



UNIDOS
POR
LA JUSTICIA

**LAS AUDIENCIAS
DE TRAMITE EN
EL PROCESO PENAL
ACUSATORIO
Y ADVERSARIAL**

LAS AUDIENCIAS DE TRAMITE EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ADVERSARIAL

INDICE

Prólogo

Advertencia previa.

Introducción: la oralidad en las etapas previas al juicio.

Capítulo 1. Audiencias de apertura y de cierre de la investigación (audiencias de formalización y de finalización). *Por Alejandra Mercedes Alliaud y Karina E. Yrala.*

I. La oralidad en la etapa preliminar.

II. Audiencia de formalización de cargos o de apertura de la Investigación preparatoria.

a. Decisión estratégica del caso..

Rol del fiscal.

Rol de la defensa.

Rol del juez.

b. La importancia de esta audiencia.

III. Audiencia de finalización o de cierre de la Investigación preparatoria.

a. Decisión estratégica del caso.

Rol del Fiscal.

Rol de la defensa.

Rol del Juez.

b. La importancia de esta audiencia.

Capítulo 2. Audiencias de medidas cautelares o de medidas de coerción (audiencias de control de detención y de prisión preventiva). *Por Miguel A. R. Kessler y Francisco Pont Vergés.*

I. Las medidas de coerción y cautelares. Generalidades.

II. Los riesgos procesales.

La necesidad de una audiencia.

IV. Dinámica de la audiencia de medidas de coerción.

Rol del Fiscal.

Rol del Defensor.

Rol del juez.

IV.a. Audiencias de prisión preventiva.

Rol del Fiscal.

Rol de la defensa.

IV.b. Audiencias de confirmación de aprehensión en el régimen de flagrancia.

Rol del fiscal.

Rol de la defensa.

Rol del Juez.

IV.c. Audiencias de excarcelación o de cese de la coerción.

Rol del Defensor.

Rol del Fiscal.

Rol del Juez.

Capítulo 3. Audiencias de suspensión del proceso a prueba. *Por Daniela Dupuy.*

I. La suspensión del proceso a prueba.

II. Audiencias de suspensión del proceso a prueba.

Rol del Defensor.

Rol del Fiscal.

Rol del querellante ó acusador particular ó particular ofendido.

Rol del Juez.

Estrategia de las partes frente a la audiencia.

Modelo de Audiencia de Probation.

Capítulo 4. Audiencias reliminares al juicio oral. *Por Adrián Fernando Berdichevsky.*

I. Introducción.

II. Las pruebas a utilizar en el debate oral.

a. Pertinencia.

b. Legalidad de la prueba.

c. Acuerdos probatorios y la introducción por lectura de pruebas.

d. Instrucción suplementaria.

III. Excepciones.

- a. Competencia.
- b. Sobreseimiento.
- IV. Unión o separación de juicios.
- Salidas alternativas.

Capítulo 5. Audiencias de ejecución. *Por Francisco Pont Vergés.*

- I. Aspectos generales.
- II. Dinámica de la audiencia.
- III. Cuestiones a tratar en estas audiencias.
- IV. La decisión del juez.

PRÓLOGO

La presente obra ha sido fruto del trabajo conjunto de varios de los investigadores de Unidos por la Justicia, quienes no solo resultan ser operadores judiciales con amplia experiencia en litigación oral penal sino que además son algunos de los docentes del Programa de Capacitación en Litigación Oral que dicta UNIJUS desde el año 2008 a la fecha no solo aquí en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino también en el interior como en el exterior del país.

Se plasman aquí no solo las ideas y directrices principales que gobiernan esta primera etapa del proceso penal sino y es lo más importante, se plantean situaciones reales desde lo experiencial que resultan un plus que pocas veces se da en una obra teórica.

En efecto, el Programa de Capacitación ha sido una constante usina de intercambio de experiencias entre docentes y alumnos, así como también el Curso Virtual de Audiencias Previas realizado en conjunto con Diario Judicial.

Siendo entonces esta obra única en su género y la decisión de la forma de su divulgación en plataforma digital tiene como objetivo que a la misma puedan acceder muchos de los operadores del sistema.

Los coautores de la misma son los investigadores y docentes de Unidos por la Justicia, Daniela Dupuy, Karina Yrala, Adrian Berdichevsky, Francisco Pont Verges, Miguel Angel Ramon Kessler y Alejandra Mercedes Alliaud.

Párrafo aparte merece un reconocimiento muy especial para la Dra. Karina Elizabeth Yrala quien partiera a la Casa del Señor en mayo de este año y dejando una impronta y un ejemplo imborrables en cada uno de los que la hemos conocido y en nuestra institución. La Dra. Yrala siendo Fiscal del Departamento Judicial de San Martín, comenzó con su actividad investigadora en Unidos hacia fines del año 2009 con un proyecto consistente en la elaboración de un Protocolo de Investigación para Fiscales coronando el mismo con una presentación institucional de su obra en el mes de octubre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

Argentina y la realización de un taller en la ciudad de Santa Rosa, pcia. de La Pampa en febrero de 2011 sobre Escena del Crimen y en la elaboración de protocolos para los delitos transferidos a la Ciudad de Buenos Aires con la Facultad de Derecho de la UCA y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se desempeñó como docente asistente en la materia "Seminario de Derecho Público y Práctica Profesional de la Carrera de Abogacía de la UCA, y además de ser docente del Programa de Litigación Oral, ha sido exponente en la Conferencia Internacional en la Ciudad de Guadalajara ; México en noviembre de 2013.

Es entonces de estricta justicia no solo destacar el aporte personal y profesional de la Dra. Karina Yrala sino y lo que es más importante su integridad como ser humano, su energía, su predisposición y por sobre todo su buen humor, te vamos a extrañar Karol!

Alan Martin Nessi
Presidente de Unidos por la Justicia

ADVERTENCIA PREVIA

De manera reciente algunas provincias argentinas que han ido introduciendo la oralidad en etapas tempranas del proceso penal. De esta manera se ha seguido un proceso de reforma iniciado en latinoamérica en los últimos años de adopción gradual del modelo acusatorio adversarial.

Los actores de esos procesos (jueces, fiscales, defensores oficiales, abogados de la matrícula) se ven sorprendidos por esas reformas y se advierte en la práctica cotidiana que, en muchos casos, carecen de las herramientas necesarias afrontar esos nuevos desafíos.

Las reformas procesales en la región han avanzado decididamente hacia la oralidad de todos aquellos actos en los cuales se tengan que tomar decisiones jurisdiccionales y es por ello que desde etapas tempranas es la audiencia oral y pública la plataforma más comúnmente utilizada.

Algunas provincias lo han hecho para procedimientos especiales, el caso de la flagrancia en la de Buenos Aires, otros, han optado por extenderlo a todo el proceso (Neuquén, Chubut y La Pampa, por ejemplo), abrazando la oralidad desde instancias iniciales del proceso a través de las audiencias de apertura de la investigación, también conocida como de formalización de cargos o de notificación de cargos al imputado.

También se optado por la oralidad para cerrar la etapa de investigación, a través de las denominadas audiencias de finalización o de cierre de la investigación preliminar, que en algunos casos, incluye el control de la prueba ofrecida para la instancia de juicio.

Por todo ello es que pensamos en este trabajo como una herramienta que les permita a los operadores del sistema afrontar esos nuevos desafíos, y en ese sentido, es el objetivo de estas páginas:

- Fijar una Imagen de lo que es un sistema de audiencias para el trámite del proceso.

- Indicar cuáles son las características o componentes de una audiencia.
- Reflexionar sobre las herramientas teóricas y prácticas para llevar adelante este tipo de audiencias e instalar una cultura de prácticas para todos los sujetos del proceso penal.
- Comprender que este sistema resulta un incentivo real y concreto para resolver el conflicto tempranamente dando una respuesta rápida y eficaz del sistema a la ciudadanía (con particular énfasis en lo que se denomina el procedimiento de flagrancia).
- Mostrar esta metodología en acción desde las audiencias fundamentales para el proceso penal, a las que nos avocaremos a continuación

A tal fin vale destacar las tres ideas centrales que atraviesan a una audiencia:

- Es una plataforma en la que mediante una metodología para la producción de información relevante que ponen a la luz las partes y a la vista del juez, se toma una decisión judicial. En suma, es una metodología para la toma de decisiones.
- Es la reunión de todas las partes, tanto para el que pide como para el que se opone y el que resuelve, en la que existe un intercambio verbal entre ellos.
- Ese intercambio verbal conlleva la producción de información de alta calidad.

La audiencia como plataforma de decisión, viene además a resolver ese mal endémico que consiste en la postergación en la toma de decisiones, motivada en la excesiva carga de trabajo, la atención sobre otras cuestiones, o algunas otras razones muchas veces no explicitadas, que en realidad resultan ser “excusas” para no atender los casos que merecen resolverse cuanto antes.

Finalmente, resta decir que esta obra ha sido fruto del trabajo conjunto de investigadores de Unidos por la Justicia, quienes a su vez resultan ser operadores judiciales con amplia experiencia en litigación oral penal: Daniela Dupuy, Karina Yrala, Adrian Berdichevsky, Francisco Pont Verges, Miguel Angel Ramon Kessler y Alejandra Mercedes Alliaud.

INTRODUCCIÓN: LA ORALIDAD EN LAS ETAPAS PREVIAS AL JUICIO.

A manera de introducción podemos decir que a pesar de que muchos códigos de la región regulan el juicio oral como etapa central del proceso, no todos ellos han previsto la oralidad en etapas anteriores al juicio oral y son pocos los que contemplan un sistema de audiencias orales en las etapas preliminares al juicio para la toma de decisiones relevantes del proceso.

La falta de oralidad en las etapas anteriores al juicio se puede deber a tres problemas básicos:

- a. El primero, es que no existe un diseño normativo, o bien está prohibido
- b. El segundo, es que aunque esté previsto en la norma, lo cierto es que no existen prácticas cotidianas por parte de los actores del sistema
- c. El tercer inconveniente es que aún dadas las condiciones anteriores, tanto en el diseño normativo como en las prácticas, suele no existir una gestión para la organización de las mismas o ésta se presenta como ineficiente.

Las características principales de las audiencias de trámite son:

1. La inmediación: no hay representantes ni delegados de las partes. Los actores reales (juez, fiscal, imputado, defensor) toman contacto directo entre sí; todos se enteran de lo que sucede en la audiencia y quedan notificados *ipso facto* de lo que se resuelva allí.
2. La rapidez: lo que se discute y su resolución se realiza en un mismo momento. Y aún cuando se puedan permitir cuartos intermedios no menos cierto es que la lógica del sistema impone una drástica reducción de tiempos, ya que suele haber audiencias pendientes. Por eso lo óptimo es que la decisión sea inmediata, basada en la información que entregan las partes y con una breve fundamentación.

3. La informalidad: se destaca porque el vocabulario utilizado debe ser sencillo y abastecer al mismo tiempo la publicidad de los actos de manera tal que puedan ser entendidos por el hombre medio común. En este sentido hay que evitar un vocabulario jeroglífico, difícil de entender y técnico, ya que normalmente el justiciable y la víctima son legos en la materia y deben comprender de qué se está discutiendo y que se resuelve. Este intercambio de información y de ideas, es más eficiente para producir acuerdos y circunscribir el objeto de la discusión. El resultado es una evidente agilización del proceso.
4. Flexibilidad y multipropósito: la oralidad en un contexto de intercambio bilateral, fomenta la solución temprana del conflicto, a partir de un menú de opciones relativamente amplio (juicio abreviado, suspensión del proceso a prueba, archivos, mediaciones, acuerdos probatorios, etc.), o incluso puede dar lugar a dictar o revisar una medida de coerción. Por ello es un error aferrarse al título de la audiencia o al motivo formal de la convocatoria. Por el contrario, siempre existe la posibilidad de tratar cualquier otra cuestión que amerite la decisión del juez a partir de un intercambio entre las partes. Por ejemplo en el marco de una audiencia de prueba, preparatoria del juicio oral, se puede abordar la pervivencia o cese de una medida de coerción, o incluso una salida alternativa. No existe ningún óbice legal a tal fin.

Un sistema donde prime la oralidad implica tomar decisiones relevantes para el proceso a través de la información que le brindan al juez cada una de las partes. A contrario, en los sistemas llamados “de expediente” las decisiones se adoptan a través del intercambio de papeles sin una instancia donde se argumente y contra argumente.

Por eso se dice que las audiencias producen información de alta calidad pues se genera un escenario de contradicción donde las partes, ejerciendo sus derechos, discuten, y el juez adopta una decisión.

En cuanto a la materia sobre la que se discute, es la información, aquella específica del caso, que debe ser expresada en la audiencia de manera precisa. Esa información dependerá del tipo de audiencia de la que se trate.

La información además de precisa debe ser relevante a los fines de la resolución del juez. Por lo tanto no se va a discutir sobre información superflua o contextual en la medida que no sea pertinente y útil a los efectos de los planteos que las partes pre-

sentarán oralmente al juez

La información que las partes vuelcan en la audiencia es sometida a un control por la otra parte. El contradictorio es justamente esto: que la versión o la llamada “teoría del caso” de una de las partes se vea controvertida por la otra.

Estas versiones mínimas, de ambas partes, se conjugan en una versión amplia y única que es la de la interacción y en competencia de ambas y la resolución final como una síntesis de ambas.

AUDIENCIAS DE APERTURA Y DE CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN. (audiencias de formalización y de finalización)

Por Alejandra Mercedes Alliaud y Karina E. Yrala

I. La oralidad en la etapa preliminar.

En términos generales y antes de pasar al análisis en particular de cada tipo de audiencia, debemos tener presente que el litigar implica: conocer el caso que estamos presentando en la audiencia (teoría del caso: hechos, derecho y prueba) y conocer qué camino procesal esperamos que tenga. De tal modo, será mucho más sencillo, realizar una exposición de los hechos (y del derecho) que sea coherente y verosímil, así como poder adelantarnos a los argumentos que pueda dar la contraparte

Por regla en estas audiencias no se produce prueba, lo que supone que ésta ya fue colectada por la parte que la invoca en sustento de sus peticiones. A su vez, los litigantes deben conocerla y ser capaces de argumentar sobre ella para probar los extremos fácticos que anuncian y sustentar las proposiciones jurídicas que presentan.

Es que, partiendo del principio de buena fe de los litigantes, es importante conocer de antemano cuáles pruebas permiten probar cada proposición fáctica, y la teoría jurídica que aquellas sostienen. Nada quita más crédito a un litigante que desconocer su propio caso, o peor aún, argumentar en base a pruebas que no existen.

