

EL MINISTERIO PÚBLICO Y FISCAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN URUGUAY

Germán Aller ¹ - Marcelo Domínguez ²

Sumario

I. Introducción. II. Aspectos institucionales. III. Aspectos Orgánicos. IV. Aspectos sustantivos. V. Aspectos procesales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía de referencia.

I. INTRODUCCIÓN.

El Ministerio Público tuvo su posible remoto origen en los tiempos del Imperio Egipcio, cuando su titular, quien era de supuesta estirpe divina y por ello no podía comerciar con los hombres, instituyó la figura del Fisco. Éste tenía el cometido de ejercer el comercio, recaudar los impuestos y administrar el erario del Emperador. Casi implícito estuvo asumir el rol de acusador ante quienes contrariasen la voluntad de la autoridad suprema encarnada en el Emperador.

Este proceso continuó a lo largo de miles de años hasta derivar en el actual y ya antiguo sistema estratificado de manifestación del Estado cuando se relaciona con el ciudadano a través del Ministerio Público. No ya como Imperio, sino como institución jurídica de raigambre constitucional que, además de su intervención en nombre del Estado, ha de velar por la tutela de los derechos individuales, aunque no represente a las víctimas ni a las personas en específico, sino al Estado como persona jurídica mayor.

El Ministerio Público representa en estos tiempos al Estado en lo jurisdiccional, tal vez emulando a aquel dignatario del erario egipcio, pero el decurso de largos siglos de pugna por imponer el Estado de Derecho ha evidenciado el objeto de que el Ministerio Público sea cabal expresión del mandato constitucional que gobierna a los Ordenamientos jurídicos democráticos.

Los actos de corrupción que, de alguna forma, involucren a la Administración o a los ciudadanos en interacción con ella, ameritan la creación

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Profesor Agregado (Grado 4) de Derecho Penal y Profesor Adjunto (Grado 3) de Criminología de la Universidad de la República. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

² Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo). Profesor Adscripto y Ayudante (Grado 1) de Derecho Penal de la Universidad de la República.

de tipos penales específicos justificados esencialmente en el fundamental buen desempeño de la gestión Pública. En tal sentido, lo primordial es subrayar que su cometido al fin es “servir” al ciudadano, pues la Administración no es un fin en sí mismo sino un medio para el óptimo desarrollo de las personas en la sociedad jurídicamente reglada. Es este criterio conceptual el que anida al punto de dar fundamento a esperar la debida probidad de los funcionarios, así como el cabal cumplimiento de los administrados frente a la expresión estatal ajustada a Derecho puesta de manifiesto en la Administración Pública.

II. ASPECTOS INSTITUCIONALES.

Según lo establecido por la Ley orgánica del Ministerio Público y Fiscal –Decreto-Ley n.º 15.365 del 30 de diciembre de 1982 y lo preceptuado por el art. 364 de la Ley n.º 16.170 del 28 de diciembre de 1990– el Ministerio Público y Fiscal constituye un cuerpo técnico-administrativo dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

Dicho cuerpo está bajo la jefatura directa del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación e integrado por la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación, Fiscalías Letradas Nacionales, Fiscalía Adjunta de Corte, Fiscalía Letrada Suplente, Fiscalías Letradas Departamentales y Fiscalías Letradas Adjuntas. Su objeto es la defensa de la sociedad, la defensa y representación del Estado en el ámbito que las leyes le asignen, el asesoramiento al Poder Ejecutivo y a la Justicia cuando le sea requerido.

Estructuralmente el Ministerio Público y Fiscal cumple su objeto y función por medio de la estructura orgánica jerárquicamente ordenada de la siguiente manera: Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación; Fiscalías Letradas Nacionales de lo Civil, de lo Penal, del Crimen Organizado, de Menores, de Aduana y Hacienda y de Violencia Doméstica; Fiscalía Adjunta de Corte; Fiscalía Letrada Suplente; Fiscalías Letradas Departamentales y Fiscalías Letradas Adjuntas, que tienen como fin la defensa de la sociedad, la defensa y la representación del Estado en el ámbito que las leyes le asignen, así como el asesoramiento al Poder Ejecutivo y a la Justicia cuando le sea requerido.

De conformidad con el art. 1 del Decreto-Ley n.º 15.365 y el art. 67 del Código del Proceso Penal (Decreto-Ley n.º 15.032), el órgano superior del Ministerio Público es el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación –órgano unipersonal–, quien ejerce sus funciones de representante del Ministerio Público ante la Suprema Corte de Justicia.

Como jerarca del servicio ejercerá, además, la superintendencia correctiva de los miembros del Ministerio Público y Fiscal del fuero penal. A tales efectos, y sin perjuicio de lo que establecen las pertinentes normas orgánicas, toma conocimiento de la actuación de los referidos fiscales penales y del crimen organizado al entender en los procesos de índole penal elevados en

consulta a la Suprema Corte de Justicia y, en vía administrativa, adopta las medidas que estime convenientes o necesarias.

En la capital del país, el Ministerio Público en materia penal es ejercido por los Fiscales Letrados Nacionales en lo Penal y por los Fiscales Letrados Nacionales en Crimen Organizado. Huelga precisar que cada fiscalía está integrada por un fiscal nacional, un fiscal adjunto y un secretario letrado.

Las catorce Fiscalías Nacionales en lo Penal (o sus representantes, en los casos que la ley los autoriza expresamente) ejercen sus funciones ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal, ante los Tribunales de Apelaciones en lo Penal y ante la Suprema Corte de Justicia.

En cambio, las dos Fiscalías Nacionales de Crimen Organizado (o sus representantes, cuando así lo prevea la ley) ejercen sus funciones ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Crimen Organizado, ante los Tribunales de Apelaciones en lo Penal y ante la Suprema Corte de Justicia.

