

ACERCA DEL CÓDIGO DEL PROCESO PENAL Y SUS MODIFICACIONES
ANTES DE ENTRAR EN VIGOR

Germán Aller

Presidente de la Comisión de Derecho Penal
COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY
Catedrático de Derecho Penal - UDELAR

Aclaración previa: las expresiones vertidas en este informe son pura y exclusivamente del dicente, sin comprometer en absoluto al Colegio de Abogados del Uruguay ni al Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y para ser aportadas a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores (30 de mayo de 2016).

A. PROPUESTA SOBRE JUEZ DE GARANTÍAS, DERECHOS DEL
INVESTIGADO Y ROL DE LA DEFENSA PARA INTRODUCIR EN EL
NUEVO CÓDIGO DEL PROCESO PENAL (ley 19.293)

1) COMPARECENCIA DEL INVESTIGADO ANTE EL FISCAL.

No es conveniente que el indagado comparezca por disposición del fiscal a declarar en su despacho sin ser preceptiva la asistencia del defensor, como está previsto en el art. 45.1, lit. “b” del Código del Proceso Penal (CPP) aprobado por ley 19.293. Máxime cuando la calidad de “imputado” puede *“atribuírsele desde el inicio de la indagatoria preliminar de un hecho presuntamente delictivo”* (art. 63.1 del CPP). Lo apropiado sería que las declaraciones no sean solo ante el fiscal, sino con presencia del abogado patrocinante y ante el juez de garantías, que su figura no fue incluida en el Código del Proceso Penal, pero debería estarlo para solucionar una serie de problemas prácticos que suscitarán; y con ella dispensar la tutela de los derechos del investigado, así como asegurar la prueba de ambas partes, controlar el desempeño policial y obtener mayor eficiencia jurídica, porque

-entre otras cosas- la defensa y la fiscalía quedarían mejor enfocadas en el debido curso probatorio y generar las actuaciones adecuadas y necesarias.

2) INTRODUCIR LA FIGURA DEL JUEZ DE GARANTÍAS.

Si el imputado solicita directamente audiencia al juez durante la etapa de investigación (art. 64, lit "e" del CPP), es dable suponer -conforme al tenor del CPP- que luego no podría el mismo magistrado seguir teniendo competencia en la causa a efectos de no impregnarse en la etapa de indagación y preservar el concepto del proceso acusatorio en su esencia. Por lo tanto, sería más adecuado establecer la figura del juez de garantías, como otros países, que lleve el contralor en esa etapa. Implicaría poseer más jueces, pero también conllevará cada vez que la defensa o el fiscal soliciten la intervención del magistrado en esta instancia, previéndose que será frecuente y que, por ende, también se requerirá mayor cantidad de jueces de los que de por sí implique la instauración del nuevo sistema procesal. Por lo tanto, estimo que la figura del juez de garantías deberá, tarde temprano, introducirse en el CPP, siendo sin duda mejor hacerlo desde la entrada en vigor del nuevo cuerpo legal procesal. Eso en cuanto a lo práctico, puesto que desde el punto de vista del respeto de los derechos constitucionales y legales de los justiciables sería un gran progreso contar con jueces de garantías. Igualmente, tal como se refirió antes, tendría como consecuencia mayor eficacia y eficiencia en el tracto procesal tendiente a arribar a mejores fallos judiciales, más justos y precisos, preservando la imparcialidad del decisor, porque será ajeno a todo lo concerniente a lo previo a la audiencia preliminar de formalización del juicio. Tal figura existe en diversos países funcionando óptimamente tanto en lo formal como en lo material, sin resultar un costo económico elevado cuando lo que está en juego es, precisamente, la justicia en general y en especial refiriéndose a cada caso concreto.

3) APORTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LOS INDICIOS Y PRUEBAS A LA DEFENSA ANTES DE LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN.

Además de la necesidad de agregar al aquí propuesto juez de garantías, se reclama la real equiparación de las partes, En efecto, el Ministerio Público poseerá el dominio de la policía (arts. 49.1, 49.3, 50.1 y 54 del CPP) y los

