiento” y “la lentitud que caracteriza al procedimiento judicial”. El Informe exhorta al Poder Judicial a involucrarse “en estructuras que monitoreen tanto el número como las condiciones de los reclusos y que las preocupaciones que surjan de parte de la administración de las cárceles en relación a la superpoblación y las malas condiciones de reclusión bajo las cuales se mantiene a los reclusos sean tomadas en consideración por el Poder Judicial”. Más aún, el Informe afirma que la “reducción de la superpoblación carcelaria (...) debe apoyarse en una respuesta estratégica de parte de los grupos de interés y una gran cooperación a través de todos los sectores del Sistema Judicial”⁷⁹. La Misión concluye recomendando “la formación de una estructura que incluya a los representantes del Sistema Judicial, la administración de cárceles y otros entes relevantes de la justicia penal, para monitorear el tamaño de la población carcelaria, la proporción de los reclusos que esperan un juicio, así como las condiciones en que se mantiene a los reclusos”⁸⁰.

78 Informe de la Misión de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) de Junio de 2007, p.6.

79 Informe ONUDD, pp.7 y 8.

80 Informe ONUDD, p.30.

3. La prisión preventiva en el plano internacional

Muy distinto es el panorama cuando uno mira la cuestión desde el derecho internacional. La CADH tiene claras disposiciones que, por una parte, prohíben todo encarcelamiento arbitrario o ilegal, y por otra, establecen la aplicación del estándar del “plazo razonable” para la duración del encarcelamiento preventivo. Con esta base, la jurisprudencia interamericana ha sido meridianamente clara –y reiterativa- en establecer que la prisión preventiva sólo puede ser utilizada excepcionalmente y jamás como regla general⁸¹. Su aplicación debe ser ponderada por el juez en cada caso concreto y su procedencia no puede ser presumida con carácter general, por más que dicha presunción tenga origen en una ley⁸². Ha establecido además que –de tanto en tanto- los jueces están obligados a revisar los supuestos que ameritaron su imposición y que la prisión preventiva sólo puede funcionar como una medida cautelar, tendiente a prevenir la obstaculización de la justicia y a preservar la integridad de la prueba, estando vedada su utilización como pena anticipada⁸³. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se aplica la medida⁸⁴. En un pronunciamiento reciente contra el Uruguay, el sistema interamericano ha sumado a estos conceptos el requisito de que la duración de la prisión preventiva debe ser inversamente proporcional –y nunca equivalente- a la eventual pena⁸⁵.

En síntesis, la jurisprudencia interamericana asume que todos los delitos son excarcelables y que únicamente el juez es competente para resolver sobre la procedencia de su imposición así como sobre su mante-

81 CtIDH fallo *López Alvarez* de 24/6/06, párr.67, con cita de los casos *Palamara Iribarne* de 22/11/05, *Acosta Calderón* de 24/6/05 y *Tibi* de 7/9/04.

82 CtIDH fallo *López Alvarez*, párr.68.

83 CtIDH fallo *López Alvarez*, párr.69, con cita de los casos *Palamara Iribarne*, *Acosta Calderón*, *Tibi*, *García Asto* y *Ramírez Rojas* de 25/11/05 y *Suárez Rosero* de 12/11/97.

84 CtIDH fallo *Acosta Calderón*, párr.75.

85 CIDH Informe 35/07, párr.56.

nimiento, que no puede ser indefinido ni equiparable a la eventual pena a recaer. De lo contrario, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada, vulnerando la presunción de inocencia. A esta violación cabe sumarle además la de la violación a la garantía del juicio previo, ya que la imposición del castigo estatal sólo puede ser la consecuencia final de una sentencia firme de condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

Como puede apreciarse, en el terreno internacional, las “reglas de juego” son muy distintas a las que los jueces aplican diariamente en el ámbito doméstico.

4. La falta de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

La pregunta que surge evidente es *por qué los jueces no aplican el DIDH*, toda vez que este es más favorable a los derechos del imputado, optando en cambio por dar primacía al derecho interno, sin considerar que de este modo se incurre en una violación (que actualmente es sistemática) de los derechos de los detenidos, comprometiendo la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional. De este modo, se plantea la cuestión de la *desobediencia de los jueces al derecho internacional*.

En este sentido, no es un dato menor que –más allá de los aspectos jurídicos- la utilización indiscriminada de la prisión preventiva se encuentra tan arraigada que forma parte de nuestra *cultura judicial*. Por lo tanto, el cambio en las prácticas punitivas que el derecho internacional reclama, implica -en buena medida- un *cambio cultural* (que no solamente involucra a fiscales y jueces sino también a los propios abogados y por supuesto a los legisladores y al público en general). Como puede observarse, el desafío es de enorme magnitud, ya que consiste nada menos que en erradicar prácticas punitivas fuertemente arraigadas en la cultura jurídica, política y social.

A continuación me limitaré a rebatir los supuestos obstáculos jurídicos que se esgrimen en el plano doméstico para la aplicación del derecho internacional. Una vez sorteados los “obstáculos”, ya no quedará lugar para desobedecer al derecho internacional, al menos desde el punto de vista jurídico.

4.1. El “obstáculo” constitucional

Como hemos señalado, un argumento de uso frecuente entre nuestros jueces y fiscales consiste en señalar que el artículo 27 de la Constitución contiene una prohibición constitucional de excarcelar delitos cuya pena mínima sea de penitenciaría.

El argumento es tan frecuente como erróneo, puesto que el artículo 27 no establece una prohibición a texto expreso, sino que la misma es producto de una interpretación *a contrario* del texto constitucional. En efecto, el artículo 27 solamente establece una *facultad* de excarcelar cuando sea presumible la aplicación de una pena de prisión, pero *no prohíbe expresamente la excarcelación en los demás casos*.

La interpretación judicial unánime “soslaya totalmente que las prohibiciones, en tanto limitaciones a la libertad personal, no pueden ser *inferidas* sino que sólo pueden surgir de un *texto expreso* que no existe en la especie, por lo que no hay contradicción alguna entre la letra constitucional y el derecho internacional. Y sabido es que en caso de duda sobre la preeminencia de la normativa internacional en relación con la constitucional, debe tenerse presente la regla de la *primacía de la norma más favorable*, pues el derecho internacional de los derechos humanos no es una restricción sino, por el contrario, una ampliación de la protección constitucional”⁸⁶.

86 CAMAÑO VIERA, Diego: “La falta de reconocimiento de los estándares internacionales sobre prisión preventiva en la justicia uruguaya”, *Anuario de Derechos Humanos*, p.90. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2007. Accesible en www.anuariocdh.uchile.cl/. Para un análisis más amplio de las exigencias del derecho inter-

Por otra parte, la jurisprudencia no ha prestado atención a la calificada doctrina constitucional que se ha pronunciado en el mismo sentido. Así RISSO, luego de reconocer que la garantía del “plazo razonable” de la CADH es un derecho fundamental de rango constitucional al amparo del artículo 72, afirma que la interpretación a contrario del artículo 27:

“significaría que por esa vía se extraería una excepción a un principio general de libertad, y para esto se requiere de texto expreso que no existe en la especie. En síntesis, *la interpretación a contrario del artículo 27 no puede ser admitida ya que se estaría indebidamente limitando el principio general de libertad*. Distinto sería que la Carta expresamente dijera que no se puede poner en libertad al acusado cuando puede recaer pena de penitenciaría, pero *la Constitución no dice esto*”⁸⁷.

Tampoco se ha advertido que de esta manera se destruye el principio de inocencia, también de rango constitucional. En efecto, el artículo 12 de la Carta establece:

“Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

Con la tajante expresión “nadie” resulta por demás claro que *en ningún caso* puede imponerse una pena -o cualquier forma de confinamiento- si antes no tuvo lugar un debido proceso legal, es decir, un enjuiciamiento –con todas las garantías- que haya finalizado con una sentencia firme de condena. Por lo tanto, de admitirse la interpretación dominante del artículo 27, el mismo sería contradictorio con el 12 de la Carta, que garantiza el principio de inocencia, mediante la prohibición de la imposición de cualquier forma de castigo estatal en forma anticipada a la existencia de una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa

nacional en relación a la práctica de la prisión preventiva en Uruguay, puede consultarse “Límites normativos a la duración de la prisión preventiva”, *Revista de Derecho Penal* N°16, pp.345 a 369. FCU, Montevideo, 2006.

87 RISSO, Martín: *Derecho Constitucional. T.I*, pp.579 y 580. FCU, Montevideo, 2005 (destacado nuestro).

juzgada. Tal como veremos más adelante, la categoría de los llamados “delitos inexcarcelables” es incompatible con el principio de inocencia. Sin embargo, hasta el momento la jurisprudencia no ha advertido que la interpretación del artículo 27 como obstáculo a la excarcelación contradice abiertamente el principio de inocencia, también de rango constitucional (artículo 12).

Por el contrario, nuestra jurisprudencia afirma que en los casos de delitos con penas mínimas superiores a los dos años la prisión preventiva es *obligatoria*. Lo mismo sucedería en los delitos con pena mínima de prisión pero máximo de penitenciaría, cuando sea “presumible” que se aplicará esta última pena, dado que -como hemos visto- el artículo 27 de la Constitución remite a un pronóstico de pena “obstativa” a la excarcelación. Como puede apreciarse, en esta interpretación, al expedirse sobre la excarcelación *el juez estaría obligado a prejuzgar sobre la pena a recaer*. Esta consecuencia resulta inaceptable, dado que ninguna norma (legal o constitucional) puede obligar al juez a prejuzgar (es decir, a incurrir en una causal de recusación). Es absurdo sostener que la ley o la propia Constitución impongan al juez la violación del ordenamiento jurídico. De ser así, al momento de decidir la excarcelación, el juez estaría obligado a quebrantar su deber funcional de imparcialidad, mediante la formulación de un pronóstico sobre la pena que impondrá en el caso concreto.

Otra consecuencia de esta postura es que se acepta que la prisión preventiva sea *preceptiva* siempre que se pronostique la aplicación de una pena de penitenciaría (sea porque la ley establezca tal pena o porque el juez pronostique su futura imposición)⁸⁸, desvirtuando así la naturaleza

88 Antes de la aprobación de la Convención Americana, ABAL sostuvo la posición de que el art.27 Constitución implica una presunción absoluta de peligro procesal que amerita la imposición de prisión preventiva en todos los casos de eventual imposición de pena de penitenciaría. Si bien por un lado reconoce que para la apreciación del peligro “no pueden establecerse reglas generales”, acto seguido afirma que la ley presume el peligro cuando la eventual pena sea de penitenciaría. Con ello se admite que la ley establezca una presunción absoluta de peligro procesal, por el sólo hecho de imponer una pena severa (es decir, por una razón –la pena- totalmente ajena a la valoración pro-

cautelar y por tanto excepcional de la prisión preventiva, afirmada firmemente en el sistema interamericano.

Calificada doctrina procesalista ha impugnado la categoría de los llamados “delitos inexcrcelables”. En este sentido, MAIER sostiene:

“De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él *no puede ser regulado como obligatorio* (...) es el caso de los *delitos no excrcelables* (...) Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una “pena” antes de la sentencia y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada”⁸⁹.