Tanto las fiscalías penales como del crimen organizado actúan bajo un régimen de Turnos. Para las Fiscalías Nacionales en lo Penal, ejercen sus funciones dos fiscalías cada seis días y ante tres Juzgados. En cambio, en las Fiscalías Nacionales del Crimen Organizado, trabaja una de ellas cada 10 días y ante uno de los Juzgados, ya que los mismos realizan su tarea jurisdiccional en turnos decenales.

En el interior de la República el Ministerio Público en materia penal es ejercido por las cincuenta y dos Fiscalías Letradas Departamentales que actúan, en consecuencia, ante los Juzgados de Paz –en casos de faltas– y ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia penal del respectivo Departamento.

De acuerdo a lo establecido en el art. 68 del Código del Proceso Penal (CPP), al Ministerio Público y Fiscal le corresponde promover las acciones fundadas en los delitos y las faltas. Además, de acuerdo al estado procesal en que se encuentre la causa el Ministerio Público tiene la posibilidad de deducir acusación o solicitar el sobreseimiento.

Asimismo, el art. 12 del Decreto-Ley n.º 15.365 dispone que corresponden al Ministerio Público en lo Penal las siguientes funciones: (a) ejercer la titularidad exclusiva de la acción penal pública que deriva de la presunta comisión de un hecho delictivo e intervenir como parte en la instrucción –etapa presumarial– y la sustanciación de las causas en ese orden, luego del enjuiciamiento y hasta su conclusión; (b) continuar los procedimientos penales por delitos perseguibles a denuncia de parte cuando se haya cumplido con dicho requisito de procedibilidad; (c) ejercer el Ministerio Público ante la Suprema Corte de Justicia en las casaciones; (d) ejercer, respecto de los órganos jurisdiccionales de su materia, la defensa de la jurisdicción de los jueces y Tribunales siempre que sea desconocida o menoscabada y vigilar por la pronta y recta administración de justicia evidenciando los abusos y malas prácticas detectadas, denunciando dichas circunstancias ante el Fiscal de Corte

y Procurador General de la Nación para que éste proceda según correspondiere; (e) intervenir en las contiendas sobre jurisdicción penal, en el diligenciamiento de exhortos extranjeros en materia penal, en los incidentes de recusación que se promueven contra los jueces en lo penal y en todo trámite en que las leyes prescriban expresamente su intervención.

En cuanto a la designación de los miembros del Ministerio Público y Fiscal, la misma depende del cargo que se pretende ocupar.

En el caso del cargo unipersonal de Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación es propuesto por el Poder Ejecutivo ante el Poder Legislativo, el cual tiene la tarea de aprobar o no la propuesta del Poder Ejecutivo.

En las hipótesis de los Fiscales letrados Nacionales, Fiscal Adjunto de Corte y Fiscal Letrado Suplente se requiere que la persona propuesta haya actuado por cinco años en el Ministerio Público y Fiscal y que sea ciudadana natural o legal con cinco años de ejercicio. La propuesta la realiza el Fiscal de Corte ante el Poder Ejecutivo y éste lo envía al Parlamento a efectos de expedirse sobre la concesión de la venia requerida para ocupar dicho cargo.

Para ser designado Fiscal Letrado Departamental y Fiscal Letrado Adjunto se requiere: título de abogado, ciudadanía natural o legal con tres años de ejercicio, habilitación psíquica, física y moral para el desempeño de la labor. Dicho cargo es propuesto por el Fiscal de Corte ante el Poder Ejecutivo, quien en definitiva decide sobre la propuesta enviada por el Fiscal de Corte.

La designación de magistrado del Ministerio Público y Fiscal en cargo de ingreso es de carácter interino por el término de dos años, vencido el cual adquiere efectividad. Luego de lograda la misma, los fiscales son inamovibles y duran en sus cargos en la medida que no incurran en conductas incompatibles con la función o se retiren por razones de edad o antigüedad.

De acuerdo a lo establecido en el art. 35 del Decreto-Ley n.º 15.365 los titulares del Ministerio Público y Fiscal cesara en el desempeño de sus respectivos cargos: 1) Por haber cumplido los setenta años de edad. 2) Por jubilación o renuncia aceptada. 3) Por destitución. 4) Por inhabilitación psíquica, física o moral. 5) Por la aceptación de un desempeño público o privado incompatible con el ejercicio del Ministerio Público y Fiscal.

III. ASPECTOS ORGÁNICOS.

Desde el punto de vista de la organización de recursos aplicados en la investigación de la corrupción, en Uruguay se la investiga de la misma forma que los demás delitos, destacándose que los casos de delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro I del Código Penal (CP) y los establecidos en la Ley n.º 17.060, de 23 de diciembre de 1998, cometidos dentro de los Departamentos de Montevideo y Canelones son investigados a través de las Fiscalías Letradas Nacionales en Crimen Organizado y dichos procedimientos concernientes a hechos de apariencia

delictiva se realizan ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal del Crimen Organizado de Montevideo, pues éstos poseen jurisdicción nacional.

Las Fiscalías no tienen gabinetes o dependencias especializadas que coadyuven con los representantes del Ministerio Público y Fiscal en la investigación de los casos de corrupción ni en ningún otro caso. Esta carencia de auxiliares del Ministerio Público se basa en que el Poder Judicial tiene a su cargo la investigación o instrucción de las causas, por lo que si la Fiscalía necesita un informe o pericia técnica los tendrá que solicitar ante el Juez que instruye la causa y éste es quien decide, en definitiva, si corresponde hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público.