De ahí que si en una audiencia de formalización, por ejemplo, uno quisiera argumentar sobre el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, no lograría convencer al Juez sólo con la invocación de estas normas procesales, sino que tendría que darle a ese Magistrado la noción concreta de por qué en el caso aparecen peligros procesales. Tampoco alcanza con sostener que lo hay, si esto no surge de

algún dato probado en la investigación. La simple manifestación de que el imputado no tiene arraigo, no permite conocer al Juez, por ejemplo si es que no tiene un domicilio fijo, si es que lo tiene pero fuera de la provincia, si es que no posee un domicilio laboral, o que vive dentro de un rodado en la vía pública desde hace años.

A los fines de tomar una decisión justa, el litigante debe presentarle al Juez los hechos desnudos del caso y para ello, además requerirá de prueba que así lo sostenga.

Algunas de estas audiencias serán mucho más controversiales que otras.

Pensemos, por ejemplo, en una audiencia de formalización en la que solo se informe al imputado los hechos por los que se dará inicio a la investigación, sin que se solicite una medida restrictiva de la libertad. Pues en ese caso, probablemente, el rol de la defensa, solo consista en manifestar que no tiene planteos que realizar. Pero seguramente la situación será muy distinta si en esa audiencia de formalización el Fiscal solicita una medida de coerción personal. Esto sí exigirá a la contraparte desarrollar sus argumentos para que el Juez rechace ese pedido. Y si se trata de una audiencia controversial, el papel el Juez también será distinto, porque tendrá que resolver y optar por la posición de alguna de las partes, pudiendo sostener una tercera postura. Si esto es así, y el Juez resuelve sobre algo intermedio (por ejemplo imponiendo medidas sustitutivas que no han sido solicitadas por el Fiscal) las partes deberán estar preparadas también para exponer los motivos por los cuales cuestionarán esa resolución, si encuentran ello necesario. Tal es el caso de las audiencias del procedimiento de flagrancia en la Pcia de Buenos Aires -ley 13811-, donde la parte debe dar los motivos por los cuales apelará la resolución en la misma audiencia.

En otras audiencias será la defensa la que tenga a su cargo exponer los hechos al Juez, pensemos en los casos de audiencias de finalización de la investigación preliminar donde se presente un caso de exclusión probatoria. En esta situación, el Fiscal deberá estar preparado para argumentar y en su caso solicitar el rechazo de esa petición, defendiendo la legalidad de la prueba o del modo en que fue obtenida.

Así entonces, es imprescindible que el litigante conozca acabadamente su caso, a qué tipo de audiencia esta concurriendo, cuáles son los argumentos que puede desarrollar la contraparte, y no menos importante, conocer si el Juez ya tiene posición adoptada respecto de situaciones similares, pues en esos casos, será además necesario desarrollar argumentos novedosos para intentar cambiar esta decisión que ya conocemos de antemano, puede resultar adversa a nuestros intereses.

II. Audiencia de formalización de cargos o de apertura de la Investigación preparatoria.

La audiencia de apertura de la investigación o de formalización de cargos tiene por objeto notificar al imputado de la investigación que existe en su contra. Los códigos procesales que la prevén (Chubut, Neuquén y La Pampa, por ejemplo) exigen que sea dispuesta por el Juez ante la comunicación fiscal.

En esa audiencia, además deberá tratarse lo atinente a la medida de coerción o -de haber sido adoptada-, a la necesidad de su continuación.

Así entonces, son dos las cuestiones que van a ocupar a los litigantes en este tipo de audiencias. Por un lado la afirmación de la materialidad ilícita y la autoría, provisoriamente, claro está. Y por otro lado la cuestión de la coerción. Sobre este punto, el lector puede consultar el capítulo específico en este mismo volumen.

a. Decisión estratégica del caso.

Rol del fiscal

El Fiscal será quien haga uso en primer término de la palabra debiendo determinar, precisar, y circunscribir los hechos por los que dará inicio a la investigación.

Asimismo establecerá en que tipo penal se circunscriben él o los hechos.

Para tener en cuenta:

En el caso en que se solicite una medida de coerción, el representante de la vindicta pública, deberá evaluar si existe riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación; qué medida de coerción es la que en forma menos lesiva permite evitar ese riesgo; cuál es el riesgo concreto en el caso y mediante que elementos de prueba puede afirmar eso; cuánto tiempo le llevará concluir con la investigación; y si entonces esa medida de coerción resulta proporcionada.

Rol de la defensa.

En esta audiencia la defensa toma por primera vez conocimiento de los hechos por los que se investiga a su representado “de manera oficial”. Por lo tanto será el momento en el que deberá empezar a construir su teoría del caso, en función de aquello

que le haga conocer el ministerio público.

Ciertamente, a menos que en esta audiencia se requiera alguna medida de coerción respecto del imputado o continuar con aquella que ya pesa sobre él, su rol posiblemente no sea demasiado activo, en tanto la audiencia versará sólo sobre el poner en su conocimiento de esa imputación inicial. Ello no quita que pueda formular peticiones¹.

En cambio, su rol será fundamental en los casos en los que su asistido llegue detenido a la audiencia, pues será el momento en el que deberá argumentar acerca de la innecesariedad de continuar con esa medida de coerción o morigerarla. Sobre esto, ver el capítulo correspondiente a medidas de coerción.

Rol del juez.

La misma suerte correrá el rol del Juez. En tanto si no existe controversia porque el Fiscal sólo ha impuesto de los cargos a la defensa, su rol será el de simple verificador del *fair trial*, al tiempo que si se produce alguna controversia, allí sí deberá fallar sobre el planteo que se formule.

Una de las cuestiones fundamentales que deberá tener presente el Juez si se requiere alguna medida de coerción personal es el tiempo en el que el Fiscal espera concluir la investigación, pues esto es lo que le permitirá verificar si la medida que se pretende, aparece como racional, proporcionada y excepcional.

b. La importancia de esta audiencia

La relevancia de esta audiencia está dada por ser la primera oportunidad que tiene las partes para plantear su propia teoría del caso y delinear la estrategia a futuro.

Con esto queremos decir que el Fiscal debería, por ejemplo, tener en claro si se trata de un caso que es posible que termine con una salida alternativa al proceso (por ejemplo una suspensión del proceso a prueba), y en tal sentido, entender que no es necesario solicitar una medida privativa de libertad, y conocer la opinión de la vícti-

¹ El art. 12 de la ley 13811 de la provincia de Buenos Aires, establece que en la primera audiencia ya se pueden plantear: Nulidades y exclusiones probatorias; Prisión preventiva; Sobreseimiento; Suspensión de juicio a prueba; Juicio abreviado; Juicio directísimo; Elevación a juicio; Unificación de penas. Podríamos agregar el procedimiento de conciliación o mediación penal (art. 7 de la ley 13433 de la provincia de Buenos Aires). En el código de Neuquén los criterios de oportunidad se pueden ventilar de manera previa a la audiencia de formulación de cargos del art. 133 (art. 131).

ma al respecto. O, por el contrario, saber que para afirmar su teoría del caso, pueden restar medidas de investigación imprescindible, como por ejemplo la realización de un reconocimiento en fila de personas.

También puede ser que se advierta que si no requiere que continúe la medida de coerción sobre el imputado es posible que se produzca un entorpecimiento probatorio.

En el caso de la Defensa, la importancia radica en conocer la imputación para poder diagramar a partir de allí su propia teoría del caso.

III. Audiencia de finalización o de cierre de la Investigación preparatoria.

La audiencia de finalización, conclusión o cierre de la investigación penal, asume diferentes contenidos según sea la normativa procesal de la que se trate. Sin perjuicio de esto coinciden las legislaciones procesales en asumir que se trata también de una audiencia multipropósito en la que además de la elevación a juicio, las partes podrán acordar sobre si procede la suspensión del proceso a prueba o el juicio abreviado.

Algunas legislaciones además prevén que sea la oportunidad de controlar la prueba ofrecida para la siguiente etapa (Chubut, art. 295 y Neuquén, arts. 168 y sigs.).

Se trata así de una de las audiencias más vertiginosas que existen en la etapa preliminar, y por ello conviene que exista un acercamiento previo de las partes.

Ese acercamiento entre las partes es necesario antes de la audiencia puesto que si se trata de la oportunidad en la que la defensa va a solicitar una suspensión del proceso a prueba, lo mejor que puede sucederle es que el ministerio público fiscal no se sienta sorprendido ante este pedido, que tenga la oportunidad de conocer si la víctima quiere aceptar la reparación, que haya podido valorar el daño –en su caso– y finalmente que lo consienta.

Lo mismo sucede si las partes quisieran arribar a un acuerdo de juicio abreviado. Si no se han dado previamente el tiempo de conversarlo, no podrían utilizar la audiencia para ello.

Será imprescindible entonces en los caso de soluciones alternativas –suspensión del proceso a prueba, juicio abreviado, o mediación en los sistemas donde está previsto- que las partes encuentren el momento para dialogar previo a la audiencia, y que luego este acuerdo sea de tal modo presentado ante el Juez, como una decisión meditada y consensuada por los litigantes.

Está claro que esta reunión previa no será necesaria en los casos en los que las partes vayan a controvertir a la audiencia (supuesto en el que el Fiscal solicita la elevación a juicio y la defensa plantea un cambio de calificación –por ejemplo-), porque allí la parte no está obligada a mostrar su teoría del caso de modo anticipado a la contraparte.

De todos modos hace al *fair trial* (buena fe entre los litigantes) adelantar a la contraparte cuál será su posición, más aún si esta resultara a todas luces impensada por el contrario. Imaginemos el caso en el que la defensa está en poder de una pericia que demuestra la inimputabilidad de su asistido, pero no se la ha exhibido a la Fiscalía previo a la audiencia de finalización. Una oposición a la elevación a juicio basada en esta prueba sería plenamente admisible, sólo que habría que interrumpir la audiencia para que el Fiscal verifique esa prueba, y demás cuestiones atinentes a la pertinencia de la prueba. Toda esta situación demoraría el curso de esa audiencia y la siguiente, haría que el Juez probablemente cambiase su humor y con ello la simpatía que podría tener por nuestra teoría del caso. En cambio, de haberse conversado previo a la audiencia con la fiscalía/acusador privado (donde se admita) permitiría a la defensa, seguramente, tener un aliado a la hora de hacer su planteo.

a. Decisión estratégica del caso

Rol del Fiscal

Al momento de ser convocado a la audiencia de cierre de la investigación ya ha hecho la presentación por escrito (según la mayoría de las legislaciones procesales penales).

Sin embargo resultará conveniente que explique concretamente cuál es el hecho que pretende llevar a juicio, cuál es la calificación legal escogida y cuáles las pruebas en las que se basa ese requerimiento. Y esto es así, porque tratándose de una audiencia, los argumentos deben ser expuestos oralmente. Es habitual que Jueces poco

proclives a los cambios y poco imbuidos en la lógica adversarial, soliciten a la Fiscalía que se remita a lo ya escrito, sin permitirle que se expresen libremente. Esta práctica debe ser erradicada, en tanto los participantes de la audiencia, y mucho más si se encuentra presente el imputado, la víctima o los familiares de ellos, merecen entender qué es lo que está sucediendo en la audiencia.

Es necesario entonces que el Fiscal acredite, mediante su exposición en la audiencia, la probable existencia de un hecho de relevancia penal y la posible participación del imputado en él.

Así, será función del Fiscal solicitar la remisión o elevación a juicio si encuentra que existen elementos de convicción para ello y, en su caso, si ya hubo un acuerdo informal previo a la audiencia con la defensa, hacérselo conocer al Juez para que ello forme parte del objeto de la audiencia también.

Recordemos que en algunas de las jurisdicciones provinciales no existe un expediente, sino un legajo fiscal, de ahí que sea necesario que el Fiscal concurra a esa audiencia, al menos con guías de la información fundamental que cada actor ha proporcionado y así evitar perder tiempo buscando qué testigo dijo qué cosa. En el mismo sentido resulta útil para cualquier Fiscal -dado que asume la mayor carga explicativa y demostrativa en la audiencia-, contar con una hoja de ruta que le permita seguir un orden en la exposición, en la que no debe faltar el hecho, la calificación legal, y los elementos de prueba que le permita afirmar determinadas posiciones fácticas.

Por otro lado y adelantándose a lo que pueda resultar un planteo de la contraparte, será útil contar con guías o resúmenes doctrinarios o de jurisprudencia que le permitan enfrentar esa controversia.

Esto último es fundamental, sobre todo, en aquellas provincias en las que la normativa procesal permite, que en esta audiencia también se realice el control de la prueba ofrecida.

Rol de la defensa.

En esta audiencia, a diferencia de lo que sucede en la de apertura de la investigación, la posición de la defensa es mucho más activa, y en su caso, mucho más controversial. Es el momento en el que puede adelantarse el contradictorio propio del juicio, sobre todo en los casos en los que la estrategia de la defensa es que el proceso no continúe en la siguiente etapa.

Es que la defensa podrá oponerse a la elevación a juicio solicitando un cambio de calificación, el sobreseimiento de su asistido, o arribar a una solución consensuada de la controversia. Todo esto es posible en la audiencia de finalización. También la defensa simplemente podrá argüir que no tiene oposiciones que formular, si su estrategia se encuentra enderezada a llegar rápidamente a la audiencia de debate.

Toda esta gama de posibilidades van a estar signadas, sin dudas, por su propia teoría del caso.

También será responsabilidad de la defensa agravarse por la prueba ofrecida, en los casos en los que la normativa lo permite, puesto que esto será lo que le permita llegar al juicio en mejor posición.

Así, puede decirse que la defensa tiene a su cargo dos grandes funciones básicas: la de control (en relación a las solicitudes del fiscal, y en su caso a las pruebas) y la proactiva (en el caso en el que desee arribar a una solución alternativa o consensuada).

Rol del Juez.

El juez al igual que en cualquier otra audiencia tendrá por función la de controlar el *fair trial* y dirigir la audiencia. A su vez el Juez deberá impedir que las partes lleven la discusión a cuestiones propias del debate, que exceden la finalidad de esta audiencia.

Para el caso en el que el Fiscal solicite la elevación a juicio y la defensa no se oponga a la misma, el Juez tendrá que resolver si existe un caso penal susceptible de ser llevado a juicio. Esto es así, porque aun cuando no se dé un proceso de controversia, el Juez sigue teniendo a su cargo el control de la legalidad.