Aún más incisivamente, BOVINO impugna la inexcrcelabilidad de ciertos delitos desde el principio de inocencia, denunciando además la intromisión del legislador en cuestiones de naturaleza jurisdiccional:

“Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados “delitos no excrcelables” resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la inexistencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones exclusivamente judiciales (...) Frente a tal situación, es

cesal sobre el peligro). El autor no fundamenta cual es la norma que permite fundar la supuesta presunción absoluta, que no está prevista a texto expreso en la Constitución ni en la ley. Tampoco pondera el derecho a la libertad personal, el principio de inocencia, el deber de imparcialidad y la proscripción de penas anticipadas, todas garantías de rango constitucional (ABAL, Alejandro: Medidas cautelares sobre la libertad del imputado, pp.114 a 116. Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1977).

89 MAIER: *Derecho procesal pena. T.I. Fundamentos*, p.525. Editores del Puerto, Bs.As., 1996. También PASTOR considera que en estos casos “la prisión preventiva funciona como pena anticipada”, sin cumplir fin procesal alguno (PASTOR, Daniel R.: “El encarcelamiento preventivo” en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, p.55. AAVV, Editores del Puerto, Bs. As., 1993).

obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro {procesal} en el caso sometido a su decisión”⁹⁰.

En definitiva, la prisión preventiva no puede ser supuesta, ni siquiera por la ley, dado que ello implicaría desvirtuar la función jurisdiccional, que está llamada a cumplir un rol de ponderación entre los distintos derechos e intereses en juego (en especial, el derecho a la libertad personal y el interés en la efectividad de la persecución penal) antes de decidir si en el caso concreto procede imponer o mantener el encarcelamiento preventivo.

El artículo 27 de la Carta debe compatibilizarse con el artículo 12, el 72 y las normas de la CADH en las interpretaciones dadas por la Comisión y la Corte Interamericana, en tanto organismos reconocidos por el Estado uruguayo para establecer el alcance de la Convención. Resulta ilegítimo defender la interpretación que *hace surgir una prohibición de excarcelación de un texto que no la establece* en forma expresa. Máxime, teniendo en cuenta que mediante esa interpretación se destruye el principio de inocencia, se sacrifica el derecho a la libertad personal y se estrangula la garantía del juicio previo.

4.2. La indefinición temporal de la prisión preventiva como obstáculo.

En relación ya no a su imposición sino a su mantenimiento, la jurisprudencia local ha afirmado en diversos fallos que la falta de una ley interna que establezca un plazo fijo para la duración de la prisión preventiva constituye un obstáculo para establecer en qué momento la duración del encarcelamiento deja de ser “razonable”⁹¹.

90 BOVINO, Alberto: “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp.452 y 453. AAVV, CELS, Bs.As.,1997 (destacado nuestro).

91 TAP 1, Sent.74/94 en *Revista de Derecho Penal (RDP) N°11*, p.305; TAP 3 Sents.222/94 y 212/96, en *RDP N°11*, pp.306 y 309.

Aunque la Comisión Interamericana hace mucho tiempo afirmó que la inexistencia de una ley interna que establezca un plazo de duración de la prisión preventiva *no es obstáculo* para desaplicar la garantía, y que debe procederse “caso a caso”⁹², la jurisprudencia local sostiene justamente lo contrario: que el criterio casuístico constituye un impedimento para aplicar la garantía⁹³.

De este modo, el criterio casuístico (establecido por primera vez en 1968 por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Wemhoff*, y recogido en forma constante por la jurisprudencia del sistema interamericano) se erige en un argumento para postular la *desaplicación* de la garantía. Por el contrario, los estándares internacionales establecen que la decisión sobre si el límite temporal ha sido rebasado no depende de plazos en abstracto sino de las características del caso concreto.

4.3. La asimilación sustantiva entre prisión preventiva y pena

Muy común en la jurisprudencia local es la introducción de valoraciones *sustantivas*, esto es, atinentes a criterios de imposición de la pena, a la hora de resolver sobre una excarcelación. Así, se afirma que la duración de la preventiva “está en relación con la gravedad y complejidad de los delitos cometidos, del número de involucrados, de la necesaria investigación requerida para desentrañar la trama, de la cooperación de los justiciables”⁹⁴.

De este modo se vulnera el principio de inocencia, pues esas valoraciones sustantivas implican un auténtico *prejuzgamiento* sobre aspectos

92 CIDH, Informe 12/96, párr.69: “los Estados miembros de la Convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso”.

93 Sólo como ejemplo de esta tendencia, ver TAP 1, Sent.74/94 en RDP N°11, p.305.

94 TAP 2, Sent.345/03, en RDP N°15, p.457.

propios de la sentencia de condena, habilitándose la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada. Y esto es justamente lo que el derecho internacional quiere prevenir, al conferirle carácter excepcional al encarcelamiento cautelar, evitando su asimilación con la imposición de la pena, en salvaguarda del principio de inocencia.

Al introducirse criterios sustantivos para valorar la duración de la prisión preventiva, es frecuente el argumento de la necesidad de establecer una “proporción” entre la duración de la eventual pena y de la medida cautelar.

Esto implica una inversión del principio que realmente debe aplicarse -si se quiere evitar cualquier posible asimilación entre pena y prisión preventiva- que es el de la “falta de proporcionalidad” o *inequivalencia*⁹⁵ entre ambas. Es así que en un reciente caso contra Uruguay, la Comisión Interamericana afirmó, en forma por demás clara, que:

“(...) La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza”⁹⁶.

Es más, la propia Comisión ha establecido un “criterio indiciario”, una guía a los efectos de interpretar cuándo se ha sobrepasado el plazo razonable, tomando en cuenta la necesidad de diferenciar la prisión preventiva de la pena, mediante una relación de *inequivalencia* entre ambas:

“(...) la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no

95 Sobre el principio de inequivalencia, ver: SERGI, Natalia: “Límites temporales a la prisión preventiva” en *Nueva Doctrina Penal, 2001/A*, p.131. Ed. Del Puerto, Bs.As., 2001; BOVINO, Alberto: *Justicia penal y derechos humanos*, p.116. Ed. Del Puerto, Bs.As., 2005.

96 CIDH Informe 35/07, párr.56 (destacado nuestro).

autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”⁹⁷.

5. Reforma de la prisión preventiva y del proceso penal

El Uruguay se encuentra, una vez más, ante una coyuntura de reforma del proceso penal. En este marco, corresponde realizar unas breves consideraciones sobre la necesidad de incluir, necesariamente, la modificación al régimen legal sobre prisión preventiva como uno de los puntos centrales de la reforma del proceso penal.

La historia de nuestro país de los últimos veinte años ha demostrado la falta de madurez institucional para aprobar un nuevo proceso penal, que cuente con amplio consenso entre los diversos actores y con el respaldo financiero necesario para su implementación. Al igual que en otros temas de largo alcance, la reforma del proceso penal sigue siendo una asignatura pendiente, que nuestro país -tarde o temprano- deberá saldar. Resulta inaceptable que al inicio del siglo XXI sigamos manteniendo un proceso inquisitivo “reformado”, irrespetuoso de garantías judiciales esenciales del debido proceso, que nos coloca entre los países con sistemas procesales penales más atrasados de la región y del mundo. Es de es-

97 CIDH Informe 35/07, párr.83. Si bien puede resultar criticable que la Comisión haya acudido a un criterio que tiene relación con la pena, lo ha hecho para afirmar la necesidad de establecer *criterios de diferenciación* entre el instituto procesal y el sustantivo, de modo de evitar cualquier posible asimilación. La tarea futura consiste en desarrollar cuáles deben ser los criterios que permitan distinguir -en términos de *inequivalencia*- ambos institutos.

perar que la incapacidad política que hasta el momento han demostrado los diversos actores sea, en algún momento, superada.

Lo importante a señalar es que, al menos este atraso debería servirnos para aprender de la experiencia de aquellos países que, pese a haber implementado procesos penales acusatorios (caracterizados por mantener alejados a los jueces de toda contaminación con las fases iniciales de la investigación y una clara separación de roles en relación al Ministerio Público), han fracasado a la hora de modificar el régimen legal del encarcelamiento preventivo.

En buena medida, el éxito o el fracaso de la reforma del proceso penal estará condicionado por la reforma del régimen de la prisión preventiva, de modo que su imposición sólo se justifique en la necesidad de preservar el desarrollo regular del proceso, respetando en toda su extensión el derecho a la libertad personal, el principio de inocencia y la garantía del juicio como condición previa a la imposición de cualquier forma de castigo por parte del Estado. De este modo, la regulación legal debe asegurar la aplicación verdaderamente excepcional del instituto cautelar.

Por el momento sólo cabe destacar la importancia de encarar una auténtica modificación de la actual legislación en la materia, para evitar que el nuevo proceso penal -que en algún momento el Uruguay finalmente adopte- no sea una mera *aparencia de cambio*, sino que implique una verdadera y sustancial mejora de las garantías judiciales que toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a gozar; en especial, el respeto a la regla de que los presuntos inocentes puedan defenderse aguardando las resultancias de su enjuiciamiento en libertad.

6. Consideraciones finales

De esta somera confrontación entre la aplicación de la prisión preventiva en el ámbito doméstico y las exigencias que surgen de los estándares internacionales, surge evidente que ambas transitan por distintos

carriles. Mientras en la jurisdicción local la prisión preventiva es la regla general, el derecho internacional destaca su carácter excepcional; si bien ambos institutos se confunden en el plano local, desde el derecho internacional se reclama su diferenciación mediante criterios de inequivalencia; mientras la prisión preventiva puede resultar indefinida en el ámbito doméstico, el sistema interamericano ha desarrollado criterios que permiten limitar su duración, de modo de no infringir el principio de inocencia y el derecho a la libertad personal.

Si la interpretación jurídica es una actividad que consiste en hacer de sí misma “el mejor ejemplo posible de la forma o género al que pertenece”, de modo que “cada interpretación lucha por hacer de un objeto lo mejor que puede ser”⁹⁸, es indudable que los derechos del imputado han recibido una mayor protección en la jurisprudencia del sistema interamericano en relación a la jurisdicción doméstica, que sigue abrazando una lectura del artículo 27 de la Constitución destructiva del principio de inocencia, en abierta contradicción con la garantía del juicio como requisito previo a la imposición de cualquier forma de castigo estatal (artículo 12). De este modo, la jurisprudencia sostiene una lectura incompatible con la normativa internacional, que establece estrictas exigencias a la hora de justificar la imposición y el mantenimiento del encarcelamiento cautelar, en lugar de la amplia discrecionalidad que se postula a nivel interno.

En definitiva, a la luz de los estándares internacionales, la práctica de la prisión preventiva en nuestro país es, en gran cantidad de casos, arbitraria, al no respetar los derechos del imputado, con la extensión y el alcance establecidos por los órganos encargados de interpretar la Convención Americana.

Este panorama debe cambiar, si es que el Uruguay pretende adecuar sus prácticas procesales al respeto a los derechos de los detenidos,

98 DWORKIN, Ronald: *El imperio de la justicia*, pp.48 y 49. Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.

evitando incurrir en responsabilidad internacional. Un buen momento para introducir estas modificaciones es la actual coyuntura de reforma del proceso penal. Mientras tanto, abogados, fiscales y jueces tienen en sus manos la herramienta del derecho internacional, que mediante la proclamación de una serie de derechos directamente aplicables a nivel doméstico, puede dar lugar a la modificación sustancial de prácticas punitivas ampliamente arraigadas, que a esta altura forman parte de nuestra cultura judicial.

