

Audiencias previas al juicio en el nuevo sistema penal acusatorio

Dr. Carlos Negro Fernández.¹

Dra. Beatriz Larrieu de las Carreras.²

“La finalidad del derecho es la paz, y el medio para ello es la lucha”

Rudolf von Ihering

Resumen: Este trabajo analiza el cambio sustancial que el Código de Proceso Penal sancionado por la ley n° 19.293 y su modificativa ley n° 19.436 introduce en nuestro sistema de justicia penal, el que implica dejar atrás un proceso inquisitivo para dar paso a un modelo acusatorio, caracterizado por la clara división de funciones entre acusador y juzgador. Para que ese cambio se consolide, planteamos como esencial la interpretación de la normativa en clave acusatoria y la construcción de prácticas procesales que eviten la reconfiguración inquisitorial del nuevo sistema. A continuación, el trabajo refiere a las audiencias previas al juicio. Más específicamente, analiza la audiencia de formalización de la investigación y los requisitos que deben concurrir para disponer la prisión preventiva del imputado, en el entendido que la posición que se adopte incidirá en gran medida en el éxito de la reforma.

Palabras clave: Proceso inquisitivo, modelo acusatorio, audiencias preliminares, formalización de la investigación, prisión preventiva, requisitos para disponerla, convicción suficiente.

Sumario: I. Introducción. II. Derecho procesal penal como saber práctico. III. La construcción de nuevas prácticas procesales. IV. La reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio. V. La nueva formulación del art. 224 CPP. VI. Continuación. VII. La imparcialidad judicial y las audiencias previas al juicio. VIII. La audiencia de formalización. IX. Los requisitos materiales para imponer la prisión preventiva. X. Desarrollo de la audiencia. Su contenido. XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

A poco de la sanción de la Ley 19.293 de 19 de diciembre de 2014, el legislador advirtió las deficiencias y claras omisiones del nuevo modelo procesal aprobado.

¹Fiscal Penal Especializado en Crimen Organizado de Primer Turno.

²Jueza Penal Especializada en Crimen Organizado de Primer Turno.

Y ello, sin perjuicio del histórico mojón que marcaba el ingreso a un nuevo sistema de justicia, dejando atrás un modelo prohijado por siete siglos de tradiciones inquisitivas, para ubicar al Uruguay en la sintonía del resto de las naciones americanas.³

Como enseña Binder, el avance de los sistemas de corte acusatorio ha significado un hito en la historia procesal penal de la región latinoamericana, no tanto porque haya significado un cambio drástico de las viejas prácticas forenses, sino *porque importa un nuevo horizonte de desarrollo, con capacidad de evolución*.⁴

El abandono del escriturismo y el triunfo de *la oralidad* como idea rectora (llamativamente ausente del Capítulo I del Título I del Libro I de “*Principios Básicos*” del cuerpo normativo que empezará a regir el próximo 16 de julio de 2017); *la división de funciones* entre juzgador y acusador, reservándole exclusivamente al Ministerio Público la facultad de acusar y de preparar la acusación mediante el auxilio de las agencias con funciones de policía; la ampliación y clarificación del sistema de garantías individuales (como el derecho de *defensa efectivo* a partir de las primeras diligencias indagatorias contra un ciudadano, regulado en los arts. 7, 64, 64.3 y 72 del C.P.P.); la formulación legal expresa del *principio de oportunidad* (art. 100 del C.P.P.) reconocido en el inciso 1° del art. 10 de la Carta; la previsión de *procesos abreviados* (arts. 272 y 273 en la reforma operada por la ley n° 19.436), y *las salidas alternativas al proceso*— las que constituyen verdaderas y eficientes respuestas diversas a la pena de prisión como vías de resolución del conflicto penal—, a saber, la *mediación extraprocesal*, la *suspensión del proceso a prueba* y los *acuerdos reparatorios* (arts. 382 a 396 en la reforma operada por la ley n° 19.436), son sólo algunas de las principales notas que caracterizan el nuevo sistema procesal penal nacional, y su nuevo y saludable espíritu.⁵

Ahora bien.

³A partir de la creación y difusión del *Código Procesal Penal para América Latina*, en los años 80, con el sustancial aporte de la doctrina argentina y fundamentalmente del Profesor Julio B. J Maier, se sucedieron las reformas de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Bolivia, Chile, Colombia, Perú, entre otros. Y en la Argentina, Córdoba en 1991, Buenos Aires en 1998, la Pampa, Neuquén, Entre Ríos, Santa Fe, continuaron el proceso que tiene en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2014 (con vigencia suspendida) su último producto.

⁴BINDER, Alberto: *Hermenéutica del Proceso Penal*, Tomo I, AD-HOC, Buenos Aires, 2013, p. 34.

⁵BINDER: *Hermenéutica (...)*, cit., p. 35.

No basta con ello. El avance y evolución indispensable para garantizar un sistema de Justicia verdaderamente republicano y democrático, eficaz y a la vez protector de las garantías individuales, requiere de una interpretación de la dimensión normativa en clave acusatoria. Ello implica el ineludible uso de “*lentes acusatorios*” a la hora de la lectura del nuevo marco procesal, lo que significa que una vez comprendido el funcionamiento del sistema adversarial (*el sentido del juego* al que refiere Bourdieu), la interpretación de la nueva normativa deberá respetar las claves y códigos del modelo acusatorio, despejando siempre la posibilidad que el “*enano inquisidor*” aparezca a la hora de la implementación del modelo.

II. EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO SABER PRÁCTICO.

El propio Binder comenta que el “*derecho procesal penal*” como disciplina objeto de estudio, se ajusta mejor a la definición de “*justicia penal o criminal*”, en tanto *universo de prácticas orientadas por sistemas normativos complejos*.⁶

Y esas prácticas, que aunque no constituyan actos procesales propiamente dichos, están conformadas por los actos y los comportamientos cotidianos de los operadores del sistema.

Por ello, y siempre siguiendo a Binder, es menester construir *un saber práctico*, en tanto conocimiento que provoque efectos en el universo de conductas procesales, siempre tendiendo hacia lo adversarial, a la vez que alejándonos de lo ritual-inquisitivo.

Esos saberes prácticos son creación y resultado de la actuación de los diferentes segmentos operativos, de los jueces por supuesto, pero también de los acusadores y defensores. Abandonado entonces el paradigma inquisitivo, donde la centralidad la ocupaba el juez, debemos reconocer ahora las creaciones de los restantes operadores, a saber las partes y en su caso, las víctimas.