En el caso en el que se produzca una controversia entre las partes (oposición a la elevación) el Juez resolverá en la misma audiencia si corresponde o no hacer lugar al planteo de la defensa, y dar los argumentos que justifiquen esa decisión.

En igual sentido deberá expedirse cuando lo que la defensa plantee sea una suspensión del proceso a prueba o las partes hayan arribado a un acuerdo de juicio abreviado y soliciten su homologación.

b. La importancia de esta audiencia.

En esta audiencia las partes van a cristalizar su teoría del caso, la que eventualmente los volverá a encontrar en el juicio, o bien, les va a permitir llegar a una solución consensuada.

A esta altura del proceso, las partes deben tener bien en claro hacia donde quieren conducir su estrategia, pues de otro modo, es altamente probable que la contraparte obtenga un resultado mucho más favorable a su posición.

AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES O DE MEDIDAS DE COERCION. (audiencias de control de detención y de prisión preventiva)

Por Miguel A. R. Kessler y Francisco Pont Vergés

I. Las medidas de coerción y cautelares. Generalidades.

La libertad es una garantía individual protegida por todas las constituciones occidentales, así como por tratados de derechos humanos a los que adhieren buena parte del concierto internacional. En éstas y en otras disposiciones normativas, la libertad es la regla general que solo puede ser limitada legítimamente por la aplicación de una pena por sentencia firme o mientras tramita el proceso penal, por la aplicación de alguna medida de coerción personal, entre las que encontramos: la aprehensión o arresto, la detención y la prisión preventiva, junto con sus alternativas.

Siendo entonces que la regla general es la libertad durante el proceso, para el dictado de cualquier medida de coerción personal o cautelar deben darse al menos las siguientes condiciones:

Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar (es lo que se denomina “humo de buen derecho” es decir verosimilitud del derecho). Los códigos tradicionalmente la denominan semiplena prueba (indicios vehementes) del hecho y de la participación del imputado en el mismo. Un grado de certeza provisorios que permite afirmar la comisión de un hecho y de un presunto responsable a partir de lo cual se puede especular sobre la imposición de una medida restrictiva de la libertad, pero siempre provisorio.

Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida (se refiere al cumplimiento de la pena o al entorpecimiento de la investigación).

Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela (qué es lo que se quiere proteger con la aplicación de la medida). Por ello la medida restrictiva de la libertad tiene que ser la menos lesiva en vista del beneficio (fines del proceso) que se pretenda.

Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por actor civil o particular damnificado.

Durante el proceso penal pueden darse situaciones de peligro que justifiquen y hagan imprescindible la aplicación de una medida de coerción y además que ésta no solo limita la libertad ambulatoria sino a otros derechos aun consagradas constitucionalmente como el de la privacidad del domicilio, los papeles privados, la correspondencia o el patrimonio.

II. Los riesgos procesales.

Se refieren a otras circunstancias exclusivamente relacionadas con los actos y las etapas rituales y sus fines, ya que plantean la necesidad de aseguramiento de que será posible una investigación preliminar suficiente y evitar al mismo tiempo que en caso de condena el imputado no cumpla.

Repetimos, los riesgos procesales son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga los cuales resultan las únicas situaciones que justifican la aplicación de una medida de coerción personal de acuerdo a los más actuales sistemas procesales.

El sistema no permite la improvisación y por ende no podría, por ejemplo, disponerse una medida de coerción sobre alguien si se sostiene la existencia de un peligro de entorpecimiento de la investigación, y la investigación ya ha terminado. O bien, el hecho es flagrante y no va a cambiar el sustrato fáctico a futuro, o no hay participantes del hecho principal prófugos o amenazas a testigos etc.

Por otra parte, el peligro de fuga, puede surgir tanto de la falta de arraigo como de la posibilidad de evadir la acción de la justicia, por varias razones que el legislador suele enumerar, aunque no de manera exhaustiva

Precisamente la primera de ella -el arraigo-, suele traer complicaciones en su apreciación

Se suele pensar en este extremo como la existencia verificada de un domicilio conocido del imputado, de manera tal que pueda ser ubicable ante cada requerimiento de la autoridad.

Sin embargo, el arraigo no significa solo que tenga un domicilio sino que este tenga carácter mas o menos permanente. Un hotel no termina de ser suficiente arraigo.

La residencia no fija (por ejemplo cuando alguien vive en dos lugares diferentes o en clara situación precaria o cuando en el domicilio indicado sus habitantes no reconocen al imputado o se niegan a recibirlo) sería otro ejemplo de falta de arraigo.

Un no residente en el país o un extranjero que hace poco tiempo que llegó al país y su situación migratoria, por ejemplo como turista se encuentra vencida, configuraría otra hipótesis de falta de arraigo.

En suma, existen variedad de situaciones que impiden hablar de arraigo propiamente dicho, lo cual se erige en óbice para la concesión de la libertad del imputado durante el proceso.

Otra de las circunstancias a las que generalmente remite el legislador, resulta ser el comportamiento del imputado en ese mismo o en otro proceso en la medida en que demuestre su poca voluntad de someterse a una eventual pena y demás consecuencias jurídicas.

Así, el haber gozado de una libertad anterior que debió ser revocada por incumplimiento de las condiciones compromisorias o por haber incurrido en un hecho que dio lugar a la formación de un nuevo proceso, son indicios de la falta de voluntad de cumplir una sentencia adversa.

A tal fin es fundamental verificar si existen antecedentes penales y cual ha sido su comportamiento en aquellos otros procesos, si registra rebeldías o contumacias, si ha intentado huir u ocultarse o destruir la evidencia, si ha sido sometido a suspensión de proceso a prueba y no ha cumplido con las reglas de conducta, etc.

Asimismo no es un dato menor medir la incidencia del antecedente computable anterior en una eventual condena en el proceso donde se ha de disponer la medida de coerción. Por ejemplo la posibilidad de una declaración de reincidencia, o de una pena única de importancia, o la imposibilidad de una pena en suspenso (art. 27

del CP), son todas cuestiones que no se pueden dejar de lado al ponderar peligros procesales.

También el legislador suele contemplar como indicio del peligro de fuga a la magnitud de pena en expectativa.

Éste es quizá el ítem más empleado por los tribunales para disponer una medida de coerción o denegar su cese (cuando se plantea una excarcelación). Se suele partir de la presunción de que quien sabe que le podría corresponder una pena de efectivo cumplimiento, seguramente intentará evadir la acción de la justicia. Y cuanto más alta la pena a imponer, mayores motivos para ello.

Lo cierto es que hay veces en que no puede ser el único parámetro, pues no hay que perder de vista que quien está sometido a un proceso penal goza de la presunción de inocencia y por ello no se puede invertir el razonamiento (esto es, el sujeto sobre quien pesa una acusación sea culpable). Por eso, más allá de que sobre esa base pueda construirse la presunción *iuris tantum* que frente a una condena de efectivo cumplimiento el imputado intente eludir la acción de la justicia, no menos cierto es que en lo posible no debe ser siempre el único argumento para no otorgar la libertad, justamente para evitar la idea de los denominados delitos inexcusables.

III. La necesidad de una audiencia.

Las medidas de coerción a su vez pueden clasificarse entre aquellas que exigen audiencia previa y aquellas que no.

Entre las últimas encontramos la aprehensión y el arresto, que son adoptadas de urgencia sin admitir dilación, lo que elimina la posibilidad de una audiencia previa. La aprehensión corresponde cuando una persona es sorprendida in flagrante delicto (en el sentido más amplio de su acepción) o se ha fugado de un establecimiento carcelario. Pueden proceder a ella tanto personal de las fuerzas de seguridad como particulares. El arresto es la posibilidad que tienen las fuerzas policiales de privar legítimamente de su libertad cuando hubiere varias personas en un hecho delictivo y no se tuviera claro en los primeros momentos que responsabilidad le cupo a cada uno.

La detención es una medida de coerción que según el código de que se trate puede exigir orden de juez² y en ese caso, de ser necesario amerita una audiencia. La

2 El código de Buenos Aires sí (art. 151), el de Neuquén no, porque es una medida que dispone el fis-

detención es una medida de coerción de corta duración que sirve para ayudar a la investigación en etapas tempranas. Su extensión en el tiempo varía según los diversos códigos, pero tiene dos formas de terminar: la libertad o el dictado de la prisión preventiva (o una alternativa menos gravosa que ésta).

Entre las que necesitan una audiencia previa encontramos a la detención (según el código), la prisión preventiva -cuyos pormenores trataremos a continuación en un ítem específico- y toda la gama de medidas de coerción menos lesivas (alternativas), tendientes a garantizar que el imputado se presente ante cada llamado (fundamentalmente el juicio) y no interrumpa el curso de la investigación. Entre ellas podemos enumerar: la prisión domiciliaria, la obligación de presentarse ante la autoridad, la obligación de no salir de un determinado lugar o no frecuentar otros, una caución suficiente, la prisión domiciliaria, el abandono del domicilio si es que residía con la víctima, etc.³

En estas medidas que no tienen un tiempo límite preestablecido, su duración también debe ser objeto de discusión en la audiencia⁴. Es decir, como parte del principio de mínima afectación y proporcionalidad en las medidas de coerción, las mismas no deben exceder de lo necesario en función del fin para el que fueron dispuestas. Por ejemplo si lo fue al solo efecto de garantizar que no se entorpeciera la investigación, una vez finalizada ésta, deberá cesar también la medida de coerción. Lo mismo sucede si se la dictó para asegurar que el imputado concurra al juicio. En ese caso el fiscal debe hacer una estimación del plazo razonable para terminar la inves-

cal de manera fundada (art. 112)

3 El art. 113 del Código de Neuquén establece que "...el juez podrá imponer al imputado, cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

- 1) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que le fije;
- 2) la obligación de presentarse ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 3) la prohibición de salir del ámbito territorial que se determine o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- 4) el abandono inmediato del domicilio cuando la víctima conviva con el imputado;
- 5) la prestación de una caución económica adecuada;
- 6) la detención domiciliaria en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga; y
- 7) la prisión preventiva.

La audiencia para debatir las medidas de coerción se llevará a cabo dentro de las veinticuatro horas si el imputado se encuentra detenido, en los demás casos dentro de las setenta y dos horas de la solicitud fiscal.

4 Por ejemplo, art. 116 del CPPNQ y 220 del CPPCHT.

tigación y sumar lo que le demandará el trámite de la etapa intermedia hasta el debate oral. Todo ello supone moverse rápido y respetando los términos establecidos en la ley.

Parece evidente que concluido ese lapso fijado en la audiencia, la medida cautelar debe cesar de puro derecho, salvo, claro está que con antelación el fiscal pida un prórroga, para lo cual tendrá que celebrarse una nueva audiencia para discutir la procedencia de esa prórroga⁵.

Lo mismo debería suceder si la defensa alega que cambiaron las circunstancias de hecho que ameritaban fijar en tantos días/meses la duración de la medida de coerción. Ello también debería discutirse en una audiencia, tal como lo contempla el art. 118 del código de Neuquén.

Los sistemas tradicionales contemplan por un lado el instituto de la prisión preventiva, como única, o por lo menos la más importante medida de coerción y en otro capítulo se regula el instituto de la excarcelación, cuya base medular, son los supuestos taxativamente establecidos que habilitan la libertad “provisoria” del imputado.

Este sistema de “doble entrada” por denominarlo de una manera, es consistente con los viejos sistemas, como el del “Código Obarrio”⁶, en el que la detención cautelar es la regla a lo largo del proceso y la libertad resulta ser la excepción.

En efecto, es un absurdo pensar que en un sistema donde la regla es la libertad, una norma establezca los supuestos de hecho y derecho que habilitan la libertad. Dicho de otra manera o existe mérito para una medida de coerción o no y en ese caso la libertad manda. De tal suerte encontramos sistemas antagónicos dentro de un mismo código como el de la provincia de Buenos Aires. Así, por un lado se regulan las medidas de coerción y sus presupuestos de aplicación, disponiendo que si no se dan todos ellos en conjunto la privación de la libertad debe cesar (art. 147); y por otro se estipulan once hipótesis de libertad por excarcelación (art. 169)⁷ y una excarcelación

5 El art. 168 bis del CPPBA fija un plazo para revisar las medidas de coerción, que son ocho meses. Obviamente que ello tiene una íntima relación con la proporcionalidad de la medida, pues ocho meses puede resultar un plazo prolongado, para el caso particular. Los ocho meses han sido un intento del legislador por fijar un piso mínimo, pero que llegado el caso puede perforarse hacia abajo en pos de discutir la necesidad de la medida. Cfr. asimismo, art. 223 del CPPCHT.

6 El viejo Código de Procedimientos en Material Penal de la Nación (ley 2382), vigente hasta el año 1991.

7 En última instancia no dejan de ser presunciones iuris tantum de que el imputado no evadirá la acción de la justicia, lo que en la práctica se aplican de la siguiente forma: si esa presunción puede

“extraordinaria” cuando no se den los supuestos ordinarios pero se presume que el imputado no evadirá la acción de la justicia (art. 170). Incluso a continuación se establecen los motivos por los que se puede denegar la excarcelación, con remisión expresa a los presupuestos de procedencia de la medida de coerción (!!!!)⁸.

En este sentido los códigos más modernos, como el del Neuquén o Chubut, erradicaron el capítulo de la excarcelación de su articulado. De esa manera, si no se dan los presupuestos para las medidas de coerción, luego corresponde la libertad del imputado sin más.

Ahora bien, más allá de que algunos códigos imponen al juez el deber de disponer la libertad incluso de oficio⁹, lo cierto es que al tratarse de un incidente, debería ser objeto de un audiencia para que las partes discutan los puntos pertinentes para el caso.

IV. Dinámica de la audiencia de medidas de coerción.

En estas audiencias se discute la procedencia o cese de las medidas de coerción que hemos enunciado precedentemente. En general todas tienen la misma estructura.

Si se trata de una audiencia para imponer o ratificar la medida de coerción es el fiscal quien hace los planteos, tomando la palabra en primer término y la defensa, la que responde resistiendo y contrargumentando.

Rol del Fiscal.

Lo primero que debe hacer, aún antes de llegar a la audiencia es fijar su teoría del caso global, es decir aquella que lo guiará a lo largo del proceso y que condicionará su estrategia para la audiencia en particular. Es decir, si la decisión es llegar a juicio y pedir una determinada pena, la estrategia será una, mientras que si lo que se persigue es una salida alternativa y anticipada que no implique una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, su respuesta será otra. De allí que lo esencial resulta definir que es lo que se va a buscar a la audiencia, teniendo en cuenta su carácter multi-

superarse, luego la libertad no procede, lo cual simplifica la tarea del tribunal pero genera el riesgo de que no se evalúe caso por caso la necesidad de mantener la medida de coerción.