Si bien Uruguay cuenta con la Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado, ubicada en la órbita del Poder Ejecutivo, se ha planteado la interrogante acerca de si el Ministerio Público *per se* puede ordenar a la Junta la obtención y sistematización de la prueba documental u obtenerla únicamente a solicitándola al Juez de la causa. La primera postura es congruente con la ubicación que finalmente se dio a la Junta y la superintendencia que ejerce el Fiscal de Corte sobre ella en base a ser titular de la acción penal y su interés directo en dar andamio a los juicios criminales. En contra de esta posición, cabe argumentar que el Código del Proceso Penal no permite que el Fiscal desarrolle la investigación, ya que el titular de la misma es el Juez. Además, cuando se planteó alguna inquietud en cuanto a la función de esclarecimiento, se especificó en el texto que ella correspondía al Juez de los hechos noticiados. Por lo tanto, solo se brinda dicha información cuando lo requiera el Juez como director del proceso.

En consecuencia, el Ministerio Público no tiene organismos auxiliares que colaboren directamente con él en la investigación de los hechos presuntamente corruptos. Por ende, en caso de necesitar alguna prueba documental o pericial tendrá que recurrir al Juez a efectos de solicitar dichas medidas probatorias.

IV. ASPECTOS SUSTANTIVOS.

El concepto de corrupción proviene en su sentido literal de la palabra latina "*corrumpere*" y es utilizada en un sentido amplio como expresión de corruptela, decadencia y perversión moral. A este sentido literal se añaden definiciones de corrupción orientadas al autor que consideran como corrupción la infracción de un deber a causa de ventajas indebidas. Tal definición es, sin embargo, demasiado amplia para abarcar lo específico de la corrupción penalmente relevante. En efecto, también el autor de una infidelidad patrimonial, de una defraudación tributaria o de una infracción del deber de alimentos incumple con sus obligaciones a causa de alguna ventaja indebida. Resulta pues muy poco para la corrupción centrarse solamente en la infidelidad en una relación interna de cualquier índole.

Por este motivo, puede afirmarse que la definición correcta es aquella que considera a la corrupción como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido.

Elementos particulares de esta definición:

A) Corrupción requiere, en primer lugar, una relación trilateral. A una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero. Esto es, debe ser encargado de comportarse en función del tercero. Para que la corrupción tenga relevancia el encargado debe ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso. En primera línea hay que pensar aquí en comportamientos jurídicamente relevantes. Deber haber también una persona que pueda otorgar una ventaja. Si bien ésta por lo general es el afectado por la decisión, puede igualmente ser un tercero ajeno por completo.

B) En la definición compartida, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero o económico. Por el contrario, todo lo que pueda motivar a una persona puede también entrar en consideración como ventaja.

C) Para que exista corrupción, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado. Quien luego de un partido de fútbol invita una cerveza a un policía que juega ese deporte en su tiempo libre, no comete corrupción alguna. Es importante señalar que la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y, por tanto, lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses.

No obstante la definición antes reseñada y que compartimos, huelga precisar que definición de corrupción se adopto en la legislación de mi país.

Uruguay aprobó por Ley n.º 17.008, del 25 de setiembre de 1998, la Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en Caracas el 29 de marzo de 1996 que configura el marco dentro el cual luego se desarrolló la legislación nacional.

Como se puede apreciar, hubo una notable celeridad en términos internacionales, no sólo para aprobar la Convención, generando las responsabilidades y obligaciones que implica en cuanto al cumplimiento de lo establecido por ella, sino en dictar la propia Ley n.º 17.060, del 23 de diciembre del año 1998, bajo la denominación de “Prevención y Lucha contra la Corrupción”, que actualizó y profundizó los viejos delitos contra la Administración Pública incorporados al actual Código Penal vigente desde 1934, cuyo autor fue José IRURETA GOYENA.

De acuerdo a la Convención la Ley nacional en su art. 3 definió a la corrupción “como el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico, para sí o para otro, se haya o no causado un daño al Estado”, cuya amplitud comprende –sin esfuerzo– todos los actos de corrupción que prevé el art. VI de la Convención.

Por su parte, la definición legal de funcionario público, y por ende de función pública que establece el Código Penal en su art. 175 y ratificado posteriormente por el art. 2 de la Ley anticorrupción se concilia con las definiciones que a tales términos da el art. 1 de la Convención.

En efecto, para la legislación uruguaya se considera funcionario público a “todos los que ejercen un cargo o desempeñen una función retribuida o gratuita, permanente o transitoria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier Ente Público o Persona Pública no estatal” (art. 175 CP).

En sintonía con la Ley de anticorrupción, por Decreto n.º 30/2003 se dictaron una serie de normas de comportamiento relativas a la función pública que ratifican y amplían los principios generales de actuación de los mismos, estableciendo en síntesis:

1. La preeminencia del interés funcional y público por sobre los particulares del funcionario.
2. Actuar con probidad, buena fe y lealtad con respecto a los demás funcionarios y al público en general.
3. El deber de imparcialidad, respeto, rectitud, transparencia y publicidad.
4. La necesidad de evitar todo abuso, exceso o desviación de poder.
5. No usar indebidamente del cargo ni intervenir en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente a ellos o a personas relacionados con ellos.

De este modo, se cumplió con las medidas preventivas articuladas por el art. III de la Convención interamericana, considerándose todas y cada una de las proposiciones formuladas, las que vinieron a agregarse a una ya prolija instrumentación vigente desde larga data en el ordenamiento jurídico del país, que lleva a que algunas encuestadoras de opinión le otorguen un buen posicionamiento en la lucha contra la corrupción en el concierto internacional y regional.