peritos (art. 180.1 del CPP). Por lo tanto, el justiciable y su defensor deben ser enterados de que existe una investigación y tener TODA LA INFORMACIÓN (indicios o pruebas) antes de comparecer a la primera audiencia judicial, pudiendo discutirse si el plazo para acceder libremente a ellas sea fijado en treinta días o más. Al respecto, el CPP establece el derecho del defensor a tener conocimiento de todas las actuaciones desde la indagatoria preliminar en absoluta igualdad procesal con el fiscal, pero no se indica un plazo, sino la seria responsabilidad del juez (art. 71.4 del CPP), así como no es preceptivo que se dé conocimiento de las actuaciones al defensor, salvo que el imputado lo pida (art. 64, lit “c” del CPP) así como podrá “*solicitar al fiscal las diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulan*” (art. 64, lit “d” del CPP), y en relación a las pericias, podrá la defensa petitionar también al fiscal o al tribunal el auxilio de peritos oficiales (art. 180.2 del CPP), para lo cual debe estar enterado de que existe una investigación en curso. En los hechos, será muy frecuente -y posiblemente predominante- que nada sepa el investigado y ni siquiera posea defensor designado. Por lo tanto, inhibiendo la consagrada y tan importante defensa técnica como garantía del proceso, que debe efectuarse “*desde el inicio de la indagatoria preliminar*” (art. 7 del CPP). A mayor abundamiento, una vez que se ha diligenciado la prueba, se debe dar conocimiento de ella a la contraparte para complementarla o generar contraprueba (art. 214.2, párrafo 2° del CPP), pero a esa altura debe estar enterada que existe una indagación por delito. Ante la duda acerca de si está siendo objeto de una investigación, al ciudadano le cabe la posibilidad de interponer el recurso de Habeas Corpus (arts. 351 y 353 del CPP). Si la información completa de las actuaciones no le es proporcionada al investigado y a su defensa, dichos indicios y pruebas deberían ser nulas. Es una lógica expresión de la inocencia presunta (arts. 4 y 217 del CPP) y de la igualdad de las partes. Si no, el juez –que está fuera de la investigación de los hechos controvertidos, y es correcto, salvo que sea el de garantías, pero cumple otro rol- rápidamente se volcará en favor del Ministerio Público, pues el defensor tendrá poca o ninguna información, quedando muy por debajo del fiscal y, en lo material, me permito aventurar que será un proceso inquisitivo maquillado de acusatorio. Esto se hace en otros países y funciona bien, dotando a la defensa de todo lo que posee el fiscal para solicitar el enjuiciamiento en real paridad de

condiciones. La defensa quedará constreñida a investigar por su lado sin tener igualdad de medios o escasos (sea con defensor público o privado), denotando otra flagrante desigualdad, a pesar de que evidentemente no es el propósito del cuerpo legal aprobado, pero presenta carencias fácilmente subsanables antes de su entrada en vigor. En el CPP aprobado el rol del Ministerio Público no está mal ni se objeta su rol, sino que lo deficiente es lo atinente a la defensa y a la carencia de contralor judicial mediante el propuesto juez de garantías. Por lo tanto, con buen tino también deberá la defensa poder petitionar en esa etapa de investigación aportaciones policiales y periciales, que con la actual redacción están desdibujadas, o cuando menos no dispensando a la defensa similar acceso. Nótese que si la víctima designa abogado, el Ministerio Público *“estará obligado a entregarle información acerca del curso y del resultado del procedimiento”* (art. 48.2, segundo párrafo y lit. “a” del CPP). Por último, se destaca que el fiscal puede disponer la reserva de determinadas actuaciones por un plazo máximo de cuarenta días con previa autorización judicial (art. 259.3 del CPP). En consecuencia, el imputado y la defensa no tendrán acceso a las mismas por ese lapso (art. 64, lit. “f” del CPP), pese a que podrán solicitar al juez que cese la reserva (art. 259.4 del CPP), evidenciando todo esto la clara disparidad entre las partes; y ello debe ser subsanado.

B. OPINIÓN ACERCA DE LOS PROYECTOS DEL PODER EJECUTIVO PARA MODIFICAR LA LEY 19.293.

1) PROYECTO del **distribuido 727**.

- Propone la aplicación gradual y por etapas del CPP aprobado por ley 19.293 del 19 de diciembre de 2015, postergando la aplicación de los arts. 134 a 139 y 270 hasta el 30 de junio de 2017; y esto lo considero inadmisibile. Máxime dado que cercena la esencia del sistema acusatorio que es la oralidad y, concomitantemente, la inmediatez, en virtud de que el juez podrá no estar presente en comparecencias consulares del proceso.

- Desacertadamente pretende la entrada en vigor el día previo a la Feria Judicial menor del 1 de julio, aunque sea algo de inferior relevancia a lo antedicho.

- También postula una batería de modificaciones atinentes a la audiencia de formalización (art. 266), la asistencia letrada de la víctima carente de recursos económicos (art. 79.4), el contenido de la acusación (art. 127), aspectos de la acusación y el sobreseimiento (art. 268), el traslado de la acusación (art. 269), la audiencia en juicio (art. 270), la vía recursiva (art. 271.2), además de la mencionada postergación de la vigencia de la aplicación de los principios de oralidad y publicidad de las audiencias, alterando con ello el sistema acusatorio caracterizado por dichos aspectos primordiales que hacen a las garantías del proceso, del justiciable y que consagran un sistema procesal plenamente democrático como se pretende implementar, siendo que –precisamente- por carencias así es que Uruguay ha sido acertadamente censurado internacionalmente y también por los juristas nacionales.