En el estado actual del proceso de reforma, podemos reconocer con claridad los problemas derivados del sistema vigente y los procesos de cambio. Burocratización, culto al trámite del expediente, carencia de recursos (siempre insuficientes), ausencia de datos y estadísticas confiables, escasez de los recursos técnicos que demanda una reforma de estas características, y por sobre todos estos inconvenientes, una *escasa o*

⁶ BINDER: *Hermenéutica* (...) cit., p. 39.

*nula vocación de cambio*⁷ Es que a poco que avanzamos en la espiral de la Reforma, comenzamos a reconocer nuevos tipos de dificultades y resistencias, las que replican experiencias de otros países.

III. LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVAS PRÁCTICAS PROCESALES.

Latinazgos, largas citas en otros idiomas, el uso de términos que de tan anacrónicos resultan de difícil o imposible comprensión, son apenas ejemplos de prácticas forenses amparadas por lo escritural, que alimentan un sistema autorreferencial y ajeno para la ciudadanía en general.⁸

Por el contrario, la oralidad y sobre todo la publicidad de los juicios conduce a un lenguaje natural y de fácil comprensión, reservando sólo a algunas situaciones excepcionales el uso de tecnicismos. Ya el escriturismo es una vía notable de limitar el acceso a la justicia por parte de la población en general y de algunos sectores en particular, como para que se añada el uso de un lenguaje barroco y encriptado.⁹

Es que estos *habitus* (en el sentido que Binder toma de Bourdieu)¹⁰ procesales proceden de una cultura inquisitorial profundamente arraigada en América Latina. Véase que aunque las revoluciones libertadoras latinoamericanas adoptaron regímenes constitucionales inspirados en el modelo liberal norteamericano -incluido el proceso penal acusatorio-, finalmente las legislaciones de los países de nuestra región siguieron

⁷BINDER, Alberto: “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en NIÑO, Catalina (coordinadora), STIFTUNG, Friedrich Ebert: *La Reforma de la Justicia en América Latina: Las Lecciones Aprendidas*, Bogotá, 2016, p. 67.

⁸Esta característica del sistema judicial ha sido reconocida por la declaración de la “XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana”, celebrada en Asunción el corriente año 2016, la que aprobó la guía elaborada por el grupo de trabajo “*Justicia y Lenguaje Claro: por el derecho del ciudadano a comprender la Justicia*”, en el entendido que el uso de un lenguaje claro y accesible en las resoluciones judiciales constituye un verdadero derecho fundamental del debido proceso.

⁹En su artículo “*Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal*”, Binder sostiene que el sistema inquisitivo es en realidad un *sistema de registros*. A ello alude el latinazgo *quod non est in acta non est in mundo*. El acceso a la información es siempre mediando un registro. Esta mediación es siempre un acto de autoridad, desde que la escritura históricamente ha generado ámbitos de poder, e incluso de centralización del poder penal a favor del monarca. No en vano el sistema escritural- inquisitivo surge en una Europa analfabeta y de gran tradición oral. Y concluye el autor: “*La formalización de la instrucción ha formalizado el juicio y la formalización del juicio es su muerte.*” En http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/589-funciones-y-disfunciones-del-ministerio-p%C3%BAblico-penal.html

¹⁰Entendido como un “*sistema socialmente constituido de disposiciones estructuradas y estructurantes adquiridos mediante prácticas y siempre orientado a funciones prácticas*”

rindiendo culto a la tradición inquisitorial europea continental, lo que fue acompañado por gran parte de la doctrina.¹¹

Es que la tentación de aferrarse a las prácticas inquisitoriales parece irresistible y debemos prepararnos para advertir los peligros que ello significa para la implementación de la Reforma. La opacidad prolijada por el escriturismo y los rituales procesales tributarios del trámite, son un ámbito de gran *confort* para todos los actores del sistema.¹²

Precisamente, nos detendremos en alguno de los problemas no del todo resueltos en estas primeras etapas de los procesos de reforma procesal latinoamericana.

IV. LA RECONFIGURACIÓN INQUISITORIAL DEL SISTEMA ACUSATORIO

El fenómeno deriva de la tendencia del nuevo sistema a funcionar del mismo modo que lo hacía antes de su instauración.

Fue comprobado en los procesos de reforma ya implementados en los restantes países latinoamericanos, que a poco de andar en el nuevo sistema, los operadores lograron que el funcionamiento no fuera el esperado. De esta forma las consecuencias negativas se tradujeron en lentitud, regreso a lo escritural, selectividad no orientada por la planificación estratégica¹³, baja calidad en la oralidad y publicidad de los juicios, suspensiones de audiencias, atrasos, incorporación de prueba escrita, actividad judicial supletoria de las partes, etc.

Y no menor es un aspecto del tema que Binder advierte como una cuestión de naturaleza política: *las reformas, lejos de aceptarse y ponerlas en marcha una vez sancionadas legislativamente, fueron boicoteadas por algunos funcionarios y abogados, quienes continuaron apostando a la suspensión, derogación, o modificación.*¹⁴

A esta compleja situación, se añade en Uruguay el problema de una regulación legal que no respeta a cabalidad el modelo acusatorio, y que si bien ha sido mejorada

¹¹ Basta mencionar las ingeniosas lecturas del art. 22 de la Carta, acotando el significado de la palabra “juicio” a la etapa que se iniciaba en el plenario.

¹² DUCÉ, Mauricio- BAYTELMAN, Andrés: *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, 1ª Edición, Univ. Diego Portales. Santiago, p. 2004.

¹³ En definitiva una selectividad dirigida a la resolución de los casos más sencillos, protagonizados por individuos con escasa o nula preparación para el delito.

¹⁴ BINDER, *La reforma de la Justicia penal (...), cit., p. 84.*

por las modificaciones legales recientemente aprobadas (ley n° 19.436), adolece - todavía- de diversas “desviaciones” inquisitoriales.

La pervivencia del instituto del error manifiesto (art. 120.2 del C.P.P.); la mayoría de las normas que regulan el capítulo dedicado a la prueba -donde no se distingue investigación de juicio-; la inclusión de la indagatoria preliminar (*previa* al juicio) dentro del *Libro Tercero* y como etapa del “*Proceso de Conocimiento*”; la exigencia de plena prueba para dictar sentencia definitiva, sin discriminar entre juicio oral y público del proceso abreviado; la inclusión del instituto de la libertad condicional; entre otras formulaciones que poco o nada tienen que ver con el modelo acusatorio, dieron forma a un diseño procesal “*a la uruguaya*”, de difícil comprensión y aún más que compleja implementación.