El derecho internacional de los derechos humanos no es la panacea, pero sin dudas es una herramienta eficaz de cambio para todos quienes crean que la exigencia de “tomarse los derechos en serio” reclama una mirada que vaya más allá de las fronteras territoriales.

HACIA UN MODELO GARANTISTA DEL PROCESO PENAL URUGUAYO

Rafael Ubiría Alzugaray

I.- Introducción

1.- La doctrina contemporánea se ha preocupado insistentemente de la legitimación del derecho penal, de la política criminal, así como del modelo de proceso, en la medida de que éstos suponen la creación y aplicación por parte del Estado de sanciones penales.

2.- El proceso penal a lo largo de la historia se ha caracterizado por ser –en síntesis- condición y límite del poder punitivo del Estado.

Esa simbiosis entre el derecho y el poder, es el resultado de siglos, que como corolario tuvo lo que se conoce hoy en día como Estado de Derecho, que es ni más ni menos, que esa estructura armónica entre poder y derecho, donde éste se entroniza como un límite de aquel.

3.- En Latinoamérica, los distintos ordenamientos jurídicos han acogido los requerimientos impulsados por la legislación internacional, y han adoptado sistemas procesales que concilian tanto las garantías individuales, como los conceptos de libertad, seguridad, legalidad y política criminal.

Y todo ello, para combatir con mayor eficacia a la delincuencia organizada, flagelo existente actualmente en todo nuestro continente.

4.- En las últimas décadas, en América Latina, los proyectos de reforma del sistema procesal penal que fueran impulsados, recibieron su aprobación y se transformaron en derecho positivo.

Como consecuencia de ello, se ha hecho realidad la tendencia a reemplazar el tradicional proceso inquisitivo escrito, por formas de juicio oral propias de un Estado de Derecho.

5.- Con ello, se reduce la característica posición de poder del juez y como contrapartida se mejora la posición del imputado que en los sistemas tradicionales era considerado esencialmente como objeto.

J. Bofill definía al imputado como al “verdadero ofendido del proceso penal”.

II.- El proceso penal uruguayo actual.

1.- En Uruguay, el principal problema que padece nuestra justicia penal, es la increíble subsistencia de un sistema procesal, que se caracteriza por ser escrito, de carácter mixto, pero de corte inquisitivo, en sus primeras etapas –presumario y sumario- y además esencialmente ineficaz.

Al respecto, resultan trasladables para nuestro proceso penal, los conceptos señalados oportunamente por Alberto Binder, en tanto “*se ha comprobado que no cumple con los cometidos sociales y político criminales que podría y debería tener asignados en un Estado democrático de Derecho*”

2.- En efecto, nuestra Constitución afiliada al régimen republicano democrático de gobierno, establece los principios fundamentales regulando “*el debido proceso penal*”, estableciendo clara y concisamente los principios de “*nullum poena sine iudicio*”, *la prohibición de pesquisas secretas, la regulación legal del proceso, el juez natural, el principio de inocencia, el de ne bis in idem, la preceptividad del derecho de defensa técnica, prohibiciones probatorias y el habeas corpus.*

La interpretación del texto constitucional permite concluir la expresa consagración de un sistema acusatorio, que surge del tenor de lo preceptuado en su artículo 22 que prevé: “*Todo juicio criminal comenzará*

por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”.

A su vez, la carta magna establece en un pie de igualdad la persecución estatal y la privada, previendo además la posibilidad de que la ley establezca el juicio por jurados en las causas criminales.

Sin embargo, nuestro Código procesal vigente desde 1981, adoptó un modelo mixto o inquisitivo mitigado, en el cual predomina la etapa presumarial; la prisión preventiva como regla general; el valor indiciario de la confesión prestada en sede policial; la incomunicación de la persona privada de su libertad, estableciendo además la unidad de juez para la investigación y la decisión, lo cual lo coloca en una situación de “*peligro de autoimplicación*”.

Además, el comienzo de la investigación penal no requiere la solicitud previa del Ministerio Público, en tanto se produce de oficio por el Juez, salvo en los casos en que es necesaria la instancia expresa de la víctima, en los llamados delitos “a instancia de parte”, lo que implica un requisito de procedibilidad.

El extinto Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de la República, Dr. Adolfo Gelsi Bidart, afirmaba insistentemente que nuestro Código de Proceso Penal es claramente inconstitucional.

En efecto, expresaba que su texto colide con dicha norma de rango jerárquico mayor, que establece que el *juicio penal debe comenzar por acusación pública o privada* (en los hechos el particular lo que hace es en algunos delitos a instancia de parte, habilitar la acción penal).

3.- El marco normativo del proceso penal nacional está integrado por la Constitución, los tratados internacionales y regionales, aprobados por nuestro país y la ley común u ordinaria.

Afiliado –como se dijo- a un sistema mixto contempla con amplitud, sin grandes normas sacramentales, la actividad a cumplirse en las etapas iniciales en primera instancia.

Esta actividad instructoria está a cargo del Juez, que es quien recibe la “*noticia criminis*”, ordena las primeras diligencias probatorias en una primera etapa que se caracteriza por su reserva, atenuada recientemente por la posibilidad de la Defensa de participar activamente en la misma.

4.- Se establece la unidad de juez, para la investigación y la decisión, poniendo “bajo sospecha” la noción o el concepto de imparcialidad, que debería configurar un postulado esencial para el otorgamiento de las garantías para las partes.

Si bien el Código recoge el “*principio de inmediación*”, en la realidad ésta no se verifica, reduciéndose a la supervisión por parte del juez, de las declaraciones que son tomadas por los “receptores”, que son funcionarios administrativos del Juzgado, que actúan en función de una “delegación” de hecho del magistrado.

5.- Esta actividad probatoria desarrollada en la fase inicial, llamada presumario, se extiende hasta la providencia que dicta el archivo de los antecedentes, o el procesamiento del indagado, el cual de acuerdo a lo que dispone el Código puede ser efectuado de oficio por el Juez, aunque desde algunos años se acostumbra a darle intervención previamente al Ministerio Público para que éste se expida.

No obstante ello, y a pesar del tiempo transcurrido, con esta experiencia en los estrados judiciales, hasta la fecha no está prevista preceptivamente, la intervención del Fiscal antes de que el Juez decreta su providencia de archivo o procesamiento.

La intervención del Ministerio Público en esta etapa – consagrada a texto expreso en el Código- consiste en la posibilidad de participar en los actos de instrucción y solicitar medidas probatorias.

Si bien –de hecho- como se dijo también solicita el archivo de las actuaciones o formula pedidos de procesamiento.

6.- A efectos de atenuar las facultades inquisitivas propias de la etapa presumarial, desde comienzos de la década del 90, se implementó en nuestro país, un plan piloto con la presencia del Ministerio Público en los turnos penales.

Ello se produjo como consecuencia de la inminente entrada en vigencia de un nuevo Código de Proceso Penal, que modificaba sustancialmente la participación de los sujetos del proceso.

Esta experiencia “piloto” que aún existe, y ahora con mayor fuerza en nuestros turnos penales, ha facilitado – a mi juicio- la decisión de los jueces en la etapa indagatoria, pero por otro lado ha desvirtuado totalmente el espíritu del Código vigente, que sigue siendo de naturaleza inquisitiva, en sus etapas iniciales. Tampoco ha solucionado el problema de inmediatez de los operadores del sistema.

Esta intervención del Ministerio Público en la etapa indagatoria, fue objeto de críticas permanentes en los últimos años, fundamentalmente por los Defensores, quienes reclamaban – a mi juicio con razón- la misma participación en el presumario, en pie de igualdad con el MP, invocando la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo, estas críticas que arreciaban del lado de los defensores penales, ha cesado luego de la reforma operada al artículo 113 del CPP.

En efecto, en cuanto a la Defensa del indagado, ahora se ha acompañado a los principios rectores establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica, y por ende, también participa activamente en el presumario, requiriendo prueba, controlando la actividad probatoria, pudiendo interrogar a su defendido, a testigos y a denunciados.

7.- Se ha transformado al presumario en una etapa sustancial del procedimiento penal, hasta el punto de que cierta jurisprudencia nacional afirma que integra ahora el proceso penal.

No obstante dicha posición jurisprudencial, no puede desconocerse que el principio acusatorio rige recién en el “plenario”, que es cuando el Ministerio Público hace o no uso de la acción pública, formulando su acusación o requiriendo el sobreseimiento (artículo 233 CPP).

Además si el presumario integrara el proceso penal, la clausura de actuaciones en esta instancia procesal, adquiriría la fuerza de la “cosa juzgada”, y por consiguiente, no habría de ser posible revisar lo actuado.

No sería posible una reapertura presumarial, a la luz de nuevos elementos probatorios. No parece ser ésta la lectura más apropiada de la reforma al artículo 113 del Código de Proceso Penal.

El avance sustancial consagrado ha consistido en “admitir” el contradictorio entre las partes, que estaba en razonable duda antes de la reforma a dicha norma.

A ello se le debe agregar la posibilidad de ofrecer prueba a la defensa, y de interrogar a su defendido, a la víctima, testigos, etc. en igualdad de condiciones con el Ministerio Público, bajo estricta responsabilidad funcional del Juez.

A ello se reduce – a mi juicio- esta reforma “parche”, a un Código que sigue siendo prevalentemente inquisitivo, injusto e ineficiente.

8.- Tampoco el Código vigente brinda una solución convincente al problema de la prisión preventiva, que colide con el *principio de inocencia*, de rango constitucional, y con lo establecido en convenios internacionales.

La regla general es que la prisión preventiva constituye una necesaria consecuencia de casi todos los procesamientos. Esta grave contradicción normativa, se explica por la “hipocresía” de nuestro sistema procesal.

En efecto, si no se aplica esa “pena provisoria” disfrazada de “medida cautelar”, prácticamente no se aplicará “pena” alguna a los imputados que resulten condenados, puesto que cuando se dicta el fallo se dictan los beneficios extintivos de la pena, y el liberado provisional casi en la totalidad de los casos no regresa a prisión.

III) Los intentos reformistas. Sus fracasos.

1.- El movimiento reformista del proceso penal se inició en la década del 80, luego de establecida la democracia en nuestro país. Se concretó primero en una proyecto elaborado por una Comisión creada por ley 15.844, de 15 de diciembre de 1986, integrada con representantes de la Facultad de Derecho, el Ministerio Público, el Colegio de Abogados y la Suprema Corte de Justicia.

Se presentó al Parlamento en 1990, y dada las fuertes críticas del ámbito académico, especialmente por el diseño de la indagatoria preliminar, a cargo de las partes y del juez, en forma conjunta, el proyecto no fue sometido a consideración del órgano legislativo.

En los años noventa, se proyectaron dos reformas al procesal penal patrio:

-Una de ellas, impulsada en 1994 por la propia Suprema Corte de Justicia, que tomaba los principios rectores del Código Modelo para Iberoamérica, y que era respaldada también por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.

Proponía adecuar la ley procesal penal a la Constitución y a los pactos internacionales, en una asimilación a los lineamientos del Código General del Proceso que rige para la materia civil – aprobado en 1989-, fiel al Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

Delineaba un proceso de tipo dispositivo, en que el Ministerio Público tenía la dirección y responsabilidad de la indagatoria preliminar,

con la necesidad de autorización del juez para las medidas que implicaran restricción de las libertades y los derechos humanos. El proceso se realizaba en audiencia pública, con plena vigencia de los principios de oralidad, intermediación, concentración, indelegabilidad y publicidad.

