

LA JUSTICIA PENAL ADVERSARIAL EN AMÉRICA LATINA HACIA LA GESTIÓN DEL CONFLICTO Y LA FORTALEZA DE LA LEY

DIRECCIÓN

MARIE-CHRISTINE FUCHS
MARCO FANDIÑO
LEONEL GONZÁLEZ

COORDINACIÓN

LAURA CORA BOGANI

PRÓLOGO

ALBERTO M. BINDER

Dirección

Marie-Christine Fuchs.

Marco Fandiño

Leonel Gonzalez Postigo

Coordinación: Laura Cora Bogani

Informes Locales

Adela Cardoza Bravo (Nicaragua)

Ana Dulce Aguilar (México)

Ana María Ramos Serrano (Colombia)

Ana Paola Hall (Honduras)

Antonio Pedro Melchior (Brasil)

Carlos Jovel Sánchez, en co-autoría con Jenny Quirós (Costa Rica)

Carmen Alguindigue (Venezuela)

Carolina Ahumada (Argentina)

Carolina Mauri, en co-autoría con Laura Giuliani (Neuquén, Argentina)

Delia de Castro (Panamá)

Diego Zalamea (Ecuador)

Dina Martinez (El Salvador)

Elmir Duclerc (Bahía, Brasil)

Elvyn Díaz (Guatemala)

Harold Modesto (República Dominicana)

Jaime Arellano Quintana, en co-autoría con Gonzalo Fibla (Chile)

Jennifer Guachalla (Bolivia)

Juan Martens, en co-autoría con Roque Orrego (Paraguay)

Juan Mendoza (Cuba)

Melissa Álvarez (Nuevo León, México)

Omar Sumaria Benavente, con la colaboración de Juan Sanchez (Perú)

Santiago Pereira (Uruguay)

© 2018 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Rodo 1950 Providencia
Santiago, Chile
Tel.: 56 2 22742933
www.cejamericas.org

© 2018 Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.
Calle 90 No.19C -74 piso 2
Bogotá D.C. - Colombia
Tel.: +57 1 7430947
<http://www.kas.de/rspla/es/>

Nombre del Libro: La justicia penal adversarial en America Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley.
Registro Propiedad Intelectual: A-297780
ISBN: 978-956-8491-56-7

Diseño Portada

Carolina Mardones

Distribución gratuita.

"Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no expresan necesariamente el pensamiento de la Fundación Konrad Adenauer".

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional autónomo creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA, dando cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas en 1998 y las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

La Misión de CEJA es apoyar a los estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones.

<http://cejamericas.org>

Twitter: [@CEJAoficial](https://twitter.com/CEJAoficial)

Facebook: [@CEJAoficial](https://www.facebook.com/CEJAoficial)

LinkedIn: [/CEJAoficial](https://www.linkedin.com/company/CEJAoficial)

Youtube: [/CEJAoficial](https://www.youtube.com/CEJAoficial)

Instagram: [@cejaoficialok](https://www.instagram.com/cejaoficialok)

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer brinda en esta región un apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente, basado en el principio del Estado de Derecho. El trabajo de nuestra fundación se fundamenta en la convicción de que la democracia, el Estado de Derecho y una política que vele por la garantía efectiva de los derechos humanos son condiciones indispensables para el desarrollo sostenible en cualquier país del mundo.

<http://www.kas.de/rspla/es/>

Twitter: [@KASiusLA](https://twitter.com/KASiusLA)

Facebook: <https://www.facebook.com/kasiusla>

Vimeo: <https://vimeo.com/iusla>

INDICE

Prólogo de Alberto Binder	6
Presentación de Jaime Arellano	9
Presentación de Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas	11
Realidades Nacionales	13
<i>Argentina. Justicia Federal. Por Carolina Ahumada</i>	55
<i>Argentina. Provincia del Neuquén. Por Carolina Mauri y Laura Giuliani</i>	13
<i>Chile. Por Jaime Arellano y Gonzalo Fibla</i>	26
<i>Colombia. Por Ana María Ramos Serrano</i>	74
<i>Bolivia. Por Jennifer Guachalla</i>	93
<i>Brasil. Justicia Federal. Por Antonio Pedro Melchior</i>	113
<i>Brasil. Bahía. Por Elmir Duclerc</i>	153
<i>Costa Rica. Por Carlos Jovel Sanchez y Jenny Quirós</i>	173
<i>Cuba. Por Juan Mendoza Díaz</i>	201
<i>Ecuador. Por Diego Zalamea</i>	223
<i>El Salvador. Por Dina Martínez Monles</i>	242
<i>Guatemala. Por Elvyn Díaz</i>	257
<i>Honduras. Por Ana Paola Hall</i>	¡Error! Marcador no definido.
<i>México. Justicia Federal. Por Ana Dulce Aguilar</i>	278
<i>México. Nuevo León-. Por Melissa Álvarez</i>	¡Error! Marcador no definido.
<i>Nicaragua. Por Adela Cardoza</i>	341
<i>Panamá. Por Delia de Castro</i>	370
<i>Paraguay. Por Juan Martens y Roque Orrego</i>	393
<i>Perú. Por Omar Sumaria Benavente y Juan Sanchez</i>	407
<i>República Dominicana. Por Harold Modesto</i>	428
<i>Uruguay. Por Santiago Pereira</i>	452
<i>Venezuela. Por Carmen Alguindigue Morles</i>	481
Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina... ¡Error! Marcador no definido.	
<i>Análisis regional sobre la situación del sistema adversarial</i>	¡Error! Marcador no definido.
<i>Propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina...</i> ¡Error! Marcador no definido.	
Anexo I. Pautas de elaboración de los informes locales	552

“Abrid escuelas y se cerrarán cárceles”

Concepción Arenal

“La historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley”.

Alberto M. Binder

“El progreso se desvanece y deja atrás una estela de burocracia”.

Franz Kafka

Prólogo de Alberto Binder

Una de las prácticas destacables que se han venido desarrollando en todo el proceso de reforma de la justicia penal en las últimas dos décadas, es la permanente evaluación de sus resultados, de sus mecanismos, de sus avances y retrocesos. El abandono de la visión estrechamente normativista que caracterizaba a las visiones anteriores muestra muchas veces imágenes que no son las que uno desearía, pero nos ha enseñado el valor del sostenimiento en el tiempo de las actividades de cambio y nos ha empujado a desarrollar nuevas formas de intervención y cambio.

Este estudio es una muestra más de esa vocación de analizar, comparar y evaluar lo realizado y a partir de una reflexión crítica proponer nuevos caminos para continuar con la tarea de construir una justicia penal que ponga en vigencia el modelo de nuestros bloques de constitucionalidad. Hace mucho tiempo, hacíamos una distinción que todavía tiene alguna vigencia. En ese entonces distinguíamos entre *molestias*, *problemas* y *obstáculos*. Ciertamente una clasificación tan arbitraria como otras, pero que buscaba mostrar lo siguiente: existen deficiencias en el funcionamiento del sistema que provienen de instituciones respecto de las cuales los abogados- en términos generales- se sienten incómodos, ya sea porque afecta sus rutinas actuales, porque no las comprenden o afectan sus intereses corporativos. No hay nada mal diseñado en la institución de que se trate, sólo que no responde a los intereses de muchos abogados. Esto es lo que pasa muchas veces con la oralidad. Se pretende presentar como defectos de la oralidad lo que en realidad es una virtud, ya que obliga a litigar con mayor calidad, a preparar el juicio o modifica la relación entre el abogado y su cliente. De la oralidad misma nacen nuevos estándares de defensa penal efectiva, que hoy interpelan tanto a la abogacía privada como pública. Las “molestias” no deben ser solucionadas, deben ser sostenidas las instituciones “molestas” y persuadir a los abogados o formar unos nuevos que se sientan cómodos con las nuevas formas de la oralidad y las defiendan, lo que constituye el núcleo de la buena fe procesal.

Existe, por otra parte, verdaderos “problemas”. Ellos constituyen, como bien señalan los estudios que forman esta investigación una trama compleja que afecta al buen funcionamiento de la justicia penal y que deben ser encarados en la agenda prioritaria de trabajo. Existen, como señala el estudio general, problemas instalados en distintas dimensiones. En primer lugar, existe -aunque con diversos niveles de

profundidad- graves problemas organizacionales en las principales instituciones judiciales. O no se han diseñado aún esos cambios o se han implementado parcialmente. Es necesario, nos dicen los autores de este trabajo, recuperar la energía inicial de la reforma para terminar de adecuar las instituciones judiciales a los postulados básicos del sistema adversarial. Existe todavía, pues, *un grave problema organizacional*. En segundo lugar, existe aún una *baja calidad de ciertas prácticas elementales*. No sólo las que son indispensables al litigio oral (narrar bien los hechos, planificar los casos, usar las técnicas de litigación, argumentar correctamente sobre el derecho aplicable, resolver fundadamente en base a lo que prescribe el sistema normativo en su totalidad) sino las necesarias para atender a víctimas, imputados y ciudadanos que colaboran con la justicia, o las necesarias para una gestión masiva de casos, las que reclama la dirección o el trabajo conjunto de la policía. Deberíamos trabajar en definir con claridad las diez prácticas esenciales cuya calidad es aún baja para trabajar consistentemente en ellas y comprometer a los sistemas de capacitación institucional en esa tarea. En tercer lugar, tenemos un problema vinculado a los resultados sociales de las instituciones. Un problema grave y profundo dado que la idea misma de resultado social no es clara ni se encuentra instalada en la planificación institucional. Problema más grave aún: desde el punto de vista social es correcto medir todos esos procesos por los resultados sociales y no sólo por el esfuerzo del cambio institucional. ¿Qué significa una respuesta institucional de calidad? Ello debería estar mucho más claro, porque cuando tratamos de medir los resultados institucionales con la mirada más amplia posible la definición de calidad nos encontramos con un hecho terrible: en un inmenso porcentaje las instituciones no responden nada, quedan atrapadas en la fantasiosa actividad del gerundio eterno. Claro que la idea de respuesta de calidad no es sencilla ni es única, porque cada institución vinculada al sistema acusatorio adversarial tiene sus propias funciones sociales, pero en términos generales todas las institucionales adolecen una patología similar.

Finalmente existen los obstáculos. Con esa categoría no hacemos referencia a problemas que no tienen solución (y por lo tanto ya no son problemas) ni tampoco a externalidades más o menos rígidas -como pueden ser los problemas presupuestarios- sino a algo mucho más profundo, que se puede remover, pero no con acciones de corto o mediano plazo, advirtiendo que siempre el largo plazo presupone incluso las acciones inmediatas. Aquí nos encontramos con los problemas de *visión*. Si el cambio de la justicia penal presupone tres dimensiones, es decir, el cambio de reglas institucionales, la realización de nuevas prácticas en base a la adquisición de nuevas habilidades en el uso de los nuevos instrumentos institucionales y, en tercer lugar, la visión de la razón de ser de esos instrumentos y esas prácticas, que nos remite a finalidades y funciones sociales, encontraremos que lo que llamamos *obstáculos* se encuentran en esa tercera dimensión. Que los abogados entendamos que le debemos dar forma

(racionalizadora/pacificadora) a los intereses en juego y que ello implica, por ejemplo, que los fiscales gestionan intereses de los distintos niveles de víctimas o que el juez entienda que su función no es gestionar intereses sino contener los peligros del poder punitivo, incluso en contra de los intereses mayoritarios, pero ello no significa que no deba procurar que las formas procesales generen confianza y autoridad en la sociedad (función positiva de legitimación de las formas procesales) o que los defensores perfeccionen la defensa técnica sin desplazar al imputado como centro de ese derecho, o que, en términos generales comprendamos la función de la justicia penal como parte de la gestión de la conflictividad social, son todos problemas de visión que, como tales, se enfrentan, en América Latina, con *tradiciones contrarias*.

La particularidad del sistema acusatorio adversarial de nuestra región no reside en ningún “invento” sobre las reglas básicas del modelo constitucional y convencional de la justicia penal, sino que *inoslayablemente* se debe construir frente a la tradición inquisitorial de la justicia colonial. Y ello es un obstáculo que podrá ser removido, pero no en el corto ni en el mediano plazo. En esta última dimensión es donde trabajos como el que me toca presentan cumplen una función importante: porque toda doctrina sobre la justicia penal debe ser *contrainquisitorial*, que es el modo específico como se manifiesta en el sistema penal el ingente esfuerzo de construir un pensamiento descolonizador (y también antipatriarcal, ya que el modelo inquisitorial y modelo patriarcal tienen la misma raíz). Esta tarea de largo plazo reclama acciones de urgencia, de corto y mediano plazo, por más que asumamos que su remoción no será algo que se manifiesta en esos tiempos.

Seguir evaluando y construyendo agendas de trabajo para la nueva justicia penal de América Latina (¿debemos seguir hablando de “reforma”?) es una contribución enorme para fortalecer una democracia que debe resolver graves problemas y, entre ellos, el de la fortaleza de la ley que siempre y, en todo caso, ha significado también fortaleza de la justicia republicana.

Alberto M Binder

INECIP

Presentación de Jaime Arellano.

En esta oportunidad, el Centro de Estudio de Justicia de las Américas, en conjunto con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, se complace en presentar una gran obra que da cuenta de los diversos avances y retrocesos que ha tenido el sistema procesal penal en algunos países de la Región.

Si consideramos los procesos de reforma desde una perspectiva de política pública, éstas demandan un permanente monitoreo y evaluación con dos objetivos primordiales: la identificación de los obstáculos que impiden su óptimo desarrollo; y el trazado de nuevas líneas de acción y estrategias que permitan corregir las desviaciones que las prácticas suelen introducir en los sistemas reformados. Con ese norte, hemos perfilado este proyecto.

Se ha invitado a veintidós referentes del sistema acusatorio de la Región. Personas que han realizado un gran esfuerzo para acercarnos información de calidad acerca de cada una de las realidades nacionales con la que se enfrentan en su labor, cotidianamente. Hemos abarcado un importante número de países latinoamericanos (Argentina: justicia federal y provincial de Neuquén; Brasil: justicia federal y estadual de Bahía; México: federal y estadual de Nuevo León; Perú, Bolivia, Guatemala, Venezuela, Chile, Paraguay, Ecuador, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Cuba, Panamá y Uruguay). A cada autor/a se le ha solicitado que redacte un informe que refleje el estado actual del sistema acusatorio en su país o localidad; girando alrededor de tres ejes fundamentales: 1. Oralidad y Calidad de la litigación; 2. Protección del Sistema de garantías del imputado y 3. Reorganización de las instituciones del sistema penal. Para ello, han recurrido a diversas estrategias: entrevistas a operadore/as del sistema local, a la observación de audiencias, a la recopilación y análisis de información cuantitativa y cualitativa; aportando un plus derivado de la experiencia en el ejercicio profesional, la investigación y la docencia que día a día los y las vincula con el tema central de sus informes.

En base a lo trabajado por cada uno/a, avanzamos en la elaboración de un documento que refleja, en una primera instancia, un trabajo comparativo entre aquellas realidades; para concluir con una serie de propuestas o ideas desafiantes que, pretendemos nutran de contenido a una nueva agenda de trabajo regional en materia de reformas a la justicia penal.