En cuanto a la línea político criminal seguida en Uruguay para combatir la corrupción, se puede afirmar que la mayoría de los delitos se castigan solamente con pena privativa de libertad. No obstante, en materia de delito de corrupción la pena esta integrada por tres sanciones principales. A saber: privación de libertad, inhabilitación y pecuniarias, denotando que el legislador al momento de establecer la sanción ha tenido la finalidad de prevención general, tanto negativa, por la advertencia genérica que formula sobre las consecuencias de la realización de esta clase de delitos, como positiva al reafirmar en la conciencia colectiva la gravedad que encierran los delitos de corrupción.

Lo manifestado se puede apreciar en los clásicos delitos contra la Administración Pública: concusión (art. 156 CP), cohecho (art. 157 CP), fraude

(art. 158 CP) y las conductas que suponen abuso de la función pública (arts. 160, 161 y 162 CP).

La Ley de anticorrupción se agregó a la legislación uruguaya – siguiendo las recomendaciones internacionales – los delitos de: tráfico de influencias (art. 158 bis CP), utilización indebida de información privilegiada (art. 163 bis C.P), soborno y cohecho transnacional (art. 29 de la Ley n.º 17.060), y blanqueo de capitales procedente de la corrupción (art. 30 de la Ley n.º 17.060).

Se dejó acertadamente fuera del elenco de delitos al enriquecimiento ilícito, ya que es una sospecha de delito, pues no consiste en un hecho positivo o negativo, sino en un estado individual de sospechoso independientemente del acto u omisión que se hubiere cometido. Con una estructura de ese porte se invierte la carga de la prueba trasladándola al justiciable, quien tendrá que probar que su incremento patrimonial proviene de una fuente lícita.

Tradicionalmente se ha dicho que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la Administración Pública, entendiendo por ella la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia, la disciplina, la fidelidad, la seguridad, la libertad y el decoro funcional. Luego de la creación de la Ley anticorrupción se agregó una nueva dimensión de carácter social, tendiente a la defensa del orden socioeconómico.

Como es sabido, se trata de delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, donde, más allá de la tutela específica a que refiere cada tipo penal en particular, genéricamente se tutela no solamente el buen desempeño de los cargos públicos, la normalidad funcional, el prestigio de la administración, la transparencia de la gestión, la imparcialidad y legalidad que debe regir la actuación de los servidores públicos, sino también directa o indirectamente los mercados de capitales y de créditos, la libre competencia, la igualdad en la contratación que debe existir con el estado y aún la regularidad del sistema político y el régimen democrático republicano todo lo cual aparece conculcado por esta forma de criminalidad.

En síntesis, lo protegido en esta clase de delitos es la regularidad del funcionamiento de la administración que está al servicio de las personas, la eficiencia de la actividad pública, donde los individuos no son solo vistos como súbditos del soberano, sino especialmente como ciudadanos a cuyo servicio se halla la administración.

Como novedad en la legislación uruguaya se previeron los delitos de cohecho y soborno transnacional. Si bien el legislador bajo un mismo título aborda ambas cuestiones, corresponde explicar someramente ambas figuras en el ordenamiento penal uruguayo.

En efecto, se prevén tres modalidades de cohecho: simple, subsiguiente y calificado. Sin entrar en detalle sobre cada una, se destaca que, mientras en el cohecho simple el agente recibe una retribución indebida o acepta la promesa de esa retribución por ejecutar un acto propio de la función, en el cohecho

calificado el funcionario público recibe o acepta la promesa de una retribución indebida con motivo de cumplir un acto de su empleo en forma contraria a los deberes funcionales, ya sea retardando el cumplimiento del acto u omitiendo su cumplimiento.

Como se observa, en ambas modalidades se recibe o acepta la promesa de una retribución indebida. Conlleva un comportamiento que atenta contra la estructura esencial del bien jurídico protegido que es, en definitiva, el recto cumplimiento de la función pública a partir de un desempeño probo de la función pública.

Resulta de las dos modalidades la existencia de un *pactum sceleris*. Esto es, un acuerdo ilícito y en sí corrupto entre alguien que ofrece retribución y el funcionario que la acepta.

En cambio el soborno es la tentativa de cohecho elevada a la categoría de tipo penal autónomo. Este delito se configura cuando un sujeto le ofrece una retribución indebida al funcionario público y éste no lo acepta.

Las figuras de cohecho y soborno transnacionales presentan ciertas particularidades. En primer lugar, el sujeto activo debe ser uruguayo, si bien a primera vista la conducta típica podría cometerla cualquiera, ya que el legislador utiliza la expresión genérica “el que”, emerge de una correcta interpretación del precepto que quien necesariamente debe tomar la iniciativa del *pactum sceleris* debe ser necesariamente un uruguayo. En segundo lugar, que el ofrecimiento u otorgamiento de la retribución indebida debe ejecutarse en territorio extranjero y el destinatario de la oferta o entrega ha de ser un funcionario de otro Estado. Vale decir, del Estado extranjero donde se comete el delito. Por lo que ha dejado fuera de la figura la conducta de un extranjero que tome la iniciativa del pacto.

Para la legislación vigente en Uruguay, los delitos de corrupción se centran principalmente en aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico Administración Pública, cercenando hasta ahora la posibilidad de punir otras formas de corrupción donde el Estado no sea el sujeto pasivo de dicha conducta.