Este proyecto no prosperó cuando fue sometido a la discusión del cuerpo legislativo, en el año 1995.

-El otro proyecto, nació del Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior, y finalmente se plasmó en la sanción de un nuevo Código de Proceso Penal, por ley número 16.893 de 16 de diciembre de 1997.

Su entrada en vigencia se pospuso en reiteradas ocasiones, hasta que por ley 17.506, de 5 de junio de 2002, se dispuso su suspensión sine die.

Ambas iniciativas reformistas coincidían en lo medular, en una aproximación al sistema acusatorio, y en la consagración de los principios de oralidad e intermediación.

2.- El Código sancionado (pero nunca en vigor) consagró un sistema que fuera calificado como de “*acusatorio atenuado*”, por los críticos más acérrimos, que lo cuestionaban por mantener el predominio de la figura del “juez”, quien proseguía con la facultad de investigar y juzgar al mismo tiempo.

Desde la Cátedras de Derecho Procesal y Derecho Penal de la Universidad de la República, se dijo que dicho Código mantenía la unidad de Juez para la investigación, procesamiento y para la sentencia. Que se mantenía a la prisión preventiva, como un “anticipo de pena”, en tanto procedía en la gran mayoría de los casos; que no se establecía una participación amplia y efectiva de la víctima; y que tampoco se hacía uso en forma reglada del principio de “concentración”.

En el plano internacional, se coincidía con algunas de las críticas que se realizaran desde el ámbito académico, fundamentalmente la rela-

tiva a la detención preventiva, que se afirmaba estaba prevista en forma obligatoria, no respetando el principio de inocencia, de corte constitucional.

A su vez, se cuestionó la falta de garantías que persistía con la unidad de Juez, por su falta de imparcialidad objetiva.

3.- En definitiva, las críticas por esta “*aproximación al acusatorio*”, por sus escasos avances a un sistema acusatorio “*puro*”, y razones “*económicas*” hicieron que este Código nunca pudiera entrar en vigencia.

Uno de sus principales opositores –en su momento- fue el prestigioso penalista Dr. Gonzalo Fernández, catedrático de Derecho Penal en nuestra Facultad de Derecho, quien señalaba en un artículo publicado en el año 1997, titulado “*De Códigos y Fiscales*”, que el Código aprobado en el 97 perpetuaba el “*sistema inquisitivo*”.

Expresaba que el Código giraba “*en torno a la figura del juez-investigador*” también llamado juez de instrucción. Hacía alusión también a la connivencia entre el juez y el fiscal, antes de resolver, y al hecho de que el juez-investigador *quedaba “contaminado” con la instrucción preparatoria que el mismo llevaba adelante, mientras tanto “el defensor ingresaba al ruedo en inferioridad numérica....es el convidado de piedra y está obligado a jugar dos contra uno, pues juez y fiscal se confunden en un mismo equipo”*.

4.- Aunque resulte poco creíble, a pesar de que los reparos a la entrada en vigencia del Código aprobado, provenían sustancialmente por sus escasos avances hacia un sistema acusatorio puro, por ley 17.506, de fecha 5 de junio de 2002, se formó una “*nueva Comisión*”, con el fin de proyectar las reformas más urgentes a nuestro sistema procesal penal.

Y lo que resulta contradictorio es que esta Comisión, envió un proyecto al Parlamento a fines del 2004, basado en la “*división de las sedes penales en Juzgados de Instrucción y Plenario*”, perpetuando el “*sistema inquisitivo*”, tan criticado por los opositores al Código que se aproximaba al acusatorio, aprobado en el año 1997.

Este nuevo proyecto no daba solución ni a la delegación de funciones del juez hacia sus funcionarios, y por ende a la falta de intermediación; tampoco lograba una clara diferenciación de los roles del juez y del fiscal, ni una delimitación de sus funciones, y consecuentemente hacía que persistiera la figura del juez –investigador y decidor–, manteniendo su falta de “imparcialidad”.

El texto del proyecto fue remitido al Parlamento a fines del año 2004, sin que fuera sometido a su consideración.

IV) Las últimas propuestas de cambio.

1.- Finalmente el último intento reformista aún tiene “vida”, en tanto existe una “*nueva comisión*” creada por la ley de humanización y modernización del sistema carcelario, que está abocada a un “nuevo” estudio de las reformas más urgentes al procesal penal nacional.

Esta Comisión registra una amplia mayoría de integrantes que recomiendan una reforma sustancial al proceso penal, basada en un sistema acusatorio, separando claramente las funciones de investigación e instrucción, a cargo del Fiscal, y las de garantías y juzgamiento, a cargo del Juez.

La policía se transforma en auxiliar del Ministerio Público, en las tareas de investigación; en cuanto al Tribunal, se sugiere un único órgano unipersonal, que conocería tanto en el contralor de la indagatoria preliminar (a cargo del Ministerio Público), como de todas las etapas del proceso de conocimiento, con la garantía de la segunda instancia; se prevé una amplia participación de la víctima en el proceso; se regula el principio de oportunidad y la limitación de la facultad del Fiscal de no iniciar investigación, la que debe ser sometida a la aprobación del tribunal.

Se limita la discrecionalidad del Ministerio Público en las clausuras y sobreseimientos y también el encarcelamiento preventivo.

2.- Por su parte, la Fundación Konrad Adenauer y Serpaj (Servicio Paz y Justicia) también se abocaron en el correr del año 2007, a la elaboración de las Bases para la Reforma del proceso penal, contribuyendo con su aporte, una vez más, al largo proceso de modernización de nuestro sistema procesal penal.

Las coincidencias con los postulados que propone la Comisión Oficial, son muchas más que las diferencias.

En lo sustancial, también proponen la implementación de un sistema acusatorio, en cumplimiento del mandato constitucional (artículo 22), separando claramente las funciones de acusar y juzgar.

La forma de proceso a la que alude el artículo 12 de la Carta sólo puede referirse al basado en el principio acusatorio, en tanto éste potencia el principio de igualdad (artículo 8).

En síntesis, proponen la aplicación de los principios procesales, que ya tienen consagración en nuestra Carta Magna o en la legislación nacional, adecuándolos a un sistema acusatorio.

Así sostienen que:

- el proceso sólo debe iniciarse a pedido del Ministerio Público,
- el objeto del proceso lo debe determinar el actor, exponiendo los hechos en su acusación. El Tribunal puede incorporar una norma jurídica no invocada (*iura novit curia*), pero nunca puede modificar la calificación jurídica, ni 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,
- la iniciativa probatoria y el impulso procesal, debe quedar igualmente a cargo de las partes; no se admite por parte del Tribunal,

A su vez, también se insiste en la imperiosa necesidad de consagrar la oralidad, la inmediación, concentración e identidad física del juzgador.

Respecto a la estructura del proceso se inclinan por su simplificación en un único proceso ordinario, con una etapa de investigación preparatoria a cargo del Fiscal, culminada la cual, el actor público o privado ejercita la pretensión penal.

Las pruebas se diligenciarán en audiencia con estricta aplicación de los principios de inmediación e identidad del juzgador.

V) Un modelo garantista de juicio penal.

1.- El largo camino emprendido en nuestro país hacia la concreción de un proceso penal democrático y garantista, debe culminar con una estructura fundamentada en los principios de igualdad, imparcialidad, celeridad, concentración, oralidad, inmediación, publicidad, etc., y sustanciarse con un “contradictorio” entre las partes, que sometan sus pretensiones a la decisión de un tercero imparcial.

Por consiguiente, su estructura debe distinguir claramente la función requirente, de parte del Ministerio Público, de la función netamente jurisdiccional, a cargo del tribunal.

Ello supone – al decir de *Maier*- la coincidencia con los rasgos esenciales del modelo acusatorio histórico, que implica la división de poderes imperantes en el proceso. Por un lado el acusador, a cargo de la persecución penal, y por otro el imputado controvirtiendo sus fundamentos, y la prueba de cargo del propio titular de la acción pública, existiendo entre ambos, controles recíprocos en su actuación.

Y en el medio del “conflicto”, el Juez o Tribunal, que detenta la titularidad del poder de decidir.

2.- El impulso procesal debe quedar en manos de las partes, y no del órgano jurisdiccional, quien únicamente debe estar para decidir el debate sustentado bajo el principio de contradicción.

Gelsi Bidart decía que “*semejante estructura se asimila al proceso dispositivo...en tanto se lo rescata como un proceso de partes*”.

La nueva propuesta debe ser fiel al Modelo de Código de Proceso Penal para Iberoamérica, siguiendo las pautas de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca, 1992).

3.- En Europa continental se ha consolidado una clara tendencia a la modificación de las arcaicas estructuras de otrora, por sistemas procesales acusatorios, en los cuales se ha “trasladado” la instrucción al Ministerio Público.

También en América Latina se han implementado reformas en el mismo sentido, muchas de las cuales tomaron el ejemplo del Código Modelo para Iberoamérica.

Así se han sancionado muchos Códigos procesales de corte acusatorio, en los últimos años. A modo de ejemplo, lo ocurrido en Perú, Paraguay, Guatemala, Venezuela, Chile y varias provincias argentinas.

4.- Obviamente que una reforma de este tipo, profunda, sustancial, supone un cambio cultural, ya que no basta simplemente con introducir un nuevo sistema procesal, si ello no provoca además una transformación concreta y profunda en las prácticas de los operadores, y fundamentalmente si no se produce un convencimiento pleno de que esta reforma es necesaria, o más que necesaria, que es imprescindible.

Para lograr ese cambio profundo de mentalidad, es necesario avanzar también en otras distintas áreas que exceden el ámbito estrictamente procesal.

Ha de insistirse en la capacitación de los operadores sobre el cambio de roles, fundamentalmente en lo que refiere a los jueces y a los fiscales.

5.- Se debe evitar la contaminación del juez, quien no debe poder realizar actos instructorios, sin perjuicio de su intervención como tribunal de control y garantías, cuando se le requiera la adopción de medidas cautelares por el Ministerio Público, o medidas de protección de los derechos de los indagados, a solicitud de la Defensa.

6.- El modelo de proceso penal a instaurarse en nuestro país debe asegurar las garantías esenciales para el imputado, en consonancia con el principio de inocencia, regulándose cabalmente las medidas de sujeción física en el ámbito puramente cautelar.

Y ello conteste con las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y en nuestra propia Constitución.

Se le debe reconocer a la víctima una participación activa en el proceso, como querellante, con mecanismos idóneos para amparar sus pretensiones reparatorias.

7.- Las nociones de *eficacia y eficiencia*, por un lado, y de *garantías*, por el otro, no deben ser presentadas como dos fuerzas antagónicas o irreconciliables en la investigación criminal.

Ambas son pilares básicos del sistema que resultan plenamente compatibles, y el desafío está en lograr la armonía entre ambos conceptos y no la prioridad de uno sobre el otro.

Y por ello, *la imparcialidad del tribunal* se encuentra afectada o “*bajo sospecha*” si participa en la recolección de la prueba.

Por ende, las actividades de investigar y juzgar, no pueden estar concentradas en la misma persona, como ocurre en el actual Código de Proceso Penal.

Ello como corolario del *principio de imparcialidad*, que implica que no puedan acumularse ambas funciones: la de instruir y la de resolver, en una misma persona.