8 El art. 171 del CPPBA remite al art. 148 que regula las condiciones bajo las que se puede dictar una medida de coerción.

9 CPPBA, art. 172.

propósito y que -sea que la pida por un motivo determinado o simplemente porque así lo manda la ley- el caso puede tener una resolución anticipada.

Teniendo en claro esto, el fiscal debe ir preparado para su petición, pero también para solicitudes subsidiarias y para responder a los planteos de la defensa.

Insistimos con que parte de la dinámica de este sistema es que las partes tengan reuniones previas para buscar consensos o al menos anticiparse recíprocamente a sus pretensiones para llevar a la audiencia solo aquello digno de discutir.

Llegado el momento del audiencia los pasos serían los siguientes:

Primero: Descripción de los hechos y su significación jurídica (si es que no se ventiló con anterioridad ante el mismo juez).

Segundo: Plantear que existe la posibilidad de una penalidad futura que no permita la condena condicional o en suspenso, lo mismo si existen los peligros procesales de peligro de fuga y/o entorpecimiento probatorio

Tercero: Habrá entonces que verificar la existencia o no de arraigo suficiente, el comportamiento del imputado durante ese u otros procesos, si ha gozado de excarcelaciones anteriores, si ha amedrentado o no a testigos o víctimas, si ha mudado su nombre, si existen otros sospechosos prófugos, etc.

Cuarto: Todas estas circunstancias también deben ser material y objetivamente comprobables, es decir, deben estar sustentadas en elementos de convicción asequibles y disponibles para la fiscalía misma y que hayan sido puestas a disposición de la defensa para su oportuna y eficaz tarea.

Quinto: Finalmente como toda audiencia multipropósito no se debe descartar que se pueda resolver definitivamente el caso a través de una suspensión del proceso a prueba, o mediante un juicio abreviado u otra salida alternativa (conciliación, mediación, etc.).

Rol del Defensor.

Podrá analizar si los hechos y su significación jurídica habilitan en general y en particular dictar una medida de coerción si verdaderamente se verifican peligros procesales. En este aspecto, si el sistema procesal lo admite, debería establecer, si la situación de su pupilo se adecua a alguna de las hipótesis excarcelatorias. De no ser así

(o sea no existe un sistema de situaciones excarcelatorias previstas en la ley), basta con controvertir (y eventualmente demostrar) que no existen riesgos procesales.

En este sentido se puede discutir el problema de la pena en expectativa (si ello procede abstractamente o en el caso particular) y otras cuestiones accesorias que repercuten sobre la misma, como la calificación legal -si existe mérito para ello- o la ausencia de elementos de convicción suficientes sobre el fondo.

Es fundamental que el defensor sepa si su asistido posee antecedentes. Y si los tiene, analizarlos en detalle para dar una opinión alternativa que indique que su existencia no implica que no vaya a estar a derecho. Al respecto es importante destacar por ejemplo si siempre estuvo a derecho y cumplió con todas las condiciones que le fueron imponiendo o si el/los antecedentes no impactan en la prognosis de pena como susceptible de ser aplicada una condena de efectivo cumplimiento, etc..

Otra cuestión debatible es el arraigo, sea que exista o en caso que no se lo hubiera comprobado de manera asertiva, que pueda mitigarse ese peligro de fuga de otra forma, por ejemplo consiguiendo otro domicilio

El entorpecimiento probatorio es otro punto a exponer por la defensa. Por ejemplo hay que reparar en detalles tales como que la huida y/o el descarte de objetos se debió más a una situación de momento o bien que se entregó inmediatamente al personal policial sin ofrecer resistencia, etc..

Está claro que la lógica de la salida alternativa y consensuada también gobierna la actividad de la defensa. Por ello debe tener la flexibilidad suficiente como para propiciar alguno de estos institutos de la manera más anticipada posible. Es frecuente que de esta forma las consecuencias para el imputado sean menos gravosas, más allá de que además puedan evitar las medidas de coerción.

La defensa tiene un rol esencial en hacer valer el postulado de mínima intervención o de afectación necesaria, con lo cual su tarea no se puede limitar a resistir una medida de coerción (por ejemplo la prisión preventiva) de manera ciega o dogmática, sino que puede sugerir o proponer medidas de coerción menos gravosas fundado en dicho principio y sustentado en elementos de convicción que deberá ponderar a esos efectos.

Rol del juez.

En todos estos casos también deben verificar que concurren los tres requisitos básicos de cualquier medida de coerción:

1. Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar,
2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida
3. La proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela.

En función de ello debe adoptar una decisión, que puede no responder exactamente a lo que las partes postularon, pero que a su entender satisfacen los requisitos antes enunciados.

Su decisión debe adoptarla en la audiencia explicitando tanto la parte resolutive, de manera clara y sencilla con las citas legales correspondientes, como los fundamentos que no podrán ser otros que los expresados a las partes a viva voz, pues se trata de una audiencia oral dirigida a las partes del proceso pero también al público general que tiene el derecho de controlar los actos del poder público. No solo eso, la audiencia tiene la finalidad de dar por notificadas y consentidas las resoluciones expedidas en su ámbito por el juez -salvo recurso o reserva expresada en el momento-. Además será sobre esos fundamentos que las partes podrán articular en la misma audiencia sus recursos (si los hubiere), los que también serán concedidos -si se dan los requisitos de admisibilidad por el juez en ese mismo acto.

IV.a. Audiencias de prisión preventiva.

Rol del Fiscal.

La primera intervención es la del Fiscal quien deberá describir los hechos, y hacer la asignación jurídica. Además tendrá que indicar que *prima facie* el imputado fue su presunto autor o se sospecha al menos su participación en el mismo.

Ahora bien. En este punto confluyen dos exigencias legales bien claras: la de que la información que el juez usará para resolver es la que le aporte los representantes técnicos, entiéndase: fiscal y defensor/es¹⁰. Y por otro la de que el juez exprese cuáles son los elementos de convicción con los que se acredita *prima facie*, materialidad

10 Art. 9 de la ley 13811; 75 y 76 del CPPNQ

como participación¹¹.

A simple vista parece existir un choque entre estas dos disposiciones, pues una manda que el juez resuelva con los argumentos que escucha de ambas partes, pero la otra implica que el fiscal y el juez ponderen elementos de convicción, lo que conlleva no detenerse únicamente en alegaciones, sino tener ante su vista constancias probatorias¹².

La brecha podría sortearse de la siguiente manera: se parte de los principios dispositivos y de contradicción, por lo que todo lo que alega una de las partes y que no es contradicho por su contraria se tiene por aceptado y por ende demostrado a los fines de estas audiencias de trámite. Si existiera alguna controversia, el juez puede pedir precisiones a las partes y eventualmente que presenten la pieza que documenta la prueba que sostiene el supuesto de hecho controvertido (incluso podría convocarse a un testigo, o más). No hay que perder de vista que todos estos elementos de convicción son provisorios y tienen por único fin sostener una acusación para llevar un caso a juicio. Pero una vez llegado a la instancia de juicio, esas piezas no pueden ingresar en el debate. Todo debe ser producido oralmente (prueba testimonial, lato sensu) y eventualmente se podría utilizar una de las evidencias por lectura cuando las partes así lo conciliaran.

De tal suerte, podría afirmarse que basta con que las piezas donde se asienta la prueba esté disponible en la audiencia para su exhibición al juez si éste así lo requiriese, o una de las partes estimare útil hacerlo así. Ello es así pues lo que gobierna estas audiencias es la lógica de la medida del interés. Si las partes no controvierten, quiere decir que consienten y eventualmente no tienen agravio que habilite una revisión de la prueba.

11 El art. 158 del CPPBA es sumamente claro y exhaustivo en este punto y reza El auto que decrete la prisión preventiva será dictado dentro del quinto día de la solicitud del Agente Fiscal presentada dentro del plazo de quince (15) días prorrogables por igual plazo, a contar del día en que se hubiere efectivizado la detención y en él deberá :

- 1 - Expresarse cuáles son los elementos de los que resultan acreditados el delito y su autor o partícipe.
- 2 - Si se toma en cuenta la declaración del imputado, extraerse la parte pertinente.
- 3 - Si se computan pruebas testimoniales o periciales, mencionarse sintéticamente lo que de ellas resulte.
- 4 - Si se determinan otros elementos probatorios, señalarse cuáles son y cómo resultan acreditados.

12 El CPPCHT en su art. 25 dispone que los requerimientos y conclusiones de la parte acusadora tiene las mismas exigencias de argumentación que las resoluciones judiciales.

Está claro que esta no es la oportunidad para hacer un examen exhaustivo sobre el mérito de la causa, sin embargo la normativa sobre las medidas de coerción en la mayoría de los códigos obligan a ponderar la prueba de cargo¹³.

Sorteado este punto, la discusión debería trasladarse a los peligros procesales que ya hemos enunciado.

Finalmente se debatirá sobre la necesidad de aseguramiento por medio de una privación de libertad en establecimiento carcelario. En ello, la fundamentación de la fiscalía (y eventualmente el juez, si es que hace lugar a la medida), debería incluir los motivos por los cuales la única manera de lograr la sujeción del imputado es la prisión preventiva, pues de no resultar ello imprescindible, debería optarse por una menos lesiva y en ese caso, también debería justificarse porque una de éstas y no lisa y llanamente la libertad.

La carga de alegar y demostrar cada uno de los puntos que sostiene la prisión preventiva o sus alternativas es de la fiscalía.

Rol de la defensa.

La defensa puede resistirla indicando que no procede y su porqué. Pero también puede proponer una alternativa de manera fundada en todos los casos. Si es necesario que produzca prueba, deberá hacerlo pues toda prueba o circunstancia de hecho invocada por la fiscalía puede tener una segunda lectura más beneficiosa para el imputado.

Como se ve, el trabajo de la defensa en este punto es esencial. Pero también resulta evidente que la oralidad y la informalidad en la dinámica de la audiencia permite que el juez se nutra de información abundante, buena y pertinente (de calidad) para adoptar una decisión que no necesariamente puede concluir con la pretendida por las partes, pero que de ninguna manera puede exceder de lo postulado por la fiscalía.

IV.b. Audiencias de confirmación de aprehensión en el régimen de flagrancia.

13 Como se vio el código de Buenos Aires obliga al juez a computar pruebas testimoniales y periciales y a hacer una mención de su tenor, lo que implica un esfuerzo interpretativo sobre elementos de prueba, que no es menor.

Estas audiencias tienen una particularidad que es discutir la corrección de la aprehensión llevada a cabo por la policía en un contexto de delito en flagrancia o cuasi flagrancia¹⁴.

Rol del fiscal.

Como en todos estos casos deberá fundar la causa probable o la sospecha razonable que llevo a la fuerza de seguridad a la aprehensión o detención del presunto imputado.

La situación de flagrancia normalmente lleva ínsita la facultad de actuar sin necesidad de orden judicial siempre que la comisión del delito se exteriorice de tal manera que sea reconocible para cualquier observador objetivo.

La flagrancia emerge de las sospechas, señales, indicios o datos de cualquier actividad ilegal que se esté produciendo y que es detectada tanto por la policía como por particulares que deciden actuar. Esto es, cuando se sorprende a los sujetos activos en plena comisión del delito, o con el objeto, efecto, o instrumento del ilícito, lo que evidencia que la sospecha que se originó en el ánimo de los preventores se vió corroborada. En este caso la policía (o los particulares) pueden actuar en razón de urgencia y sin orden judicial.

Entiéndase que la flagrancia es una situación claramente dinámica, es decir en pleno movimiento. Si hablamos de sorpresa al sujeto activo, mientras esta cometiendo un hecho o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito¹⁵.

Hay que prestar especial atención cuando la comisión de un hecho ilícito sea la consecuencia por ejemplo de una requisa

En esta audiencia, inicialmente se hace foco en la causa probable o sospecha razonable que lleva a la Policía a actuar de urgencia nos sitúa necesariamente en el análisis de lo que comúnmente se denomina “estados de sospecha o actitud sospechosa”

La causa probable se da cuando los hechos y circunstancias de conocimiento de los funcionarios que protagonizan el arresto y acerca de los cuales tienen una infor-

14 Arts. 11 y 12 de la ley 13811 de la provincia de Buenos Aires, que regula el procedimiento oral para delitos cometidos en flagrancia.

15 Definición extraída del art. 154 del CPPBA.

mación razonablemente fidedigna, son suficientes en sí mismos para justificar que un hombre de prudencia razonable crea que se ha cometido o se este cometiendo un delito

O dicho de otro modo que para que se de una situación de sospecha razonable ésta debe sustentarse en datos concretos y objetivos –tareas de inteligencia, seguimientos o denuncias- que adjudiquen cabalmente a determinado sitio o a una o varias personas, comportamientos o actividades relacionadas con el delito

Es importante que frente a estas situaciones de hecho se focalice la atención en las circunstancias relatadas en las actas o instrumentos documentales que elabore la prevención¹⁶.

En particular se trata de ponderar la existencia y/o verificación de situaciones de urgencia, y si existió o no estado de sospecha suficiente fundado en datos objetivos

Lo mismo se explica respecto al cumplimiento de requisitos formales y sustrato material para el cumplimiento de la medida de arresto que establezcan los códigos de procedimientos.

Como en toda audiencia de medidas de coerción hay que ver la posibilidad de una penalidad futura que no permita la condena condicional o en suspenso, lo mismo si existen los peligros procesales de peligro de fuga y/o entorpecimiento probatorio

Habrá entonces que verificar, la existencia o no de arraigo suficiente, el comportamiento del imputado durante ese u otros procesos, si ha gozado de excarcelaciones anteriores, si ha amedrentado o no a testigos o víctimas, si ha mudado su nombre, si existen otros sospechosos prófugos, etc.

Todas estas circunstancias también deben ser material y objetivamente comprobables.

Finalmente como toda audiencia multipropósito podrá resolverse definitivamente el caso a través de una suspensión del proceso a prueba, o mediante un juicio abreviado u otra salida alternativa (conciliación, mediación, etc.).

16 En realidad, lo óptimo debería ser que el fiscal se entreviste con los policías y/o particulares que participaron en el procedimiento para ponderar si el mismo puede sostenerse en juicio o en las audiencias preliminares. De convencerse el fiscal que ello no sería posible, podría desestimar el caso y proceder a su archivo. Es lo que en litigación se conoce como caso débil, en cuyo caso es de buena práctica que el fiscal no active toda la maquinaria procesal para llegar a un “seguro” fracaso.