V. LA NUEVA FORMULACIÓN DEL ART. 224 CPP.

Los inconvenientes no se limitaron a la formulación original del texto aprobado, sino que también aparecen en las “*reformas a la Reforma*”, sancionadas por la ley n° 19.436, la cual sustituye diversas normas del C.P.P. y entre ellas el art. 224.

En efecto, antes de la última modificación, se establecía:

“(Requisitos para disponer la prisión preventiva) Iniciado el proceso y a petición del Ministerio Público, el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado si hubiera elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación, o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o la sociedad”

Como puede apreciarse, salvo en su última parte, la norma respetaba a cabalidad la naturaleza indiscutiblemente cautelar de la prisión preventiva, en consonancia con varias disposiciones del Código (arts. 223, 225, 226 y 232 del C.P.P.).

Sin embargo, aunque la referencia a la “*seguridad de la víctima o de la sociedad*” no parecería ser demasiado respetuosa de la naturaleza cautelar del instituto, cabe también mencionar que Uruguay no ha sido original en este aspecto.¹⁵ Aunque también

¹⁵El art 140 del Código Procesal de Chile establece: “*Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que*

justo es reconocer que aun verificándose estas hipótesis, *la prisión preventiva nunca será preceptiva.*¹⁶

Pues bien, la ley n° 19.436 sustituye el texto del art. 224 del C.P.P. por el siguiente:

“(Requisitos para disponer la prisión preventiva).- Iniciado el proceso y a petición del Ministerio Público, el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado si hubiera semiplena prueba de la existencia del hecho y de la participación del imputado, y elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad (artículo 15 de la Constitución de la República).”

La norma hoy aprobada no formaba parte del proyecto original del Poder Ejecutivo¹⁷, no obstante lo cual aparece en el texto de la ley n° 19.436 de 23 de setiembre de 2016.¹⁸

La reformulación podría tener origen en un trabajo elaborado por el Dr. Alejandro Abal Oliú, inédito y fechado en octubre de 2016.¹⁹

permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley. Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes. (Texto dado por la Ley 20.253, de 14 de marzo de 2008.

¹⁶El art. 227.1 provee al juzgador de pautas que deberán ser valoradas a la hora de decidir su imposición.

¹⁷https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2016/proyectos/05/cons_min_316.pdf

¹⁸https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2016/leyes/09/cons_min_407.pdf

¹⁹Material distribuido a los participantes del “Curso sobre nuevo Código del Proceso Penal”, dictado por la Escuela de Graduados de UDELAR setiembre-octubre de 2016.

Allí el procesalista compatriota establece que en su redacción original el art. 224 del C.P.P. no preveía como requisito para imponer la prisión preventiva la acreditación del “*humo del buen derecho*”, esto es, la probabilidad de que al finalizar el proceso recaerá una sentencia de condena. Sí en cambio, exigía la existencia de elementos de convicción suficientes como para determinar el peligro de frustración de la investigación o para el desarrollo del proceso, o que la libertad del imputado pusiera en riesgo la seguridad de la víctima o de la sociedad.

Finalmente, y a los efectos de salvar esta cuestión, la ley hoy promulgada agrega que el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado *si hubiere semiplena prueba de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él*.

Este último agregado es el que necesita de una correcta delimitación, a los efectos de conjurar los riesgos que una interpretación ajena a la lógica adversarial (como producto de la tradición cultural inquisitiva), apareje la reformulación del *presumario* vigente en el actual sistema.

La gravedad del riesgo resulta fácilmente advertible además, por la omisión del legislador respecto a diferenciar las funciones del juez de garantías de las del juez que tendrá a su cargo el juicio y el dictado del fallo definitivo. Pero aún si se piensa en que más temprano que tarde, la diferenciación de ambas funciones jurisdiccionales se hará efectiva -sea a través de un reforma legislativa, sea por imperio de resoluciones administrativas de adecuación y gestión de recursos humanos de la Suprema Corte de Justicia (acordadas)-²⁰, la producción de prueba en estas etapas previas al juicio a los efectos de disponer una medida cautelar, llevaría inexorablemente a su “contaminación”, en desmedro de las más elementales garantías del imputado.

Y se avizora una interpretación en este último sentido desde que el propio profesor Abal dice en el mencionado trabajo:

“Cuando ha sido solicitada la prisión preventiva en la audiencia de formalización (sin haberse diligenciado prueba...) el juez debe resolver si dispone la prisión preventiva. No hay forma de saber cómo hará el juez para

²⁰Posibilidad mencionada por el Profesor Julio B. J. Maier en conferencia dictada el 17 de junio de 2016 en el Salón 26 de la UDELAR

resolver sobre el pedido de prisión preventiva u otra cautelares, sin haber podido diligenciarse prueba (...)”

En términos similares el reconocido procesalista se manifiesta en su comparecencia ante la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos de la Cámara de Senadores, de fecha 16 de mayo de 2016. En esa oportunidad el Dr. Abal Oliú concurrió representando al Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Transcribimos algunos párrafos de su intervención, donde analizando el tema de los requisitos necesarios para disponer la prisión preventiva, sostiene:

“Ahora voy a lo más grave, pero no por bueno sino por malo. En la regulación original del Código y en los dos proyectos ello no está salvado, no se prevé absolutamente nada respecto a las resultancias probatorias que necesariamente deberá tener el juez para disponer medidas cautelares. Estrictamente en el Código y en estos dos proyectos –en los que el instituto no tuvo intervención– se prevén las medidas cautelares pero no se prevé cómo puede hacer el juez para adquirir la sumaria convicción de que existe lo que se llama el «bonis fumus iuris» y el «periculum in mora» propio de cualquier medida cautelar. Es más, el artículo 15 de la Constitución de la República –es cierto, solo con la prisión preventiva– exige semiplena prueba para disponer la prisión preventiva.

(...) ¿Cómo hace? ¿En qué se basa? Como están las cosas un juez nunca podría disponer la prisión preventiva de nadie, salvo al final del proceso, luego de diligenciada la audiencia de prueba. ¿Captan la gravedad del tema?

(...) ¿Cuál es la solución? Como están armadas las cosas en este Código y en este proyecto de ley –donde el Instituto no tuvo que ver–, lo único que se nos ocurre es que, en todo caso, el fiscal durante la indagatoria preliminar, cuando pide al juez una de estas cuatro medidas cautelares –excluida la prisión preventiva, que no la puede pedir–, debería ofrecer una prueba y el juez diligenciarlo. Me refiero a una prueba sumaria o algo, porque el juez no cuenta con nada.