En este sentido me parece sumamente conveniente implantar una norma similar a la del CPP de Chubut, (que me consta que también existe en Chile), a la que han hecho mención los Profesores Garderes y Valentín, en su trabajo titulado: “Bases para la reforma del proceso penal”, que disponga que los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o propios de la persecución penal, que deben quedar reservados al Ministerio Público.

a) Los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad.

Debe dotarse al proceso de la oralidad, y la publicidad, ya que posibilitan un contralor popular que resulta sumamente positivo.

Me parece saludable que exista la posibilidad de que la ciudadanía tenga acceso a la forma en que las partes y el tribunal cumplen sus funciones específicas, así como que se conozca la forma en que cada operador actúa en el sistema, permitiendo su acceso al proceso en la fase del juicio oral.

Hay que terminar con los rasgos característicos de la *escritura y el secreto*, propios del proceso penal latinoamericano tradicional.

La Constitución permitiría el ingreso de este principio de publicidad, a los previstos en el artículo 72, que son los que derivan de la “*forma republicana de gobierno*”.

Una reforma en este sentido debería contemplar la reserva para quienes no son los sujetos del proceso, en la fase inicial; pero permitir como principio general la publicidad cuando se trate del juicio oral.

Por otra parte, la inmediación garantiza una instrucción completa y permite por ende el dictado de una resolución también más adecuada al caso que se investiga.

Ahora bien. Para ello es también indispensable consagrar la preceptiva presencia del Juez en cada una de las audiencias que se celebren, para que el principio de inmediación no termine siendo una norma en desuso, como ocurre actualmente con el Código vigente.

Habría de implantarse una norma similar a la que existe en nuestro Código General del Proceso, consagrando la nulidad de todas las actuaciones cumplidas sin la presencia del Juez, salvo excepciones como ser actos realizados fuera del ámbito de jurisdicción del juez competente, en los que resultaría necesaria la delegación de las funciones propias del magistrado.

b) Los sujetos del proceso. El nuevo rol del Ministerio Público y la conveniente limitación de su discrecionalidad.

En cuanto a los sujetos del proceso, queda claro que el Ministerio Público, como titular de la acción pública, es quien tiene que tener a su cargo la investigación preparatoria con la finalidad de obtener la prueba necesaria para formular su acusación, o en su defecto, si correspondiere solicitar la clausura o sobreseimiento.

En la medida que el MP es quien tiene la carga de la prueba debe poder procurarse de ella de todas las maneras posibles y de manera directa, pudiendo requerirla a cualquier órgano estatal o privado.

El MP debe tener iniciativa probatoria, y por consiguiente, no tiene porque recurrir al Juez para que éste se la procure, salvo cuando se trate de medidas que limiten las garantías de las personas, ya sean la de imputados o terceros.

Siempre existirá la garantía del contradictorio, es decir el contralor que la Defensa podrá hacer valer en todo momento.

Sin embargo no debería concebirse un sistema extremadamente contradictorio, ya que no respondería al deber de objetividad que debe presidir la actuación del Ministerio Público.

En efecto, al Fiscal –entre otras funciones- le concierne el resguardo de las garantías procesales y la búsqueda de la verdad. Su objetivo no debe ser la condena del imputado, sino el esclarecimiento del delito y de los aspectos relevantes para la determinación de la pena.

Aquí se plantea el tema de la policía, que debería transformarse en auxiliar del Fiscal, de implantarse un sistema acusatorio, por lo que tendría que estar bajo la dirección del Ministerio Público.

Por consiguiente, estimo que los interrogatorios no deberían ser realizados en sede policial, y necesariamente la instrucción se llevaría a cabo en presencia del Ministerio Público y la Defensa.

El modelo de proceso que finalmente se adopte, debe prever que la “noticia criminis” sea recibida por el Fiscal, quien será quien decida en definitiva si requiere o no la apertura de la investigación preparatoria.

Ello implicaría un avance sustancial con otros modelos proyectados con anterioridad, que se quedaban en sistemas híbridos, o intermedios entre el acusatorio y el inquisitivo, ya que consagraban que el inicio en caso de flagrancia, lo determinaba el Juez quien continuaba siendo receptor de la noticia criminal, y solamente los casos de denuncia sin detención iban directamente al Ministerio Público.

Habrán de respetarse los plazos constitucionales para resolver sobre la situación del detenido. En tal caso, conforme a lo previsto en los artículos 15 y 16 de la Constitución, el Juez debe convocar a las partes, y resolver dentro de los plazos señalados en estas normas.

Todo esto supone obviamente un cambio profundo de mentalidad, que requiere también de capacitación y de mucha coordinación interinstitucional.

La acción pública debe ser mantenida como regla, con la salvedad de los casos que requieren la instancia de la víctima, lo que no puede alterar la titularidad del Ministerio Público.

Sin embargo, habrá de limitarse el poder discrecional del Ministerio Público en cuanto a las clausuras o sobreseimientos.

Ya existen antecedentes diversos en otros países, previendo medidas de control de la actividad del Fiscal.

En algunos casos cuando éste pide el archivo o el sobreseimiento, se permite que el Juez, a pedido de la víctima, pueda pasar la causa a otro Fiscal para que eventualmente revea la posición asumida por su colega.

Me parece compartible la solución dada por el CPP de la Argentina, en donde se le confiere al Juez el control sobre el requerimiento conclusivo del Ministerio Público.

En estos casos el Juez puede no compartir los argumentos del Fiscal cuando pide una clausura o un sobreseimiento, y en forma fundada negarse a dicho requerimiento.

De ser así, debe elevar la causa a un Tribunal de Alzada, para que sea éste quien determine si corresponde el archivo, tal como lo solicitó el Fiscal, o le da la razón al Juez, y entonces sí, le pasa el expediente a otro Fiscal para que siga entendiendo en el caso.

Si bien esta solución implica una atenuación del principio acusatorio, estimo que es la más garantista, en tanto involucra al Juez a quien obliga a expedirse sobre la pertinencia del archivo solicitado.

De la otra manera, no se llega a conocer la opinión del Tribunal, ya que basta la sola voluntad de la víctima para que de inmediato se abra la vía de revisión a cargo de otro miembro del Ministerio Público.

Puede llegarse a dar que existan numerosos casos en los que ocurra esto, y entonces más que una limitación o atenuación de la facultad conclusiva a cargo del Fiscal, como titular de la acción pública, podríamos llegar a una “*sustitución*” de los roles en el proceso, es decir a “una persecución penal múltiple”, lo que resultaría inconveniente.

c) El papel de la “víctima”.

La víctima debe tener una participación activa en cuanto al aporte de pruebas y a su vinculación con el MP, que es el representante de la sociedad.

Sus derechos en el proceso deben estar regulados en forma expresa. Entre ellos me parece saludable que se les reconozca sus derechos a requerir medidas de protección para su seguridad, y la de los testigos que declaren; y a aportar información al Fiscal durante la investigación, así como la de ser oído por éste antes de decidir cualquier situación que ponga fin anticipadamente al procedimiento.

Al respecto la experiencia de Chile —entre otros países de América— es muy importante, ya que su Ministerio Público tiene entre sus cometidos el de “brindar protección a víctimas y testigos”, existiendo un verdadero y efectivo sistema de protección para éstos, a cargo del propio órgano acusador.

d) El imputado.

A todo imputado se le debe asegurar las garantías necesarias para su defensa, debiendo ser informado de los hechos que se le imputan; ser asistido por su defensor desde el comienzo de la indagatoria y declarar cuantas veces quiera; acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, etc.

En cuanto a los derechos del defensor, se debe consagrar una fórmula que contemple el efectivo ejercicio del derecho de defensa del imputado, desde el inicio de las actuaciones.

Ha de permitirse incluso que el defensor asista en sede policial a su defendido, es decir, que pueda comunicarse con él en forma inmediata.

e) El Tribunal

Su actuación debe regirse —como se dijo— por el principio de imparcialidad. Por consiguiente debe ceñir su actividad al cumplimiento de las garantías del debido proceso, y limitarse a “juzgar”, sin implicarse en tareas de instrucción o investigación.

f) La estructura del proceso.

En cuanto a la organización del proceso, debería seguirse la tendencia recogida en los demás países de la región.

Habría de implantarse un Juez de Garantías, durante la etapa de investigación preparatoria, y un Juez o Tribunal para la instancia del Juicio Oral, o sea en la etapa posterior a la acusación.

No parece ser éste un tema sustancial, en tanto también podría existir un único Juez para ambas instancias, la de la actividad preliminar o preparatoria, y la posterior propia del juicio oral.

Y ello por cuanto se eliminaría la posibilidad de que el Juez pudiera realizar actos de instrucción, que quedarían reservados al Ministerio Público (por lo menos en la etapa preparatoria).

Sin embargo, parece más aconsejable la implantación de un “sistema dual” de competencia, en tanto la intervención del juez en la etapa preparatoria relativa a la resolución sobre la prisión preventiva, y otras

medidas cautelares, evitaría que el mismo Juez resolviera en definitiva y en un momento posterior sobre el mérito de la causa.

Sobre el proceso propiamente dicho, debería existir un proceso principal, ordinario, y además otro de estructura abreviada, para casos de escasa entidad, y cuando las partes lo acuerdan expresamente, o a pedido del MP y con la anuencia del Juez.

Esta vía extraordinaria permitiría descongestionar las sedes judiciales de muchos casos de simple dilucidación, y reservar la vía ordinaria para los procesos de mayor complejidad probatoria.

Además, resulta absolutamente indispensable la existencia de Jueces de Ejecución. De adoptarse un sistema dual de de competencia, las tareas de ejecución quedarían a cargo del Juez de Sentencia o de Plenario.

g) La suspensión condicional del procedimiento.

Sería igualmente conveniente implantar la “suspensión condicional del procedimiento”, como una salida alternativa al juicio oral. Esto supone la suspensión del proceso, por acuerdo de partes o con la anuencia del Juez, en determinados casos de escasa entidad, a efectos de que el imputado cumpla con las obligaciones asumidas.

Por lo general se podría implementar en casos en los que resulte pertinente una reparación económica a la víctima, lo que favorece a ésta y a su vez, le permite al imputado evitar el proceso y eventualmente la prisión.

h) La prisión preventiva. Su correlación con el cumplimiento de la pena

La prisión preventiva, como medida cautelar, debe adecuarse a los principios constitucionales y a las normas internacionales vigentes para nuestro país.

Debe ser requerida por el MP y dispuesta por el Juez, conforme al principio acusatorio.

La excarcelación provisional debe también concederse cuando ha transcurrido un plazo razonable, y no hay aún sentencia de condena.

Ahora bien. Estimo que también se debería regular con mucha precisión en un nuevo Código, la situación del individuo que se mantuvo en libertad aguardando las resultancias del proceso, o que obtuvo su excarcelación durante el mismo.

En esos casos cuando se dicta la condena, - y según la gravedad del delito- el imputado debe ser recluido para su cumplimiento, quedando habilitados entonces los mecanismos procesales propios de la ejecución de la pena.

Sobre este punto no se ha escrito mucho, dado que se insiste en la necesidad de limitar la prisión preventiva, de sustituirla por la excarcelación provisional, durante el proceso, a efectos que el indagado aguarde en libertad el “fallo” judicial.

Todo muy justo y compartible. Pero nada se dice respecto a que el imputado debe cumplir la pena cuando ésta se dicta, ya que mientras tanto – en un proceso acusatorio, con todas las garantías que éste supone- se mantuvo en libertad durante el proceso, pero culminado el mismo debe cumplir con la condena impuesta.

i) La posición institucional del Ministerio Público.