Rol de la defensa.

La defensa deberá primero relevar si se cumplen los requisitos formales exigidos por la legislación, para la validez de ciertos actos, todo lo cual puede dar lugar a planteos de nulidad.

En un segundo paso, corresponde analizar si la aprehensión, arresto o detención esta debidamente motivada en una situación de flagrancia o en un estado de sospecha o causa probable que este demostrada en datos objetivos

Finalmente, la defensa deberá por su parte establecer o contradecir si fuere el caso tanto el sustrato factico -es decir si el hecho sucedió tal como se ha presentado-, como su significación jurídica -o sea, si ésta puede adecuarse a otra figura penal-.

Lo mismo para la defensa que para la fiscalía, no hay que olvidar la naturaleza multipropósito de estas audiencias previas en cuanto darle solución definitiva al conflicto.

Rol del Juez.

Corresponde a éste analizar que evidencias tiene el fiscal de tal manera que éstas conformen elementos suficientes o indicios vehementes de la comisión de un delito y por qué existen motivos suficientes de sospecha para establecer que una persona ha participado en su comisión. En su caso ratificará la aprehensión y el procedimiento, o en su caso, puede anularlo haciendo caer todos los actos que fuera su consecuencia. Además tendrá que pronunciarse sobre las medidas de coerción y demás planteos que le efectúen las partes¹⁷.

17 El art. 12 de la ley 13811 reza: "Solicitada la excarcelación, el responsable de la gestión de audiencias fijará la misma dentro del plazo del quinto día. El Agente Fiscal aportará los informes de antecedentes del imputado.

En esta audiencia podrán plantearse y resolverse:

- a) Nulidades y exclusiones probatorias;
- b) Prisión preventiva;
- c) Sobreseimiento;
- d) Suspensión de juicio a prueba;
- e) Juicio abreviado;
- f) Juicio directísimo;
- g) Elevación a juicio;
- h) Unificación de penas."

IV.c. Audiencias de excarcelación o de cese de la coerción.

En esta audiencia que muchas veces puede ir unida a la de la medida cautelar, lo que se analizan son básicamente los peligros procesales, a los que ya no hemos referido.

Por lo general quien habla en primer término es el defensor, luego el fiscal y por último el juez resuelve.

Rol del Defensor.

Podrá analizar si los hechos y su significación jurídica se adecuan a alguna de las hipótesis excarcelatoria, o más sencillamente, si no concurre alguno de los presupuestos de las medidas de coerción.

Es imprescindible que conozca los antecedentes penales de su pupilo (si los tiene, si estuvo a derecho y cumplió con todo, si no impactan en la pena en expectativa, como por ejemplo si es susceptible de ser aplicada una condena de efectivo cumplimiento, o de ejecución condicional, o si da lugar o no a la declaración de reincidencia).

No debe desatender la cuestión del arraigo, como ya hemos visto.

Debe alegar y preferentemente demostrar que no habrá entorpecimiento probatorio, en caso de otorgar la libertad (por ejemplo explicando que la huida y el descarte de objetos se debió mas a una situación de momento o bien que se entregó inmediatamente al personal policial sin ofrecer resistencia).

En ese sentido, resulta fundamental que se pronuncie sobre si ya desapareció el peligro o la circunstancia que en su momento habilitó el dictado de la medida de coerción. También, puede haberse agotado el tiempo de duración establecido por el juez en el auto de prisión preventiva, o se ha excedido un plazo razonable de detención cautelar. Asimismo puede darse la posibilidad de caucionar la libertad.

Rol del Fiscal.

Su misión es controvertir la postura de la defensa si considera que hay motivos para mantener la medida de coerción, o si se trata de una detención, deberá actuar según el procedimiento indicado para el dictado de la prisión preventiva.

Nada impide que el fiscal postule una salida alternativa o proponga una caución

suficiente para consentir la liberación del imputado.

Luego el fiscal separara y detallará todos aquellos elementos objetivos que permiten acreditar los peligros procesales, es decir si estos se verifican en el caso o no.

Rol del Juez.

El juez analizara los hechos y su significación jurídica, los peligros procesales si estos se verifican o no han desaparecido, o al menos, si se pueden mitigar mediante otras medidas alternativas. También debe verificar en cada caso si se cumplió el plazo de duración de la medida de coerción. Pero más allá de ello, está en la obligación de ponderar en cada caso si la prisión cautelar ha excedido el plazo razonable en base a los parámetros que establece la ley y la normativa de derechos humanos¹⁸.

No olvidemos que el juez puede tener una actitud proactiva y de tal forma interrogar sobre circunstancias personales al imputado como para allanar caminos posteriores para el eventual cumplimiento de reglas especiales para su libertad o bien pedir detalles de los hechos para completar la información que le suministran las partes o interrogar al público presente sobre la posibilidad de conseguir arraigo a través de parientes del imputado presentes en la audiencia.

Está claro que si no se trata del juez que juzgará en la instancia de juicio oral al imputado, no se verá afectada su imparcialidad por la actividad que desarrolle en pro de solucionar el conflicto y resolver lo incidentes.

18 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7º

AUDIENCIAS DE SUSPENSION DEL PROCESO A PRUEBA.

Por Daniela Dupuy

I. La suspensión del proceso a prueba.

El principal objetivo de solicitar una audiencia donde se discuta la procedencia eventual de suspender el juicio a prueba, es la búsqueda de una solución penal alternativa a la persecución, juicio y pena tradicional. Y ello por varias razones.

En primer lugar, las salidas alternativas correctamente utilizadas, representan soluciones de alta calidad que atienden a las necesidades específicas del conflicto, a la prevención de que los hechos vuelvan a repetirse, al interés o temor concreto de la víctima.

Muchas veces, la suspensión de juicio a prueba resuelve mejor el conflicto que una pena tradicional lograda a través del interés estatal.

En segundo lugar, la *probation* como una de las salidas alternativas, soluciona el conflicto a menor costo, pues, si se utiliza bien, su aplicación permite sacar el caso del sistema en etapas tempranas de la investigación, ahorrando el excedente de tiempo y recursos que a los jueces, fiscales, defensores, les insumiría llevar el caso a juicio, pudiendo ser focalizados esos recursos en los casos que exigen ser elevados a juicio.

Por último, cuando esta vía de solución se aplica oportunamente, es decir en instancias anteriores al juicio y a una completa investigación, se logra mayor celeridad en brindarle una respuesta a la víctima y al imputado, tiempo este que sirve para destinarlo a aquellos casos en los que no es posible la aplicación de una salida alternativa.

II. Audiencias de suspensión del proceso a prueba.

En estas audiencias se discute acerca de la posibilidad de aplicar el instituto a solicitud del imputado fundada en los requisitos de viabilidad estipulados en cada legislación de fondo y, en el caso que ello sea factible, se efectúa un intercambio de opiniones acerca de las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, el daño a reparar y el tiempo de la suspensión del juicio según la gravedad del delito¹⁹.

En algunos casos, el defensor -y el imputado- y el fiscal están de acuerdo tanto con la procedencia como con las reglas de conducta ofrecidas por el imputado y el tiempo a cumplir.

En esos casos, las audiencias son ágiles y rápidas, toda vez que las partes manifiestan su acuerdo ante el juez y en qué consiste específicamente el mismo.

En otros, sin embargo, donde no hay acuerdo del fiscal sobre alguno de los aspectos señalados, la dinámica de la audiencia es distinta.

Si bien es discutida la existencia de un momento específico de preclusión de la oportunidad para llevar a cabo esta audiencia, lo cierto es que, como una cuestión de política pública, es lógico concluir que esta salida permita ahorrar recursos al sistema y limitar el juego de cálculo del imputado respecto de sus posibilidades en el juicio como incentivo para ofrecer esta vía alternativa de solución²⁰.

Es decir, si el imputado cree que va a salir condenado en el juicio oral y entonces opta por la probation, lo lógico y eficiente para el sistema sería que no lo hiciera cuando estemos listos para ir a juicio, y luego de haber gastado todos los recursos que toma una investigación tradicional²¹.

Por ser de interés para la defensa, en la mayor parte de los sistemas, se prevé que sea el Defensor quien de inicio a la alocución en la audiencia, y luego se le corra traslado a la Fiscalía.

19 No obstante se debe apuntar que nada impide al juez, desde una posición proactiva, sugerir a las partes, ésta u otra salida alternativa, teniendo en consideración que la última palabra es del imputado, pues está ejerciendo un derecho.

20 El CPPBA la acepta que se formule hasta treinta días antes de la celebración de la audiencia de debate.

21 Vale aclarar que existe alguna jurisprudencia que admite sustituir la pena en suspenso por una suspensión del proceso a prueba, con el argumento formalista que la ley habla de suspender el juicio y para ello el debate oral debe estar celebrándose.

Rol del Defensor.

Analizará los hechos y la legislación de fondo para evaluar la petición de que se suspenda el juicio.

La posibilidad de que los hechos atribuidos a sus defendidos puedan ser objetos de salidas alternativas dependerá de circunstancias políticas o institucionales de cada país; como la reincidencia, la calidad de funcionario público, si el ejercicio fue cometido en el ejercicio de sus funciones, la calidad de menor de edad, etc.

El defensor entablará comunicación con el imputado para explicarle la posibilidad de llegar a una salida alternativa y conocer su posición hacia ella y para saber si esta es posible en los hechos; estaría dispuesto a someterse a un tratamiento; a efectuar tareas comunitarias; a abandonar el hogar familiar; etc.

En la mayoría de los casos resulta el defensor quien plantea la posibilidad de suspender el proceso para evitar el juicio. En este sentido, durante la audiencia, el defensor explicará el contenido de su solicitud debiendo exponer al juez su petición indicando concretamente la decisión requerida.

En este caso, y partiendo de la base que los jueces desconocen el caso, es conveniente que: a) se presenten los hechos; b) se especifique cual es la petición -probation-; c) por cuanto tiempo; d) Justificación de requisitos legales²²; e) Propuesta de reglas de conducta previamente pactadas con el imputado, en la medida de sus posibilidades; f) Responder las eventuales objeciones y argumentos que presente el fiscal para el caso que se oponga u objete la solicitud o las reglas.

Los defensores se verán expuestos a los contra-argumentos presentados por el fiscal si no estuviesen de acuerdo con los términos de la petición. Por esta razón, el litigante debe estar preparado para defender su versión y sustentarla fáctica y jurídicamente ante el juez.

Rol del Fiscal.

22 Estos serían una eventual pena en suspenso, que no se trate de delito cometido por funcionario público en ejercicio de su función y que el delito no esté conminado con una pena de inhabilitación. En este aspecto, se discute si esta limitación comprende a aquellos que la contemplan como pena principal y única o de aquellos delitos que la contienen como pena conjunta. Por ejemplo, el código de Neuquén a optado en su artículo 108, por la primera variante, haciendo una interpretación auténtica (y cuestionable, por cierto) de los alcances del art. 76 bis último párrafo del CP.

Cuando el caso llega a manos del fiscal, lo primero que hace es estudiarlo y determinar fortalezas y debilidades del mismo.

Primero efectúa una identificación preliminar, es decir, cuáles son los hechos imputables y relevantes; luego individualiza las normas legales aplicables al caso -tipos penales-, identifica las pruebas colectadas hasta el momento y efectúa una estrategia de investigación para el caso.

Por lo general, el fiscal toma conocimiento de la solicitud del imputado de suspender el juicio, cuando recibe la notificación del juez de la fecha de audiencia de probation. No obstante puede darse el caso de que el defensor se acerque al fiscal para proponerle la aplicación de este instituto al caso, aún antes de formalizar el pedido de audiencia.

A partir de allí, el fiscal analiza la proyección del caso; las pruebas que tiene y que puede llegar a conseguir para presentar en juicio; la evaluación de si una eventual aplicación del instituto puede brindar una respuesta más favorable que el resultado del juicio; determinación de casos pendientes o antecedentes del imputado, el análisis de la legislación de fondo para determinar la procedencia y la comunicación con la víctima para informarle acerca de la petición y manifestarle los motivos por los cuales puede ser una buena alternativa para solucionar su problema, en el caso que así lo considere el fiscal.

Esta conversación con la víctima es muy importante al momento de que el fiscal prevé consentir la aplicación del instituto y, si la víctima se opone y el fiscal entendiere que la probation será la mejor solución a una eventual condena -en muchos casos condicional-, deberá explicarlo claramente a la víctima, y cuáles serían las condiciones bajo las cuales aceptaría la salida alternativa.

Al contrario, cuando la víctima tiene un interés concreto en que se aplique el instituto de la probation y el fiscal no está convencido, este último deberá analizar seriamente si su interés público persecutorio cedería al interés de la víctima.

Lo que parece relevante de esta herramienta es no perder de vista que en esta alternativa lo que se privilegia es el interés del sistema de proveer una solución más adecuada para el caso concreto; lo que no implica que el interés concreto de la víctima no tenga importancia.

Muchas veces lo que hace idónea una regla de conducta es la situación de la víc-

tima respecto del imputado y del delito . Así, lo que torna razonable la prohibición de contacto o acercamiento del imputado a la víctima como regla de conducta es el temor de ésta de ser agredida; pues si ello no fuese así, esta condición no tendría sentido.

Así, durante la audiencia, será el Fiscal quien deba responder en forma precisa y concreta a los argumentos del defensor, entregándole al juez elementos para tomar una decisión.

Puede ocurrir que el fiscal esté de acuerdo en un todo con la propuesta, o bien, que haya ciertos aspecto respecto de los cuales no coincide, remarcando sus debilidades y los motivos de la discrepancia.

Ellos pueden relacionarse con el tiempo de duración que propone la defensa, o con alguna/s regla/s de conducta; o con el ofrecimiento de reparación del daño; etc.

También puede ocurrir que desde el punto de vista del fiscal, deba oponerse a la aplicación del instituto, ya sea por razones de política criminal aplicadas al caso concreto o bien, por entender que el caso debe dirimirse en juicio.

Cualquier razón de oposición deberá ser adecuadamente fundada ante el juez. También el fiscal deberá estar preparado para reaccionar frente a los contra-argumentos de la defensa.

Rol del querellante ó acusador particular ó particular ofendido.

Al tomar conocimiento de la propuesta de la defensa y más allá de lo que prevean los distintos códigos es común que el fiscal y alguno de aquellos, conversen previamente sobre la eventual aceptación y sobre los términos de las reglas de la conducta. Por lo general no se le asigna un papel relevante al querellante o acusador particular en el trámite de este instituto.