*(...) Reitero que esto es gravísimo y creo que un intento de solución puede estar en lo que sugerimos. (Los destacados son agregados)*²¹

Y más adelante reafirma:

“Tal como está redactado el Código –que por supuesto no está corregido por estos proyectos de ley–, un juez –salvo después de la audiencia de prueba– nunca podría –o prácticamente nunca, salvo que hubiera intervenido en alguna diligencia en la etapa de indagatoria preliminar– disponer la prisión preventiva ni otras medidas cautelares; ninguna de ellas. Ello no se debe a que sea una cuestión teórica o doctrinaria –que por supuesto lo es, es indiscutible–, sino porque lo establece la Constitución. Esta indica que no se puede disponer la prisión preventiva si no hay semiplena prueba de que se ha cometido un delito. ¿Y cómo diablos hace un juez para disponer la prisión preventiva si no tiene absolutamente ninguna prueba? Creo que tienen que prestar atención a ese tema.”

En la misma oportunidad el profesor Gabriel Valentín sostuvo:

“Entonces, proponemos que cuando el fiscal formaliza la investigación proponga qué pruebas quiere que se produzcan para resolver sobre la prisión: «Quiero interrogar a estos testigos, agrego este documento»; que en la audiencia de formalización o en el período que tenga la defensa diga: «Quiero que se interrogue». En fin, que haya una producción de prueba en la audiencia de formalización, como hoy funciona en la primera fase del presumario. Por supuesto, es otra filosofía, pero para que se entienda como esquema, que haya una oportunidad de alegar y de probar a efectos de que el juez resuelva. No me refiero a una gran actividad probatoria, sino una probatoria mínima, sumaria, para que, reitero, el juez resuelva sobre la prisión preventiva.”

VI. CONTINUACIÓN.

²¹Versión taquigráfica de la Comisión de Constitución Legislación y Códigos de la Cámara de Senadores, fechada 16 de mayo de 2016, en [https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/documentos/versiones-taquigraficas?Lgl_Nro=48&Fecha\[min\]=2015-02-15&Fecha\[max\]=2020-02-14&Cuerpo=S&Cms_Codigo\[All\]=All&Dtb_Nro=&tipoBusqueda=T&Texto=&page=3](https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/documentos/versiones-taquigraficas?Lgl_Nro=48&Fecha[min]=2015-02-15&Fecha[max]=2020-02-14&Cuerpo=S&Cms_Codigo[All]=All&Dtb_Nro=&tipoBusqueda=T&Texto=&page=3)

De las exposiciones transcriptas se extrae que, para ambos destacados procesalistas compatriotas, en función de una previsión constitucional (art. 15 de la Carta), la única alternativa para acreditar el *fumus boni iuris* que requiere la imposición de una medida cautelar, es el diligenciamiento de prueba en forma previa al juicio.

Y siguiendo también esta línea de razonamiento, es de prever que se asistiría a una suerte de retorno -o en todo caso de supervivencia- del presumario tal y como lo conocemos hoy. Por otra parte, dado que como ya fuera advertido, el Código aprobado no prevé tribunales diferentes para la etapa del juicio, se reedita el prejuizgamiento por contaminación del juez con el objeto del proceso, lo que tanto se ha cuestionado a nuestro actual sistema de justicia penal.

O sea, un claro ejemplo de reconfiguración inquisitorial del nuevo sistema acusatorio, aún antes de comenzar a rodar.

Mención aparte merece la alusión expresa al art. 15 de la Carta.

Su expresa inclusión en la norma legal, pretende justificarse en una supuesta aplicación de requisitos constitucionalmente previstos para el dictado de la providencia que impone la medida cautelar de prisión preventiva (según lo que resulta de la alocución parlamentaria del representante del Instituto de Derecho Procesal).

Ahora bien, el art. 15 de la Constitución establece:

“Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”

La norma encuentra su formulación original en la Constitución de 1830, y desde allí se ha venido repitiendo sin sustanciales modificaciones.

En primer término cabe la advertencia sobre la proliferación en la Carta de términos que parecen aludir a las posibilidades de privación de libertad por parte de la autoridad. Así se refiere a ser *preso* (art. 15), *arrestado* (arts. 16 y 168 num. 17), *acusado* (arts. 16, 20 y 27), *procesado* y *penado* (art. 26), *aprehendido* (art. 31).

Risso Ferrand analiza el sentido de estas referencias, recordando que Jiménez de Aréchaga distinguía *el arresto* de *la detención*. El primero alude a la simple privación de libertad que impone la autoridad, lo que no implica que el sujeto que la sufre esté

ligado a un proceso. La detención en cambio, sí implica la sujeción al proceso penal, de modo tal que un arresto podrá o no devenir en detención.²²

El propio Risso distingue tres modalidades o especies de privación de libertad:

1) El arresto, referido a situación de la persona privada de su libertad que no ha sido sometido aún un juicio penal. Corresponde al *preso* del art. 15, al *aprehendido* del art. 31 y al *arrestado* del art. 168 numeral 17.

2) La *detención*, como hipótesis en que la persona se encuentra efectivamente sometida a proceso penal, respecto de la que aún no ha recaído sentencia de condena. Es la situación del imputado sometido a prisión preventiva, y la Constitución lo menciona como *procesado* (art. 26) y *acusado* (art. 27).

3) Por último, se encuentra el penado, referido al individuo sobre quien pesa ya una sentencia de condena, sea privativa de la libertad o no.²³

No ingresaremos al estudio de las circunstancias en que puede ocurrir el arresto (flagrancia o existencia de semiplena prueba que el individuo arrestado cometió delito, y en este último caso, la orden escrita del juez competente, según el multimencionado art. 15 de la Carta), mas sí es necesario destacar que la norma constitucional reclamada en la formulación del art. 224 del C.P.P., *refiere a las hipótesis del arresto*, sea administrativo (autoridad con funciones de policía) o por particular (también conocido como arresto ciudadano). Y sólo señalamos que ya el Profesor Jiménez de Aréchaga enseñaba:

*“El art. 15 de la Constitución confunde las cosas (...) Pero hay que distinguir: en el infraganti delito, el arresto puede hacerlo cualquiera (...). En cambio, en los casos en que ha habido solamente semiplena prueba, el arresto ya no puede ser efectuado por cualquier individuo; solamente puede arrestarse mediante orden judicial; y el Juez, antes de expedir la orden, deberá justificar la existencia de la semiplena prueba”*²⁴

²²JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, Tomo I, p. 251-252; RISSO, Ferrand, Martín: *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, FCU, Montevideo, 2006, reimpreso en 2015, p. 594.