Agradecemos a los distintas/as autores/as que han colaborado en este proyecto, al equipo de trabajo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en las personas de Marie-Christine Fuchs, Andrés Villegas y Wendy Maldonado y al staff de CEJA que ha acompañado en este proyecto proactivamente, generando ideas y contrapuntos interesantes. Todos/as ello/as han trabajado para erigir a esta obra en un gran aporte para el fortalecimiento de los procesos de modernización de la justicia en la Región.

Jaime Arellano Quintana
Director Ejecutivo CEJA

Presentación de Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas.

Para nuestro Programa es un honor y un placer haber apoyado y hoy poder presentar al público esta obra, surgida del esfuerzo y del trabajo de todo un año de parte de las y los referentes nacionales que participaron en ella, de nuestra parte y de la del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el cual nos une una larga tradición de colaboración.

El tema que esta publicación aborda de manera rigurosa, amplia y esquemática es de la mayor trascendencia para los sistemas de justicia de la región latinoamericana, y por ende para la calidad de su democracia y de su Estado de Derecho: el estado de la implementación de las reformas -no exentas de episodios de contrarreformas- a la justicia penal en los últimos veinte a treinta años en aras de acoger sistemas acusatorios con un cariz cada vez más adversarial, oral, inmediato, público y eficaz; en suma, sistemas más acordes con sus constituciones democráticas y liberales aprobadas con antelación a las reformas procesal-penales, y a los mecanismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos también aprobados por muchos de los países de la región por esa misma época y años antes.

A partir de ese estado de cosas arrojado por los informes nacionales y basada en el análisis comparativo, esta publicación pasa a formular propuestas para que esas reformas sigan consolidándose y logren los objetivos que se propusieron al ser aprobadas e implementadas en las legislaciones penales y procesal-penales de los países aquí considerados.

Así, este estudio pretende además de dar un diagnóstico crítico, hacer sugerencias de ajustes en las políticas públicas y ser de interés para los operadores de la justicia; jueces y miembros del Ministerio Público, estudiosos del derecho penal, abogados litigantes y tomadores de decisiones, en tanto a todos ellos les atañe la superación de los rezagos aún existentes, formal e informalmente, en mayor o menor medida en cada uno de los países de la región, del anterior sistema inquisitivo heredado en gran parte desde la Colonia: el formalismo, la permanencia de una estructura preponderantemente escrita en las actuaciones procesales, las debilidades en la litigación técnica, la verticalidad y concentración de los procesos, las falencias en la contradicción y el cumplimiento a veces tan solo retórico de los procedimientos introducidos por las reformas, entre otros.

Para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer las reformas al proceso penal en la región en las últimas décadas siempre han

sido un asunto de importancia trascendental, lo cual se ha reflejado en su amplio trabajo al respecto. Ya en el año 2000 publicamos conjuntamente con el Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, y la coordinación de los profesores Kai Ambos, Julio Maier y Jan Woischnik, el extenso volumen Las Reformas Procesales en América Latina, el cual hacía también una compilación descriptiva -pero a la vez evaluativa- y comparada del estado de las consecutivas reformas a la legislación procesal penal y sus perspectivas en este ámbito regional. La publicación que hoy presentamos coincide con aquella en su tema de análisis, objetivos y abordaje -si bien la presente tiene un fundamento empírico más amplio-, y resulta ser un buen examen y complemento tanto de las reformas examinadas como del diagnóstico y puntos de vista propuestos por la obra de hace casi ya dos décadas.

No nos queda más que agradecerles por su compromiso y dedicación a los veintidós expertos y expertas nacionales que hicieron parte de este proyecto, cuyos países de origen, método y objeto de investigación para este trabajo ya mencionó Jaime Arellano en la antecedente presentación de CEJA. Esperamos que sus aportes a esta obra redunden positivamente en la continuación del proceso de mejoramiento y modernización de la justicia penal, tanto en sus países como en la región en general.

Finalmente quisiéramos agradecer también al equipo de CEJA por la fructífera y fluida cooperación de la cual surgió esta publicación. Nuestros objetivos, áreas y enfoque de trabajo, así como varios de nuestros socios colaboradores coinciden en muchos sentidos, por lo cual esperamos que este proyecto sea un peldaño más en medio de todo un trabajo conjunto en pro del fortalecimiento del Estado de Derecho y del mejoramiento de la calidad de las democracias en la región latinoamericana.

Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Realidades Nacionales.

Argentina. Justicia Federal. Por Carolina Ahumada¹.

Introducción.

Argentina es una república federal, en la que coexisten dos sistemas: una justicia federal que comprende todo el territorio argentino ejercida por el Poder Judicial de la Nación y una segunda administración de justicia de carácter provincial, integrada por los poderes judiciales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A nivel federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, rige el Código Procesal Penal de la Nación, según ley 23.984 (B.O. 9/9/91). Si bien este código incorporó el juicio oral y público, la etapa de instrucción es el eje de todo el sistema y la oralidad está limitada y subordinada al expediente. Este modelo reproduce muchas de las prácticas inquisitivas de la época colonial pues la investigación se encuentra a cargo de un juez de instrucción sobre la base de un sistema burocrático, con delegación de funciones y sin capacidad para investigar de manera eficiente.

En virtud de las evidentes fallas del sistema por su incapacidad para respetar el sistema de garantías, se realizaron reformas parciales del código para intentar paliar algunos de estos déficits. Sin embargo, los cambios instrumentados no sólo no lograron modificar el modelo, sino que, además, profundizaron la litigiosidad y la incoherencia del sistema al incorporar normas ajenas a un ordenamiento procesal que ya resultaba antiguo (Pastor, 2004).

A partir de la década del noventa, varias provincias² comenzaron a transitar sus respectivos procesos de reforma tomando –en mayor o menor medida– los postulados reformistas basados en el modelo acusatorio puro, la oralidad en todas las etapas del proceso, la desformalización de la investigación, etc., que seguía las tendencias iniciadas en distintos países de Latinoamérica³

1 Argentina, abogada y especialista en derecho penal (ambos títulos de la Universidad de Buenos Aires) y Coordinadora del Programa de Acceso a la Justicia de INECIP.

2 Buenos Aires, (1997), Chaco (1998), Catamarca (2003), Chubut (2006), La Pampa (2006), Santa Fe (2007), Entre Ríos (2009 y 2014), Santiago del Estero (2009), Jujuy (2009), Salta (2011), Neuquén (2011) y Río Negro (2014)

3 (Guatemala, 1992, Costa Rica, 1996, El Salvador 1996, Venezuela 1998, Paraguay 1998, Bolivia, 1999, Honduras 1999, Chile, 2000, Ecuador, 2000, Nicaragua 2001, República Dominicana 2002, Colombia

En el ámbito federal, se presentaron diversos proyectos adversariales: “Inecip” (Expediente 2589-D-20042004), “Ministerio de Justicia” (Decreto Pen 115, 2007), “Albrieu” (Expediente 4050-D-2010), “Barrandeguy” (Expediente 8745-D-2010), “Artaza” (Expediente 985/12), y “Guastavino” (Expediente 3640/12), ninguno de los cuales logró convertirse en ley.

Finalmente, por impulso del Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (**ley 27.063**, B.O. 10/12/2014), basándose en los principios orientadores de un sistema adversarial: investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal; división de las tareas jurisdiccionales y administrativas; regulación de los procedimientos especiales y complejos; mayor intervención de la víctima, incorporación de formas compositivas del proceso penal y extensión de la oralidad a todas las etapas del proceso, entre otros avances.

La ley **27.063** estableció que el código entraría en vigencia en la oportunidad que estableciera la ley de implementación correspondiente. Asimismo, la norma creó en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código con el fin de evaluar, controlar y proponer durante el período que demande la implementación, los respectivos proyectos de ley de adecuación de la legislación vigente y toda otra modificación y adecuación legislativa necesaria para la mejor implementación del nuevo Código.

Posteriormente, el Congreso Nacional dictó la **ley 27.150 (B.O. 18/6/15)**, que estableció la implementación progresiva del Código Procesal Penal de la Nación, fijando una entrada en vigencia en el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1° de marzo de 2016 y en el ámbito de la Justicia Federal, quedó supeditada al cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código. Además, esta ley determinó las funciones de la Comisión Bicameral.⁴

2004, Perú, 2004, Panamá, 2008, México 2014).

4 Son funciones de la Comisión Bicameral: a) Establecer un cronograma para la implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal de la Nación en los Distritos de la Justicia Federal; b) Coordinar las actividades interinstitucionales necesarias para la puesta en marcha de las nuevas estructuras organizacionales; c) Diseñar propuestas de readecuación edilicia, de recursos y de personal en razón de los requerimientos del proceso de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación en la Justicia Federal y Nacional Penal, y elevarlas a los órganos competentes; d) Promover la celebración de convenios de asistencia técnica y cooperación con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales; e) Garantizar el acceso a la información sobre los avances del proceso de implementación; f) Constituir un consejo asesor integrado por el Poder Ejecutivo nacional, el Consejo de la Magistratura, instituciones del Poder Judicial de la Nación, los Ministerios Públicos, asociaciones y organizaciones gremiales vinculadas con el Poder Judicial de la Nación; g) Establecer el criterio de asignación y distribución de los juzgados de garantías respecto a las oficinas

Posteriormente, a través de **Decreto 257/2015**, del 24 de diciembre de 2015, el Poder Ejecutivo estableció que el nuevo código entraría en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral. A la fecha de elaboración de este informe, el Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063, se encuentra en proceso de actualización mediante reforma legislativa que cuenta con sanción del Senado de la Nación y pasó a la Cámara de Diputados para su tratamiento. Por ende, la entrada en vigencia en la zona norte de nuestro país está supeditada a la efectiva sanción de la reforma, lo que permitirá contar con un texto ordenado antes de su efectiva aplicación por regiones.

De modo que actualmente a nivel federal en la ciudad de Buenos Aires, rige el código procesal según ley 23.984 y se encuentra vigente pero no implementado el código previsto en ley 27.063.

Oralidad y calidad de la litigación

El código vigente según ley 23.984 prevé una instrucción de tipo formal-escrita en la cual la información es reunida en un expediente. Se caracteriza por carecer de verdaderos sistemas de investigación (Binder, 1997), lo cual constituye un claro déficit de eficacia.

Las decisiones importantes de la etapa preparatoria e intermedia no se adoptan a través de audiencias y las partes presentan sus pedidos y planteos por escrito. La recolección de las pruebas está a cargo de los jueces, que son los directores de la investigación y discrecionalmente pueden delegarla en el fiscal y también reasumirla cuando deseen. Sólo en ciertos casos (cuando hay autores ignorados y en casos de secuestros extorsivos) sí está prevista la investigación en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

En este esquema, no hay oralidad.

i. Audiencia de control de detención

Durante la etapa de instrucción el código procesal no prevé ningún mecanismo para efectuar un control jurisdiccional sobre las condiciones de detención del imputado.

En cuanto al cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión preventiva, la ley 24.390 (modificada por la ley 25.430) establece plazos máximos de detención a través de un control formal escrito, sin audiencias ni contradicción.

ii. Audiencia de formalización de la investigación o formulación de la imputación

La ley **22.272** (B.O. 1/12/16) que modifica parcialmente el código procesal, incorporó una audiencia multipropósito para casos de flagrancia en la cual el fiscal debe informar al imputado el hecho imputado y las pruebas en su contra. Sin embargo, en la justicia

federal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se realizan audiencias de acuerdo a esta metodología.

En la justicia federal, el imputado es citado compulsivamente por el juez a prestar declaración indagatoria. La ausencia del imputado puede dar lugar a que se ordene su detención, de modo que esta declaración no es entendida como un derecho sino como una obligación.

En la práctica, el imputado no declara frente al juez, sino que lo hace ante un empleado del juzgado que trabaja por delegación de funciones. Los jueces luego firman el acta. Al acto sí asiste la defensa del imputado y excepcionalmente se hace presente el Ministerio Público Fiscal, quien no tiene un rol asignado por la ley procesal en este acto.

Durante esta declaración se hacen saber al imputado sus derechos y se le lee el hecho reprochado para que haga su descargo si así lo desea, pues no está obligado a declarar.

iii. Audiencia de medidas cautelares

La discusión sobre la prisión preventiva es escrita. El planteo no se formula desde una pretensión fiscal para que se dicte la prisión preventiva sino a partir de un pedido de libertad de la defensa. En el incidente escrito, no hay oportunidad para réplicas.

La ley 22.272 (B.O. 1/12/16) incorporó una audiencia para casos de flagrancia que permite discutir oralmente sobre la libertad. Sin embargo, como se dijo antes, en la justicia federal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se realizan audiencias de acuerdo a esta metodología.

Al resolver, se aplican criterios sustantivistas, vinculados con la gravedad del delito y la pena en expectativa, de modo que el encarcelamiento sigue funcionando como una forma de castigar anticipadamente sin condena (García Yohma, 2012). En los últimos años, a raíz de ciertos criterios jurisprudenciales⁵ se comenzaron a analizar los riesgos procesales. En general, se analiza la situación de arraigo del imputado, su actitud frente al proceso, la posibilidad de entorpecer la investigación, la posibilidad de que frustre medidas pendientes, las entradas y salidas del país, el estado migratorio del imputado, las conexiones y vínculos para lograr una eventual fuga, etc. Sin embargo, estos elementos suelen formularse de manera dogmática, con muy bajo nivel de información y sin una discusión amplia y oral entre las partes.⁶

5 Plenario 13, causa 7480, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de casación”, resuelta el 30 de octubre de 2008, y causa 5473 “Macchieraldo, Aquiles Alberto s/ recurso de casación”, del 22 de diciembre de 2004, ambos de la Cámara Federal de Casación Penal.

6 Este problema de falta de información y litigación, ha sido puesto de manifiesto por la jueza Ledesma en el caso causa n° 13.450, caratulada “González Claudio s/ recurso de casación”, rta. el 29/06/2017, reg. n° 846-17, de la Sala II,

Los fiscales no recaban ni aportan elementos para demostrar los riesgos procesales. En general, la decisión sobre la libertad se adopta con la información del expediente (informe socio-ambiental, constatación de domicilio del imputado, acta de detención, registro de antecedentes, etc.), generada de oficio por el juzgado.

En cuanto a la aplicación de medidas sustitutivas, la discusión también es muy limitada, en virtud de la falta total de oralidad. En general, las defensas plantean como medida sustitutiva la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica.

A nivel federal, no existen oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas para generar información de calidad e indicadores de riesgo para la prisión preventiva. (Podestá, Almeida, Ahumada, 2016)

Tampoco se producen discusiones sobre la duración de la medida. Al dictarse la prisión preventiva no se fijan tiempos máximos y no se establecen mecanismos de control de las medidas impuestas.

En cuanto a las medidas cautelares económicas, también los estándares de contradicción y oralidad son inexistentes. Los embargos, inhibiciones generales de bienes y medidas de no innovar se dictan en resoluciones escritas, sin audiencia previa ni intervención de las partes.

iv. Audiencia de Salidas alternas

La principal salida alternativa que se aplica en la justicia federal de la Ciudad de Buenos Aires, es la suspensión del juicio a prueba. El código regula una audiencia en la cual las partes expresan sus posiciones. Excepcionalmente los jueces resuelven en esta ocasión, pues es usual que se difiera el dictado de la decisión.