Rol del Juez.

Finalmente será el juez quien sobre la base de la información discutida y el derecho aplicable al caso concreto, tome una decisión acerca de lo solicitado y la justifique.

El rol central será la conducción de la audiencia y la toma de decisión del asunto a partir de la información suministrada por las partes. Cuanto mayor calidad tenga la información brindada por las partes (lo que se logra en un contexto de amplia discu-

sión), mejor será la decisión que tome el juez.

El juez debe darle espacio a las partes para que puedan presentar adecuadamente sus peticiones y fundamentos permitiendo que ellas ejerzan razonablemente sus derechos.

El juez debe asegurarse de que el imputado comprenda cabalmente lo que propone el defensor y lo que responde el fiscal, y sobre todo, lo que resuelve el juez.

El juez puede querer escuchar a la víctima. Tomar conocimiento de la pretensión de ella y tenerla en cuenta a la hora de decidir.

La decisión del juez debe ser inmediata y fundada oralmente y darse en la misma audiencia.

Estrategia de las partes frente a la audiencia.

Para organizar este tipo de audiencias de suspensión de juicio a prueba y efectuarla de una manera eficiente y rápida, teniendo en cuenta que, seguramente el fiscal o el defensor va a tener que asistir ese mismo día a una o más audiencias similares, sería conveniente diseñar una matriz sobre la que se resalten los elementos necesarios para presentar la información estrictamente relevante y específica que necesitamos para argumentar la audiencia que estamos litigando, la cual, seguramente, estará perdida entre otra información del legajo que no tiene ninguna relevancia para esta discusión concreta.

Modelo de Audiencia de Probation

Identificación del imputado

Nombre

Edad

Ocupación

Domicilio

Hechos según la denunciante

Tipificación

Antecedentes penales

Interés de la víctima

Ofrecimiento de reparación del imputado

Medidas sugeridas por la defensa: duración de la medida, tareas comunitarias, y demás condiciones.

AUDIENCIAS PRELIMINARES AL JUICIO ORAL.

Por Adrián Fernando Berdichevsky²³

I. Introducción.

Los códigos procesales modernos establecen una audiencia preparatoria del juicio oral. Éstas tienen por finalidad llegar al juicio con el caso libre de cuestionamientos acerca de los actos producidos durante la etapa de investigación; discusión sobre la prueba que habrá de utilizarse en el debate; así como también agotar toda posibilidad de salida alternativa al juicio a través de la suspensión del debate; planteos sobre el cierre definitivo del caso; o su conclusión a través de un juicio escrito.

Por estas razones es que se las conoce como audiencias multi propósito, en donde lo trascendente es la discusión estratégica entre las partes sin que ello implique adentrarse en cuestiones propias del juicio oral, por lo que el juez deberá decidir puntualmente tales cuestiones.

En definitiva, son la última oportunidad para evitar que el caso llegue a juicio y es la instancia para fijar el objeto de la controversia y los temas a discutir en el debate. Se busca con ello que el juicio no sea una reedición de planteos ya resueltos; que no se articulen cuestiones extemporáneas, etc. En suma, que el juicio no se vuelva un acto inútilmente largo y sólo se discuta aquello sobre lo que las partes no se pongan de acuerdo²⁴.

23 Con la colaboración de Francisco Pont Vergés.

24 Como veremos más adelante, hay códigos como el de Neuquén y Chubut que contemplan las convenciones probatorias. Algo similar, pero con técnica deficiente aceptaba el código bonaerense en su artículo 366 último párrafo y que ahora aparece corregido por la reforma de la ley 14543 de juicio por jurados y que añade el inciso 6to. al art. 338, el cual reza: "Las estipulaciones o acuerdos probatorios a los que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya contro-

Para ello en algunos códigos como el del Neuquén (arts. 167 y ctes.) el juez que intervenga en esta etapa denominada “intermedia” será uno distinto del que participó durante la fase de investigación, y distinto también del que integre el tribunal que habrá de llevar adelante el juicio oral (art. 174); mientras que en el código procesal de la provincia de Buenos Aires, a través del art. 338 se establece una organización del procedimiento según la cual una vez que las actuaciones se “elevaron” a juicio por el juez de garantías, se radican en el juzgado correccional o en el tribunal de juicio, de acuerdo a que su integración sea de tipo unipersonal o colegiada (ver arts. 22 y 24 C.P.P.B.A.), quien o quienes serán los encargados de actuar en la audiencia preliminar y luego en el juicio oral²⁵.

versia sustantiva. Las estipulaciones podrán ser planteadas incluso durante el transcurso del debate y el juez las autorizará siempre que no impliquen renuncia de los derechos constitucionales. Tales acuerdos hacen que las partes aceptan como probados alguno o algunos de los hechos y sus circunstancias y serán puestos en conocimiento del jurado en la forma que las partes lo estimen más conveniente.”

25 A fin de ser lo más ilustrativo y precisos posible, tomaremos a modo de ejemplo o guía, las descripciones de este último procedimiento –que data del año 1998-, observamos que luego de notificar a las partes la integración del órgano de juicio, se las emplaza para que en el término de diez días realicen los planteos de recusación que estimen pertinentes, y ofrezcan la prueba que habrán de utilizar durante el debate.

Luego, este código establece la realización de una “audiencia preliminar” de carácter optativo a fin de analizar una serie de ítems numerados del 1 al 5, así como otras cuestiones vinculadas a la búsqueda de salidas alternativas al juicio oral.

Vale decir en este punto que la calidad de “optativa” de esta audiencia se dio a partir de la reforma introducida por la ley 13.943; con lo cual, por un lado, se contribuyó a la agilización del trámite de las causas en la etapa intermedia del proceso, dado que se superaron así los escollos que más de una vez se producían ante la suspensión y/o postergación de las audiencias por diversos motivos (entre otros las dificultades en el traslado de los detenidos desde su lugar de alojamiento por fallencias endémicas propias del sistema); mientras que por el otro, se cercenó una instancia importantísima en la preparación del juicio, entre cuyos beneficios podríamos destacar aquellos ínsitos en la propia naturaleza oral de la audiencia, vinculados al compromiso que implica para las partes litigar en presencia de los magistrados, ocasión en la cual deberán sostener o cuestionar la validez de actos procesales ya realizados, proponer las pruebas a utilizar durante el debate, la realización de instrucción suplementaria dirigida a reforzar (o debilitar) el caso que se habrá de ventilar en el juicio, de conformidad con la teoría del caso que se pretenda hacer valer. De modo tal que cuando las partes asumen esta instancia con el compromiso que la ley tuvo originariamente en vista, indudablemente se obtiene una mejor calidad de información que habrá de ser fundamental para la pretensión de los litigantes y para la comprensión del hecho por parte de los magistrados.

A pesar de lo dicho no desconocemos que en la práctica, más allá de perezas propias y ajenas de los funcionarios y abogados litigantes, en innumerables casos no tiene mayor trascendencia la realización de la audiencia preliminar, en razón de la relativa falta de complejidad de los hechos llevados a

II. Las pruebas a utilizar en el debate oral.

Esta es la oportunidad para tratar las pruebas que las partes propondrán durante la audiencia con miras a su producción durante el debate oral, así como el tiempo probable de duración del juicio.

La discusión sobre la admisión de la prueba debe limitarse a: su pertinencia, su legalidad y finalmente las convenciones probatorias.

La importancia de este acto radica en la selección de los medios de prueba nuevos y/o ya conocidos, que los litigantes habrán de utilizar para probar sus respectivas teorías del caso, de modo tal que la contraparte no sea sorprendida ilegítimamente durante el juicio, al tiempo que pueda oponerse por diversas razones a su producción, circunstancia ésta que deberá fundar debidamente durante la audiencia preliminar. Se genera así un mini debate que culminará con la resolución inapelable del juez, contra la cual únicamente podrá formular “protesta” (lo que equivale a una “reserva”) de interponer recurso de apelación, casación o extraordinario, según sea el caso, contra la sentencia que resulte adversa a la pretensión del litigante, y en la medida en que demuestre la relación entre esa denegatoria y el fallo contrario a sus intereses.

a. Pertinencia.

Lo que se evalúa en este caso es si la prueba sirve para acreditar extremos del/los hecho/s a ventilar en el juicio oral o para demostrar circunstancias de contexto y aquellas destinadas a la determinación de la pena o medida de seguridad.

Si la prueba no sirve a esos fines, puede ser rechazada por el juez, aún sin pedido de parte.

Si la prueba ofrecida es manifiestamente sobreabundante, corre la misma suerte. O sea, se trataría de una variante de impertinencia por exceso, pues resulta superflua si por otros medios igualmente importantes y contundentes -ya ofrecidos-, se demuestra lo mismo²⁶.

juicio, de modo tal que nada aportaría a la estructura del procedimiento practicar la audiencia oral de forma obligatoria.

26 Por ejemplo la convocatoria de cinco policías para declarar sobre aspectos del procedimiento que pueden ser esclarecidos por uno o dos de ellos; la realización de una nueva pericia igual a la ya practicada y admitida sin agregar nuevos puntos, la convocatoria de un buen número de testigos de

No obstante la evaluación de la pertinencia o superabundancia de una prueba está íntimamente ligada a la teoría del caso y la estrategia encarada por la parte que la ofrece. Ello exige que se de a conocer de manera clara, la teoría del caso y se explique adecuadamente porqué se elige una prueba que puede aparecer impertinente o supéflua.

Al igual que en el resto de las audiencias el acercamiento de las partes a debatir de manera previa a la audiencia, es fundamental. Esta no es una etapa para esconder las cartas, sino para mostrarlas. Y en ese juego, si nada hay que discutir, lo más probable es que convenga una salida alternativa. Mientras que si de antemano conozco el juego/estrategia/pruebas de mi contraparte y encuentro puntos dignos de debatir, mejor concentrarse en ellos y agotarlos en un juicio oral (siempre en procura de los beneficios que uno representa). Ello resulta patente en el juicio por jurados, pues el tiempo para ocupar a ciudadanos comunes en un juicio pasa a ser crucial, toda vez que implica distraerlos de sus actividades habituales y su medio de subsistencia. Además resulta a todas luces improcedente editar y reeditar cuestiones resueltas -sobre todo si se trata de la admisibilidad de la prueba- y avanzar sobre puntos que no vale la pena debatir.

b. Legalidad de la prueba.

Otro punto esencial que se trata durante esta audiencia preliminar gira en torno a la garantía del cumplimiento del debido proceso en la etapa previa al debate oral²⁷. Efectivamente, si bien todo el andamiaje procesal debe observar esta regla constitucional básica, y para ello fundamentalmente se ha erigido la figura del juez garante del proceso, lo cierto es que las partes y el órgano jurisdiccional aspiran a que el juicio oral se lleve adelante sin la menor duda sobre la legitimidad y legalidad del proceso practicado hasta ese momento; de modo tal que la producción de la prueba se constituya en el elemento central de la discusión tendiente a acreditar la existencia de un hecho ilícito y la participación culpable del imputado.

De allí que deba existir una estructura o diseño normativo respetuoso de las reglas del debido proceso, de modo tal que detecte a tiempo cualquier anomalía ya sea de naturaleza objetiva (forma de los actos procesales que se van cumpliendo), como de naturaleza subjetiva (involucra a los sujetos o partes del proceso –ya sea aboga-

concepto si todos van a declarar sobre las mismas circunstancias, etc..

27 arts. 338, inc. 2º del código de Buenos Aires y 168, 169 y 172 del código de Neuquén.

dos, peritos, imputados, testigos y jueces-), de manera tal de llegar al juicio libre de interferencias o contaminaciones previas.

En este sentido el mismo inciso 2° del art. 338 del C.P.P.B.A., en su último párrafo prevé como límite a la posibilidad de cuestionar y revisar lo actuado en la investigación preparatoria, la circunstancia de que la constitucionalidad de dichos actos o su ilegalidad hubiese sido ya tratada y resuelta por los órganos correspondientes en dicha etapa.

Ahora bien, no obstante lo expresado y lo que surge del texto legal, tampoco debemos olvidar que las nulidades de carácter absoluto por violación de garantías constitucionales, pueden, a mi entender, ser reeditadas en etapas posteriores del proceso siempre y cuando claro está surjan nuevas pruebas que ameriten su tratamiento en otra instancia.

En este sentido también debemos tener presente que, en muchos casos necesariamente el tribunal deberá analizar prueba a producirse durante el debate, razón por la cual seguramente la decisión sobre la nulidad de tal o cual acto, y en consecuencia su exclusión probatoria habrá de diferirse al momento del dictado del veredicto. Y esto es válido tanto para sistemas procesales que prevean que sea el mismo juez o uno distinto el que resuelva estas cuestiones en la etapa intermedia, por cuanto no debe desnaturalizarse la audiencia preliminar de modo tal que se convierta en un debate sobre los hechos o situaciones tales que indefectiblemente deban ser analizadas conjuntamente con ellos.

Pero no sólo en esta etapa intermedia pueden darse casos en los cuales se cuestionen lesiones de garantías constitucionales producidas durante la investigación, sino también aquellas que surgen en el marco de la producción de prueba extra o instrucción suplementaria²⁸.

Efectivamente la producción de prueba en esta etapa debe observar las mismas reglas que las previstas durante la indagación preliminar, de modo tal que no se filtren elementos viciados que no harán otra cosa que sentar las bases de un juicio ilegítimo durante el cual se valoren pruebas que necesariamente deberán excluirse del mismo.

Aquí rigen también los principios de igualdad de armas y de control de la prueba para ambas partes por igual, de forma tal que los elementos colectados en el marco

28 Art. 338 inc. 5° del CPPBA; 308 inc. 6° y 310 del CPPLP.

de la instrucción suplementaria no sólo deben ser conocidos por los sujetos procesales, sino que deben haber tenido la posibilidad de control previo y/o posterior a su producción, de modo que no se provoque sorpresa alguna en la contraparte que lesione el debido proceso y la defensa en juicio.

Vale recalcar que la cuestión en torno a exclusiones probatorias por inconstitucionalidad o nulidad, no debe confundirse con la objeción a la introducción de tal o cual prueba producida durante la investigación preliminar²⁹, por cuya vía se abre la posibilidad de cuestionar la introducción al debate por su lectura de una variedad de piezas testimoniales, documentales e instrumentales, como una forma de privilegiar los principios de inmediación, continuidad y publicidad propios del juicio oral que orientó las distintas reformas procesales en nuestro país.