Se ha dicho en nuestro país en forma insistente, que en un proceso de tipo acusatorio, se debería adecuar la posición institucional del Ministerio Público, haciéndolo salir de la órbita del Poder Ejecutivo.

Los Profesores Garderes y Valentín, en su trabajo ya mencionado, sobre las “bases para la reforma del proceso penal”, y prestigiosos constitucionalistas y especialistas en derecho administrativo consultados sobre

esta temática, han manifestado que no existiría impedimento constitucional para que el MP salga de la órbita del Poder Ejecutivo.

Por consiguiente, se podría transformar por medio de una ley en un órgano extra poder, o en su caso, en un Servicio Descentralizado, lo que lo acercaría a la posición que ocupan los Ministerios Públicos de América. (Argentina, Brasil, Chile, Nicaragua, Costa Rica, etc.).

La reforma del proceso penal, constituiría una buena oportunidad para poder avanzar también en este punto, vinculando los cambios en lo procesal a la necesaria adaptación del Ministerio Público, en lo que refiere a su estructura orgánica.

No hay que olvidarse que un proceso de tipo acusatorio, supone un gran desafío para el Ministerio Público, quien debe cumplir un rol dinamizador, distinto sin duda al que tiene actualmente.

Se requiere de modernización, celeridad en los trámites, en las decisiones, capacitación de sus miembros, y de un gran fortalecimiento institucional, que permita un funcionamiento acorde con la reforma del sistema de justicia penal.

VI) Las conclusiones

1.- Como decía años atrás el Dr. Gonzalo Fernández, el partido a jugarse debe ser uno contra uno, - fiscal y defensor- en igualdad de condiciones, con el juez en el medio del conflicto, para resolverlo e imponer las garantías al sistema.

Ello fortalece al juez, y lo ubica en una posición jerárquicamente superior, en tanto la igualdad es sólo entre las partes.

Entonces ya no se podría hablar de connivencia entre fiscales y jueces, a la hora de decidir; o de superposición de funciones idénticas de ambos, sino que cada uno de los operadores tendría su rol definido.

La Defensa tendrá que controvertir únicamente los argumentos y prueba de cargo presentada por el fiscal, lo que seguramente le significará una tarea menos ardua, en la medida que el juez ya no será “aliado” del fiscal, porque nada tuvo que ver en la investigación.

2.- Sólo así, en audiencias públicas, orales, con un contradictorio entre las partes, la participación de la víctima, y bajo el contralor garantista del tribunal, podrá lograrse un proceso penal más creíble, más cercano a la sociedad.

Sus integrantes sabrán sólo entonces lo que opina cada operador, lo que defiende cada sujeto del proceso, y lo que en definitiva resuelve el Juez, y cuales son sus fundamentos.

3.- Desde el punto de vista de la vigencia de los derechos del imputado, la separación clara de funciones entre el Ministerio Público y los Jueces permitirá a estos últimos asumir un ROL DE GARANTES durante el proceso, que en la práctica dotará al imputado de mayores garantías.

4.- Una nueva organización del Ministerio Público se impone como regla. Sin embargo, no se puede tener como rehén a un sistema procesal por la falta de credibilidad de una Institución o de su ubicación institucional. Todas las reformas al sistema procesal en los países de América, han transitado por cambios sustanciales, por experiencias pilotos, y por la implantación gradual del sistema nuevo, a efectos de ir evaluando los errores a corregir, rectificando en el camino lo que fuere necesario.

5.- Debe vincularse la reforma hacia un proceso acusatorio, de tipo “garantista”, con una nueva posición institucional del Ministerio Público, fuera del ámbito del Poder Ejecutivo.

6.- Debe profesionalizarse a la policía, quien asumiría un rol vinculado al Fiscal, en la faz de investigación del delito.

Bibliografía

- Gonzalo Fernández- Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal. Ed. F.C.U. 1995, Montevideo.
- Alberto Binder. Introducción al derecho procesal penal. Ed. Ad Hoc, Bs.Aires 1993; Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, en Justicia y Estado Democrático, ed. Bs. Aires, 1993.
- Maier, J.B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos, Vol. I. Bs. Aires 1988; La víctima y el sistema penal. Publicado en “DE los delitos y de las víctimas”, Bs. Aires, 1992; El sistema acusatorio en Iberoamérica. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Colombia, 1996.
- Gelsi Bidart, “Comisión redactora del proyecto de CPP, año 1994”. De derechos, deberes y garantías del hombre común. F.C.U., 1987
- Raquel Landeira, “El sistema procesal penal uruguayo y su reforma”, Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, Año 1, Nro. 2, Bs. Aires, 1997.
- Varela Méndez, E. “Las garantías constitucionales del proceso penal”, R.U.D.P. Nro.2/86, Montevideo, 1986.
- Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Coordinada por Julio B. J. Maier- Kai Ambos- Jan Woischnik. (Konrad Adenauer Stiftung).
- Conferencia Internacional: Proceso Penal y Derechos Humanos. Konrad Adenauer- Servicio de Paz y Justicia, año 2005:
Exposiciones: “Últimas propuestas de reformas a nuestro sistema procesal penal: que modificaciones se intentaron realizar y porque no cristalizaron”. Dra. Raquel Landeira; “El proceso penal uruguayo actual: virtudes y defectos”. Dr. Rafael Ubiría.
- Bases para la Reforma del Proceso Penal. Santiago Garderes y Gabriel Valentín. Año 2007 (Konrad Adenauer-SERPAJ).
- Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena, desde la perspectiva del sistema alemán. Andrés Ritter- Dtlv Achhmmmer. Ed. 2003.

-
- Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento, IV etapa. CEJA.
 - Reporte sobre la Justicia en las Américas, 2006-2007. CEJA.

JUSTICIA, TRANSPARENCIA INFORMATIVA Y SECRETO

Raúl Ronzoni

En 1985, cuando en Uruguay se recuperó el régimen democrático, los ciudadanos creyeron que se habían terminado las restricciones informativas. Volvía a imperar el Estado de Derecho y era natural que se rompiera la forzada cultura del secreto que la dictadura practicó entre 1973 y 1985. No fue así.

“Reserva” es el vocablo al que a veces se le añade el más hermético de “secreto”, que esgrimen con frecuencia los funcionarios del Estado para evadir el requerimiento de los periodistas cuando la Justicia investiga eventuales delitos por actos de corrupción durante el ejercicio de su función. Esa es una forma de evitar que los lectores, oyentes o televidentes se enteren de algunos detalles de la investigación. Esa reserva es con frecuencia amparada por algunos jueces y fiscales que se escudan en lo que establece el Código del Proceso Penal (CPP). Algunas veces es superada por la insistencia de los periodistas, pero éstos corren con el riesgo de que la información que obtienen sea fragmentaria, no tenga profundidad o detalles, que carezca de la certeza ideal o que les sea proporcionada por los interesados (denunciantes, abogados, imputados o investigadores policiales) quienes pueden tener la intencionalidad de desviar la atención de lo que realmente importa.

Lo cierto es que la prohibición legal existe y que va a contramano del interés público y de la transparencia. Sin embargo, no se observa interés político, ni del Poder Judicial, de que esa situación cambie, más allá de algunas expresiones académicas que se las lleva el viento o que forman parte de un doble discurso. El cambio tampoco ha sido impulsado

con energía por organizaciones sociales que deberían estar en la avanzada para terminar con el secretismo. Una excepción han sido la Asociación de la Prensa Uruguaya (APU) y el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR).

Los asuntos de interés público no son sólo aquellos que involucran a gobernantes o a ex gobernantes en investigaciones por actos de corrupción, como se puede suponer. Por el contrario, el interés público se extiende a otro tipo de investigaciones de la Justicia penal o a trámites en otras materias (civiles, de lo contencioso administrativo, laborales, de familia o de menores) que involucran a organizaciones sociales, sindicales y aún a medios de comunicación.

El artículo 112 del CPP se refiere específicamente a la cuestión en el terreno de la Justicia penal. La norma establece que se denomina presumario a la investigación del juez y el fiscal en “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”.

Una reforma del artículo 113 habilitó a que los abogados asistan a sus asesorados desde el momento en que el indagado sea considerado como tal para evitar, como siempre se hizo, que se reúnan pruebas a su espalda.

Pero esta reforma no terminó con las limitaciones. Algunos jueces y fiscales -afortunadamente cada vez menos- la utilizan “estratégicamente” y el camino elegido para ello es el de evitar ex profeso que la persona investigada comparezca como “indagada”. A lo largo de casi toda la investigación judicial declara como testigo y recién cuando entre el juez y el fiscal logran reunir los elementos necesarios para someterlo a un proceso, recién entonces se convierte en indagado, pero el fuego ya está encendido y el agua hierve. Hasta ese momento el juez y el fiscal actuaron manco-

munadamente en contra de un “enemigo” común, el denunciado, quien estuvo virtualmente desprotegido por su condición de “testigo”.

Los diversos proyectos de modificación del CPP, que en Uruguay buscaron transformar el sistema inquisitivo en acusatorio, no sólo podrían haber revertido la situación descrita con respecto a las investigaciones realizadas a espaldas de los “indagados-testigos”. Una reforma con ese alcance se puede convertir en el mejor instrumento para darle al sistema judicial una transparencia de la que hoy carece. La publicidad, la inmediatez y la oralidad dejarían atrás el secreto y se evitarían dudas y suspicacias. Pero hasta ahora nadie ha tenido voluntad política para que cambie el sistema e incluso algunos, desde adentro del propio sistema judicial, ponen trabas para evitarlo y de esa forma seguir con las viejas prácticas.

Otros magistrados, los menos, aún en audiencias que deben ser legalmente públicas, colocan algunas restricciones como la de realizarlas en recintos inapropiados, pequeños, sin capacidad para que ingresen todos los interesados. En diversas ocasiones algunos jueces le han expresado al autor que adoptan ese comportamiento por “inseguridad personal”, “falta de experiencia”, “temor a la exposición pública” e incluso “necesidad de sobrevivir” por eventuales errores que puedan cometer en forma pública.

El espíritu restrictivo del Poder Judicial -acuñado durante años en las aulas universitarias y en el trabajo solitario de los gabinetes- no se limita al CPP. Los ejemplos son abundantes en diversas materias y los siguientes son sólo algunos de ellos:

En 1994, cuando el entonces juez penal y hoy ministro de un Tribunal de Apelaciones civil, Fernando Cardinal, tenía a su cargo un proceso de extradición de presuntos integrantes de la ETA, se produjeron violentos incidentes en torno al Hospital Filtro. Cardinal ordenó a los funcionarios policiales que los periodistas no ingresaran al edificio -una depen-

dencia pública del Estado- en uno de cuyos pisos tenía su despacho. En ese mismo edificio funcionaban otros juzgados y durante varios días los periodistas no pudieron buscar información en otras sedes judiciales.

A fines del año 2000, la jueza Martha Alvez, ejerciendo la suplencia en un juzgado penal, ordenó que los periodistas no ingresaran a una audiencia oral y pública por “ley de prensa”. En esa instancia era juzgado el cantante popular José Carbajal “El Sabalero”. El artista había sido denunciado por difamación por los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y Carbajal pidió que se prohibiera el ingreso de periodistas para disculparse ante los militares por sus expresiones difamantes. Esa disculpa puso fin al juicio.