V. ASPECTOS PROCESALES.

Como ya lo hemos sostenido en otra oportunidad, el actual proceso penal uruguayo no es fiel representativo del sistema político ni del jurídico de un Estado republicano y liberal de Derecho como tradicionalmente han distinguido a Uruguay. Como habrá de verse, es –muy por el contrario– un triste resabio de la oprobiosa dictadura que rigió el país entre junio de 1973 y febrero de 1985. El *corpus iuris* concerniente al proceso penal se halla nítidamente opuesto al consagrado por el actual Código General del Proceso civil que rige los aspectos procesales y procedimentales con un ordenamiento fruto de la democracia, siendo tomando como Código modelo por varios países

de la región y también por otros lejanos. Actualmente se procura superar este atávico proceso penal dictatorial y, obviamente, plagado de inconstitucionalidades, instaurando otro Código que represente el característico espíritu liberal, garantista y democrático de un pueblo nacido para ser libre y que merece el respeto de esa histórica libertad. Empero, no duelen prendas al decir que, pese a cualquier mejora de orden procesal y procedimental, se requiere –a esta altura de los acontecimientos– un profundo cambio en la mentalidad de los operadores del sistema. No en vano, aunque esté injustificado, ni siquiera se cumple cabalmente la normativa procesal actual ni el espíritu de las sucesivas legislaciones en la materia que, en plena democracia desde 1985, han establecido como precepto la libertad del encausado cuya eventual pena a recaer no alcance a los dos años de penitenciaría. Sin embargo, en los hechos una cifra superior a la mitad de los enjuiciados son preventivamente reclusos so pretexto de generar grave alarma social o pública, entorpecer la prueba, existir el riesgo de evadirse de las consecuencias del proceso o como medida contentiva para inhibir que prosiga delinquiendo.

Más allá de que estos extremos puedan presentarse en algunos casos, lo cierto es que en muchos otros carece de respaldo empírico y, más bien, se recurre a esas categorías en forma no suficientemente fundada, convirtiéndose en expresiones del mentado *Derecho penal del enemigo*. Así las cosas, no es extraño –pese a ser cuestionable– que además se adopten resoluciones con llamativamente escaso desarrollo conceptual, sin despliegue de fundamentos jurídicos y tan solo limitándose a expresiones esencialmente formales de poco contenido científico y relativo respaldo normativo. Si la regla es la libertad y su restricción es la excepción, si los pronunciamientos se han tornado escuetos en la fundamentación jurídica y se da mayor relieve a intangibles sensaciones de alarma social o pública en vez de a aspectos normativos, y si además hay serias carencias en la vetusta legislación que gobierna al proceso penal, pues entonces debe reestablecerse la mentalidad liberal que distinguió a los operadores penales durante la mayor parte de la historia de nuestra Nación democrática.

Como lógica consecuencia, a un sistema de tales características se le suma una formalmente rechazada –pero solapadamente practicada– inversión de la carga probatoria y en los hechos oblicuamente también la culpabilidad presunta. A mayor detalle, si los sometidos a juicio continúan siendo presuntos inocentes deberían permanecer en estado de libertad ambulatoria hasta que se establezca su culpabilidad, pero paradójicamente los hechos exhiben que el tiempo de prisión preventiva, cuya naturaleza jurídica es cautelar, en muchas ocasiones es la única reclusión que padecerá el justiciable. Para colmo de males, en las hipótesis de penas no muy prolongadas se da a veces la peculiaridad de que al arribarse a la sentencia de condena el encausado ya está en libertad. Como podrá observarse, se constata aquí la archisabida expresión de CARNELUTTI cuando, refiriéndose a la reclusión, denunciaba que al ciudadano sometido a juicio se le aprisiona para luego averiguar si debe estar preso: *Nosotros nos encontramos, en definitiva, encerrados en este círculo vicioso, de*

que 'para saber si se debe castigar, se debe comenzar por castigar'. Esta es, quizá, la verdad por la cual ha sido más gravemente conmovida mi fe en el Derecho.

En una primera mirada puede dar la impresión de no tener sentido jurídico rasgarse las vestiduras escribiendo libros y artículos doctrinarios que sustenten la inocencia presunta y la carga de la prueba correspondiente al acusador cuando luego la praxis contraviene repetida y sistemáticamente tales principios materiales y formales. Aún así, la Academia no debe cejar en el esfuerzo por denunciar los abusos cometidos desde el sistema punitivo. Y ello obedece a que el Derecho penal material y el formal deben poner coto al tremendo poder punitivo del Estado. La misión de tutela de bienes jurídicos no es la única del Derecho penal e incluso hasta se pone en tela de juicio el rol del bien jurídico como garantía individual. No resulta aquí decisivo definir si lo que compete a esta Ciencia es la protección del bien jurídico o de la norma en tanto la vigencia de un sistema de Derecho, sino añadir que tanto o más importante es poner límite racional a la potestad estatal de castigar. Bien o mal, otrora CARRARA decía que el Derecho penal es la garantía de los inocentes y que el procesal penal lo es de los culpables. Mas la situación actual ha superado aquella cuestión y, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, nuevamente mirar (*corsi e ricorsi*) a von LISZT en cuanto a que el Derecho penal debe ser *la infranqueable barrera de la Política criminal*, de manera de no legislar en desmedro de la Ciencia penal ni mucho menos de los derechos individuales, fundamentales e irrenunciables de las personas. También decía el catedrático de Marburgo y luego de Berlín que, por más que resulte paradójico, el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente, en tanto que CARRARA hacía lo propio expresando que el Derecho penal bien entendido es el supremo código de la libertad y, por su parte, ha agregado BACIGALUPO que el Derecho penal debe ser la Magna Carta del ciudadano.

En resumen, no cabe la menor duda acerca de la imperiosidad de un profundo cambio legislativo en cuanto al proceso penal. Asimismo, de poco servirá una mejor herramienta legal tendiente a instaurar el sistema acusatorio si a la par no se produce una importante mutación en la mentalidad de los operadores del sistema, al punto de eliminar culturalmente los vestigios de una estructura inquisitiva de cuño dictatorial.