Tampoco debe confundirse la diversa naturaleza de las objeciones planteadas a partir de una prueba introducida en violación de normas constitucionales, de aquellas otras que tienen por finalidad cuestionar la credibilidad de tal o cual elemento de cargo o de defensa, situación esta propia de las objeciones formuladas durante el juicio, fundamentalmente a preguntas dirigidas a los testigos en el cual se buscará fortalecer la propia posición o debilitar la del adversario en función de la teoría del caso que se pretenda imponer³⁰.

La legalidad en la obtención de la prueba es el otro punto a debatir en esta audiencia. Los códigos tienden a ubicarlos como una variante que no hace estrictamente a la prueba, tratándolo en el rubro de las nulidades procesales. Esta tacha implica erradicar del proceso determinados actos, que no necesariamente son de prueba, como por ejemplo una aprehensión. A su vez la exclusión de una prueba determinada puede basarse en cuestiones de afectación de garantías constitucionales (o que su obtención no haya sido acorde a lo establecido por ley), y que no impliquen una declaración de nulidad, pero que definitivamente tenga el efecto de que no se puede hacer valer contra el imputado, como por ejemplo una declaración recibida sin control de la contraparte³¹.

29 Por ejemplo art. 366 primer párrafo del CPPBA.

30 Art. 342 bis inc. 4º párrafo quinto del CPPBA.

31 Esto es lo que se denomina EXCLUSIÓN PROBATORIA, quizá la denominación más correcta y amplia que comprende no solo los casos de nulidades procesales sino también las pruebas que por algún otro motivo -por lo general vinculado con las garantías constitucionales- no puede utilizarse en el juicio, en particular contra el imputado.

c. Acuerdos probatorios y la introducción por lectura de pruebas.

Los códigos más modernos contemplan la posibilidad de que las partes acuerden dar por probados determinados hechos o extremos de la acusación, lo que implica que las partes acuerden de conjunto admitir determinada prueba que la sustente. Esto es lo que se conoce con el nombre de convención probatoria o acuerdo probatorio. El código de Chubut, avanza un paso más y admite que las partes den por probados determinados hechos que llama notorios y prescinde de la producción de prueba en torno al mismo (art. 299).

La ventaja evidente de esta disposición es circunscribir el objeto de la discusión del juicio a los items realmente controvertidos.

Ciertamente, las convenciones probatorias no son más que una derivación mas del principio dispositivo que gobierna al sistema acusatorio adversarial.

Pero hay que tener en cuenta que el acuerdo probatorio debe ser homologado por el juez, quien se reserva el control de legalidad del mismo.

Vale la pena detenerse unos instantes en este punto para analizar brevemente la facultad que tiene el juez para adentrarse en cuestiones no introducidas o invocadas por las partes, ya sea durante la audiencia preliminar, o en su ausencia como consecuencia de la opción ejercida en ese sentido. Qué quiero decir: el primer caso se da en el supuesto de las llamadas “convenciones probatorias” previstas en el inciso 6º del art. 338 del CPPBA y en el art. 171 del CPPNQN. El segundo supuesto se observa en el art. 338 del CPPBA, cuando el código brinda al juez la posibilidad de convocar a la audiencia más allá del interés en contrario de las partes en llevarla adelante, con el objeto de “sugerir” la prescindencia de aquella prueba manifiestamente impertinente, superabundante o superflua. En ambos casos considero que el juez u órgano colegiado debe ser muy cuidadoso a la hora de actuar “extra petita” (o más allá de la pretensión de las partes), por cuanto podría interferir en la estrategia perseguida por los litigantes, apartándose así –aún sin tomar partido- de la imparcialidad que debe guiar su accionar; circunstancia ésta que no observa en el caso del código de Neuquén (arts. 168 a 173) o Chubut (arts. 295 a 299), en razón de que en esta etapa intermedia actuará un juez distinto de aquél que intervendrá en el debate oral. Lo mismo sucede en el código bonaerense con el juez técnico del juicio por jurados, dado que éste no decide sobre los hechos.

Resta decir que jamás redundará en favor de la estrategia del litigante la produc-

ción de aquella prueba que no sólo no aporte nada sustancial a la teoría del caso que se persigue, sino que además fatigue y exaspere la atención de los jueces durante el debate.

d. Instrucción suplementaria.

Las pruebas ofrecidas como instrucción suplementaria o investigación complementaria³² otorgan la posibilidad de profundizar sobre ciertos aspectos no analizados durante la investigación preliminar, o no explotados lo suficiente de modo tal que permitan fortalecer el caso que las partes pretenden probar durante el juicio.

El universo suele ser de lo más variado en este punto, ya que puede buscarse a través de esta instancia la realización de peritajes complementarios de aquellos ya practicados en la instrucción; documentación específica sobre determinados puntos que se pretenda acreditar en la audiencia de juicio; dictámenes de distintos profesionales que hubiesen intervenido anteriormente o no, y cuya opinión resulte determinante para dilucidar alguna cuestión sobre materialidad ilícita, imputabilidad, etc.

Esta prueba suplementaria puede dar lugar a la convocatoria de aquellas personas que practiquen dichos peritajes y dictámenes, de modo tal las partes deben estar muy atentas durante esta audiencia preliminar a fin de no omitir ofrecerlos como testigos conjuntamente con el ofrecimiento de practicar las experticias y dictámenes solicitados.

La propuesta de llevar adelante todo tipo de instrucción suplementaria, presupone la máxima atención de la contraparte para oponerse a su realización, ya sea por la impertinencia de la misma con relación al objeto del proceso, o para ofrecer puntos de pericia –por ejemplo- que den solidez a su propia teoría del caso, u otra prueba que permita neutralizar la propuesta, o cualquier otra herramienta que permita llegar del mejor modo a la etapa central del juicio.

II. Excepciones.

Recordemos que en esta audiencia³³ el fin perseguido por el procedimiento es el de llegar al juicio oral sin discusiones sobre competencia o jurisdicción del órgano

32 Art. 338 inc. 5° del CPPBA, 308 inc. 6 y 310 del CPPLP que lo trata como anticipo de prueba

33 Art. 338 inc. 3 del CPPBA; 308 inc. 2° del CPPLP; 294 del CPPCHT; 168 del CPPNQ.

juzgador, como así tampoco en torno a la legalidad de la acción, su promoción ab initio, prosecución o extinción, planteos éstos que debieron haber sido efectuados sobre en la etapa de investigación previa.

Aunque existe la posibilidad de tratarlos como actos preliminares al juicio, sellando así la suerte del proceso.

También se prevé el supuesto en el cual el planteo de la excepción –en general vinculado con la extinción de la acción penal- se deba a una causal sobreviniente, lo cual habilita su análisis en esta instancia³⁴.

a. Competencia.

La competencia por conexidad resulta ser uno de los planteos mayormente efectuados por las partes en esta audiencia preliminar, en razón no sólo de la conveniencia de realizar una sola vista de causa en la que habrán de ventilarse todos aquellos hechos por los que mediare acusación fiscal, respecto de uno o más imputados, sino también desde el punto de vista de las partes (fundamentalmente el imputado) quienes podrían ver mejorada su situación al ser tratada en conjunto y no de modo fraccionado en diversos juicios, y con imputados presentes en unos pero no en otros procesos.

b. Sobreseimiento.

En esta misma lógica se encuadra la posibilidad de tratar el sobreseimiento total o parcial, en donde también se busca llegar al juicio sin dudas en cuanto a aspectos básicos de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, de modo tal que en aquellos casos en los cuales a raíz de la producción de nuevas pruebas ya sea en la audiencia preliminar, ya sea con posterioridad a la misma, se demuestre de forma evidente que alguno de estos extremos no se encuentre presente. En esos casos el juez podrá dictar el sobreseimiento³⁵.

III. Unión o separación de juicios.

34 En el CPPBA debe aplicarse en consonancia con lo dispuesto en los arts. 26, 29, 32, 328 y cctes. del mismo cuerpo legal.

35 Art. 341 del CPPBA, art. 294 inc. 1º y 295 del CPPCHT, 313 del CPPLP. Art. 168 del CPPNQN

Vinculado las cuestiones de competencia por conexidad que se puede plantear en esta etapa, se contempla en algunos códigos como el de La Pampa y el de la Pcia. de Buenos Aires³⁶ que en la audiencia preliminar se trate la unión o separación de juicio en estos dos supuestos: a) mismo delito atribuido a varios imputados en diversos requerimientos fiscales; b) varios delitos atribuidos a uno o a varios imputados.

Ambos supuestos deben interpretarse de modo similar a lo expresado al analizar la excepción de competencia descrita anteriormente.

IV. Salidas alternativas.

Finalmente, esta parece ser la última oportunidad para que las partes lleguen a un acuerdo sobre un modo alternativo de finalización del proceso, sin la necesidad de llegar a un juicio oral. Por lo general los códigos contemplan una suerte de preclusión para estos actos³⁷.

Y si bien estas cuestiones pueden parecer de menor entidad, o propias de los inconvenientes domésticos en la tarea diaria de litigantes y tribunales, lo cierto es que se trata de una decisión de las partes de profundo contenido estratégico.

Dicho de otro modo, los litigantes deberán evaluar si consideran conveniente la realización del juicio para probar o resistir la acusación, a partir de la prueba colectada hasta ese momento (en este punto juega un papel importante el resultado de la instrucción suplementaria practicada); como así también la necesidad de transitar por un juicio oral cuya suerte aparece sellada desde un principio (obviamente me refiero a los casos en los que la contundencia de las pruebas permiten vislumbrar altas chances de condena para el imputado); o la necesidad del imputado de asegurarse la

36 Art. 338 inc. 4 y 340 del CPPBA, art. 308 inc. 3º del CPPLP

37 El código de Buenos Aires es bastante amplio al respecto, pues de no haber ejercido este derecho, ya sea en el marco del procedimiento de flagrancia (art. 284 quinquies), como en el ordinario al momento de decidir avanzar o no con el caso hacia etapa de juicio (art. 334), deberá presentarse la propuesta en la misma audiencia preliminar, o en su defecto en otra designada especialmente a estos efectos, hasta treinta días antes de la fecha fijada para la realización del debate oral. Más allá de que el plazo tope debería ser aún mayor (60 días), a fin de que la fecha de debate pueda ser reutilizada para otro juicio, lo cierto es que aún en ese exiguo tiempo restante, muchos tribunales se esfuerzan por fijar una nueva audiencia, brindando a las partes la posibilidad de acordar un trámite de juicio abreviado, o de proponer la suspensión del juicio a prueba, dejando incólume así el derecho que la ley les otorga ante la inminencia del debate.

imposición de una pena mínima, ante el riesgo de que tras el juicio oral el monto de la condena pueda ser mayor.

Tanto la suspensión del proceso a prueba, como el juicio abreviado, como la mediación o conciliación penal³⁸ se enmarcan en una idea rectora que tiene por finalidad evitar justamente la realización del juicio oral.

38 La dinámica de la audiencia de suspensión del juicio a prueba se trata en el capítulo anterior. La mediación penal en el caso de la provincia de Buenos Aires se rige por la ley 13433 y se ventila ante un equipo multidisciplinario que depende de la estructura del Ministerio Público Fiscal. El juicio abreviado puede instrumentarse por escrito u oralmente. En ambos casos las partes deben expresar su acuerdo sobre el monto de pena y la calificación legal (algunos códigos exigen la confesión del imputado). Si en la audiencia está presente el imputado, deberá ser escuchado para que manifieste su conformidad y el juez deberá interrogarlo para asegurarse que dio su consentimiento libremente e informado de sus implicancias.

AUDIENCIAS DE EJECUCIÓN

Por Francisco Pont Vergés

I. Aspectos generales.

Ya no existen códigos de procedimiento en nuestro país que no contemplen la figura del juez de ejecución (o juez penal con tales funciones)³⁹, lo que es coherente con el movimiento de judicialización de esta etapa del proceso⁴⁰.

Si bien la ejecución de la pena sigue revistiendo una impronta administrativa, cada vez son más las cuestiones que se someten al escrutinio de un juez, pues en definitiva se encuentran en juego derechos fundamentales de los reclusos. Esto amerita restar discrecionalidad al poder administrativo en favor de la intervención de un juez para tratar toda medida que restrinja o llegado el caso evite ampliar los derechos que corresponden a las personas privadas de su libertad.

Ahora bien, el procedimiento en esta etapa suele estar estructurado como un incidente donde necesariamente se corre traslado a la contraparte de los pedidos formulados por la otra. O sea, se busca garantizar el contradictorio, lo cual suele darse bajo la forma escrita⁴¹.

Si se trata de garantizar una amplia discusión de las cuestiones que se suscitan en la etapa de ejecución, nada más efectivo que hacerlo oralmente, en el formato de audiencias que se aplica a toda la tramitación del proceso bajo el sistema

39 CPPN, art. 30; CPPBA, art. 25; CPPNQN, art. 37; CPPCHBT, art.74 ; CPPLP, art.39 ; CPPSanta Fe (ley 12734 aún no vigente), art. 42; CPPSantiago del Estero, arts. 445 y 447; entre otros

40 Sobre esto “Los derechos fundamentales de los reclusos”, Iñaki R. Viñas, Marcos Salt, pag. 206 y sigs.; CSJN en el fallo “Romero Cacharane” del 9/3/2004, en el que se afirmó por primera vez que las personas privadas de su libertad tienen el derecho constitucional a exigir que los jueces controlen toda la etapa de ejecución penal y a apelar las decisiones que implican una alteración en su modo de ejecución. .

41 CPPN, art. 491; CPPBA, art. 498; CPPLP, art. 441; CPPSE, art. ; CPPCatamarca, art. ; entre otros

acusatorio-adversarial.

Los códigos más modernos, como el de Chubut y Neuquén, contemplan que el procedimiento en la etapa de ejecución sea a través de audiencias orales⁴². En la misma dirección la ley de ejecución penal bonaerense con la reforma de la ley 14.296 ha establecido que los incidentes de ejecución deben tramitarse oralmente y establece en que casos y bajo que condiciones ello debe darse⁴³.

El objetivo de estas audiencias es discutir las contingencias fundamentales en la etapa de ejecución, pues formulada la presentación por el fiscal, el imputado o su defensor, el juez tiene que verificar que el instituto que se solicita sea formalmente admisible⁴⁴:

En la libertad condicional y la libertad asistida, que esté cumplido el plazo que marca la ley o próximo a cumplirse si el juez considera que se puede ir ganando tiempo, pidiendo los informes respectivos. También debe verificarse que el causante no sea reincidente, o que no le haya sido revocada con anterioridad la libertad condicional/libertad asistida.