- Esta postergación mantendría lastimosamente el vicio de inconstitucionalidad que tiene el actual proceso penal. Una vez más en esta materia específica la República relegaría su rol consagradorio de institutos democráticos y de velar por la justicia tanto en lo formal como en lo material del sistema de resolución de causas penales, planteándose una hipótesis que mantendría el atavismo procesal proveniente de la pasada dictadura, no superada aún en este campo concreto.

- Es correcto que los poderes estatales uruguayos se preocupen por no recibir más denuncias ni observaciones de la Comisión Internacional de Derechos Humanos de la OEA (CIDH) por incumplir la signada Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), pero más importante es que los justiciables y las víctimas de delito no tengan que recurrir a dicha Comisión ante la ausencia del debido proceso que nuestro país no prodiga. No se justifica la postergación parcial de los aludidos tópicos, y menos aun cuando el Estado puede y debe tutelar esos derechos de raigambre constitucional allende las censuras que se reciban desde el exterior

y de organismos internacionales. El primer deber del Estado democrático no es con tales loables instituciones transnacionales, sino con las propias y principalmente con los ciudadanos víctimas y victimarios.

- Que con los demás cambios se mejoren cuestiones como la separación de roles entre las partes del proceso es posible, pero discutible. Que se apuntale la mayor imparcialidad del juzgador es relativo, porque mucho más acertado sería desde el vamos contar con un juez de garantías que asegure ése y otros aspectos cardinales, dejando realmente imparcial al juez que luego actuará en las audiencias previstas y que decidirá la *litis*. La prisión cautelar no tiene por qué ser preventiva (art. 221.1, lit "m" y 223 del CPP), porque ya de por sí implica un prejuzgamiento presuponer y pronosticar que el justiciable delinquirá. De todas maneras, esta última afirmación está en el ámbito de las disquisiciones terminológicas, no siendo el cerne del asunto de fondo.

- Sin perjuicio de ello, tal como se ha previsto en el texto del cuerpo legal aprobado, la restricción a la libertad ambulatoria será excepcional y la práctica no deberá deformar el claro sentido de dicha reclusión. A la víctima se le consagran sus derechos y se respeta su rol de sujeto de Derecho cuando se le permite interactuar en el proceso y dispone de defensores preferentemente especializados en la materia, como los públicos o de oficio.

- La harto discutible afirmación, rechazada por el dicente, de que mediante esta modificación se permitiría "*castigar la criminalidad más nociva para el Estado y su población*" merece serios reparos conceptuales, criminológicos y empíricos, dado que, primeramente, no es el Estado víctima de delito, sino que debe proteger a los ciudadanos para que éstos no sean víctimas. No hay que desdibujar los roles y de ninguna manera colocando en lo criminal al Estado por encima o parificado a la persona. Ella es la víctima y el fin de la protección penal, es la titular de los bienes jurídicos fundamentales, es el fin de la prevención delictual y de la reparación, no debiendo el Estado desplazar a la víctima para ubicarse como ofendido por el delito.

- Del articulado propuesto en la ley proyectada únicamente podría admitirse, pese a destacarse su escasa trascendencia, lo atinente a los arts. 266.5 y 266.6, puesto que cumplimentan lo referido al imputado en libertad y a decisiones del juez en la audiencia de formalización respectivamente. Ambas proposiciones son prescindibles, pero eventualmente aceptables.

- Con la modificación de marras no necesariamente “*se logrará el compartido propósito de obtener un proceso penal más eficaz, eficiente, efectivo y garantista*”. Lógicamente, algunas de estas propuestas de segundo orden (no la postergación de entrada en vigencia por tramos, renunciando a la oralidad, inmediatez y publicidad) podrían usarse u optimizarse, pero tal como están, se rechaza “in totum” el proyecto para no alterar la armonía que posee el Código en estos últimos aspectos abordados.

2) PROYECTO del **distribuido 731**.