El proceso penal uruguayo se encuentra regulado por el Código del Proceso Penal, el cual fue aprobado por el Decreto-Ley n.º 15.032 del 7 de julio de 1980 que entró en vigencia el 1 de enero de 1981, sin perjuicio de haber sufrido algunas modificaciones posteriores. No obstante, en líneas generales se mantiene incambiada su estructura fundamental.

El proceso que rige la materia en Uruguay es contencioso, predominantemente escrito, sin inmediatez y tiene como supuesto de hecho un acontecimiento de apariencia delictiva que da pie a la contienda penal. Es decir, la contraposición existente entre el Ministerio Público y Fiscal por un lado y el imputado —patrocinado por el abogado Defensor— por otro. En dicha controversia jurídico-penal se busca dilucidar la responsabilidad de la persona

sometida a juicio y, en caso afirmativo, conlleva la aplicación de una pena o medida de seguridad cuando corresponda.

El proceso se encuentra dividido en dos partes: En primer lugar, el proceso de conocimiento, el cual tiene varios estadios procesales como son las etapas del presumario, el sumario y el plenario. En segundo lugar, el proceso de ejecución en el cual tiene lugar la concreción de la pena en su aspecto administrativo.

Nuestra estructura procesal penal puede ubicarse en aquellos sistemas mixtos, donde se halla un sistema puramente inquisitivo en las etapas del presumario y sumario, y uno acusatorio en la etapa de ampliación sumarial y en el plenario. Sin perjuicio de esto, la estructura es primordialmente inquisitiva en los momentos y etapas axiales del proceso.

El proceso se basa en tres principios fundamentales: (a) El principio de oficialidad, el cual el Estado tiene como función primordial la represión del delito y, frente a un hecho con apariencia delictiva, debe promover por sí mismo el juicio respectivo por intermedio de sus órganos. O sea, mediante el Poder Judicial y el Ministerio Público y Fiscal. Este último orgánicamente pertenece al Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Educación y Cultura. Dicho principio se encuentra regulado en el art. 10 del CPP, estableciendo que la acción penal es pública, que corresponde su ejercicio a la Fiscalía y que es necesario en los casos determinados por ley. Esto denota que en el vigente proceso penal no existe la acción privada, salvo en los casos de delitos cometidos a través de medios masivos de comunicación social, establecida por la Ley n.º 16.099. No obstante, en la persecución de ciertos delitos la ley requiere que previamente se cumpla con algún requisito de procedibilidad. Su omisión trae aparejada la imposibilidad de iniciar el proceso penal respectivo, impidiendo de esa forma la intervención del Ministerio Público que sigue siendo el único titular de la acción penal.

En segundo lugar, obra el principio de necesidad. Éste se formula expresando que el Estado tiene el deber de reprimir los delitos, pero que solo puede realizarlo mediante el proceso. Lo que equivale a decir que el proceso penal es el único camino válido desde el punto de vista legal para obtener la satisfacción de la pretensión penal del Estado, tal como está consagrado en el art. 12 de la Constitución de la República que reza: *Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.*

Y, en tercer lugar, el principio de indisponibilidad. El cual se refiere que una vez iniciado el proceso penal no puede disponerse de él. Entiéndase, que sólo culminará mediante una sentencia dictada en la forma y en los casos que disponga la ley.

Como ya adelantáramos, dentro del proceso penal de conocimiento existen tres etapas: el presumario, el sumario y el plenario. Sobre las cuales, seguidamente haremos una breve referencia de los lineamientos generales de las mismas y del rol del Ministerio Público en cada una de ellas.

A) El Ministerio Público y Fiscal en la etapa presumarial.

Se denomina presumario a la etapa de instrucción que se extiende desde la iniciación del procedimiento penal hasta la sentencia interlocutoria que disponga el archivo de las actuaciones por falta de merito para procesar o el procesamiento del indagado, que a partir de ese momento pasa a llamársele el *imputado*.

Esta etapa comienza con la comunicación al Juez de turno de la *notitia criminis* informada por la policía o mediante denuncia directamente presentada en la sede judicial por un particular.

En caso de que la persona sindicada como partícipe del delito se encuentre detenida, el Juez le tomará declaración dentro de las veinticuatro horas inmediatas y, a lo sumo, en cuarenta y ocho horas desde la detención comenzará el sumario. En caso contrario, puede continuar la causa con el presumario abierto emplazando al indiciado a constituir domicilio a efectos de que, si la Sede requiriese su concurrencia ante la Justicia, pueda ser ubicado y citado para comparecer en la audiencia respectiva.

En virtud de lo dispuesto por el art. 113 del CPP, en la redacción dada por la Ley n.º 17.773, cuando una persona sea conducida o citada a una sede judicial como indagada por la presunta comisión de un delito, previamente a llevarse a cabo la audiencia indagatoria (primera declaración del indagado) se le intimará la designación de su abogado Defensor bajo apercibimiento de tenerle por designado el Defensor público que por turno corresponda.

En esta etapa procesal, la Defensa del indagado puede proponer el diligenciamiento de prueba e interrogar testigos.

La audiencia indagatoria se realiza en presencia de un funcionario receptor debidamente autorizado por el Juez. Dicho funcionario interroga al indagado sobre los hechos de su detención o citación, acerca de las declaraciones eventualmente vertidas en la sede policial, qué participación le cupiere en los hechos investigados, etc.