Espíritu restrictivo

Durante el año 2008, Alvez volvió a mostrar su espíritu restrictivo. En un juicio en que estaban enfrentados la Dirección General Impositiva (DGI) y el empresario deportivo Francisco Casal, se molestó con ambas partes porque habían formulado declaraciones públicas. En un dictamen consideró que se había realizado un “intercambio improcedente” de argumentos sobre el litigio “fuera del ámbito jurisdiccional”. En privado, además, le pidió a las partes que no hicieran comentarios públicos y así lo expresó el titular de la DGI, Nelson Hernández.

La ex jueza de lo Contencioso Administrativo, Estela Jubette, prohibió el año pasado que los periodistas ingresaran a una audiencia pública en la que estaban enfrentados el Banco Central del Uruguay y particulares. Argumentó que ambas partes le pidieron que esa instancia no fuera pública y dijo que por esa razón lo dispuso.

También durante el año 2008, la jueza de Familia Graciela Barcelona impidió que los periodistas accedieran a una audiencia pública en la que estaba involucrado el estatal Instituto del Niño y el Adolescente que fue responsabilizado por un fiscal de no atender adecuadamente a

los niños en situación de calle. La arbitrariedad y violación a la ley que establece la publicidad de esos juicios fue pública pero la Suprema Corte de Justicia (SCJ), ni en este caso ni en los otros, tomó medidas para investigar la decisión de los magistrados o les pidió que informaran sobre sus decisiones.

Las restricciones también alcanzan al máximo organismo judicial. En noviembre del año 2007, la SCJ decidió que dejara de ser pública la información que hasta entonces proporcionaba la Oficina de Recepción y Distribución de Asuntos (ORDA) sobre las acciones que se iniciaban en todos los juzgados. Quedaron exceptuados de esa prohibición los interesados directos y abogados de los involucrados.

Desde julio del 2007, la SCJ se negó a informar a los periodistas sobre el trámite y quiénes eran los accionantes en centenares de recursos de inconstitucionalidad contra el Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas (IRPF). Este juicio es también público.

En marzo del 2008, la SCJ, sin realizar ninguna argumentación, dijo que no respalda un proyecto de ley de acceso a la información pública que le había sido remitido por varias organizaciones sociales.

Es cierto que en el pasado, ante la protesta de periodistas, la Corte tomó en dos ocasiones medidas tendientes a modificar ese comportamiento restrictivo.

En mayo de 1993 la circular N° 21 de la SCJ le remitió a los jueces de todo el país un instructivo recordándoles que algunos de ellos no aplicaban el principio de publicidad en los juicios civiles establecido en el artículo 7° de la ley 15.982. Les recordó que “no puede negarse el ingreso a sala a los ciudadanos ni prohibir su reingreso” y les recomendó dar un “estricto cumplimiento” a la ley.

Diez años más tarde, en octubre del 2003, por medio de la circular N° 79 reiteró la advertencia y agregó que en los casos “en que la naturaleza de los procedimientos permita prever una afluencia de público

que supere la capacidad locativa de las salas de audiencias de las sedes respectivas, deberá solicitarse con la debida antelación a la dirección del Centro de Estudios Judiciales autorización para celebrarlas en sus instalaciones”.

Dos loables circulares que algunos jueces admitieron al autor que las desconocen y otros expresaron que “es complicado cumplirlas”. Sin embargo, la mayoría, circulares mediante o sin ellas, tiene claro que en una sociedad democrática cada individuo es titular del derecho a estar informado, que el periodista trabaja en función del interés público y que el servicio de justicia es sostenido por el aporte de todos los ciudadanos. A ellos es a quienes debe rendirle cuentas.

ANEXO: BARÓMETRO LEGISLATIVO SOBRE REFORMA AL SISTEMA PENAL Y CARCELARIO EN URUGUAY

El “Barómetro Legislativo” es una encuesta de opinión a legisladores cuyo objetivo es conocer los acuerdos existentes sobre un determinado asunto. En tal caso, el descubrimiento de acuerdos brinda una excelente información para la posterior formulación e implementación de propuestas sobre políticas públicas.

De esta manera, antes de impulsar una iniciativa desde la sociedad civil para incidir en una política pública, el “Barómetro Legislativo” permite determinar si la misma es viable -en un momento dado- mediante la consulta a los parlamentarios que integran la/s comisión/es que deberían considerar el tema sobre el que trata la encuesta. En consecuencia, teniendo en cuenta las cuestiones que necesitan el tratamiento legislativo para su aprobación, esta herramienta del Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina facilita la incidencia en las políticas públicas.

En este caso puntual, el tema del “Barómetro Legislativo” incluyó diez preguntas sobre reforma al sistema penal y carcelario del Uruguay dirigidas a los Representantes Nacionales que integran las comisiones de “Constitución, Códigos, Legislación General y Administración” y “Derechos Humanos”; a los Senadores de la comisión de “Constitución y Legislación”; y a los legisladores integrantes de la comisión bicameral “Especial para el seguimiento de la situación carcelaria”.

La encuesta es absolutamente confidencial y sus resultados se publican de manera general, manteniendo el anonimato de sus respondientes. En total, respondieron la encuesta 26 legisladores, 19 Representantes Nacionales y 7 Senadores; de los cuales 13 pertenecen al Encuentro Pro-

gresista –Frente Amplio- Nueva Mayoría (EP-FA-NM), 9 al Partido Nacional (PN) y 4 al Partido Colorado (PC). De esta manera, la encuesta fue respondida por el veinte por ciento de los integrantes del Poder Legislativo del Uruguay, compuesto por noventa y nueve diputados y treinta senadores.

Los resultados

A continuación se ofrece una síntesis de los resultados que surgen de las respuestas brindadas por los 26 legisladores a la encuesta sobre reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay:

- El 92% está en desacuerdo con el actual Código de Proceso Penal (CPP), que establece un sistema inquisitivo, escrito, y con una investigación judicial reservada realizada por el juez.
- El 77% está en desacuerdo en que el juez que dicta un procesamiento y que dispone la eventual privación de libertad del indagado, deba ser el mismo magistrado que dicta la condena, como sucede con el actual sistema.
- El 84,6% está de acuerdo sobre un cambio en el Código de Proceso Penal que establezca un sistema acusatorio, debido a que ofrece más garantías y permite mayor transparencia.
- El 73% considera que la reasignación del gasto público para priorizar el aumento del gasto en Justicia es lo más conveniente para financiar un nuevo sistema acusatorio, con juicios orales y públicos, mayor número de fiscales, jueces, defensores públicos e infraestructura para salas de audiencias. Ningún legislador propuso aumentar los impuestos como alternativa al incremento del gasto en Justicia.
- El 65% respondió que el aumento en las penas no contribuye a disminuir la delincuencia, sino que sólo aumenta el número de reclusos, lo que genera un hacinamiento carcelario.

- El 58% respondió que el sistema de prisión preventiva debería modificarse, porque mantiene encarcelados a reclusos que aun no han recibido una condena firme, privándolos de su libertad.
- El 76% estuvo de acuerdo con la aplicación de penas alternativas a la reclusión, con la excepción de una gran variedad de tipos penales.
- El 80,7% opinó que las cárceles no deberían estar en el ámbito del Ministerio del Interior y el 61,5% se opone a la privatización de las prisiones.
- La pregunta con respuestas más divididas fue la referida a los motivos que impiden instaurar en Uruguay un sistema acusatorio. La mayoría, 38%, considera que no se hace porque se priorizan inversiones en otras áreas más redituables políticamente.

A continuación, se acompaña el listado de los diputados y senadores que tuvieron la gentileza de responder la encuesta:

Legislador	Partido/Lema	Cámara
Abdala, Washington	Partido Colorado	Diputados
Abreu, Sergio	Partido Nacional	Senadores
Argimón, Beatriz	Partido Nacional	Diputados
Bernini, Gustavo	EP-FA-NM	Diputados
Borsari Brenna, Gustavo	Partido Nacional	Diputados
Cánepa, Diego	EP-FA-NM	Diputados
Cardoso, Germán	Partido Colorado	Diputados
Cocco Soto, Alba	EP-FA-NM	Diputados
Gallinal, Francisco	Partido Nacional	Senadores
García Pintos, Daniel	Partido Colorado	Diputados
Gargano, Reinaldo	EP-FA-NM	Senadores
Guarino, Gustavo	EP-FA-NM	Diputados
Ibarra, Doreen Javier	EP-FA-NM	Diputados
Lacalle Pou, Luis A.	Partido Nacional	Diputados
Longo Fonsalías, Fernando	EP-FA-NM	Diputados
Lorenzo, Álvaro F.	Partido Nacional	Diputados
Michellini, Rafael	EP-FA-NM	Senadores
Moreira Reisch, Carlos	Partido Nacional	Senadores

Novales, Gonzalo	Partido Nacional	Diputados
Oliver, Luis	EP-FA-NM	Senadores
Orrico, Jorge	EP-FA-NM	Diputados
Payssé, Daniela	EP-FA-NM	Diputados
Penadés, Gustavo	Partido Nacional	Senadores
Percovich, Margarita	EP-FA-NM	Senadores
Roballo, Juan A.	EP-FA-NM	Diputados
Sanguinetti, Julio M.	Partido Colorado	Senadores

La encuesta

Lo que sigue son las preguntas incluidas en la encuesta, con los porcentajes que recibieron las distintas opciones de respuesta y agregándose los comentarios brindados por los legisladores:

1.¿Es adecuado el actual Código de Proceso Penal (CPP), en el que rige un sistema inquisitivo, escrito, y con una investigación judicial reservada realizada por el juez?

Estoy de acuerdo	2 – (8%)
Estoy en desacuerdo	24 – (92%)
No sabe	0 – (0%)
No contesta	0 – (0%)

Las respuestas a esta primera pregunta no registraron ningún comentario por parte de los legisladores consultados.

2.¿Considera que el mismo juez que dicta un procesamiento y que dispone la eventual privación de libertad del indagado, debe ser el mismo magistrado que dicta la condena, como sucede con el actual sistema?

Estoy de acuerdo. El juez que dicta un procesamiento y dispone la eventual privación de libertad del indagado debe ser el mismo magistrado que dicta la condena.	4 - (15%)
Estoy en desacuerdo	20 - (77%)
No sabe	1- (4%)
No contesta	1- (4%)

Un legislador fundamentó su desacuerdo, señalando lo siguiente: “En el Uruguay anteriormente eran diferentes el juez y el plenario. Lo cual daba mayores garantías al sistema, puesto que en la actualidad el juez que dicta un procesamiento y que dispone la eventual privación de libertad del indagado será tendencioso a ratificar lo anteriormente actuado a la hora de dictar la condena”.

3.¿Qué opina sobre la aplicación de un sistema acusatorio en un nuevo CPP?

Ofrece más garantías y permite mayor transparencia	22 - (84%)
Es perjudicial porque le da mayor injerencia al Poder Ejecutivo ya que los fiscales tienen una dependencia administrativa del mismo.	3 - (12%)
No sabe	1 - (4%)
No contesta	0 - (0%)

Un legislador añadió el siguiente comentario para fundamentar su acuerdo: “Ofrece más garantías y permite mayor transparencia. El perjuicio de la mayor injerencia que se le daría al Poder Ejecutivo se solucionarían creando un Ministerio Público autónomo que no dependa del

Poder Ejecutivo. En el Uruguay hay dos ejemplos de funcionamientos autónomos absolutamente independientes como el Tribunal de Cuentas de la República y la Corte Electoral”. A su vez, otro legislador fundamentó su acuerdo “Por ésta y otras razones”.