- Presenta aspectos positivos, pero son menos que los negativos y desamoriza la estructura del actual Código del Proceso Penal (ley 19.293) dejando fuera los procesos extraordinarios mediante una ingeniería conceptual incompleta. No es aceptable que deje de lado a la defensa y quede prácticamente todo a ser resuelto entre el Ministerio Público y el justiciable, denotando una completa apatía por la defensa material y formal. Las categorías de delitos a que se aplicaría son controvertibles, así como es también rechazable que sea el fiscal quien controle la ejecución de las medidas, porque en esta hipótesis cesa de ser un sistema acusatorio y se transforma en uno inquisitorio de parte del fiscal. Tal labor le competería al juez. Estos aspectos invalidan el proyecto, pero pueden ser subsanados añadiendo al defensor o, en el caso de desplazarse a un ámbito *no penal*, incorporando la figura del asesor o patrocinante letrado.

- Se propugna un mecanismo de “*descongestionamiento del sistema*” bajo argumento de la imposibilidad de proseguir la totalidad de las causas potencialmente penales y el pronóstico del pronto colapso del sistema. Eso no

es novedad, porque en la actualidad el problema es mayor de lo que sería con el CPP aprobado. Viene al punto destacar que el sistema no ha colapsado merced al buen desempeño de los operadores del sistema penal que en un alto porcentaje llevan a cabo un notorio esfuerzo personal por sacar adelante los procesos, a pesar de las tremendas carencias actuales. Sin embargo, por lo recién dicho, sumado a lo argumentado en la exposición de motivos, el sistema hace décadas debió colapsar y deben procurarse mecanismos alternativos para dirimir conflictos penales sin la hiperinflación que ya se padece en los juzgados y tribunales penales uruguayos.

- Es entonces viable abordar este grave problema, pero la solución que se presenta más efectiva en otras latitudes es “despenalizar” el conflicto derivándolo a instancias con intervención de expertos en Derecho y otras áreas que interactúen mediando, conciliando y reconciliando a víctimas y victimarios, o recurriendo a sanciones de orden administrativo (no penales ni policiales) tendientes todo ello a restañar el tejido social afectado y, principalmente, a recomponer las relaciones entre las personas en conflicto.

- Dentro de ese contexto se puede también añadir parte de lo propuesto en el proyecto sometido a análisis, pero si se consagra al mismo tiempo ese primer escalón resolutorio de conflictos no punitivista, porque está en cierta forma contemplado, pero bajo otra órbita. En el proyecto se establece una instancia restaurativa y de mediación dentro del terreno penal, lo que debería apartarse de él para descongestionar más y mejorar al sistema (utilizando técnicos adecuados), así como evitar incluso cuestiones innecesariamente traumáticas para los partícipes y testigos.

- Es en un segundo peldaño cabría el proceso abreviado, que en absoluto garantiza la inhibición de la desviación secundaria del infractor ni la disminución de los procesos de victimización, pues la propuesta se mantiene en el estrato de lo punitivo. Empero, es recomendable la antes aludida intervención ajena a lo punitivo tendiendo a la conciliación a través de la mediación. Por tanto, los acuerdos que lleven a la suspensión provisional del proceso y a la reparación de la víctima podrán ser una alternativa ante

situaciones que inequívocamente deban permanecer en lo punitivo o no puedan prosperar en la mentada propuesta de mediación extrapenal, mientras que lo aquí propuesto por el dicente es “despenalizar conflictos sociales” mejor abordables y subsanables por vías NO PUNITIVAS.

- Tal como está, lo proyectado será de relativa eficacia, poca eficiencia y escasa prevención delictiva, aunque dispense cierta loable respuesta victimal. Dentro de un contexto de resolución real de los conflictos que confluyen en la justicia penal, lo proyectado posiblemente no será la panacea, sino tal vez un placebo, pudiéndose -en cambio- aportarse herramientas más cercanas al ciudadano victimizado y al que se pretende no criminalizar mediante la intervención del poder punitivo del Estado.

- En suma, para su aprobación y suceso se debe optimizar al proyecto agregándose, por esta u otra vía legislativa, una mejor forma de resolver conflictos sociales: la interacción de las personas a través de interlocutores idóneos, técnicos especializados en tal función y dentro del marco de legalidad del Derecho penal sustantivo (material) y el Derecho penal adjetivo (formal). Pero he aquí que eso no está bien delimitado en el proyecto aludido, sino que sería otro proyecto diferente.

- En consecuencia, resulta más apropiado mantener el proceso extraordinario instituido en el Cuerpo legal (arts. 272 y 273 del CPP) agregándose la vía de mediación, conciliación y reconciliación extrapenal antes descrita, y eventualmente algún ajuste procesal.

- De no ser así, como línea político-criminal no se vislumbra un fehaciente progreso con el proyecto de marras y ello lleva a proponer legislar la instancia “no penal” y mantener el proceso extraordinario, rechazando lo propuesto por el Poder Ejecutivo en aras de crearse uno mejor y más contemplativo de la realidad victimal e infraccional desde lo social.