El rol de los jueces en la suspensión del juicio a prueba es controlar la legalidad de la opinión fiscal y verificar el cumplimiento de los requisitos legales. En estas audiencias, se da participación a la víctima.

En cuanto a si se tienen en cuenta los aspectos personales del imputado para la fijación de las reglas de conducta, no se halló un indicador constante de esta variable, pues esto depende de cada tribunal.

El código penal incorporó⁷ otros mecanismos compositivos asociados a los institutos del código no implementado (aplicación de un criterio de oportunidad, conciliación o reparación integral del perjuicio). No hay datos oficiales sobre el uso de estos mecanismos en la justicia federal, aunque sí se han dictado ciertos fallos vinculados con discusiones sobre su aplicación y admisibilidad (Rúa, 2017).

⁷ Artículo 59, Código Penal, según ley 27.147 (B.O. 18/6/15)

v. Etapa intermedia

La etapa intermedia en el modelo federal de la Ciudad de Buenos Aires es escrita y se encuentra dividida en dos etapas: En la primera el fiscal presenta por escrito la acusación y la defensa puede plantear excepciones y/u oponerse a la elevación del caso a juicio. En la segunda, una vez que la causa está en el tribunal oral, las partes proponen las pruebas que se producirán en el juicio.

De modo que en el sistema federal, no hay una audiencia de exclusión probatoria que permita plantear problemas de legalidad y/o impertinencia de los elementos colectados durante la investigación.

Durante esta etapa, no hay discusión sobre la pertinencia de la prueba y tampoco están previstas las convenciones probatorias (Lorenzo, 2012).

Este déficit de oralidad y litigación, conduce a que todas estas cuestiones pasen a ser discutidas en el juicio, generando gran cantidad de prueba irrelevante y sobreabundante. De modo que si bien el código prevé el juicio oral, en la práctica el estándar de oralidad y litigación es muy defectuoso pues las discusiones no se encuentran lo suficientemente acotadas a los temas relevantes del caso a través de un necesario proceso de depuración en una etapa intermedia oral y adversarial (Marull, 2016).

vi. Audiencia de juicio oral

El juicio oral y público en su diseño legal y prácticas, no satisface las exigencias de un modelo oral y adversarial.

Las partes no suelen trabajar con teorías del caso definidas pues se observa usualmente el planteamiento de diversos temas, muchas veces subsidiarios y contradictorios entre sí.

El código no establece los alegatos de apertura. Sólo está prevista la lectura del requerimiento de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal. En cuanto a la defensa, como no está regulado su alegato de apertura, los jueces no conocen cuál es su teoría del caso a partir del cual interpretar la prueba que se producirá durante el juicio.

Antes y durante el juicio, los jueces consultan el expediente. Además, el código procesal prevé la incorporación y lectura de informes, declaraciones testimoniales, documentos y actas; todas ellas producidas en la etapa anterior sin el control de las partes.

Otro aspecto que demuestra que aún no se trabaja con técnicas de litigación oral, es que las partes no son las protagonistas del debate, pues los jueces tienen un rol muy activo

formulando preguntas a los testigos y peritos. En general, no se utilizan las técnicas de examen y contra examen de testigos. Las partes interrogan a los testigos como si fueran “objetivos”, pues subsiste el concepto de que los testigos pertenecen al tribunal y no que son ofrecidos por las partes para sustentar sus respectivas teorías del caso.

Inclusive, el código procesal prohíbe las preguntas sugestivas que son la base del contra-examen.

Las sentencias absolutorias y condenatorias son dictadas de manera diferida luego de la audiencia de juicio, fijándose una fecha de lectura para notificar a las partes.

En cuanto a la utilización de esta etapa para realizar acuerdos abreviados, no existen datos oficiales actualizados.

El actual código procesal penal no prevé el juicio por jurados. Sin embargo, el nuevo código procesal (ley 27.063) aún no implementado, establece en el artículo 52 a los jurados como órganos jurisdiccionales y prevé en el artículo 249 la sanción de una ley expresa de juicio por jurados que determinará la composición, integración, constitución, sustanciación y deliberación del juicio en el que participe un tribunal de jurados.

vii. Recursos y Ejecución

El modelo de control de las decisiones judiciales en la justicia federal de la ciudad de Buenos Aires, no satisface estándares mínimos de transparencia, oralidad, publicidad, derecho al recurso y eficacia. La estructura de las cámaras es muy rígida; se trabaja por delegación de funciones; la oralidad es –en el mejor de los casos- sólo una simulación; los abogados están subordinados al poder omnipotente de los jueces; no hay reglas de actuación claras en cuanto a los plazos y la admisibilidad de los recursos y no hay deliberación para la toma de decisiones. Los jueces cumplen tareas administrativas y jurisdiccionales y tienen márgenes muy amplios de discrecionalidad. No se trabaja con reglas de litigación (Ahumada, 2016), la actuación de los jueces no está sometida a ningún tipo de control sobre la calidad de sus decisiones y se carece de estadísticas confiables y de datos de funcionamiento en general que permitan conocer las metodologías de trabajo y los resultados.

En general, las audiencias son reemplazadas por la presentación de escritos. Sólo se hacen las audiencias cuando las partes lo piden expresamente, lo cual no sucede con frecuencia.

En cuanto a la fase de ejecución, la ley procesal establece que los planteos de las partes se tramitan a través de incidentes escritos previa vista de todas las partes. De modo que durante la fase de ejecución de la pena, no hay oralidad.

La nueva ley 27.063 no implementada prevé como regla general que durante la etapa de ejecución los planteos de las partes deberán ser resueltos en audiencia (García Yohma, Martínez, 2004 y Alderete Lobo, 2018).

Protección del sistema de garantías del imputado.

El rol de la defensa durante la etapa de instrucción, se basa en el asesoramiento y la representación del imputado. Estas funciones generalmente se cumplen antes y durante de la declaración indagatoria; al responder vistas sobre planteos y excepciones; al solicitar la excarcelación y recurrir las sentencias desfavorables. En general, las defensas no producen prueba de manera autónoma para la investigación (Lorenzo, 2017) ni para la discusión sobre la prisión preventiva.

No se formulan planteos sobre el acceso a la carpeta de la fiscalía durante la investigación, pues la instrucción está a cargo del juez y los defensores suelen tener acceso al expediente; a menos que la causa esté en secreto de sumario.

Durante la etapa intermedia, la defensa tiene ocasión de responder el requerimiento de elevación a juicio, formulando excepciones u oponiéndose a la elevación. Esta actividad también es realizada por escrito.

La imparcialidad del juzgador se encuentra afectada en todas las etapas del proceso. Por diseño procesal, la investigación está a cargo del juez instructor, de modo que quien investiga también debe decidir, lo cual representa la mayor y más palpable afectación a este principio. Durante la etapa intermedia, es el juez quien invita al Ministerio Público para que acuse, de modo que aquí también existe un problema de división de roles entre acusar y juzgar.

También configura una afectación a la imparcialidad el hecho de que los jueces que juzgan el caso son los mismos que analizan antes del debate la admisibilidad de la prueba y leen todo el expediente antes y durante el juicio.

Finalmente, la formulación de preguntas a los testigos durante el juicio, la imposición de condenas por hechos y calificaciones diferentes a las de la acusación y de penas mayores a las pedidas por los acusadores, también constituyen ejemplos de violaciones al principio de imparcialidad del juzgador.

La contradicción está seriamente comprometida durante la etapa de instrucción y las fases intermedias, básicamente porque no hay oralidad y la confrontación de posiciones se realiza por escrito (sin réplicas) lo cual marca una limitación muy fuerte. Durante el juicio oral, la contradicción está más garantizada.

C) En materia de publicidad, no hay canales accesibles para dar a conocer adecuadamente el calendario con las fechas de las audiencias. Sólo en algunos casos de trascendencia social, se informan las fechas de audiencia de los juicios que realizan los tribunales orales federales de la ciudad a través de la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Centro de Información Judicial, www.cij.gov.ar). Sin embargo, la información no se encuentra desplegada de una manera accesible, pues es necesario saber qué tribunal interviene y luego completar los datos del caso que se busca; pero no hay un calendario actualizado con todas las audiencias. Durante un tiempo funcionó en el marco de la Oficina Judicial de la Cámara Federal de Casación Penal un calendario *on line* para conocer las fechas de audiencias, aunque actualmente está fuera de uso y se encuentra desactualizado.⁸

La falta de publicidad del modelo actual es demostrativa de que todavía subsiste la herencia inquisitiva de un proceso secreto que se construye de manera endógena, sin la participación de la ciudadanía y dando la espalda a la sociedad.

El imputado sólo tiene la ocasión de ser oído y realizar su descargo durante la declaración indagatoria y al inicio y final del juicio oral. No suele usarse un lenguaje comprensible, sino que se privilegia el lenguaje judicial técnico y complejo.

El paradigma restaurativo como garantía del imputado

A nivel federal, no está prevista la mediación penal. El modelo procesal actual establece la obligatoriedad de la acción penal. En este esquema, el paradigma restaurativo se enfrenta a la lógica histórica y cultural de los sistemas de raíces inquisitivas, basados en la existencia y necesidad de un orden dominante que debe ser resguardado.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

La defensa pública oficial está a cargo de la Defensoría General de la Nación. Según la ley **27.149** (B.O. 18/6/15), es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos.

El Ministerio Público de la Defensa goza de independencia, autonomía funcional y autarquía financiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional. Según el texto constitucional, el Ministerio Público es un órgano

⁸ Información suministrada por la Oficina Judicial de la Cámara Federal de Casación Penal. Esta información fue confirmada a través del sitio web www.pjn.gov.ar, de donde surge que el último cronograma de audiencias es de 2011.

biféfalo constituido por dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

La ley 27.149 regula que el Ministerio Público de la Defensa se estructura jerárquicamente a fin de cumplimentar sus funciones específicas y para el diseño y ejecución de políticas sobre Defensa Pública y acceso a la justicia. Las recomendaciones generales e indicaciones particulares que se dictan en el ámbito del servicio de Defensa Pública tendrán como finalidad asegurar su ejercicio efectivo y adecuado.

La defensoría General de la Nación posee a nivel federal sistemas de defensa especializada por etapas (instrucción, cámara de apelaciones, juicio y cámara de casación penal), por grupos vulnerables (niños, niñas y adolescentes, ejecución de la pena, enfermos mentales) y temática (delitos de lesa humanidad, penal económico, etc.) (Defensoría General de la Nación, <http://www.mpd.gov.ar/index.php/guia/mapa-de-los-distritos-judiciales-ign/usuarios>).

2. El modelo organizacional del sistema federal de la ciudad de Buenos Aires, es verticalista y jerarquizado (García Yohma, Martínez, 2015). Los juzgados federales, están compuestos por un juez, un secretario y un conjunto de empleados que cooperan en su trabajo, todos bajo un mismo espacio físico. Esos juzgados están ubicados en un mismo edificio y sin embargo cada uno de ellos tiene su propia organización, replicándose en cada una de ellas íntegramente todas las funciones que requieren para cumplir con su cometido. Se trata de un tipo de organización poco eficiente, que no aprovecha las economías de escala que se producen al compartir y no replicar funciones (Vargas Viancos, 2006). No hay colegio de jueces en ninguna de las estructuras de la justicia federal (juzgados, cámara de apelación y casación y tribunales orales).

Existe una superposición entre tareas jurisdiccionales y administrativas, pues los jueces están a cargo de los aspectos operativos y de gestión, de modo que los jueces son “tramitadores de expedientes”.

No existen oficinas judiciales para la organización de los juzgados federales y cámara federal de apelaciones. La oficina judicial de la Cámara Federal de Casación Penal cumple funciones de asignación de salas de audiencias para los juicios, pero no controla el calendario de audiencias ni realiza las tareas que tendría asignadas en un modelo adversarial.

A nivel de la justicia federal, no se aplican modalidades de justicia restaurativa.

3. En el marco del Ministerio Público Fiscal funciona la Dirección de Análisis Criminal y Planificación de la Persecución Penal (DAC) creada a través de la Resolución PGN N° 204/2014, cuyo fin es identificar, analizar y producir información para el diseño de

políticas de persecución criminal y para el establecimiento de modelos de investigación propios.

La Dirección trabaja sobre el estudio de datos emergentes de causas penales en trámite y concluidas y otros elementos empíricos significativos relacionados con los fenómenos delictivos.

La ley 27.148 (B.O. 18/6/15) establece que la función de esta dirección es solicitar, producir, organizar, procesar, analizar y comunicar información relevante para la persecución penal estratégica de fenómenos y organizaciones criminales. Asimismo, la ley establece que la dirección interviene en el diseño y planificación de la persecución penal en conjunto con las áreas respectivas de las procuradurías especializadas y las fiscalías de distrito (artículo 35 inciso h de la ley 27.148).

Asimismo, esta ley regula que en las investigaciones genéricas se podrá solicitar y producir información tendiente a la identificación de fenómenos criminales que orienten la constatación de hipótesis delictivas a partir de una o varias investigaciones preliminares (artículo 8). La DAC analiza la información necesaria para comprender la evolución de distintos fenómenos criminales a partir del reconocimiento e identificación de las regularidades sociales que los estructuran y, por el otro, en función de tal análisis, la planificación de estrategias de persecución penal destinadas a intervenir sobre esos fenómenos en forma eficiente y eficaz para la reducción de sus efectos (<https://www.mpf.gob.ar/dac/>)

La DAC trabaja con una estructura multidisciplinaria conformada por abogados, sociólogos, licenciados en ciencias políticas, licenciados en seguridad, politólogos, ingenieros en sistemas y otras disciplinas afines.

Se encuentra estructurada en tres grandes áreas de trabajo: narco-criminalidad, trata de personas y delitos urbanos.

La DAC (basada en la idea de conocer para planificar) es una iniciativa novedosa; que ha dado lugar a la visita de representantes de Ministerios Públicos Fiscales de otros países de la región para conocer el modelo.

Actualmente el Ministerio Público Fiscal no posee iniciativas relacionadas con la persecución penal comunitaria.

Conclusión

El código vigente de la justicia federal es uno de los más atrasados de la región. Muchas de las provincias de Argentina, se encuentran trabajando hace años en modelos

adversariales mientras la justicia federal continúa resistiéndose a los cambios. La forma de trabajo escrita y secreta del sistema actual, favorece los abusos de poder, el lobby judicial y la discrecionalidad judicial.

La lógica de trabajo está directamente vinculada con la burocracia, la falta de transparencia y la arbitrariedad del sistema. La falta de controles y la inercia de las partes que no suelen denunciar o marcar este tipo de prácticas, exigen adoptar un nuevo modelo que implique un quiebre cultural a través de la incorporación de la oralidad.

Sin embargo, la realización de audiencias no garantiza nada si no se logra una renovación generacional y una capacitación que afiance en los operadores los principios del nuevo modelo, que en gran medida consagra la ley 27.063, aún no implementada.