En caso que la Fiscalía esté presente en la antedicha audiencia, se le cede la palabra a los efectos de interrogar. De igual forma se le concede luego a la Defensa el derecho de repreguntar. Después de prestar declaración indagatoria, y en los casos que proceda la declaración de testigos, el expediente pasa en vista al Ministerio Público de turno, el cual en su dictamen podrá solicitar el archivo de las actuaciones. Éste procede cuando no conste la existencia de un hecho delictivo o que haya elementos de convicción suficientes para juzgar que el indagado no tuvo participación en el delito que se investiga. De no ser así, estará en condiciones de solicitar el procesamiento de la persona. El mismo procede cuando se constate la existencia de un hecho delictivo, además de que para el Juez existan elementos de convicción suficientes para juzgar que el

imputado tuvo participación penalmente reprochable en el delito (art. 125 del CPP).

Esto sin perjuicio de que, cuando no se dan ninguna de las dos posibilidades descriptas anteriormente, la Fiscalía puede solicitar que el presumario continúe abierto, o sea, que la Justicia siga investigando.

Cuando la Fiscalía solicita el archivo de las actuaciones, el Juez debe archivar la causa sin más trámite. En caso contrario, si el Fiscal solicita el procesamiento, el Magistrado actuante puede amparar el pedido Fiscal o decretar el archivo de la instrucción.

Si la Fiscalía solicita el procesamiento de una persona, se celebra la segunda audiencia, llamada audiencia ratificatoria (art. 126 del CPP), en la cual se pone en conocimiento del indagado lo solicitado por la Fiscalía. Después de realizarse las preguntas de rigor, se le confiere la palabra a la Defensa para realizar su alegato, ya sea allanándose o controvirtiendo lo solicitado por la Fiscalía.

Una vez ocurrido lo recién manifestado, el expediente se eleva al Juez de la causa para dictar sentencia, ya sea amparando el pedido de procesamiento o archivando la causa. Dicha resolución puede ser impugnada mediante los recursos de reposición y apelación en subsidio en el plazo de cinco días de notificada la sentencia interlocutoria.

B) El Ministerio Público y Fiscal en la etapa sumarial.

El sumario comienza con el auto de procesamiento dictado por el Juez de Primera Instancia con la previa requisitoria por parte del Ministerio Público. En esta etapa se procura probar plenamente la existencia del hecho delictivo y la participación en la comisión del delito del sujeto procesado. Dicha etapa es predominantemente inquisitiva, y es en ella donde la persona sujeta a juicio pasa a denominarse *imputado*; lo que implica siempre la sujeción jurídica del justiciable y, en aproximadamente la mitad de los casos, la sujeción física mediante la prisión preventiva como medida cautelar. El dictado de procesamiento determina no solo la prosecución del juicio penal y la reclusión del imputado, sino también la carga para el Juez de la causa en seguir adelante con la actividad instructoria, que ya había comenzado en el presumario y que durante el sumario tiende a cumplimentar la probanza que se había reunido en la anterior etapa presumarial. Sin perjuicio de la instrucción por parte del magistrado, que está imbuida de un abrumador carácter inquisitivo, surge a partir del instituto de la Defensa la impetración del o de los incidentes excarcelatorios (art. 27 de la Const., art. 138 y sgtes. del CPP). El propósito del pedido de excarcelación es poner fin a la sujeción física – prisión preventiva – del imputado mediante la obtención de la libertad provisional, puesto que teóricamente la internación en prisión posee solamente el carácter de medida cautelar. Sin embargo, en realidad es una falsedad de etiquetas creer que la prisión preventiva es exclusivamente cautelar, ya que en los hechos es un

adelanto de la pena a recaer (aunque formalmente no se repute pena), en mérito a que en la mayoría de las veces es la reclusión que el sujeto cumple y, además, el tiempo padecido en prisión se descuenta de la eventual pena cuando se dicte la sentencia definitiva.

En la praxis el sumario culmina cuando el Juez entiende agotada la actividad instructoria; sin perjuicio de que el Código establece una duración de ciento veinte días.

Cumplida la misma, se pone los autos de manifiesto (art. 163 del CPP) a los efectos de que, tanto la Defensa como la Fiscalía, en el plazo de seis días –y en caso de que lo consideren necesario– soliciten el diligenciamiento de nueva probanza. En la hipótesis afirmativa, se abre lo la denominada *ampliación sumarial* (art. 164 del CPP). Dicha etapa de diligenciamiento de prueba tiene una duración de sesenta días.

Finalizada ésta, y no quedando pendiente ninguna diligencia probatoria, se entra en la etapa del Plenario.

C) El Ministerio Público y Fiscal en la etapa del Plenario.

Esta etapa procesal reviste principalmente la característica de un sistema acusatorio, ya que en esta oportunidad la Fiscalía puede acusar o solicitar el sobreseimiento (art. 233 del CPP) dentro del plazo de treinta días.

Al expedirse la Fiscalía puede: (a) Pedir el sobreseimiento en los casos que determina la ley; esto es, cuando el hecho no constituya delito, cuando el hecho imputado no haya sido cometido o no exista plena prueba de que fue cometido por el imputado o de que participó en él, o cuando medie una causa de justificación, de impunidad u otra extintiva del delito o de la acción penal, así como si existe prueba de que el imputado no cometió el delito. En cuyo caso, el Juez debe sobreseer sin más trámite. (b) En cambio, si deduce acusación se le da traslado a la Defensa y ésta dispondrá de un plazo de treinta días para evacuarlo contestando los agravios pertinentes.

En este estadio procesal la Defensa tiene la facultad de solicitar la apertura de la causa a prueba. De hacerlo así, la Fiscalía también podrá solicitar el diligenciamiento de prueba. Por lo tanto, sólo la Defensa esta facultada para requerir en esta etapa la apertura a prueba y recién si ello ocurre podrá el Ministerio Público hacer lo mismo, pero no antes.

Si efectivamente se abre a prueba, el plazo será de treinta días en común para ambas partes. Realizada la diligencia probatoria en cuestión, en el plazo legal de quince días las partes deberán realizar el alegato de bien probado.