²³RISSO: *Derecho Constitucional*, cit., p. 595 y 596.

²⁴ Ob. cit. p. 254,

Y a continuación el art. 16 prevé las garantías y los límites del arresto realizado conforme la norma anterior, disponiendo que:

*”En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario”.*²⁵

Es por ello que el art. 118 del C.P.P. vigente menciona a los arts. 15 y 16 de la Carta para definir las condiciones de la detención (arresto) y los plazos para recibir la declaración judicial del arrestado.

En conclusión, entendemos que no resulta del todo apropiada la alusión expresa al art. 15 de la Constitución en una disposición referida a los requisitos para disponer la prisión preventiva en un juicio criminal. Y si bien cierto es que efectivamente ha sido incluida, ello no debe conducir necesariamente a interpretaciones reñidas con el principio acusatorio, este sí de raigambre constitucional (art. 22 de la Carta).

VII. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO.

Dice Luigi Ferrajoli:

“La separación de juez y acusador es el más importante de los elementos constitutivos del modelo acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”, y agrega que la misma *“es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos (...) esta imparcialidad del juez, respecto de los fines perseguidos por las partes, debe ser tanto personal como institucional.”*²⁶(El destacado nos pertenece)

La imparcialidad judicial es reclamada tanto en nuestra Carta (arts. 10, 12, 19, 22, 23 y 72) como en los pactos y tratados suscritos por nuestro País (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), así como reconocida en diversos fallos de la Corte

²⁵ RISSO: *Derecho Constitucional*, cit., p. 604-605.

²⁶Citado por Matilde BRUERA y Héctor GALARZA AZZONI: “La reforma procesal y el cambio cultural”, en CHAIA, Ruben y JULIANO, Mario (coordinadores): *“Instituciones del Proceso Acusatorio”*, Delta Editora, Entre Ríos, 2012, p. 495.

Interamericana de Derechos Humanos, los que han definido el alcance del principio, como el caso *Mejía vs. Perú*, donde la Corte sostuvo:

*“La imparcialidad supone que el juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el sub judice y en particular, no presume culpabilidad.”*²⁷

El principio de imparcialidad judicial subyace entonces a todas las formulaciones del nuevo Código, porque es esencial al sistema de garantías; y es también instrumental a este, y lo es en un mayor nivel incluso que la contradicción, la oralidad y la publicidad. De ahí que la interpretación y consiguiente implementación de las normas procesales aprobadas impide cualquier solución contraria a dichos principios y en especial al de imparcialidad judicial.

Tanto Valentín como Garderes, ya en el año 2007 decían:

*“(…) En efecto, aun cuando se suprima el auto de procesamiento –como proponemos- ese juez de garantías será quien decida sobre el pedido de prisión preventiva, para lo cual deberá realizar un análisis en grado de probabilidad acerca de la existencia del hecho con apariencia delictiva y la participación del indagado (lo que se denomina humo del buen derecho o probabilidad de que en definitiva se obtenga una sentencia definitiva favorable). Si ese juez que resuelve sobre prisión preventiva se le atribuye competencia para entender en el proceso penal principal, el principio de imparcialidad se vería seriamente afectado.”*²⁸

Por ello, admitir la posibilidad de producir (diligenciar) prueba respecto a la participación del imputado en etapa previa al juicio, no sólo no equivale a fundar el pedido en la existencia de semiplena prueba (elementos de convicción suficientes) de la existencia del hecho y la participación del imputado, sino que y según se verá, atenta contra la propia imparcialidad del juzgador, quien al evaluar la prueba de cargo y descargo estaría prejuzgando sobre los hechos objeto de su consideración en una sentencia definitiva, esto es al final de un juicio oral y público (ordinario).

Con estas -importantes a nuestro juicio- precisiones ingresaremos al análisis de los alcances y condiciones en que se desarrollan las audiencias previas o preliminares,

²⁷BRUERA-GALARZA: en *“Instituciones (...)”* cit., p. 498.

²⁸GARDERES, Santiago-VALENTÍN, Gabriel: *Bases para la Reforma del Proceso Penal*, Konrad Adenauer Stiftung, Serpaj Uruguay, Montevideo, 2007, p. 34.

en las que se adoptarán decisiones con importantes consecuencias para el posterior desarrollo del juicio, sea en la modalidad oral y pública, como en su versión de abreviado.

No obstante que la ley n° 19.436 desterró los arts. 268 a 270 CPP que regulaban las audiencias preliminar y complementaria -en una estructura procesal original que no se correspondía al modelo acusatorio-, la estructura actual sí reconoce la existencia de *audiencias preliminares*.

En efecto, las audiencias son el ámbito donde se desarrolla el principio de la oralidad en tanto metodología de trabajo.²⁹ Así, en la audiencia los litigantes aportarán la información que será relevante al juez y que le servirá para adoptar decisiones de la mejor calidad posible.

En el modelo procesal acusatorio, las audiencias pueden clasificarse, según la etapa de su ocurrencia, en audiencias previas o preliminares, intermedias y de juicio. Las preliminares o previas se celebran ante los jueces de garantías, las intermedias pueden ser presididas por jueces de garantías o del juicio (según el modelo seguido de cada país), mientras que la restante se desarrolla ante los tribunales de juicio.

Pues bien. Una de las notas características de las audiencias previas es que en éstas *no se produce prueba*, dado que la prueba es una necesidad del juicio y no de la etapa previa a él. Dice Leticia Lorenzo:

“El fundamento de esta distinción está en la finalidad de dichas audiencias. Un juicio es una audiencia orientada a establecer la ausencia o existencia de responsabilidades contra un acusado o un imputado. Por el contrario, en las audiencias de la etapa previa las decisiones que toman los jueces de garantía no están orientadas hacia el establecimiento de responsabilidades, sino a que la preparación del juicio (investigación) se conduzca dentro de los límites legales.”³⁰

Existen diversas audiencias previas o preliminares, algunas de ellas reguladas expresamente en nuestro CPP, otras aún no. Así se incluyeron en las leyes n° 19.293 y n°

²⁹LORENZO, Leticia: *Manual de Litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014, p. 35.