Es imprescindible iniciar en el ámbito federal, el proceso de reforma para terminar con la confusión de los roles de investigar/acusar y juzgar; posicionar al juicio oral, público y contradictorio como la instancia institucional adecuada para resolver los conflictos; acortar los tiempos de duración de los procesos y de la prisión preventiva e implementar una etapa preparatoria eficaz, oral y desformalizada a cargo del Ministerio Público Fiscal para dejar atrás la instrucción escrita y burocrática.

Referencias bibliográficas

- 1) Ahumada, Carolina, Prisión preventiva, estado de derecho y ejes para la reforma del proceso penal, Voces en el Fénix, nro. 30, El secreto de sus ojos, ISSN1853-8819 Buenos Aires, 2013.
- 2) Ahumada, Carolina, Litigación en la etapa de impugnación, en El juicio y la litigación oral- I, Revista de Derecho Procesal 2016-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 61 y ss.
- 3) Binder, Alberto M., "Política criminal de la formulación a la praxis", Ad hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 222.
- 4) García Yohma Diego (director), El estado de la prisión preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio. INECIP, Open Society, Buenos Aires, 2012, Dirección.
- 5) García Yohma, Diego, Martínez Santiago, "La oralización de las decisiones durante la etapa ejecución de la pena", Sistemas Judiciales nro. 7, 2004, y Alderete Lobo, Rubén A., "Acusatorio y Ejecución Penal", Editores del Sur, Buenos Aires, 2018.
- 6) García Yohma, Diego, Martínez Santiago, Justicia colonial o justicia democrática, El colegio de jueces como herramienta de un nuevo paradigma de organización judicial, Revista Pensamiento Penal, 21 de octubre de 2015.
- 7) Lorenzo Leticia, "Manual de litigación, Ediciones Didot, 2012.
- 8) Lorenzo, Leticia, La teoría probatoria a lo largo del proceso penal, El debido

- proceso Penal, Tomo 5, Hammurabi, p. 49 y ss, Buenos Aires, 2017.
- 9) Marull, Francisco, La etapa intermedia en los nuevos sistemas adversariales. Aquello que nunca fue y debería ser, El debido proceso penal, T. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 85.
 - 10) Pastor, Daniel R. en "Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 223.
 - 11) Podestá Tobías José, Almeida Vanina y Ahumada, Carolina, Oficina de Medidas Alternativas y sustitutivas (OMAS). Prácticas y Estrategias, Inecip, Open Society Fundations, Buenos Aires, 2016.
 - 12) Rúa, Juan Carlos, "Sobre la operatividad y algunos efectos inesperados de la regulación federal de la formas alternativas de resolución de conflictos penales", El debido proceso penal, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.p. 21.
 - 13) Vargas Viancos, Juan Enrique, Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral, viña del mar, 6 de abril de 2006, herramientas para el diseño de, despachos judiciales, abril de 2006, CEJA.

Introducción

Durante el año 2018 el nuevo sistema procesal penal neuquino se encuentra atravesando su quinto año de vigencia e implementación.

La reforma, que fue el resultado de un largo camino, fue introducida por la ley provincial 2.784, que entró en vigencia, de manera total y en todas las jurisdicciones de la provincia¹¹ simultáneamente, el día 14 de enero de 2014.

La implementación del nuevo sistema procesal penal no fue dejada a su suerte, sino que su “puesta en marcha” fue pensada, diseñada y programada, teniendo en cuenta distintos aspectos: *el aspecto normativo*, evidenciado tanto a través de la sanción de leyes complementarias al nuevo Código Procesal, y coherentes con este, tales como la ley de mediación penal –ley 2879-, la de Organización de la Justicia Penal –ley 2891-, la ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa –ley 2892-, y la de Organización del Ministerio Público Fiscal -ley 2893-, como a través del dictado de Resoluciones de la Fiscalía General, la Defensoría General y la Oficina Judicial Penal (Ofiju penal), concordantes y suplementarias de la regulación procesal; *el aspecto edilicio*, puesto de manifiesto a través del diseño y la construcción de edificios aptos para litigar audiencias orales y públicas; y *el aspecto vinculado a los recursos humanos*, tanto en lo referido a la reasignación de empleados y funcionarios en diferentes puestos de trabajo, acordes con el perfil de cada uno de ellos (quienes previamente fueron censados y evaluados), como a su formación y capacitación, de conformidad a los roles y funciones a cumplir en el nuevo sistema (jueces y juezas, fiscales, defensores y defensoras, funcionarios y funcionarias, empleados y empleadas de la Oficina Judicial y de los Ministerios Públicos).

Puede advertirse que lo novedoso -y diferente a otros sistemas procesales penales reformados, salvo contadas excepciones-, es que la reforma procesal penal neuquina ha sido estudiada, planificada y teniendo en mira que una reforma normativa no implicaría necesariamente un cambio cultural; lo que permitió, en gran parte, que su implementación no sólo no fuese caótica y librada a lo que los operadores intuitivamente comprendieran qué debían hacer, sino también que las prácticas de

9 Fiscal del Caso. Unidad de Violencia de Género y Doméstica. Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén, Argentina.

10 Defensora Penal Pública de la Provincia del Neuquén.

11 La provincia de Neuquén se encuentra dividida en cinco circunscripciones. En la 1° circunscripción la ciudad cabecera es la ciudad de Neuquén. En la 2° circunscripción la ciudad cabecera es la ciudad de Cutral Co.. En la 3° circunscripción la ciudad cabecera es la ciudad de Zapala. En la 4° circunscripción la ciudad cabecera es la ciudad de Junin de los Andes. En la 5° circunscripción la ciudad cabecera es la ciudad de Chos Malal.

estos hayan podido ser efectivamente modificadas, en consonancia con los principios y valores de un sistema de justicia penal de corte adversarial¹², principalmente en lo referido a la discusión y la toma de decisiones en audiencias.

Uno de los aspectos más problemático de la implementación, principalmente al interior del Ministerio Público Fiscal, fue el traspaso y la reasignación de los casos del sistema anterior al nuevo sistema.

A diferencia de otras jurisdicciones, en Neuquén no se crearon “juzgados de transición”, sino que se estableció que todos los casos iniciados en el sistema anterior debían ser “ingresados” al nuevo sistema, previa selección, estableciendo diferentes plazos; para los casos iniciados bajo el régimen del sistema anterior, que continuaron bajo la modalidad del nuevo proceso, los plazos totales comenzaron a computarse, íntegramente, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley, por lo que todas debieron finalizar antes del 14 de enero 2017. En los casos que ya estaban elevados a juicio o aquellos en los que la instrucción había durado más de tres (3) años, tenían un plazo de dos (2) años para su adecuación al nuevo proceso y finalización de los mismos, esto es hasta el 14/01/2016. En los casos con debate oral iniciado e inconcluso bajo el régimen de la Ley 1.677, se aplicó dicho régimen hasta la culminación del juicio.

Durante los meses previos a la reforma (esto es, en el último trimestre del año 2013) en los juzgados de instrucción se relevaron todos los expedientes existentes, algunos se archivaron y en otros se resolvió el sobreseimiento, y los que quedaron activos, se remitieron al Ministerio Público Fiscal, a los fines de su tratamiento; en donde se clasificaron, de acuerdo al estado procesal en el que estaban, y se asignaron a las Unidades Fiscales.

Los y las fiscales se refieren a la manera en que se llevó adelante la “etapa de transición” como “lo peor de la entrada en vigencia de la reforma”, ya que los casos del sistema anterior se sumaron a los casos nuevos, y, en ese camino, muchos casos viejos se vencieron.

En nuestra opinión fue una decisión acertada adecuar todos los casos anteriores al nuevo sistema, pero fue un problema no prever en el Ministerio Público Fiscal un “equipo de transición” dentro de cada unidad fiscal (o para todo el Ministerio Público Fiscal) que se avocara exclusivamente a seleccionar, investigar y litigar aquellos casos provenientes del sistema anterior, hasta su finalización; favoreciendo una distribución equitativa de la carga de trabajo entre “fiscales con casos del nuevo sistema” y “fiscales con casos del sistema anterior”, que hubiese variado en el tiempo, hasta el cumplimiento total de los tres años, evitando de este modo el desgaste que se generó al interior del Ministerio Público Fiscal durante esta transición.

12 Esto más allá de ciertas prácticas que podemos ver que siguen reproduciéndose, principalmente al interior de los Ministerios Públicos, y a las que nos referiremos más adelante.

Características principales del sistema. Criterios de oportunidad.

El sistema de investigación y enjuiciamiento penal neuquino es de neto corte adversarial, quedando perfectamente delimitados los roles y funciones de jueces, fiscales y defensores, tanto en la etapa de la investigación preparatoria como en la etapa de juicio; rigiendo a lo largo de todo el proceso los principios de oralidad, publicidad, imparcialidad, contradicción, concentración, intermediación, simplificación y celeridad.

Como se verá más adelante, el paradigma de la gestión del conflicto y el principio de mínima intervención se encuentran expresamente acogidos. El artículo 17 del Código Procesal Penal, indicar a jueces y fiscales que durante todo el proceso deben procurar la solución del conflicto primario, surgido a consecuencia del hecho delictivo, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social, y expresamente establece que la imposición de la pena es el último recurso del proceso penal.

El Ministerio Público Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública, pudiendo prescindir total o parcialmente de dicho ejercicio, o limitarlo a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, esto es aplicar un criterio de oportunidad, en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público; b) Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga prevista una sanción que exceda los seis años de pena privativa de libertad; c) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena, lo que se conoce como pena natural; d) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos; e) Cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible. Está prohibido aplicar un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

El Código establece que la decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de algún criterio de oportunidad determinará que el juez declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide. En la práctica, si un fiscal resuelve la aplicación de un criterio de oportunidad de manera previa a la formulación de cargos, dicta una resolución en tal sentido y “archiva” el caso, sin requerir al juez la declaración de extinción de la acción y el correspondiente sobreseimiento. Dicha resolución debe ser notificada a la víctima, quien puede solicitar su revisión ante el juez de garantías. Si ya se formularon cargos, el fiscal que decide

aplicar un criterio de oportunidad, solicita una audiencia de sobreseimiento, y en esa audiencia expone los motivos por los cuales ha decidido prescindir de la persecución penal ya iniciada, es decir que brinda las razones que hacen al criterio de oportunidad que resolvió aplicar, y el juez dicta el sobreseimiento por extinción de la acción penal.

Con respecto al primer supuesto referido, en el que se autoriza a los fiscales a no ejercer la acción penal cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público o general; a los fines de dar mayor contenido a la norma procesal, el Manual de Política Criminal del Ministerio Público Fiscal¹³, indica que se considerará que **existe una grave afectación al interés público cuando se trate de hechos**: - Ejercidos desplegando violencia grave sobre la persona. - Cometidos con armas. - Contra la integridad sexual, con excepción a los abusos sexuales simples, y siempre que la víctima no fuere menor de edad o en sus tipos agravados. - De homicidio doloso. - Delitos culposos en los cuales haya existido una grave violación al deber de cuidado o existieran víctimas fatales y el autor haya obrado con temeridad o se haya dado a la fuga o haya habido presencia de alcohol o estupefacientes en sangre por parte del protagonista. - Relacionados al crimen organizado. - Cometidos mediando violencia doméstica o de género, o que impliquen maltrato infantil. - Hechos cometidos por personas condenadas por delitos dolosos, que estuvieran bajo régimen de tratamiento penitenciario. - Cualquier otro hecho que, por su modalidad comisiva o circunstancias de su comisión, haya generado conmoción y repercusión pública.

El dictado del Manual de Persecución Penal significó un avance, en tanto, más allá de las críticas que pueda merecer la metodología utilizada, se trató de dotar de contenido concreto al concepto “interés general”, tanto como criterio para la selección de casos penales, como para la elección del medio de resolución del conflicto penal, de manera tal que resulte orientador en la tarea cotidiana de los fiscales, delineando la política de persecución penal.

Volviendo a las características generales del sistema, durante un plazo de sesenta días, desde recibida una denuncia, una querrela, o actuaciones policiales, el fiscal debe realizar tareas de averiguación preliminar, a los fines de tomar la primera (y en algunos casos, última) decisión acerca del caso. Las decisiones a tomar pueden ser las siguientes: **a)** Desestimar la denuncia, querrela o actuaciones policiales, si el hecho no constituye delito. Claramente esta decisión puede (y debe) ser inmediata, salvo que a los fines determinar si el hecho denunciado constituye o no un delito, sea necesario recabar algún elemento de convicción o evidencia. **b)** La aplicación de un criterio de oportunidad. Del mismo modo que en el caso anterior, esta decisión puede ser inmediata. **c)** La remisión a una instancia de conciliación o mediación. Igualmente, ante

13 El Manual de Política Criminal del Ministerio Público Fiscal de Neuquén fue aprobado por unanimidad en la Asamblea Anual de Fiscales en diciembre del año 2017, y entró en vigencia por Resolución 09/2018 de la Fiscalía General.

el primer conocimiento del hecho denunciado, el fiscal puede tomar la decisión de remitir el caso a una instancia de mediación o conciliación, no necesitando sesenta días para ello. **d)** El archivo, si no se ha podido individualizar al autor o partícipe o si es manifiesta la imposibilidad de reunir información o no se puede proceder. **e)** La apertura de la investigación preparatoria, en el caso que existan elementos para ello. En estos últimos dos supuestos se presenta como razonable un plazo de hasta sesenta días, para obtener por lo menos un mínimo de evidencia, que permita iniciar (o no) la investigación preparatoria, que será de hasta cuatro meses prorrogables.

Si bien este plazo de sesenta días no es un plazo fatal, y su incumplimiento no acarrea consecuencia sancionatoria alguna, salvo de tipo administrativo, se observan muchos casos en los que podría (y debería) haberse tomado una decisión inmediatamente, y han pasado meses hasta que esto sucedió, sin motivo alguno que justifique la demora.

Del total de denuncias recepcionadas por la Unidad Fiscal de Asignación de casos, el 75 % aproximadamente se desestima o archiva in limine por imposibilidad manifiesta¹⁴. Si bien este dato nos permite hacer varias lecturas y reflexiones, sólo haremos dos. Primero, conforme lo diremos más adelante, los casos que se archivan no son objeto de un análisis criminal, ni se recolecta y sistematiza, a partir ellos, información útil para la investigación de fenómenos criminales. Segundo, con respecto a los casos desestimados, se observa que en un número importante de casos se denuncian hechos que claramente no han podido ser gestionados de manera pacífica, en otras agencias o instituciones, sean estas comunitarias o estatales, y terminan llegando al sistema penal, en el que tampoco logran ser gestionados, pudiendo provocar esto una escalada de violencia en el conflicto, que cada vez será peor en sus manifestaciones. En esto se observa que el Ministerio Público Fiscal no ha logrado incorporarse aún como parte de una red de organizaciones, públicas y privadas, con las que se pueda coordinar y articular de manera previamente consensuada, a los fines de una gestión pacífica de la conflictividad que presentan los casos desestimados.