Concluida esta etapa, pasan los autos para sentencia. A partir de este momento el Juez tiene de un plazo de noventa días para dictar la sentencia de primera instancia. Al momento de fallar, el magistrado actuante debe tener en cuenta que rige en el plenario el principio acusatorio. Por ende, tiene ciertas

limitaciones: (a) Si el Fiscal solicita una pena dentro del guarismo punitivo establecido en el tipo penal en cuestión, aunque al Juez le parezca muy benévola no podrá superar la pena requerida por el Fiscal, salvo en los casos de error manifiesto. (b) El Juez puede fijar una pena inferior a la solicitada por el Fiscal. En síntesis, el Juez no puede juzgar otros hechos que los incluidos en la demanda acusatoria, ni fallar de forma más gravosa, pero puede interpretar y calificar los hechos con absoluta libertad –mediante el principio de *iura novit curia*–, además de que si la acusación deducida por la Fiscalía padece de un error manifiesto que ha determinado una pena ilegal, entonces el Juez puede corregir el error, elevando la misma e individualizándola conforme la ley, con la salvedad de que si la cuestión a resolver es opinable no puede invocar el antedicho error manifiesto.

La sentencia definitiva emanada del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal puede ser impugnada mediante el recurso de apelación a solicitud de la Defensa o del Ministerio Público. Huelga precisar que si la sentencia es de condena y fija una pena de tres años o más de penitenciaría, aunque las partes no apelen, se eleva al Tribunal de Apelaciones en lo Penal. Este mecanismo es llamado *apelación automática*.

Habiendo quedado firme la sentencia de Primera Instancia, se pasa al proceso de ejecución. En él se tratara todo lo concerniente al cumplimiento de la pena y a los institutos liberatorios correspondientes, ya sea la libertad condicional (art. 327 del CPP) o libertad anticipada (art. 328 del CPP), culminando el mismo al finalizar el proceso.

A todo lo expuesto sobre el rol del Ministerio Público y Fiscal en las etapas procesales del proceso penal vigente hoy en día en el Uruguay, huelga señalar que de acuerdo a la Ley n.º 18494 se le confiere al Ministerio Público un rol determinante en la investigación de los delitos, en cuanto al uso de mecanismo proactivos de investigación, ya que la ley faculta al magistrado a hacer uso de los instrumentos de entrega vigilada, vigilancias electrónicas, agentes encubiertos y agentes colaboradores a pedido del Ministerio Público, es decir, solamente en los casos que medie previamente la solicitud del Ministerio Público se va a poder aplicar para la investigación de los hechos con presunta apariencia delictiva los citados mecanismos proactivos de investigación.

Asimismo, el Ministerio Público dispone de la potestad de acordar con quien hubiere incurrido en delitos que sean competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en Crimen Organizado , implicando como consecuencia desde la sensible reducción de la pena del delito hasta el extremo de no formular requisitoria según las circunstancias del caso.

Obviamente que dicha facultad tiene cortapisas en cuanto solamente puede acordar si el sujeto sometido a juicio revelare la identidad de los autores, coautores, cómplices o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o la resolución definitiva del caso o un significativo progreso de

la investigación o aportare información que permitan incautar dinero, materias primas, estupefacientes, armas, sustancias inflamables o explosivas o cualquier otro objeto o elemento que pueda servir para la comisión de delitos, planificarlos e incluso recuperar objetos o bienes procedentes de los mismos.

No obstante ello, la ley establece a texto expreso que la reducción o exención de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación.

VI. CONCLUSIONES.

Uruguay requiere mejorar en múltiples aspectos su proceso penal. No solo para actualizarse desde lo meramente jurídico y científico, sino por algo más importante aún: consolidar una Justicia penal más justa para todos los ciudadanos, tanto víctimas como victimarios.

Una larga tradición democrática, tristemente empañada en algunos pasajes de la historia, aquilatan la necesidad de instaurar de una buena vez un proceso penal liberal, garantista y plenamente democrático en el cual se determine adecuadamente el rol del Ministerio Público. Sin embargo, ha de enfatizarse que las mayores carencias han operado sobre la defensa, quedando subsumida y limitada al punto de ser formalmente parte, pero sumamente restringida en lo material. Esto evidencia lo imperioso de legislar correctamente y reasignar a las partes en el proceso las funciones y atribuciones que les competen.

Ante un panorama así, el Ministerio Público es una institución clave al abordar las trascendentes conductas delictivas relacionadas a la corrupción, debiendo ser una expresión estricta del Estado de Derecho, pues representa al Estado, y éste a las personas que se acogen y rigen por él, correspondiéndole igualmente asegurar que también la defensa sea equiparada formal y materialmente.

VII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

ARLAS, José A, *Curso de derecho procesal penal*, t. I, 2.^a ed. Revisada y puesta al día por Enrique Tarigo, FCU, Montevideo, 1994.

CAIROLI, Milton, *Curso de derecho penal uruguayo*, t. IV, 2.^a ed., FCU, Montevideo, 1995.

CARNELUTTI, Francesco, *El problema de la pena*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947.

CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho criminal* [1870], t. V, reimp., trads. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 2000.

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal* [1859], t. I, trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1925, Prefacio.

DOMÍNGUEZ, Marcelo, y ALLER, Germán, "Lineamiento del proceso penal uruguayo", en *Cuadernos de política criminal, segunda época*, n.º 101, Dykinson, 2010.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "'Corsi e ricorsi'. La vuelta de von Liszt", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 1, AA.VV., Buenos Aires, Depalma, 1972.

LANGON, Miguel, *Código Penal y leyes penales especiales de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y sistematizado*, t. II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2007.

LISZT, Franz von, „Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts“, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905.