³⁰LORENZO, *Manual (...)*, cit., p. 127.

19.436 las audiencias de formalización -donde también se tramitan las solicitudes de medidas cautelares- (art. 266); las de producción de medidas de prueba anticipada (arts. 213 a 215); de presentación de los términos de los acuerdos para la celebración del proceso abreviado (arts. 272 y 273); de suspensión del proceso a prueba (art. 383 a 392) y de control de los acuerdos reparatorios (arts. 393 a 396).

VIII. LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El art. 266 del C.P.P. en la reciente formulación dada por el art. 1º de la ley nº 19.436, dispone:

“En la audiencia de formalización se escuchará a las partes y a la víctima si hubiere comparecido. En dicha audiencia el juez resolverá: (...) b) el pedido de medidas cautelares que hayan formulado el fiscal o la víctima de acuerdo con lo dispuesto en el lit. c) del art. 81.2 y en los arts. 216 y siguientes de este Código.”

La audiencia de formalización entonces gira en torno a dos ejes principales: *la formalización de la investigación propiamente dicha y la imposición de una medida cautelar.*

Por un lado entonces, la formalización implicará comunicar al imputado los hechos por los cuales está siendo investigado, la enumeración y descripción de las evidencias recogidas durante la indagatoria –a la cual la defensa tuvo oportuno acceso- y la calificación jurídica de tales hechos.

Y por el otro, el debate sobre la medida cautelar, el que se centrará en dos aspectos: un supuesto material (existencia del hecho, calificación delictiva y participación del imputado) y un supuesto procesal (necesidad de la cautela por peligro de fuga u obstaculización del proceso o riesgo para la víctima o la sociedad).

Por ende, la audiencia de formalización es la primera oportunidad procesal para que la parte acusadora formule el requerimiento de la cautela, sea privativa o no de la libertad ambulatoria.

Pues bien, ¿cuál es el contenido de la audiencia de formalización, en lo concerniente al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad ambulatoria?

La norma del art. 224 en la actual redacción dada por el art. 2° de la ley n° 19.436, prevé básicamente dos tipos de contenidos: 1) la semiplena prueba de la existencia del hecho y de la participación del imputado; 2) la existencia de los elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad.

Se reiteran así, y en mayor o menor medida las redacciones de los textos procesales de prácticamente todas las legislaciones latinoamericanas, tal y como se verá. Y por ello, dada la experiencia reunida en treinta años de reformas procesales, corresponde echar un vistazo a la doctrina que sobre este aspecto se ha desarrollado fuera de fronteras. Ello nos reportará el beneficio de por un lado, interpretar y aplicar correctamente las normas aprobadas, y por el otro, evitar los peligros comentados antes sobre prácticas que tienden a perpetuar la matriz inquisitorial.

IX. LOS REQUISITOS MATERIALES PARA IMPONER LA PRISIÓN PREVENTIVA.

El concepto de semiplena prueba ha sido objeto de debates, desde que la propia Constitución hace referencia a él en el art. 15 al enunciar, como fuera visto arriba, las condiciones o requisitos para el arresto.

Ahora, ¿cómo avanzar en precisión para lograr una definición más estricta de *semiplena prueba* y de *elementos de convicción suficientes* de la participación del indagado o imputado en el hecho ocurrido?

Roxin menciona que se trata de establecer un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.³¹

El Fiscal Regional de la Provincia de Santa Fe, Jorge Baclini al comentar el Código del Proceso Penal de su provincia, vigente desde 2009, entiende que

“(…) el juez de la etapa preliminar al juicio debe evaluar en forma primaria el acervo probatorio con que cuenta el Ministerio Público Fiscal,

³¹ *Derecho Procesal Penal*, p. 259, citado por BACLINI, Jorge en *Código Procesal Penal de Santa Fé*, Tomo 2, Ed. Iruris, Rosario, 2010, p.246.

tendiente a viabilizar que más allá de la de la probabilidad exigida para la prisión preventiva (art. 219) exista proyección de la certeza requerida para una condena por esa calificación legal.”³²

Pero detengámonos aquí. ¿Debe diligenciarse prueba en la audiencia de formalización a fin de acreditar la concurrencia de los presupuestos necesarios para la imposición de la cautela?

Sigamos la exposición de Baclini:

“Esto es, que en una apreciación temprana, la información con la que cuenta el fiscal tenga los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincente, en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia. En la práctica, el sistema exige que el fiscal le cuente al juez cuáles son los antecedentes que fundamentan los cargos que formula. Si de esa exposición, que se realiza en la audiencia y que puede ser controvertida por la defensa, el juez llega a la conclusión que el fiscal cuenta con material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con una buena probabilidad de éxito, entonces puede dar por satisfecho el elemento material necesario para las medidas cautelares. El juez no puede a estas alturas, saber ni entrar a indagar qué tan buenos son los testigos de la Fiscalía, que tan sólidos son sus peritos ni cómo construirá sus presunciones. (...) En este momento le basta al juez con saber que existen determinados testigos, peritos o documentos que aparentemente permitirán acreditar determinados hechos en el juicio oral.”³³ (El destacado es agregado)

Cabe aclarar que el Código Procesal de la Provincia de Santa Fe que el fiscal comenta, contiene una disposición (el art. 219) con similares requisitos que nuestro art. 224.³⁴

³²BACLINI: *Código (...)*, cit., p. 248.

³³BACLINI: *Código (...)*, cit., p. 248-249.

³⁴Artículo. 219: “Procedencia de la prisión preventiva: A pedido de parte podrá imponerse prisión preventiva al detenido, cuando se estimaran reunidas las siguientes condiciones:

Pero, como se adelantó, normas de similar factura también están presentes en los códigos (acusatorios) de la Provincia de Córdoba³⁵, Código de Proceso Penal de Bolivia³⁶, Código Penal Integral de Ecuador³⁷, Costa Rica³⁸, y Código de Proceso Penal de la Nación Argentina (con vigencia latente)³⁹, entre otros que se mencionan sólo a vía de ejemplo.

De los ejemplos propuestos, cabe concluir que la solución uruguaya en materia de requisitos para imponer la prisión preventiva, no difiere de las de otros modelos acusatorios de la región, *por lo que debe descartarse cualquier tipo de nota de originalidad como fundamento normativo para pretender diligenciar prueba en etapas previas al juicio.*

Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios

1) existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado. (...)”