Según el Código Procesal, ni la desestimación ni el archivo constituyen cosa juzgada, y puede reabrirse la investigación si aparece nueva información conducente. En este punto, los defensores ven como problemático que aquellos casos que se archivan pueden ser desarchivados en cualquier momento, dentro del plazo de

14 A la fecha de elaboración de este informe, de un total de 115.731 legajos de investigación que han sido creados en el sistema informático desde la implementación de la reforma, por denuncias, vistas y actuaciones policiales recibidas (un promedio de 2104 legajos por mes), se encuentran activos 9.655 legajos (esto es un 8,35%) en todas las unidades fiscales, la oficina de ejecución penal (en la que hay 2.063 legajos, esto es el 21% de los 9655 activos), la unidad de coordinación y jefatura, y la fiscalía general. Los legajos activos son aquellos que se encuentran en investigación, etapa intermedia, juicio, suspensión de juicio a prueba, o ejecución de la pena (estos últimos dos en la oficina de ejecución). Cuando un legajo se cierra (y deja de estar activo) es porque ya no hay nada para hacer en él, esto es porque se archivó, aplicó un criterio de oportunidad, desestimó, sobreseyó o cumplió y agotó la pena impuesta.

prescripción, y no sea posible solicitar el sobreseimiento de los imputados en tales hipótesis. Al respecto sostienen que, en aquellos casos en los que evidentemente es imposible obtener nueva evidencia, debería ser sobreseído quien estuvo bajo investigación, aún preliminar, ya que, si bien es cierto que no se formalizó la investigación preparatoria en su contra (al no haberse formulado cargos), la persona fue investigada, por lo que, de conformidad con el Art. 48¹⁵ del Código Procesal ha tenido carácter de imputado, violándose su derecho a obtener un pronunciamiento definitivo sobre su situación en un tiempo razonable, sobre todo en los casos de delitos con plazos largos de prescripción.

Por otra parte, se observa como práctica común entre los fiscales que durante el plazo de averiguación preliminar éstos realicen todos los actos de investigación, que resulten necesarios para obtener no sólo evidencia que les permita formalizar la investigación preparatoria, que es la finalidad de esta etapa, sino también la necesaria para poder sostener una acusación. En muchos casos¹⁶ la investigación preliminar se realiza sin control alguno de la defensa, ya que se ordena al imputado designar defensor recién cuando la investigación está concluida, a los fines de llevar adelante la audiencia de formulación de cargos. Esto trae como consecuencia que, en muchos casos, al momento de formular los cargos, el fiscal ya tiene recabados los elementos probatorios para acusar, y en reiteradas oportunidades acusa a los pocos días de formular cargos, pese a no haber planteado un plazo menor de investigación en la audiencia de formulación, vedando la posibilidad de la defensa tanto de discutir el plazo en esa oportunidad, como de realizar su propia investigación o controlar la investigación fiscal, que en ese momento ya está casi finalizada. Estos casos han sido resueltos de dos maneras diferentes por parte de los jueces de garantías, ante planteos formulados por los defensores: En algunos casos se ha declarado la nulidad de la acusación, por extemporánea (por haber sido presentada antes del plazo establecido) y se ha ordenado al fiscal respetar el plazo de investigación, dando a la defensa la posibilidad de ofrecer prueba de descargo y de realizar su propia investigación dentro del mismo plazo. En otros casos se ha resuelto tener por presentada la acusación y por ofrecida la prueba del fiscal, dando a la defensa el plazo restante -hasta los cuatro meses- o el que el juez establezca, para que finalice su investigación y ofrezca la prueba que hace a su teoría del caso.

15 El Art. 48 del C.P.P. establece que “se denominará imputado a toda persona a quien, mediante denuncia, querrela o cualquier acto del procedimiento del fiscal o de la Policía, se señale como autor o partícipe de un delito, o sin ser señalado, aquel contra quien se practique actos de investigación”.

16 En aquellas investigaciones que se deben realizar actos irreproducibles o entrevistas en cámara gesell a menores de edad, por ejemplo, siempre se designa abogado defensor durante la etapa de averiguación preliminar, pero en los demás casos no siempre es así, y sólo se designa en momentos iniciales si el imputado comparece espontáneamente.

Oralidad y calidad de la litigación

De conformidad con el nuevo sistema procesal penal, todas las peticiones y planteos de las partes son debatidas y resueltas por los jueces en audiencias orales, públicas y sujetas a la posibilidad de contradicción, ya sea durante la etapa de investigación (sea preliminar o ya formalizada), como en la intermedia y la de juicio.

Las audiencias principales a lo largo del proceso penal¹⁷ -y las que se realizan con mayor frecuencia- son las de control de la detención, de formulación de cargos, de discusión de medidas de coerción o cautelares, de control de la acusación, de suspensión de juicio a prueba, de procedimiento abreviado, de sobreseimiento y de juicio (unipersonal, con tribunal colegiado o con jurados populares); por lo que sólo analizaremos en este informe cómo se llevan adelante, en la práctica, este tipo de audiencias.

Todas las audiencias efectivamente se realizan con debates orales y públicos, en salas de audiencias predispuestas para ello. Todas las audiencias se registran en video, al que las partes tienen acceso a través de un sistema informático. Durante las audiencias siempre hay presente un operador de sala, dependiente de la Oficina Judicial penal, que es el/la responsable del registro y de la confección de un acta, con los datos mínimos de la audiencia, esto es el objeto de la audiencia, las partes presentes, el/la juez/a que dirige la audiencia, y manifestaciones, peticiones, y resoluciones. El acta es muy somera, en tanto el registro será el video, y no es firmada por las partes y el juez, sino que es agregada en el sistema informático al legajo del caso.

17 De acuerdo al Código Procesal, además de las referidas como las más importantes, las audiencias que pueden llevarse adelante son las siguientes: De actividad procesal defectuosa, para resolver acerca de la nulidad o validez de un acto de investigación. De acuerdo de juicio directo. De acuerdo parcial. De admisibilidad de la prueba controvertida en la determinación de la pena. De anticipo jurisdiccional de prueba. De control de acusación. De control de detención. De control de las decisiones fiscales de desestimar o aplicar un criterio de oportunidad. De control de la investigación. De control extraordinario. De controversias sobre acusación única ante varios acusadores. De cuestionamiento de la competencia territorial. De definición sobre prueba en el recurso. De desarrollo de juicio por jurados. De determinación de la pena, cuando se ha declarado previamente la responsabilidad penal. De ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena. De extradición en el país. De formulación de cargos. De habeas corpus. De impugnación. De instrucciones para que delibere el jurado. De juicio. De lectura de sentencia. De medidas cautelares. De medidas de coerción. De medidas de seguridad. De modificación y revisión de las medidas cautelares. De petición de sobreseimiento. De preparación del juicio (ordenatoria). De procedimiento abreviado. De procedimiento para la aplicación de una medida de seguridad. De procedimientos complejos, para su autorización y la fijación del plazo. De prueba en caso de reenvío (nuevo juicio). De queja por denegación de recurso. De recusación o excusación. De regulación de honorarios. De revisión de las decisiones de ejecución. De revisión de la prisión preventiva. De revisión de sentencia. De revocación de instituto concedido (en los casos de ejecución condicional de la pena). De selección de jurados. De suspensión de juicio a prueba y de incumplimiento, modificación o revocación de la suspensión del juicio a prueba o de la extinción de la acción penal por su cumplimiento total.

No es, ni sería posible (ni siquiera pensable a esta altura), realizar audiencias en los despachos de los jueces, sin la presencia de alguna de las partes, que después “firma el acta”, y donde lo importante es la forma del acta y no el acto de la audiencia.

Si bien, como ya veremos, se pueden observar problemas en torno a la calidad de la litigación durante las audiencias, desde la implementación de la reforma los operadores han asumido la práctica de la audiencia oral, con debate y contradicción, como la única metodología a través de la cual el/la juez/a puede tomar decisiones durante todo el proceso.

No puede valorarse de una manera homogénea la calidad actual de la litigación en las audiencias, sino que esta varía, dependiendo del tipo de audiencia que se trate, del caso que se litiga y del/la fiscal, defensor/a o querellante que participa.

Los/as operadores/as (jueces, fiscales y defensores/as públicos/as y privadas) entrevistados/as refieren que, en comparación con otros lugares que conocen, la calidad de la litigación en audiencias en la provincia de Neuquén es muy buena, pero que mirando sólo hacia adentro, en términos generales, la litigación es de buena a regular. Todos/as sostienen que se ha avanzado, y mucho, pero que aún falta un largo camino por recorrer.

Analizando los registros estadísticos, interesa destacar la cantidad de audiencias que se realizan anualmente, lo cual es importante si se tiene en cuenta que es la única metodología para tomar decisiones jurisdiccionales en nuestro sistema. Así, el informe estadístico de la Ofiju penal del año 2.017¹⁸ relevó un total de 6.613 audiencias de todo tipo en toda la 1° jurisdicción, esto es un promedio diario de 28 audiencias, lo que se corresponde a una audiencia diaria por fiscal y/o asistente letrado, teniendo en cuenta que a la fecha del informe hay 14 fiscales y 14 asistentes/as letrados/as.

Audiencia de Control de detención.

Nuestro ordenamiento procesal establece que el fiscal podrá ordenar la detención de una persona, cuando existan suficientes indicios para sostener, fundadamente, que es autor o partícipe de un delito y exista riesgo de que no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación. La detención no podrá extenderse por más de veinticuatro horas y, durante ese plazo, si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción, deberá solicitarlo al juez en una audiencia; en caso contrario ordenará la libertad. Asimismo, el Código establece que, si el imputado se encuentra detenido, la formulación de cargos se debe hacer dentro de las veinticuatro horas.

En la práctica, cuando el fiscal ordena la detención de una persona, normalmente por una aprehensión previa en flagrancia, es a los fines de llevar a cabo, dentro las

¹⁸ Se anexa el informe estadístico oficial correspondiente al año 2.017, respecto a las audiencias realizadas durante el período (Anexos 1, 2 y 3)

veinticuatro horas, la audiencia de formulación de cargos y, de ser el caso, de solicitud de aplicación de una medida cautelar o de coerción.

En estas audiencias, que siempre son de formulación de cargos y control de la detención, el/la juez/a sólo controla el cumplimiento de los plazos legales, esto es que la audiencia se esté realizando dentro de las 24 hs. desde que la persona está detenida, si la defensa plantea que dicho plazo se ha excedido. También la defensa puede cuestionar la legalidad de la detención, esto es si se la aprehensión se produjo en un supuesto de flagrancia o cuasiflagrancia o si la orden fue dictada legalmente por la autoridad competente (esto es, el fiscal), con fundamento para ello, pero estos planteos raramente se realizan.

Por regla, el/la juez/a no controla de oficio si hubo apremios ilegales en contra del imputado, ni revisa si se le informaron sus derechos. Alguno jueces suelen hacerlo cuando evidentemente el imputado ha recibido malos tratos, porque tiene signos visibles de golpes; en esos casos se le consulta sobre el origen de las lesiones o heridas, y si son por golpes recibidos en la comisaria o por parte de policías, y les informan que pueden realizar una denuncia por estos hechos, pero no más que eso.

Audiencia de formulación de cargos.

El objetivo de la audiencia de formulación de cargos es formalizar la investigación en contra de una o más personas, informando o poniendo en conocimiento del o los imputados, con la presencia de su abogado defensor, el hecho que se le atribuye de manera circunstanciada, el grado de participación atribuido, la calificación jurídica (provisoria en este momento) del hecho, y la información o evidencia que sustenta la formulación en su contra. Como ya dijimos, si el imputado se encuentra detenido la formulación de cargos se debe realizar dentro de las veinticuatro (24) horas, y en esa audiencia el juez debe realizar también un control de la detención de la persona, aun cuando el Código Procesal no lo estipule expresamente.

En línea general, en estas audiencias, los fiscales hacen relatos coherentes, claros y simples de los hechos, con un lenguaje sencillo y que los imputados comprenden, relatan cuál es la evidencia en que basan la formulación, y califican jurídicamente de manera correcta.

Suele observarse, como una práctica defectuosa, que la mayoría de los fiscales llevan por escrito el relato del hecho, la evidencia y la calificación jurídica y en la audiencia leen ese escrito. En gran medida, manifiestan hacer esto para evitar planteos futuros de falta de congruencia entre el hecho por el cual se formuló y el hecho por el cual se acusa.

En algunos casos, suele observarse que los hechos son relatados haciendo referencia a la prueba recolectada¹⁹.

En algunos casos en los que la fiscalía ha presentado una deficitaria descripción de los hechos, los/as jueces, de oficio o a pedido de la defensa, intervienen pidiendo aclaraciones. Si bien esta es una audiencia eminentemente “informativa”, y no necesariamente contradictoria, la defensa puede, además de solicitar precisiones, controvertir diversos aspectos. Así, la defensa puede solicitar que se precisen o especifiquen cuestiones acerca de las circunstancias fácticas, en aquellos casos que el relato del fiscal no resulta preciso o no estuviese circunstanciado, en lo referido al modo, tiempo y lugar de comisión, o al grado de participación del imputado. Pueden también cuestionar que el hecho imputado no es delito, ya sea porque no es típico o porque no satisface algún otro elemento. Además, puede controvertir la calificación jurídica elegida por el fiscal, tanto en lo referido al tipo penal como a la clase de concurso elegido, real o ideal, por ejemplo; esto sobre todo cuando es evidente que la calificación jurídica o el grado de participación atribuido es errónea, independientemente de la evidencia recolectada, y en función del relato del hecho.

También puede cuestionar y controvertir la capacidad que tiene la evidencia para fundar la formalización de una investigación penal en contra de su defendido, siempre que esto no implique la valoración de toda la evidencia recolectada por parte del juez.

En la práctica se observa que, en estas audiencias, como regla general, la defensa no cuestiona los hechos, salvo cuando el relato del fiscal no ha sido preciso, ni tampoco el peso de la evidencia para dar sustento a la formalización de la investigación, aunque si suelen cuestionar la calificación jurídica elegida por el fiscal, y en esos casos este punto es litigado.

Los jueces entrevistados señalan a estas audiencias como aquellas en las que menos problemas o deficiencias -en términos de litigación- se observan; coinciden también en que si hay controversia, las discusiones se dan en concreto, respecto al caso, y no en abstracto.

Otro punto a litigar también en estas audiencias, es el plazo de investigación. En ciertas ocasiones los fiscales plantean cuatro meses de investigación, y los defensores plantean que, por la evidencia que la fiscalía informó que resta recabar, el plazo de cuatro meses es excesivo; otras veces plantean lo contrario, cuando la fiscalía informa

19 Por ejemplo, en vez de relatar “*el día x a las x hs. en el interior de la casa ubicada en la calle x, el sr. X agredió a su ex pareja Y con un cuchillo, cortándole el pómulo derecho y provocándole una herida cortante de 3 cm, que le acarreó una inutilidad para el trabajo de 7 días*”, se relata “*La Sra. Y denunció a su ex pareja, manifestando que el día x en x lugar, este la agredió con un cuchillo, cortándole el pómulo derecho, provocándole lesiones que fueron certificadas por el Dr. x, como una herida cortante de 3 cm, determinando la pericia médica que la lesión le produjo 7 días de inhabilitación para su trabajo*”.

un plazo menor de investigación, se oponen requiriendo un plazo mayor, para poder llevar adelante sus propias investigaciones.