En las salidas transitorias o régimen de semilibertad, también se verifica el tiempo que lleva detenido, así como la etapa del régimen de progresividad, si es que ello surgiera del legajo de ejecución⁴⁵. Se supone que estos datos deben obrar en el legajo de ejecución, el cual como mínimo se conforma con el cómputo de pena, la copia de la sentencias, las comunicaciones pertinentes, las certificaciones de antecedentes penales y demás antecedentes relevantes del condenado durante su encierro.

Una vez superado el examen de admisibilidad deberían requerirse los informes a la autoridad penitenciaria y demás auxiliares cuando fuera necesario⁴⁶. El pedido

42 CPPNQ, art. 262, CPPCHBT, art. 399.

43 Art. 3 de la ley 12256, dispone que la libertad condicional, la libertad asistida, las salidas transitorias y la concesión del régimen de semilibertad, deberán ventilarse en audiencias orales.

44 Algunas de estas cuestiones no exigen el estudio de admisibilidad, como por ejemplo: la revocación de la condicionalidad de la pena por incumplimiento de las reglas del art. 27 del CP, o la impugnación o pedido de nulidad de una sanción disciplinaria, los institutos del art. 15 del CP, etc. Etc..

45 La ley nacional de Ejecución Penal n° 24660, basado en el principio de progresividad exige que el condenado se encuentre en el período de prueba (art. 15), mientras que la ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, sustentada en un sistema "no secuencial" de regímenes alternativos dispone que además de la mitad de la condena el condenado se encuentre incluido en el régimen semiabierto modalidad amplia (art. 146).

46 Por ejemplo, en provincia de Buenos Aires el encargado de recabar los informes es el juez de ejecución (art. 512 del CPP), mientras que en Neuquén es responsabilidad de la oficina de gestión (art.

debería ser completo, en términos de cubrir los requisitos legalmente establecidos para decidir sobre el fondo.

Más allá de que sea el juez o la oficina de gestión la encargada de tramitar los informes, nada impide que las partes propongan determinadas medidas de prueba y hasta las aporten por iniciativa propia. Piénsese por ejemplo en la citación de un familiar que esté dispuesto a recibir en su casa al condenado una vez liberado; un informe socio-ambiental; una oferta de trabajo; recibos de sueldo y todo aquello que el defensor y el imputado estimen adecuado para lograr la concesión del instituto que se solicita.

Esta prueba puede aportarse por escrito o testimonialmente, en cuyo caso las personas ofrecidas deberán concurrir a la audiencia que se fije para tratar la cuestión.

II. Dinámica de la audiencia.

Es fundamental la presencia de todas las partes, incluido el condenado, pues tratándose de una decisión que afecta derechos esenciales del mismo, no puede dejar de ser oído.

Por regla los pedidos de libertad anticipada o de salidas transitorias y sus sucedáneos, son formulados por el imputado o su defensor⁴⁷. Luego en la audiencia oral es a ellos a quien corresponde hablar en primer término fijando los extremos de su pretensión y la prueba de la que se valen.

Al igual que en el resto de las audiencias, se supone que la fiscalía y la defensa han tenido la oportunidad de reunirse con anterioridad a la audiencia para exponerse sendas posiciones y llegar a un acuerdo en aquellas cuestiones no controvertidas. Si alguna de las partes cuenta con prueba documental, lo conveniente es que la muestren a la contraria con antelación a la audiencia. Si la prueba se producirá testimonialmente en la audiencia, es de buena práctica anticipar al contrario el contenido de las declaraciones, al menos en cuanto fuera pertinente a los fines de la audiencia.

262).

47 Una excepción evidente es la de la revocación de la condicionalidad de la pena o de la suspensión del proceso a prueba por incumplimiento de las reglas de conducta del art. 27 bis del CP. Allí es el fiscal quien solicita la audiencia ante el juez de ejecución. Otros casos en los que el fiscal debería ser quien inicia la incidencia, son los casos del art. 15 del CP, o también el cese de la medida de seguridad dispuesta por la justicia penal.

Este modo de proceder facilita la discusión del incidente y ayuda a aclarar y circunscribir la información que se le aportará al juez para que éste tome su decisión.

En efecto, llegado el caso, se interrogará a los testigos ante el juez, aunque limitado a lo pertinente, para no desviar el núcleo de la discusión y a tal efecto, es útil conocer aquello sobre lo que los testigos habrán de declarar. Así, las partes sabrán no solo que obtener de ese testigo, sino que luego los ayudará para armas sus alegatos, pues en definitiva estas audiencias son una suerte de pequeño debate, donde se discuten hechos, prueba y derecho aplicable. Toda esta información le es brindada al juez en un contexto de contradictoriedad, dado que esa discusión permite poner a prueba los propios argumentos como los de la contraparte y es en función de ellos que el juez resuelve.

Esquemmatizando:

- La defensa abre la discusión explicando su postura: que beneficio solicita y la base legal del mismo.
- Si existe prueba para producir, puede suceder que:
 - Si es documental, simplemente se cita y se pone a disposición del fiscal y luego del juez. Se supone, como hemos señalado mas arriba, que esta prueba ya le fue exhibida al fiscal para que directamente alegue sin tener que revisar la prueba en la audiencia y luego emitir su opinión.
 - Si es testimonial, habrá que escuchar a los testigos propuestos formulándole preguntas circunscriptas al tema en discusión (familiar que asegura que le dará casa y comida al condenado, eventual empleador que acepte darle trabajo y explique las condiciones del mismo, perito psiquiatra que declare sobre el perfil del imputado y la necesidad de someterlo o no a un tratamiento como regla de sujeción, etc., etc.).
- Si no existe prueba, o se trató de prueba documental que el fiscal tuvo ante su vista antes de la audiencia, el fiscal alega sentando su opinión (positiva o adversa a la pretensión de la defensa).
- El condenado también debe ser escuchado, el momento para que lo haga podrá proponerlo la defensa o, llegado el caso disponerlo el juez. Pero lo que está claro es que no puede cerrarse la audiencia sin haberle dado la oportunidad de expresarse

- Las réplicas y contrarréplicas: pueden o no admitirse. Dependerá de las previsiones del código, pero fundamentalmente del criterio del juez que puede exigir más prueba y argumentación para llegar a una decisión. En realidad estas audiencias son flexibles, por lo que los términos de la discusión, mientras se mantengan en su cauce las maneja discrecionalmente el juez. De todas maneras es claro que la última palabra la debe tener la defensa.

III. Cuestiones a tratar en estas audiencias.

- Libertad condicional
 - Requisito temporal
 - Cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios (art. 13 de CP), lo que incluye
 - conducta (existencia, gravedad y otros pormenores de las sanciones disciplinarias) y concepto (arts. 101, 102 y 104 de la ley 24660).
 - Pronóstico de reinserción social (art. 13 del CP).
 - Declaraciones previas de reincidencia (art. 14 del CP) o revocación de una Libertad condicional anterior (art. 17 del CP).
- Libertad asistida:
 - Requisito temporal.
 - Dictamen de peligrosidad (art. 54 de la ley 24660)⁴⁸.
- Salidas transitorias/semilibertad:
 - Requisito temporal.
 - Requisito de progresividad (art. 15 de la ley 24660, 109 y 146 de la ley 12256).
 - Requisito conductual (art. 17 inc. C sub III ley 24660).
 - Informe y recomendación de las autoridades penitenciarias.

Vale apuntar que también deberían discutirse las reglas de sujeción que acompa-

48 El art. 104 de la ley 12256 de la provincia de Buenos Aires contempla la posibilidad de acceder a la libertad asistida seis meses antes de la condicional. Esta previsión no ha estado exenta de cuestionamientos constitucionales por considerarse que avanza sobre una materia privativa del legislador nacional, en tanto la ley 24660 que creó este instituto, es complementaria del Código Penal (art. 229). No obstante hoy día es aceptado de manera casi unánime que se pueda otorgar este beneficio en dichos términos en tanto el imputado no resulte reincidente.

ñan la concesión de estos institutos (ej. Art. 13 del CP; arts. 19 y 55 de la ley 24660, entre otros). Por lo menos aquellas que las partes pretendieran que tuvieran un cariz especial, fuera de las que habitualmente se imponen.

Esta dinámica tendría repetirse siempre que se plantee un incidente de ejecución, por ejemplo para las alternativas de las penas privativas de la libertad, previstas en la sección tercera, capítulo II de la ley 24660.

Otro incidentes posibles y que conviene que sean resueltos en audiencia oral son

- las impugnaciones contra las sanciones disciplinarias dispuestas por las autoridades penitenciarias. En ese caso es la defensa quien aporta la prueba (puede solicitarle al juez de ejecución que la provea) y argumenta, mientras que el fiscal habla en segundo término, aceptando o rechazando la pretensión de la defensa (en este caso deberá hacerlo fundadamente). El imputado también merece ser oído pues se trata de una cuestión que altera sensiblemente el cumplimiento de la pena, ya que al sufrimiento extra que le agrega al encierro, puede eventualmente obturarle la posibilidad de obtener otros beneficios en el futuro.
- El cese de la medida de seguridad impuesta por un juez penal en los términos del art. 34 del CP, o la curativa de los arts.16, 17, 18, 19 y 21 de la ley 23737 (en aquellas jurisdicciones donde se haya provincializado la persecución de ciertos delitos vinculados con los estupefacientes).
- El incumplimiento de las reglas del art. 27 bis del CP y su efecto en la condicionalidad de la pena aplicada o de la suspensión del proceso a prueba.
- En los supuestos de incumplimiento de las condiciones de la libertad condicional (art. 15 del CP).

IV. La decisión del juez.

El juez debe tomar su decisión sobre la base de la información brindada por las partes. Si bien esto parece evidente en función de lo que se viene exponiendo en el presente trabajo, lo cierto es que con ello buscamos enfatizar que la única información posible que el juez puede tomar para resolver es la que le acercaron las partes y en todo caso la que surja del legajo de ejecución.

A su vez, el juez debe expresar sus fundamentos de manera oral en la audiencia. En principio, en aquellas cuestiones que no han sido materia de controversia, el juez podría prescindir de la fundamentación, si las partes se contentan con la decisión de aquel. Por ejemplo si ambas partes están de acuerdo que procede la libertad condicional y el juez coincide con este criterio, no será necesario desarrollar los motivos de la concesión. Basta con indicar que están dadas las condiciones de procedencia del instituto. Por otra parte, si las reglas de sujeción fueron discutidas, sobre esto sí el juez debe expedirse expresando los fundamentos de su decisión.

Este sentido es esencial que el juez brinde sus explicaciones sobre aquellas cuestiones que no han sido “consentidas” o incuestionadas por las partes. Esto es, aquellas materias que han sido materia de controversia, merecen una argumentación sobre porqué se decide en un sentido o en otro. De tal suerte es contra esos argumentos y su consiguiente resolutorio que la parte agraviada podrá interponer su recurso, también de forma oral, cuestionando ora la lógica de la resolución, ora su apego a las pruebas y argumentos ventilados.

A modo de ejemplo presentamos el siguiente panorama:

- El defensor postula la libertad condicional del condenado. Se admite el planteo porque está en tiempo. Se recaban informes y resulta el causante registra correctivos disciplinarios.
- La defensa alega que son de vieja data, y un par de ellos responden a sanciones “graves”.
- El fiscal sostiene que bastan un par de sanciones graves sin importar su data para considerar que no se cumplió regularmente con los reglamentos carcelarios (art. 13 del CP).
- El imputado justifica su accionar por el que fue sancionado y sostiene que no se le dio la oportunidad de impugnarlas en su momento.
- El juez resuelve que asiste razón a la defensa en cuanto a que no es una cantidad de correctivos que amerite negar la libertad condicional, máxime cuando la validez de los correctivos graves han sido cuestionados por el condenado y su defensor.
- La fiscalía recurre esta decisión en el momento sosteniendo que dos correctivos graves impiden considerar cumplido el requisito del art. 13 y agrega que

esta no es la oportunidad para cuestionar la validez de los correctivos, que ello debió hacerse ni bien enterado el condenado de la sanción.

- El juez de ejecución en ese mismo momento verifica que la impugnación ha sido contra uno de los puntos de su resolución y concede el recurso (oralmente).

Como cuestión práctica vale decir que es recomendable que estas audiencias sean documentadas por medios audiovisuales, de tal forma que no se pierdan los detalles de los planteos de las partes y la fundamentación del juez de ejecución.

Si bien suele admitirse que las audiencias se documenten en actas, se corre el riesgo de que los argumentos no sean vertidos de manera fidedigna, o incluso que se “remocen” en dicho instrumento los fundamentos del juez (cuando no de las partes), lo cual podría frustrar las posibilidades de éxito en la apelación. Esto no es algo extraño, sino una práctica inveterada, entendible en un contexto donde la oralidad no predomina como método de tramitación de los expedientes.

En cuanto al fondo del asunto, la resolución positiva debe ir acompañada de las reglas de sujeción o de conducta que correspondan a cada instituto (arts. 13 y 27 bis del CP; arts. 19 y 55 de la ley 24660, entre otros). En principio bastaría con imponerlas si las partes las consienten y no resultan irrazonables en función de la situación personal del condenado, pues no pueden imponerse reglas cuyo cumplimiento sea ilusorio (por ejemplo prohibirle a un alcohólico tomar bebidas alcohólicas, cuando previamente no llevó a cabo algún tipo de tratamiento para superar su adicción).

Sin embargo cuando ha mediado algún tipo de controversia, o el juez decide adoptar alguna de esas reglas, con algún aditamento especial por motivos de prevención especial⁴⁹, debe fundarlas adecuadamente y expresarlo oralmente de manera de permitir a las partes un control posterior (mediante algún recurso).

Algunos códigos prevén una instancia revisora de las decisiones del juez de ejecución, que también deberá ventilarse en una audiencia oral y pública, donde se discuta únicamente el objeto del agravio. La decisión debería ser adoptada también de ma-

49 Es discutible que el juez de ejecución pueda de oficio adoptar alguna medida de sujeción que no haya sido propuesta o consentida, aún implícitamente por las partes. Los artículos 13 y 27 bis del Código Penal, en principio parecen admitir que el juez fije dichas reglas por motivos de prevención especial. No obstante vale aclarar que la legislación de fondo de nuestro país no ha sido pensada en función de un sistema acusatorio. Por ende, la adaptación de dicha normativa a la lógica adversarial, queda en manos de los actores del sistema y sus prácticas en pos de compatibilizarlas.

nera oral y fundada (o al menos su anticipo) en la misma audiencia⁵⁰.

50 El CPPNQ en su artículo 266 y el CPPCHT en su artículo 398.