³⁵Artículo 281.- PRISIÓN PREVENTIVA. *“Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto.”*

³⁶Artículo 233. (Requisitos para la detención preventiva). *Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurran los siguientes requisitos: 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible. 2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. (...)”*

³⁷Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- *Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. (...)”*

³⁸ARTICULO 239.- Procedencia de la prisión preventiva *El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. (...)”*

³⁹ART. 187. Condiciones y requisitos. *Al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción, enumeradas en el art. 177, el representante del Ministerio Público o el querellante deberán: a).acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste. (...)”*

suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.”⁴⁰

Ello significa que la prisión preventiva debe estar fundada en hechos y no meras conjeturas, destacando que el Estado debe investigar para detener y no detener para investigar y fijando ahora un nuevo límite: sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando se alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

Leticia Lorenzo dice claramente:

*“En este sentido, es importante señalar que la regla en estas audiencias (las preliminares entre la que se encuentra la de medidas cautelares) **no se produce prueba**. La prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada, y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta; **el hecho de convertir estas audiencias en un espacio donde se reciben testigos, se aporta evidencia material, etc., refuerza ideas erróneas.**”⁴¹(El primer destaque es en el original, el segundo agregado)*

Por tanto, como sostiene la autora argentina Alejandra Alliaud, en la audiencia de formalización de la investigación, o de imputación, según la normativa de cada país:

“Básicamente 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.”⁴²

Y respecto de esta última, al amparo de normativa tanto nacional constitucional como supra nacional, puede sostenerse que la prisión preventiva, en cuanto medida

⁴⁰ Caso Servellón García y otros” pár. 90, cit. por VITALE, Gustavo, GARCÍA, Gerardo Nicolás: “La libertad durante el Proceso en el Nuevo Código Proceso Penal Entre Ríos”, en *Instituciones de Proceso Penal Acusatorio*, cit, p. 439-440.

⁴¹LORENZO: *Manual* (...), cit., p. 49.

⁴²ALLIAUD, Alejandra M.: *Audiencias Preliminares*, DIDOT, Buenos Aires, 2016, p. 83.

cautelar personal, debe necesariamente responder a los principios *de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y revisión periódica*.⁴³

El “Manual de Litigación en Medidas Cautelares” elaborado por la Asociación Internacional de Juristas Inter-Juris, en el marco del programa “*Apoyo al Fortalecimiento Institucional del Sistema Penitenciario de la República de Bolivia*”, explica:

“Una discusión muy frecuente en torno a la actividad de la audiencia de medida cautelar versa sobre la posibilidad de producción de prueba. En este sentido, es importante señalar que en la audiencia de medidas cautelares no se produce prueba. La prueba es una necesidad del juicio, no de la audiencia de medida cautelar; y el hecho de convertir a esta audiencia en un espacio donde se reciben testigos, se aporta evidencia material, etc., refuerza la idea errónea de la audiencia de medida cautelar como audiencia de mini juicio o de ensayo de juicio. La discusión en una audiencia de medida cautelar se dará primordialmente sobre la base de los argumentos que las partes presenten. Evidentemente, el abogado debe tener un respaldo para sus afirmaciones, como se ha señalado al establecer los pasos necesarios para el análisis del caso; pero ello no significa que el abogado deba producir pruebas en la audiencia. Por ejemplo, en nuestro caso la acusación sabe que el imputado no tiene una estabilidad en el trabajo y sabe que el amigo que se le conoce vive en la Argentina por lo que él está pensando en irse para allá. Esto lo sabe porque tuvo una entrevista con el patrón del imputado, quien le refirió todos estos extremos. En un sistema que se basa en el principio de buena fe de los litigantes, la defensa ha sabido previamente a la audiencia que el patrón del imputado se ha entrevistado con la fiscalía y les ha comunicado estas informaciones (...), si el defensor considera que hay algún punto que no está claro, puede concurrir a entrevistarse personalmente con el patrón, para aclarar los aspectos que considere necesarios. En definitiva, lo que pretendemos decir es que no es necesario que la acusación lleve a la audiencia de medidas cautelares al patrón a declarar porque ya ha cubierto varias actividades que dan credibilidad a sus

⁴³Alliaud cita los diferentes puntos que sobre estos aspectos trata la CIDH en sus informes 86/09, caso 12.553 José, Jorge Dante Peirano Basso, Uruguay, parrs. 89, 140, 141 y 144 y 35/07, punto 100, cit. *Audiencias* (...), p. 115.

*dichos: ha tomado un registro de la entrevista, lo ha proporcionado a la defensa, tiene una transcripción de ese registro consigo en la audiencia. Adicionalmente, como hemos mencionado, el principal control de la actividad de un litigante es su **contraparte**. Aquí en la audiencia está presente el defensor que, en caso de que haya algún problema con la entrevista (no existió, se tergiversó, se están afirmando cosas que el entrevistado no dijo) puede ponerlo en evidencia en forma inmediata y generar la controversia sobre ese punto, para que se resuelva si es creíble o no la afirmación de la fiscalía.”⁴⁴*

X. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE FORMALIZACION.

La celebración de la audiencia de formalización en la cual se solicita la adopción de medidas cautelares, exige la comparecencia preceptiva de juez, acusador, imputado y defensor, siendo facultativa la asistencia de la víctima, la que deberá ser necesariamente citada (arts. 266.5 y 266.6 incorporados por el art. 1º de la ley n° 19.436)

Luego de la presentación de las partes y que el juez explique al imputado su situación y las condiciones en que se desarrollará la audiencia, se conferirá la palabra al fiscal, quien se referirá al hecho que pretende atribuir al imputado, los medios de prueba con los que cuenta y la calificación legal. Acto seguido se le dará la oportunidad a la defensa para en su caso, controvertir la argumentación fiscal.