Los/as defensores/as manifiestan que, cuando la persona está detenida, para ellos/as es complicado acceder al legajo dentro de las 24 hs.²⁰, por lo que en el momento de esta audiencia no siempre cuentan con toda la información necesaria para diseñar una estrategia defensiva o cuestionar los hechos o la evidencia del fiscal. Cuando la formulación de cargos es hacia una persona que no está detenida, la defensa no sólo tiene más posibilidades de conocer el legajo del fiscal con anticipación, sino que además puede realizar su propia investigación, desde antes de la audiencia de formulación de cargos, y llegar a la misma con una teoría del caso alternativa, o con cuestionamientos a la fiscalía.

Los jueces intervienen activamente durante estas audiencias, solicitando información fundada a las partes, para poder decidir ante una controversia. Asimismo, la mayoría de ellos le explica al imputado, en términos sencillos, el objetivo de la audiencia, y los derechos que tiene durante la misma. Varios jueces, luego de la formulación por parte del fiscal, les preguntan al imputado si comprendieron el hecho, la evidencia y la calificación jurídica, y, en algunos casos, parafrasean lo relatado por el/la fiscal, a los fines de chequear esa comprensión.

Audiencia de Medidas cautelares.

En las audiencias de medidas cautelares o de coerción, sobre todo en las de discusión de prisión preventiva, se respeta la estructura de discutir primero el supuesto material y luego el procesal, aunque normalmente la controversia se centra en el supuesto procesal, más que en el material.

El supuesto material se discute superficialmente, la fiscalía normalmente hace un relato del hecho y enuncia la evidencia recolectada hasta el momento, sin llevar a cabo una valoración específica acerca del grado de convicción de la misma, como para poder sostener la existencia del delito y que, razonablemente, el imputado es autor o partícipe. La defensa suele no discutir si la evidencia alcanza un estándar de probabilidad suficiente.

A diferencia de lo que se sucede con la discusión sobre el supuesto material, la discusión acerca del peligro procesal es muy controvertida. De acuerdo al caso, se puede discutir el peligro procesal por entorpecimiento, por peligro de fuga, y, en menor medida, por riesgo para la integridad de la víctima o de su familia.

En general, se observa que las discusiones son coherentes, en el sentido que si la fiscalía plantea riesgo de fuga por falta de arraigo, es sobre ese punto (el arraigo) que tanto fiscalía como defensa discuten y argumentan.

²⁰ Esto depende de la fiscalía que se trate, así como del hecho que se investigue.

A los fines de discutir los riesgos procesales, principalmente los vinculados con la falta de arraigo, las fiscalías suelen contar con poca información sobre la situación personal del/a imputado/a, y no cuentan con un servicio dentro del Ministerio Público Fiscal, que se encargue de esta búsqueda. En algunos casos se suele recurrir a personal policial, para que realice la búsqueda de esta información. La defensa cuenta con una Oficina de Gestión Penal, que tiene como una de sus funciones la de recabar evidencia sobre el arraigo del imputado, que luego pueda ser valorada en las audiencias por los defensores, cuestionando el riesgo procesal invocado por la fiscalía, pudiendo lograr, de ese modo, que sus pretensiones resulten acogidas por el/la juez/a.

Los riesgos procesales que suelen invocar los fiscales para el peligro de fuga se basan principalmente en la conducta previa del imputado durante el proceso, valorando si este ha sido declarado rebelde con anterioridad, si ha sido muy difícil notificarlo o localizar su domicilio, o si se ha intentado dar a la fuga en el momento del hecho.

Para la fiscalía, cuando es el caso, la discusión sobre el peligro de entorpecimiento o de riesgo de la víctima o su familia, suele ser más fácil de dar, ya que la evidencia puede ser recabada de otro modo; por ejemplo, con declaraciones de la víctima y/o sus familiares, las constancias de expedientes del fuero de familia, declaraciones de testigos o peritos en contra del imputado.

En el caso que se resuelva una medida de coerción como la prisión preventiva, siempre se debe fijar el tiempo de duración. La resolución que ordene o mantenga la prisión preventiva puede ser revisada, a pedido del imputado o su defensor, por otros tres magistrados del Colegio de Jueces; la solicitud debe realizarse inmediatamente, y la audiencia cumplida en el término de cinco días.

Las resoluciones que imponen rechacen o sustituyan una medida cautelar son revocables o reformables en cualquier estado del procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso que se haya dictado una prisión preventiva basada en la existencia de riesgo de entorpecimiento, en referencia a determinadas diligencias, luego de que las diligencias que corrían riesgo de no poder ser realizadas, son llevadas a cabo, la defensa suele solicitar la modificación de la medida de coerción impuesta. Del mismo modo, cuando las circunstancias que indicaban falta de arraigo se modifican, la defensa suele solicitar la modificación. Una situación especial que se observó es que en ciertos casos en los que la fiscalía, pese a haber referido entorpecimiento para fundar la prisión preventiva, no realizó las medidas probatorias –que corrían riesgo de no poder realizarse y fundaron el dictado de la medida- en un plazo razonable, la defensa solicitó audiencia de modificación, expuso esta situación y, en algunos casos, se revocó la medida y se aplicó una de menor severidad.

Es una mala práctica, que cada vez se observa menos, que la defensa solicite una audiencia de modificación de la prisión preventiva, pretendiendo invocar que las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de su dictado han variado, sin dar

fundamentos para ello. Más allá que en esos casos las peticiones son rechazadas, estas prácticas, en un sistema como este, genera que lo/as defensores/as pierdan credibilidad ante los/as jueces/as.

Audiencia de Salidas alternativas:

En nuestro sistema existen diversas posibilidades para finalizar los casos a través de una salida alternativa al juicio, entre ellas encontramos la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado, el cual puede realizarse por acuerdo pleno, o por acuerdo parcial.

Audiencias de Suspensión del proceso a prueba o probation:

La procedencia de esta salida alternativa, siempre que se den los supuestos legales, establecidos en el Título XII del Código Penal y el Art. 108 del Código Procesal, requiere la conformidad del imputado y de la Fiscalía. El/la juez/a puede rechazar la suspensión sólo cuando exista oposición motivada y razonable del fiscal.

Por regla, las audiencias de probation se producen de común acuerdo, y no es común observar casos en los que la defensa solicita el beneficio y el o la fiscal se opone, dejando al juez la resolución al respecto. Si suele suceder que, en los casos con querellante, este se oponga, estando fiscalía y defensa de acuerdo en la salida alternativa; en esos casos, al estar de acuerdo el/la fiscal, el querellante es escuchado, pero el/la juez/a otorga el beneficio.

Cuando la audiencia se realiza de conformidad entre las partes, la parte que solicita la aplicación del instituto brinda al juez/a los fundamentos de procedencia, indicando que se cumplen los requisitos objetivos de procedencia, y le informa las reglas de conducta y el plazo de suspensión, que han consensuado previamente. No es una práctica que se observe en el sistema que las partes lleguen a un acuerdo para aplicar la salida alternativa, pero litiguen respecto a una o más reglas de conducta a aplicar, o al tiempo de duración de la suspensión, planteando previamente en la audiencia que no logran consensuar ese punto, pero que prefieren adoptar el beneficio, aceptando ambas lo que el juez resuelva sobre ese punto donde hay contradicción.

El o la juez/a siempre controla que el imputado preste su conformidad, y le explica la finalidad y los efectos del beneficio, así como las consecuencias que acarrea no cumplir con las reglas de conducta establecidas.

Además, de acuerdo al delito que sea, controla que la víctima haya sido informada acerca del beneficio que se otorgará al imputado. En los casos de violencia de género, además de informar el beneficio, la fiscalía requiere que la víctima esté conforme con la salida alternativa, por lo que se le explican personalmente los alcances y los beneficios que tiene en su caso concreto aplicar esa salida, que lleva al/la fiscal a tomar esa decisión.

Algunos/as defensore/as observaron que las fiscalías muchas veces acusan y, en la audiencia de control de la acusación presionan para llegar a una salida alternativa, sin que esto haya podido ser discutido con mayor tiempo y profundidad. Se observa como problemático que los Ministerios Públicos no cuenten con resortes o mecanismos formales para la negociación de las salidas alternativas, ya sea a través de una oficina especializada, o de una persona dentro de cada unidad fiscal o equipo de defensa,

Tanto en la Ofiju penal como en el Ministerio Público Fiscal existen oficinas de ejecución penal, encargadas de la comunicación del beneficio (Ofiju) y del seguimiento. El organismo encargado de ejecutar todo lo necesario para lograr el cumplimiento de las reglas de conducta es la Dirección de Población Judicializada, dependiente del Poder Ejecutivo Provincial. En dicha dirección se realizan las presentaciones, se indica aquellas organizaciones a donde deben realizarse las tareas comunitarias, se gestionan los turnos para comenzar con tratamiento psicológico, por ejemplo, y se controla su efectivo cumplimiento, a los fines de informar a la Ofiju penal y al Ministerio Público Fiscal. Ante un informe de incumplimiento, el Ministerio Público Fiscal solicita audiencia a los fines de la revocación de la medida, por parte de la jueza de ejecución penal, quien puede llamarle la atención al imputado o revocar el beneficio.

Audiencias de Procedimiento abreviado.

Nuestro Código prevé la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado cuando el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento, siempre con previa asistencia de su defensor; además el fiscal y el querellante deben manifestar su conformidad y la pena acordada no debe superar los seis años de privación de libertad. El juez no puede aplicar una pena superior a la acordada.

Del mismo modo que lo que ocurre en el caso de las suspensiones de juicio a prueba, el control que realiza el o la juez/a con respecto a los acuerdos que les presentan las partes, se centra en verificar si se cumplen los requisitos objetivos de procedencia establecidos por la ley. Además, en tanto la sentencia no puede fundarse exclusivamente en la aceptación de los hechos por parte del acusado, el fiscal durante la audiencia debe indicar la evidencia recolectada, que permite fundar la responsabilidad penal del imputado y la pena acordada, lo cual también es valorado por el juez para aceptar el acuerdo, y condenar.

Igualmente, el/la juez/a siempre controla que el imputado preste libre e informadamente su conformidad al acuerdo, le pregunta si admite los hechos por los cuales va a ser condenado, y le hace saber los alcances de la sentencia y la pena que se le aplicará, sobre todo si esta es de cumplimiento efectivo.

En los casos de suspensión de juicio a prueba, como en los de penas de ejecución condicional, las reglas de conducta que suelen aplicarse no siempre están asociadas al

conflicto primario del/a imputado/a y víctima; esta vinculación se observa más en los delitos cometidos en un contexto de violencia de género, doméstica o vecinal, en los que se establecen como regla de conducta la prohibición de acercamiento o de ejercer actos de violencia o intimidación en contra de la víctima o su grupo familiar, por ejemplo.

Por otra parte, si se observa que el/la juez/a tome en consideración aspectos personales de las partes para fijar las medidas, en la medida que esto sea planteado por las partes, especialmente por la defensa.

Si bien la última oportunidad para plantear ambas salidas alternativas es la audiencia de control de acusación, se observa en muchos casos que entre la audiencia de control de acusación y la de juicio, e incluso en la audiencia de juicio, las partes plantean haber llegado a un acuerdo en aplicar esta salida y la mayoría de los jueces lo aceptan y resuelven por su procedencia. Otra práctica es llegar a la audiencia de control de acusación sin haber dialogado previamente acerca de la posibilidad de aplicación de alguna salida, y en la audiencia plantear la posibilidad y solicitar su suspensión, a los fines de buscar un acuerdo, con el consiguiente desgaste que significa las suspensiones de audiencia.

Por otra parte, los/as defensores coinciden en que hoy, cuando tienen una teoría del caso propia, los imputados prefieren ir a juicio y no realizar un acuerdo; observan que a esta altura de la reforma los imputados comprenden cómo funciona el sistema, acerca del rol activo que deben y pueden tener las defensas y, en los casos en donde pueden discutir la prueba de la fiscalía o realizar una investigación propia, prefieren esto, para ir a juicio.

Audiencia de control de acusación. Etapa intermedia

En esta audiencia, la fiscalía y la querrela deben explicar la acusación y proporcionar los fundamentos de la misma. La defensa puede objetar la acusación por defectos formales, solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa, oponer excepciones o solicitar el saneamiento o la declaración de invalidez de un acto. También puede proponer una reparación concreta, siempre que no hubiere fracasado antes una conciliación, o instar el sobreseimiento, siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral. En la audiencia se examinan además los ofrecimientos de prueba, siendo admisible la prueba que se refiere directa o indirectamente al objeto de la investigación y resulte útil para descubrir la verdad. El juez puede limitar los medios de prueba ofrecidos, cuando ellos resulten manifiestamente sobreabundantes. Cada parte puede formular solicitudes y planteamientos con relación a las pruebas ofrecidas por los demás. Las partes pueden también solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio, esto es que podrán establecerse convenciones probatorias.

El juez debe admitir o rechazar las pruebas y expedirse respecto a las convenciones probatorias. Sólo pueden ser excluidas las manifiestamente impertinentes, por ser notoriamente ajenas al objeto procesal, sobreabundantes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios. El juez excluirá también las pruebas que provengan de actuaciones declaradas inválidas y las que se hubieren obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales. Lo resuelto en esta audiencia es irrecurrible, sin perjuicio de hacer reserva de impugnación de la sentencia.

Entendemos que esta audiencia debería ser central en el sistema, no habiéndose configurado hasta ahora como una audiencia con alto grado de contradicción. La fiscalía, más que valorar la prueba y fundar el grado de convicción (probabilidad) que ha alcanzado, como para haber acusado y, en consecuencia, llevar el caso a juicio, describe el o los hechos, su calificación jurídica y la prueba con la que ha de valerse; explicando más detalladamente, en un segundo momento de la audiencia, la pertinencia y relevancia de cada evidencia propuesta.

El/la juez/a adopta un rol activo en el control de la prueba presentada por la acusación. Una entrevistada observó al respecto que los/as jueces/as deberían “marcar más la cancha”, exigiendo a la partes información de calidad, en lo referido a la valoración de la prueba y a los criterios de confiabilidad de la evidencia ofrecida.

Los/as entrevistados valoraron que, en general, la calidad de litigación de estas audiencias no es buena y sólo suelen discutirse cuestiones referidas a la pertinencia y la sobreabundancia de la prueba ofrecida por la otra parte.

Tanto jueces/as, fiscales y defensores/as entrevistados manifestaron que en estas audiencias, como en las de juicio, sólo se trabaja y discute sobre la prueba del hecho (y no siempre se hace bien) no habiendo discusiones jurídicas (procesales y sustanciales); según su opinión, en casos donde efectivamente estas discusiones podrían haberse dado, no se dieron, y en los casos que se han dado, no han sido buenas, en términos de calidad.

Si bien esta audiencia debería utilizarse como la última instancia para llegar a acuerdos entre las partes (de probation o de procedimiento abreviado), ya que la ley así lo establece, como ya adelantamos, luego de esta audiencia si las partes llegan a salidas alternas, los jueces aceptan estos acuerdos. Por otra parte, muchas audiencias de control se suspenden, ya que recién en esa ocasión, pese a haber tenido meses para hacerlo, la fiscalía y la defensa revisan la posibilidad de una salida alternativa, sin venir preparadas para ello, por lo que solicitan suspender la audiencia para ponerse de acuerdo.