4.Un nuevo CPP con un sistema acusatorio, con el juez como tercero imparcial, con juicios orales y públicos, requiere mayor número de fiscales, jueces, defensores públicos e infraestructura para salas de audiencias. ¿Cuál es el camino para financiar ese costo?

Aumentar los impuestos	0 – (0%)
Solicitar préstamos internacionales	7 – (27%)
Reasignar el gasto público para priorizar el aumento del gasto en Justicia	19 – (73%)
Privatizar alguna actividad estatal y emplear los recursos que utilizaba para el aumento del gasto en Justicia	3 – (11,5%)
No sabe	1 – (4%)
No contesta	3 – (11,5%)

Sobre esta pregunta hubo siete legisladores que marcaron dos opciones, lo que contabilizó un total de 30 respuestas y el porcentaje de cada una de ellas se hace sobre los 26 que respondieron. En este caso hubo cuatro comentarios de legisladores: 1) “Hay más opciones”; 2) “No es problema de costes”; 3) “Estaría de acuerdo con estudiar reasignación, no con establecerlo como prioridad”; y 4) “Lo principal es administrar y distribuir adecuadamente los gastos. Equipos técnicos especializados, capacitación de jueces y fiscales, redistribución de los tribunales ya existentes según demanda y necesidades de la población”.

5.¿Por qué no ha sido posible instaurar en Uruguay un sistema acusatorio cuando ese sistema, con matices, se aplica en casi todas las naciones de Iberoamérica?

Por desidia del sistema político	4 - (15%)
Porque los gobiernos no está dispuestos a invertir en cambios en el sistema judicial	7 - (27%)
Porque se priorizan inversiones en otras áreas más redituables políticamente	10 - (38%)
Porque el sistema judicial funciona bien	0 - (0%)
No sabe	0% - (0%)
No contesta	9 - (35%)

En esta pregunta dos legisladores marcaron dos opciones y otro marcó tres, totalizándose 30 respuestas. Al igual que en la pregunta anterior, el porcentaje de cada respuesta corresponde al 100% de los legisladores. Además hubo ocho comentarios de legisladores: 1) “Hay varias explicaciones”; 2) “Porque siempre fue inquisitivo, y hay una especie de conservadurismo a mantener esa situación en el tiempo”; 3) “La pregunta induce la respuesta y la opción número cuatro tiene defectos”; 4) “Otro: porque es un cambio estructural que necesita de amplios consensos”; 5) “Por conservadurismo y porque actualmente existen otras prioridades que no son necesariamente ‘más redituables políticamente’ sino necesarias”; 6) “Es otra la respuesta: es la oposición de los jueces”; 7) “Por que no hay voluntad política”; y 8) “Creemos que no existe un solo motivo. Tiene que ver con modelos conservadores del sistema de justicia. El cambio debe implicar una transformación cultural y conceptual en relación a la administración de justicia.”

6.Existe una progresiva tendencia legislativa hacia el aumento de las penas y a la creación de nuevos delitos. Los especialistas en Derecho Penal sostienen mayoritariamente que esa tendencia no contribuye a disminuir la delincuencia y en cambio, aumenta el número de reclusos, lo que genera un hacinamiento carcelario difícil de conciliar con los principios constitucionales e internacionales de respeto por la dignidad humana. ¿Cuál es su opinión?

El aumento en las penas y la creación de nuevos delitos contribuye a disminuir la delincuencia	0 - (0%)
El aumento en las penas no contribuye a disminuir la delincuencia, sino que sólo aumenta el número de reclusos, lo que genera un hacinamiento carcelario.	17 - (65%)
El aumento en las penas contribuye a disminuir la delincuencia, aunque es cierto que también genera hacinamiento carcelario, para lo cual habría que construir más cárceles.	8 - (31%)
No sabe	0 - (0%)
No contesta	1 - (4%)

Esta pregunta mereció dos comentarios de legisladores: 1) “Parece contradictorio. No es para responder así de simple”; y 2) “Lo importante es que exista una coherencia ética entre las penas y los bienes jurídicos protegidos a través de las conductas penalizadas. Los delitos contra las personas deben tener una sanción mayor que los delitos contra la propiedad, especialmente aquellos que no se realizan con violencia contra las personas. Nuestro Código Penal debe ser revisado en ese sentido. Delitos que afectan la dignidad humana como los delitos contra la libertad sexual tienen correlativamente menor sanción que delitos contra la propiedad. Esta inequidad no fortalece la valoración social de los bienes protegidos por el sistema penal”

7. En Uruguay la prisión preventiva es aplicada con frecuencia, más allá de su condición de medida cautelar para evitar que el juzgado se evada de la acción de la Justicia. Por esa vía los reclusos permanecen encarcelados mientras se dicta la condena. ¿Es este el sistema ideal? ¿Debería modificarse?

La utilización de la prisión preventiva es el sistema ideal para evitar que el juzgado se evada de la acción de la Justicia	5 - (19%)
El sistema de prisión preventiva debería modificarse, porque mantiene encarcelados a reclusos que aun no han recibido una condena firme, privándolos de su libertad.	15 - (58%)
No sabe	1 - (4%)
No contesta	5 - (19%)

Esta pregunta recibió seis comentarios de legisladores: 1) “Mantenerla, pero se debería acelerar el proceso para darle pronto diligenciamiento. Sería bueno establecer un período de tiempo determinado, el cual, en la medida que haya transcurrido sin que se haya dictado condena el encarcelado recupere la libertad de oficio”; 2) “En principio acelerar el juicio”; 3) “Otro: la prisión preventiva debería usarse en algunos casos y no necesariamente en todos, según el delito y la responsabilidad del mismo”; 4) “Ni una ni la otra”; 5) “Con salvedades”; y 6) “Esta pregunta refiere a un problema complejo que no puede responderse linealmente. Están en juego derechos humanos de más de una persona. En primer lugar, los tiempos para el dictado de sentencia deben acortarse. En segundo lugar, la prueba diligenciada para el procesamiento con privación de libertad debe respetar estándares de calidad. La privación de libertad debe ser medida de último recurso. Esta medida puede ser imprescindible para proteger los derechos humanos de las víctimas, especialmente,

cuando el delito es violento y ocurre entre personas vinculadas entre sí (hogar, comunidad, trabajo, etc.)”.

8. ¿Estaría de acuerdo con la aplicación de penas alternativas a la reclusión?

Sí, con la excepción de determinados delitos (explicitarlos)	22 - (76%)
Sólo para quienes delinquen por primera vez	7 - (24%)
No, porque toda infracción a la ley merece la reclusión	0 - (0%)
No, porque no existen suficientes controles del Estado para que se cumplan.	0 - (0%)
No sabe	0 - (0%)
No contesta	0 - (0%)

En esta pregunta hubo 29 respuestas, pues tres legisladores marcaron doble. Además, quienes respondieron la primera opción especificaron los siguientes delitos que exceptuarían de las penas alternativas: 1) Homicidio, Violación y Rapiña; 2) Delitos violentos agravados; 3) Homicidio, Violación y delitos sexuales; 4) Delitos de lesa humanidad; 5) Todos los que atenten contra la integridad física y emocional de las personas; 6) Homicidio, lesiones gravísimas, rapiña, secuestro, extorsión, delitos contra la patria y contra un orden político interno, y Delitos estatuto de Roma; 7) Homicidio, Rapiña, Copamiento, Violación y Secuestro; 8) Los delitos de sangre; 9) Violentos (homicidios, lesiones graves, secuestro, copamiento, rapiña, etc.); 10) De sangre, Rapiña y hurtos agravados y no primarios, violación, de asociación, con ciertas responsabilidades en la misma, cuando es funcionario público, de tortura, violación, DDHH, de terrorismo; 11) Homicidio, Lesiones graves, violación, tráfico de menores, estafa contra la administración y delitos económicos graves; 12) Ho-

miciidios agravados, tráfico de órganos, explotación de menores y niños, formas organizadas delictivas (tráfico de drogas, etc.); 13) Todos los enumerados en el art. 1º de la ley 17.897; 14) Violación, Rapiña, Asesinato/homicidio; 15) Rapiña, violencia, estupro, homicidio, lesiones graves, estafa; 16) Violentos (vida, sexuales y otros) y corrupción pública; 17) Para aquellos considerados graves; y 18) Salvo en aquellos que requieran de un máximo control de la conducta de quien ha delinquido para evitar conductas que puedan vulnerar derechos humanos de otras personas. Uno de los que contestó por la opción dos, aclaró que sólo para quienes delinquen por primera vez y siendo delitos leves.

9.Las cárceles tienen actualmente su ubicación institucional dentro del ámbito del Ministerio del Interior. ¿Es esto adecuado o debe modificarse?

Es adecuado. Las cárceles deben estar dentro del ámbito del Ministerio del Interior.	3 – (12%)
No es adecuado y debe modificarse.	21 – (80%)
No sabe	0 – (0%)
No contesta	2 – (8%)

En esta pregunta, algunos legisladores que respondieron por la segunda opción agregaron los siguientes comentarios: 1) “Debe modificarse. Quien actúa como auxiliar de la Justicia en el proceso de encarcelamiento de la persona, no debería ser quien lo custodie; porque no estarían dadas las condiciones necesarias para la reeducación del recluso”; 2) “Sin afectar la seguridad”; 3) “Deben estar en el ámbito de la Justicia”; 4) “Ministerio de Justicia o de Educación (recomendaciones ONU)”; y 5) “No necesariamente deben estar en el Ministerio del Interior. Sería buena la existencia de un órgano especializado con mayor responsabilidad del Poder Judicial en el seguimiento de casos y evaluación de las mismas.

No son cambios que deban hacerse rápidamente, es necesario generar un proceso de cambio con evaluaciones periódicas.”

10. ¿Está de acuerdo en privatizar las cárceles?

Estoy de acuerdo	9 – (35%)
Estoy en desacuerdo	16 – (61%)
No sabe	0 – (0%)
No contesta	1 – (4%)

La última pregunta mereció dos comentarios de legisladores: 1) “No estoy de acuerdo, es una actividad inherente al Estado”; y 2) “Puede ser mixto”.

Índice

<i>Gabriel C. Salvia</i> PRESENTACIÓN	9
<i>Álvaro Garcé</i> PRÓLOGO	11
<i>Beatriz Scapusio Minvielle</i> EL SISTEMA PENAL URUGUAYO Y SU REPERCUSIÓN CARCELARIA: LA NECESIDAD DE SU REFORMA	21
<i>Eduardo A. Pesce Lavaggi</i> EL ENCIERRO: EFICACIA Y PERSPECTIVAS	47
<i>Alberto Reyes Oehninger</i> ACERCA DE LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL PROCESO PENAL URUGUAYO	73
<i>Olga Carballo Sica</i> EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL URUGUAYO	101
<i>Diego Camaño Viera</i> PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES	125
<i>Rafael Ubiría Alzugaray</i> HACIA UN MODELO GARANTISTA DEL PROCESO PENAL URUGUAYO	145

Raúl Ronzoni

JUSTICIA, TRANSPARENCIA

INFORMATIVA Y SECRETO..... 171

ANEXO

BARÓMETRO LEGISLATIVO SOBRE REFORMA

AL SISTEMA PENAL Y CARCELARIO EN URUGUAY..... 177