Pero debe tenerse muy presente

“(…) que no se va a la audiencia a producir prueba, pero eso no implica que el litigante invente información, porque del otro lado, estará la contraparte ansiosa por controvertir esa información si eso se produjera. Lo que llega al juez es información de calidad, desde el momento en que cada una de las partes realiza su tarea, obteniendo previo a la audiencia la información que se permite sustentar sus argumentos.”⁴⁵

En sintonía con ello, Lorenzo señala:

“(…) cuando un litigante decide solicitar una audiencia con un determinado objetivo (solicitud de medida cautelar, aplicación de salida

⁴⁴. file:///C:/Users/carlos.negro7/Downloads/MANUAL_MEDIDAS_CAUTELARES.pdf

⁴⁵ALLIAUD: *Audiencias (...)*, cit., p. 111.

alternativa, incidente de exclusión de una prueba obtenida en forma ilegal) no puede concurrir a la audiencia a improvisar una historia, sino que está obligado a contar con una argumentación clara, estructurada y con los requisitos necesarios como para hacer de su relato una cuestión creíble y no cuestionable por la contraparte. Ello no implica que a estas audiencias deba traerse una lista de testigos y evidencias para producir, puesto que, en primer lugar la finalidad de la audiencia no tiene relación con la definición de la forma en que el hecho sucedió y, en segundo lugar, la etapa de producción y valoración de la prueba es el juicio oral.⁴⁶

De admitirse la solicitud fiscal, el juez abrirá un espacio para dilucidar las cuestiones relativas a las medidas cautelares que eventualmente se solicitaran, en los términos, ahora sí, del art. 224 en la redacción dada por el art. 2 de la ley n° 19.436.

Y las bases para el fundamento de su decisión en este punto las encontrará precisamente, en el contradictorio de las partes:

“(…) el principal control de la actividad de un litigante es su contraparte. Ante los dichos de la acusación, en la audiencia está presente el defensor que, siguiendo el ejemplo de la medida cautelar, en caso de que haya algún problema con la entrevista al imputado (no existió, se tergiversó, se está afirmando cosas que el entrevistado no dijo) puede ponerlo de manifiesto en forma inmediata y generar la controversia sobre ese punto, para que se resuelva si es creíble o no la afirmación de la fiscalía.”⁴⁷

Por ende, en esta audiencia, la oralidad es de tipo *argumentativa*, es decir, se debate en base a antecedentes y no sobre producción de prueba. La “*sempilena prueba*” entonces debería ser interpretada como la necesidad de que los fiscales enumeren y expliciten la prueba de la cual disponen, aunque no la produzcan. Para eso está el juicio, el que se desnaturalizaría si esa producción de prueba se hiciera para proponer medidas cautelares.⁴⁸

⁴⁶LORENZO: *Manual* (...), cit., p. 51.

⁴⁷LORENZO: *Manual* (...), cit., p. 51.

⁴⁸Conf. GONZALEZ, Leonel, en curso de capacitación dictado por el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA) en CEJU, 10 y 11 de agosto de 2016.

En el mismo sentido, Leticia Lorenzo expresa que la “*audiencia de medida cautelar*” tiene un contenido esencialmente controversial, ya que las partes realizan un control de la información de la contraria, tanto sobre su relevancia como sobre su veracidad. La discusión se dará sobre los argumentos que las partes presenten. Tanto fiscal como defensor deberán tener un respaldo de sus afirmaciones, pero eso no significa que deban producir prueba en audiencia⁴⁹

Debe tenerse presente además, que el imputado y su defensor tendrán acceso a las evidencias que el fiscal ha recogido durante la etapa de indagatoria preliminar (art. 259.2 del C.P.P.). Y, en base a dicho conocimiento, el defensor estará en condiciones de controvertir el fundamento de la medida cautelar que efectúe la fiscalía. En esta audiencia de formalización, el juez cumple una función de juez de garantías y por lo tanto debe controlar que se haya respetado ese derecho del imputado a conocer qué es lo que la Fiscalía tiene en su contra.⁵⁰

Y, habiéndose respetado estos extremos, se efectiviza uno de los principios fundamentales del modelo, esto es *la contradicción*:

“(…) *la posibilidad que sea la otra parte la que realice un control de calidad sobre la información que el litigante trae al juez*”⁵¹.

El sistema se basa en la buena fe de los litigantes, desde que son las partes las que se controlan mutuamente, frente al juez de garantías a quien compete la decisión final tras el debate.

“*La idea central que el litigante debe tener en mente a la hora de prepararse para la audiencia, es la de pertinencia, teniendo la capacidad de: a. Relatar en forma puntual el hecho (supuesto material); b. Dar al juez elementos suficientes para acreditar un peligro procesal en concreto; c. Adelantar los cuestionamientos de la contraparte, con argumentos sólidos y creíbles; d. Realizar una presentación que tenga coherencia interna; e. Identificar las*

⁴⁹LORENZO: *Manual* (...), cit., p. 37.

⁵⁰APONTE CARDONE, Alejandro: *Manual para el juez de control de garantías en el proceso acusatorio penal*, 2^a Ed, Colombia, 2006, p. 61-62.

⁵¹LORENZO: *Manual* (...), cit., p. 32

posibles inconsistencias internas del relato de la contrapartef. Argumentar concretamente sobre la base de los planteos realizados por la contraparte."⁵²

XI. CONCLUSIONES

1) La construcción de un sistema adversarial requiere la elaboración de un saber práctico donde tenga cabida un marco normativo definidamente acusatorio, pero también una serie de prácticas o hábitos que destierren el escriturismo, el secreto y el contacto de los jueces con las evidencias recogidas por las partes, eventualmente ofrecidas para constituirse en pruebas de cargo y descargo, en el juicio.

2) En el mismo orden de trascendencia, es indispensable evitar la reconfiguración del sistema inquisitivo actual dentro del nuevo modelo acusatorio. Ser conscientes de la poderosa inercia del esquema procesal vigente es el primer paso para evitar que prácticas e interpretaciones efectuadas bajo el prisma inquisitorial erosionen el nuevo modelo evitando su evolución y plena vigencia.

3) Las audiencias preliminares o previas al juicio, si bien requieren de una actitud más activa del juez en cuanto al control de garantías, no constituyen audiencias de producción de pruebas, lo que únicamente puede ocurrir en juicio, en forma oral, pública y contradictoria.

4) El sistema procesal uruguayo a través del art. 224 del C.P.P. en la redacción dada por la ley n° 19.436, establece requisitos similares a los demás sistemas acusatorios de América Latina, careciendo de cualquier nota de especialidad u originalidad que lleve a interpretaciones y prácticas distintas a las generales del modelo adversarial de la región.

5) Entender lo contrario, y aceptar la posibilidad que se produzcan o diligencien medidas probatorias en las audiencias previas (como la de formalización y medidas cautelares) equivale a la reinstauración del presumario penal, y con ello del "juicio" sumarísimo y alejado de toda garantía que aún hoy seguimos practicando.

6) El éxito de la reforma no depende exclusivamente del Código, se trata de un complejo proceso, transversalizado por componentes normativos y extranormativos. Implica en definitiva, un profundo cambio político y por ello, cultural.

⁵² Asociación Internacional de Juristas: cit. "Manual de Litigación en Medidas Cautelares"