Audiencia de Juicio oral

Por regla general, se advierte que las partes durante las audiencias de juicio tienen una estrategia sobre el caso; aunque algunos operadores entrevistados opinaron

que esto no siempre sucede, y que hay casos en los que se observa una escasa preparación de los casos para ir al juicio, tanto desde la fiscalía como desde la defensa.

Asimismo, si bien es evidente cómo se ha avanzado en términos de técnicas de litigación por parte de fiscales y defensores/as públicos/ y privadas, aún se siguen observando ciertas deficiencias en la litigación de los casos.

En algunos juicios la presentación de los casos no suele ser clara, lo cual genera un problema de comprensión de la pertinencia de la evidencia que se presenta luego, por parte de los jueces/as.

La calidad de los exámenes y contraexámenes es de buena a regular. Un juez entrevistado refirió que en ciertos casos parece que no se sabe porque la parte que examina (fiscal o defensa) pregunta lo que pregunta, ni sabe la respuesta que el/la testigo/a dará; y, lo que es peor, en el contraexamen, la otra parte hace las preguntas que pudo haber hecho el/la otro/a, y no hizo, beneficiando la teoría del caso de la contraparte.

Asimismo, se refirió que hay situaciones en las que pareciera que el/la litigante (fiscal o defensa) no conoce a sus testigos y, por ende, no sabe qué pueden aportar a la teoría del caso, por lo que las preguntas son improvisadas.

Durante toda la audiencia, el/la juez/a asume un rol pasivo, y nunca introducen preguntas. En ciertos casos se observa que en la resolución los jueces hacen alusión a ciertos defectos de litigación de alguna de las partes, que, para ellos/as han contribuido a que tomen las decisiones en el sentido que lo han hecho, pero durante las audiencias no realizan actividad alguna que supla estas deficiencias, lo cual es destacable.

Dependiendo del caso, el juez dicta sentencia inmediatamente, pudiendo extenderse hasta dos días la deliberación.

Es frecuente que durante esta etapa las partes planteen haber arribado a un acuerdo, siendo esto aceptado por la mayoría de los jueces.

Por otra parte, Neuquén fue la primera provincia del país en implementar un sistema de enjuiciamiento mediante juicios por jurados populares clásico, para aquellos casos en los que la fiscalía tenga la pretensión de solicitar el juicio una pena superior a los quince años de prisión, y se trate de un delito contra la integridad sexual o que tenga como resultado la muerte o lesiones gravísimas de la persona²¹.

En esta clase de juicios, participan doce jurados titulares y cuatro jurados suplentes designados, un/a juez/a técnico, el/la fiscal, el acusado/a, su abogado/a defensor, eventualmente el abogado/a querellante, los testigos y peritos.

El juicio se desarrolla en dos etapas. En la primera fase el jurado popular determina si existe un hecho delictivo y si la persona es culpable o no culpable del

21 En el siguiente link se puede acceder al Manual Ciudadano de Juicios por Jurados: https://drive.google.com/file/d/0B4BxPwVpg_uVdTdROGfTUKdFdnc/view?pli=1

mismo. En caso que el jurado popular determine que la persona es culpable se realiza una segunda fase, sin intervención del jurado popular, donde se fijará la pena.

En esta clase de juicios es donde actualmente se observa una mejor calidad de litigación, por parte de los fiscales principalmente, y dónde se hace más evidente la necesidad de poder utilizar un lenguaje accesible para lograr que los jurados comprendan el caso, y evalúen su acreditación, con la prueba presentada²².

Según un informe preliminar sobre juicios por jurado que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén elaboró en conjunto con el INECIP y la profesora e investigadora Valerie Hans de la Universidad de Cornell, NY el 84% de los jurados se sintió orgulloso de haber desempeñado ese rol; la mayoría de los jurados manifestó no haber tenido problemas para comprender la prueba, el testimonio de los testigos, a los abogados de las partes y a los jueces, al tiempo que reconoció, en un 95%, que las instrucciones de los jueces fueron útiles. Sólo una minoría de los jurados (20%) manifestó que tuvo dificultades para comprender la prueba²³.

Audiencias en la etapa de recursos y de ejecución:

En el sistema penal neuquino todos los recursos se sustancian en audiencias orales. Si bien el recurso debe presentarse por escrito, se funda y controvierte en una audiencia oral y pública, ante el tribunal de impugnación.

Igualmente, todos los procesos en la fase de ejecución de la pena se sustancian también en audiencias orales ante una jueza de ejecución penal. El Ministerio Público Fiscal posee una Oficina de ejecución penal, que es a dónde se remiten todos los casos cuando tienen condena (efectiva o condicional) o suspensión de juicio a prueba, a los fines de litigar las cuestiones que puedan originarse. Estos casos son litigados por funcionarios de la oficina de ejecución o el fiscal jefe a cargo y, en caso de persona privada de su libertad, la defensora pública de ejecución, o los defensores que intervinieron en el caso, por ante la Jueza de Ejecución penal

Protección del sistema de garantías del imputado

El/a defensor/a puede actuar en el proceso desde el primer momento de la investigación preliminar, pero esta intervención se hace posible de manera efectiva, cuando el imputado toma conocimiento de la investigación en su contra. Y no siempre

22 En el siguiente link se puede acceder a un informe de análisis de los juicios por jurados realizados durante el primer año de la reforma, elaborado por Leticia Lorenzo, quien en ese entonces era directora de la escuela judicial, y actualmente es jueza de garantías:

<http://archivo2017.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/11/UN-A%C3%91O-DE-JUICIO-POR-JURADOS-EN-NEUQU%C3%89N-.Leticia-Lorenzo.pdf>

23 <http://www.jusneuquen.gov.ar/untitled-36/>

el/la fiscal notifica a una persona que se ha iniciado una averiguación preliminar en su contra. Así, puede suceder que la fiscalía desarrolle una investigación preliminar en contra de una persona, sin que esta lo sepa, y tome conocimiento recién cuando sea citado a designar defensor, porque se ha decidido formularle cargos. Pero puede ocurrir que en los primeros momentos de la investigación preliminar se deba realizar un acto de investigación irreproducible o se deba entrevistar a un/a niño/ en cámara gesell, por lo que, en ese caso, se ordenará la intervención del defensor desde ese primer momento.

Las intervenciones que los/as defensores realizan en las audiencias depende del tipo de audiencia que se trate.

Normalmente se entrevistan con el/la imputado/a de forma previa a la audiencia de control de detención, aunque suelen hacerlo minutos antes de empezar la misma, pese a que en muchas ocasiones podrían haberlo hecho con más tiempo.

Como ya referimos, suelen presenta prueba propia en la audiencia de medidas cautelares, y tienen una unidad especial para recabar esa evidencia, de ser posible.

No se suele cuestionar la relevancia de la información aportada por el/la fiscal en la etapa intermedia;

Si suelen presentar planteos sobre el acceso a la carpeta de la fiscalía durante la investigación; aunque por reglar los fiscales posibilitan dicho acceso.

En la medida que el caso lo permita, lo/as defensore/as adoptan una teoría del caso propia en el proceso, como ya referimos también más arriba.

Cumplimiento de las garantías

Imparcialidad: En todas las audiencias, se observa que el/la juez/a gestiona los intereses de las partes, y siempre cuidan de mostrarse imparcial.

Contradicción: Siempre existen posibilidades para contradecir y cuestionar la acusación.

Publicidad: A lo largo de todo el proceso, las actuaciones tienen un alto grado de publicidad.

Derecho a ser oído: El juez/a le hace saber siempre al imputado/a que puede hablar en las audiencias, y que si quiere hacerlo debe consultar primero con su abogado/a defensor/a. Siempre tratan de hablar con el/la imputado/a en un lenguaje comprensible y controlan esto, consultándole si comprenden lo que les está explicando; no se observan latinismos ni tecnicismos en sus intervenciones.

El paradigma restaurativo como una garantía del imputado.

Como hicimos referencia al inicio, el artículo 17 del Código Procesal Penal establece que tanto jueces como fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido como consecuencia del hecho típico, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social, utilizando la pena como último recurso, incorporándose para que ello sea posible una serie de institutos, que posibilitan un abordaje diferenciado de los casos ingresados al sistema penal.

Tanto la mediación como la conciliación forman parte del menú de herramientas con las que cuenta no sólo el Ministerio Público Fiscal sino también el Ministerio Público de la Defensa, a los fines de dar operatividad al mandato del artículo 17.

En el Ministerio Público Fiscal, a través de la Ley 2879, se creó el Programa de Mediación y Conciliación Penal, planteando los siguientes objetivos: Abordaje integral de los conflictos; autonomía de la voluntad; protagonismo de la partes; autocomposición; reparación del daño y mayor participación de la comunidad en la resolución de sus controversias. El Programa fue reglamentado por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo 5163, del año 2.014, y se desarrolla en todo el ámbito provincial, ya que cuenta con Oficinas en las ciudades de Neuquén, Cutral Có, Zapala, San Martín de los Andes, Junín de los Andes y Chos Malal²⁴.

Es un servicio gratuito y conducido por profesionales de diversas disciplinas que están capacitados en técnicas de comunicación. La intervención de los mediadores se da mediante la derivación de los casos por los Fiscales, pudiendo también ser solicitada por las partes, pero siempre se respeta la voluntad y el consentimiento informado de los participantes.

Por otro lado, y con la colaboración de los jueces de paz, los/as mediadores/as concurren periódicamente a realizar su trabajo en las localidades del interior, haciendo de este modo el servicio de justicia más accesible a la comunidad.

La ley de mediación penal exceptúa de este tipo de abordaje a las causas originadas por delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o cuando haya mediado violencia doméstica o de género, y no existen límites explícitos para el caso de reincidentes.

Durante el año 2.017 ingresaron al Programa de Mediación en toda la provincia 2.545 casos (1.040 en la 1° circunscripción, 315 en la 2°, 374 en la 3°, 405 en la 4° y 111 en la 5°). En ese año, en toda la provincia se celebraron 723 mediaciones, de las cuales 593 finalizaron con acuerdo y 130 sin acuerdo. En otros casos no pudo mediar: En 483 casos por inasistencia de una o las dos partes, en 475 por no aceptación de la propuesta

24 En el siguiente link se puede observar un video acerca de un abordaje diferente de un caso penal, a través del programa de mediación penal del Ministerio Público Fiscal, en la localidad de Junín de los Andes: https://www.youtube.com/watch?list=PLAVrb5FYIRJ8PCIts2Op54sjb6khLuOJY&time_continue=59&v=PCEmcZ3aWA4

de alguna o ambas partes, y en 218 casos por resultar no mediables, en función de las características del caso.

De manera paralela, el Ministerio Público de la Defensa también cuenta con un cuerpo de mediadores. La Dirección de Mediación de la defensa pública funciona desde octubre de 2016. El último semestre de 2018 se realizaron aproximadamente 500 mediaciones, con un porcentaje del 53 por ciento de resultados favorables. La relación con la el área de mediación del Ministerio Público Fiscal es buena, y refieren trabajar de manera coordinada. La mayoría de las derivaciones llegan de la Unidad Fiscal de asignación de casos, la Unidad Fiscal de Actuación Genérica y la Unidad Fiscal de Flagrancia. Los delitos que más se destacan son amenazas, lesiones, robos y hurtos. La gran mayoría de los casos que llegan no han tenido formulación de cargos previa. El mediador de la defensa que fue entrevistado destacó lo positivo de este tipo de abordaje para la solución de los conflictos en el sistema penal

Reorganización de las instituciones del sistema penal

En Neuquén existe una defensa pública muy fuerte. El Ministerio Público de la Defensa es un organismo autónomo, que se encuentra regulado en la Ley 2892²⁵, aunque, al igual que el Ministerio Público Fiscal, pertenece al Poder Judicial de la provincia.

Actualmente, la defensa pública está integrada por cuatro defensores de jurisdicción, ocho defensores públicos titulares, cuatro defensores adjuntos (que pueden litigar en todas las audiencias, salvo en las de juicio), 1 defensor penal del niño con 1 defensor adjunto, y una defensora para la etapa de ejecución penal con una defensora adjunta, que sólo trabajan con personas privadas de libertad. Además, funciona un Servicio de Gestión Penal y un Servicio de Comunicación con el ciudadano y Control de gestión

En la 1° circunscripción, los defensores se han organizado por equipos de trabajo; actualmente hay cuatro equipos. La forma de asignación de los casos no es por tipos de delitos, por especialidad o por funciones críticas, sino por turnos que duran una semana. En el caso de personas que ya han sido atendidas por un equipo (procesado o condenado) ante un nuevo delito el equipo que asume la defensa es el mismo que ya lo había atendido con anterioridad siempre que aún tenga el caso activo. El equipo 1 tiene un defensor de jurisdicción (jefe del equipo), un defensor titular y dos defensores adjuntos. En el equipo 2 el cargo de defensor de jurisdicción (jefe del equipo) actualmente está siendo concursado, y cuentan con dos defensores titulares y un

25 La ley 2.892 es la ley orgánica de regulación de todo el Ministerio Público de la Defensa, tanto civil, penal, como de los derechos del niño.

defensor adjunto. El equipo 3 tiene un defensor de jurisdicción (jefe del equipo), dos defensores titulares y una defensora adjunta. El equipo 4 tiene un defensor de jurisdicción (jefe del equipo) y tres defensores titulares.

La mayor dificultad que se observa es la falta de trabajo en equipo dentro de cada uno de los equipos, salvo en uno de ellos, en los que se puede ver que se han afianzado como grupo de trabajo y coordinan mejor que el resto la comunicación y el conocimiento de los casos. En este equipo se evidencia la capacidad de liderazgo del defensor de jurisdicción.

El servicio de gestión penal pública es lo más innovador en el Ministerio Público de la Defensa de Neuquén, desde la implementación del sistema acusatorio. Fue creado por una resolución del defensor general en el 2014. Está a cargo de un director con cargo de defensor y cuenta con tres funcionarios y un empleado. La función de este servicio es apoyar a los defensores en las investigaciones propias de ellos, esto es ir al lugar del hecho, entrevistar testigos, conseguir peritos. Además, busca evidencia respecto al arraigo de los imputados, permitiendo a los defensores litigar en los casos de medidas cautelares, especialmente las de prisión preventiva. Cuando una persona es detenida la policía se comunica con el servicio de gestión penal, y ellos remiten la información inmediatamente al defensor de turno, constatan si la audiencia (que debe realizarse dentro de las 24 hs.) es agendada y, a pedido del defensor, entrevistan al imputado en el lugar de detención, así como a su familia. Brinda a las unidades operativas apoyo técnico y operativo a la gestión de casos recabando información de interés, vinculada con la investigación criminal, a requerimiento de los defensores. Se constituyen siempre en los lugares del hecho (en los casos de homicidios o robos agravados) a los fines de recabar información, datos de testigos, fotografías, etc.

Además, la defensa pública cuenta con un equipo técnico interdisciplinario, que brinda apoyo y asesoramiento científico-técnico a los defensores, colaborando con información de ese tipo (científico técnico) para armar y sostener una teoría del caso, así como para litigar medidas cautelares. Tiene tanto carácter de consultor (en el momento de la elaboración de una hipótesis defensiva) como de perito (en el caso que sea llevado a juicio) o como testigo experto (para valorar pericias realizadas por otros profesionales)

Por último, la oficina de control de gestión brinda asesoramiento y asistencia al defensor general de la provincia en el diseño de políticas del Ministerio Público de la Defensa, para lograr un servicio de defensa efectivo, de calidad y orientada al usuario (asistido/defendido). Coordina la asistencia y apoyo técnico jurídico a los defensores, a través de una persona que se dedica a la búsqueda de jurisprudencia y material doctrinario de utilidad para la construcción de la teoría del caso de los defensores, esto también siempre por pedido de los defensores

Como mencionamos al inicio, a partir de la implementación de la reforma también han existido cambios en la organización de la judicatura, habiéndose establecido como órganos jurisdiccionales los siguientes: el Tribunal Superior de Justicia, un Tribunal de Impugnación, Tribunales de Juicio (unipersonales o colegiados), Tribunales de Jurados Populares, Jueces de Garantías y Jueces de Ejecución Penal.

Todos los jueces, salvo los que integran el Tribunal Superior, el Tribunal de Impugnación, los jueces de Ejecución, y los de Niños, Niñas y Adolescentes, se organizan en dos Colegios de Jueces, uno con competencia en la 1° Circunscripción Judicial y otro con competencia en las restantes circunscripciones.

Los jueces del Tribunal de Impugnación constituyen un Colegio de Impugnación e integran las salas por sorteo. La distribución del trabajo la formula la Oficina Judicial.

Cuando es necesario integrar alguno de los Colegios de Jueces, los jueces se subrogan mutuamente, en forma automática y sin ninguna formalidad, correspondiendo al director de la Oficina Judicial designar, por sorteo, al juez subrogante. Cuando se debe integrar el Tribunal de Impugnación, se hace por sorteo de los jueces del Colegio. Los jueces Penales no subrogan en otras materias.

Dentro de cada Colegio de Jueces todos eligen anualmente un/a juez/a como presidente y otro/a como vicepresidente, respectivamente, quienes cumplen la función de coordinadores de las actividades propias de cada Colegio, haciendo saber al director de la Oficina Judicial las inquietudes y dificultades de la práctica diaria, para que se mejore la gestión. Anualmente deben confeccionar un informe relativo a la gestión, a los resultados de la actividad jurisdiccional, a los recursos con los que cuentan, a la relación con los demás actores del proceso, a la relación con la Oficina Judicial y a la independencia judicial, que debe ser remitido al Tribunal Superior de Justicia.

El cumplimiento de la gestión y las funciones administrativas de apoyo a la actividad de los jueces y tribunales está a cargo de una Oficina Judicial, la que debe garantizar estándares de calidad en la gestión, eficiencia en el servicio judicial, utilizando para ello todos los medios disponibles que permitan optimizar la función de los jueces.

La Oficina Judicial está a cargo de un director, y es una organización de carácter instrumental. Su función es asistir a los Colegios de Jueces, al Tribunal de Impugnación y a los jueces de Ejecución Penal, siendo responsabilidad del director y de los funcionarios, que de ella dependan, organizar las audiencias, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones y emplazamientos, organizar los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes, colaborar en los trabajos materiales que el juez o tribunal le indique, y llevar a cabo una política de comunicación y difusión de información relevante del Fuero Penal.

Está prohibida la delegación de tareas jurisdiccionales en los integrantes de la Oficina Judicial y los jueces/as no conservan ninguna facultad administrativa. Desde la entrada en vigencia de la reforma esto se ha respetado acabadamente, desempeñando

los/as jueces/as y la ofiju penal sus funciones, sin avanzar en las del otro. Pese a diferencias y tensiones que suelen presentarse en el trabajo cotidiano, hoy sería impensable pensar que un juez tome una decisión administrativa, o que un auxiliar de la Ofiju penal dicte una resolución jurisdiccional.

Existen jueces especializados en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes. Además hay una Unidad Fiscal de Delitos Juveniles y un Defensor penal del niño, que son quienes litigan estos casos, en el marco de la ley 2302, de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, ante aquellos/as jueces/as, a través de un modelo de intervención coherente con la Convención Internacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes

Luego de la creación del fuero especializado en delitos juveniles, a partir de la sanción de ley 2.302, se celebró un Convenio de colaboración entre el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio de Gobierno y Seguridad, a través de cual se creó un Programa de Mediación Penal, que funcionaba mediante la derivación de casos por parte del Fiscal de Delitos Juveniles a un equipo de mediadores, dependientes del gobierno provincial, quienes convocaban a las partes intervinientes para proponer la realización de un proceso de mediación. Desde el año 2002, y durante más de una década, este programa se sostuvo con excelentes resultados.

Actualmente, la intervención del Programa de Mediación Penal del Ministerio Público Fiscal en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes, se articula a partir de la derivación del caso seleccionado por la Fiscalía de Delitos Juveniles. Una vez ingresado el legajo a la Oficina de Mediación y Conciliación Penal se selecciona el mediador interviniente, quien realizará una primera evaluación del abordaje que llevará a cabo, y de ser posible la mediación en ese caso, lleva adelante el proceso.

Como ya se adelantó, en Neuquén el Ministerio Público Fiscal forma parte del Poder Judicial, pero goza de autonomía en su actuación, encontrándose regulado por la Ley Orgánica N° 2.893. Desde la implementación de la reforma, la asignación de casos en las Unidades Fiscales es por tipo de delitos, habiéndose creado una Unidad Fiscal de Asignación de Casos y Atención al Público, que funciona a modo de “puerta de entrada” al Ministerio Público Fiscal, ya que tiene a su cargo la recepción de las denuncias y querellas, la decisión inicial de desestimación o archivo ante la falta evidente de elementos para avanzar, la asignación de los casos y la remisión de estos a las demás Unidades Fiscales. A partir del mes de junio de 2017 se reorganizaron las unidades fiscales, fusionando, creando y desarticulándose algunas fiscalías. Actualmente funcionan las siguientes Unidades Fiscales: Asignación de casos y atención al público, Robos y Hurtos, Delitos económicos, Delitos sexuales, Violencia de Género y Doméstica, de Actuación Genérica, Homicidios, Flagrancia, y Delitos Juveniles. Existe también una Unidad de coordinación y jefatura, con cuatro fiscales jefe, que tienen a su cargo ciertas

unidades fiscales cada uno, y una oficina de asuntos extrapenales y ejecución penal. Si bien está creado, a la fecha no se ha puesto en marcha un centro de atención a la víctima dentro del Ministerio Público Fiscal, y se evidencia la falta de equipos interdisciplinarios, de apoyo al trabajo cotidiano de las fiscalías.

No existen a la fecha unidades de análisis criminal, para el estudio de los mercados o fenómenos criminales. Hasta junio de 2.017 funcionó una Fiscalía de Delitos Especiales, que fue creada en el año 2.015 con el objetivo de investigar y desarticular ciertas “bandas” que operaban en la ciudad de Neuquén, analizando y relevando la existencia de este fenómeno, estableciendo ubicación, conformación, procedencia, relaciones, vínculos y financiamiento. Con la reorganización de las fiscalías esta Unidad Fiscal desapareció, y no ha sido creada otra con las funciones referidas.

No existen tampoco iniciativas relacionadas con la persecución penal comunitaria.

Conclusión

Luego de cuatro años y medio de entrada en vigencia del nuevo sistema, más allá de los grandes avances que se han producido, y a que, en términos comparativos, la justicia penal neuquina puede ser descripta como una de las mejores del país, si no la mejor, entendemos que aún falta un largo camino por transitar.

Partiendo de la idea según la cual la reforma de un sistema procesal no es equivalente a la entrada en vigencia de un nuevo Código de Procedimientos; sino que, al llevar ínsita un cambio cultural, es permanente²⁶ y dinámica, por lo que debe ser constantemente monitoreada y evaluada, para poder realizar los ajustes necesarios para su profundización²⁷; actualmente se observa, en lo referido tanto a la gestión, como a las técnicas de investigación y litigación de los casos, una especie de “amesetamiento”, que acarrea la falta de innovación en la búsqueda de prácticas que profundicen en la adversarialidad del sistema.

El estado de situación actual pone en evidencia, entre otras cosas, la necesidad de diseñar y poner en marcha nuevas capacitaciones para todos y todas las operadoras, de re pensar las formas de organización de los Ministerios Públicos (y reorganizar en consecuencia), de establecer estándares de gestión, investigación y litigación de los casos, y de seguimiento y control de los fiscales y defensores/as, a partir de aquellos.

26 En el sentido que las reformas no se reforman en “un momento”, equivalente a la entrada en vigencia de un Código Procesal, sino que para que sea posible un cambio cultural, la reforma se extiende necesariamente en el tiempo.

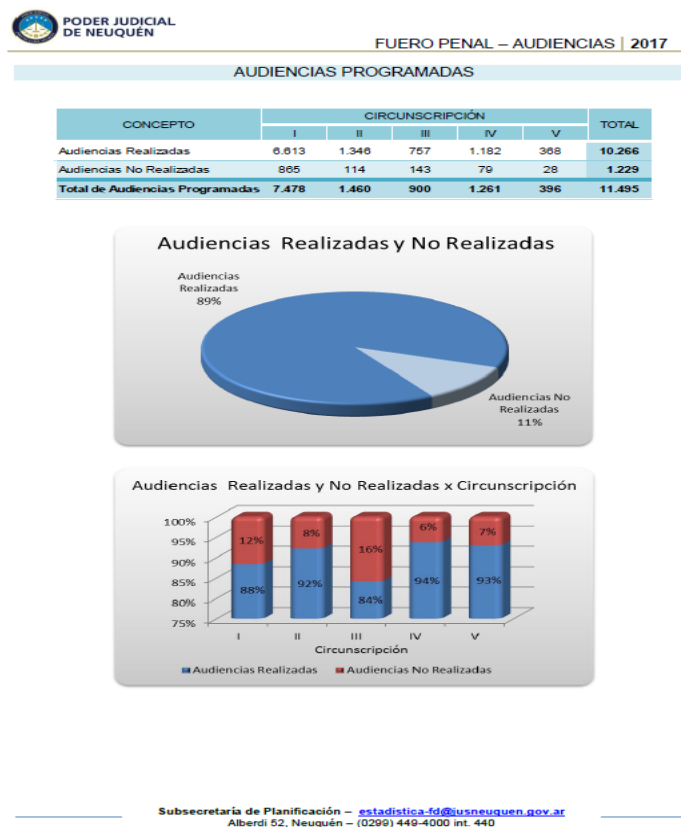
27 Lo que debe hacerse tanto dentro cada una de las instituciones en juego -Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, Colegios de jueces, Oficina Judicial Penal y Colegio de Abogados- como de modo interinstitucional.

Material normativo y bibliográfico utilizado

- Ley provincial 2.784. Código Procesal Penal de Neuquén.
- Ley provincial 2.879, de mediación penal.
- Ley provincial 2.891. Ley Orgánica de la Justicia Penal de Neuquén.
- Ley provincial 2.892. Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de Neuquén.
- Ley provincial 2.893. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Neuquén.
- Resoluciones de la Fiscalía General, de la Defensoría General y de la Oficina Judicial Penal.
- Manual de Política Criminal del Ministerio Público Fiscal.
- Manual Ciudadano de Juicios por Jurados.
- Se realizaron además entrevistas a jueces/as, fiscales, defensores/as públicos/as y privadas, y funcionarias de ambos Ministerios Públicos.

Anexos.

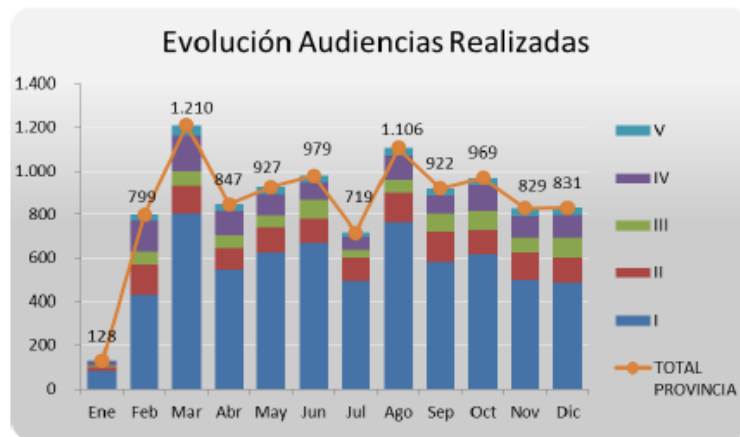
A.



B.

EVOLUCIÓN AUDIENCIAS REALIZADAS

CIRCUNSCRIPCIÓN	MES												TOTAL	%	PROMEDIO DIARIO
	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic			
I	84	431	803	548	628	671	496	765	584	619	499	485	6.813	64,4%	28
II	14	141	128	98	115	109	106	136	139	112	129	119	1.348	13,1%	6
III	9	59	71	60	51	87	36	61	79	85	68	91	767	7,4%	3
IV	18	141	161	108	98	80	60	110	86	121	97	102	1.182	11,5%	5
V	3	27	47	33	35	32	21	34	34	32	35	34	388	3,6%	2
TOTAL PROVINCIA	128	789	1.210	847	827	879	719	1.108	922	989	829	831	10.288	100,0%	44



C.

AUDIENCIAS REALIZADAS POR TIPO

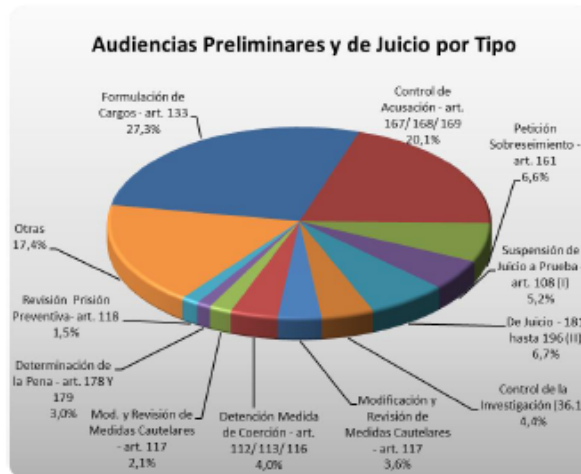
TIPO	CIRCUNSCRIPCIÓN					TOTAL	%
	I	II	III	IV	V		
AUDIENCIAS PRELIMINARES Y DE JUICIO	5.463	838	505	875	281	7.962	77,6%
Formulación de Cargos - art. 133	1458	269	120	256	74	2.177	27,3%
Control de Acusación - art. 167/ 168/ 169	1294	154	79	56	21	1.604	20,1%
Petición Sobreseimiento - art. 161	351	54	19	78	24	526	6,6%
Suspensión de Juicio a Prueba - art. 108 (I)	298	52	24	29	11	414	5,2%
De Juicio - 181 hasta 196 (II)	377	45	51	30	31	534	6,7%
Control de la Investigación (36.1)	131	101	47	53	18	350	4,4%
Modificación y Revisión de Medidas Cautelares - art. 117	229	6	1	52	0	288	3,6%
Detención Medida de Coerción - art. 112/ 113/ 116	219	41	17	30	13	320	4,0%
Determinación de la Pena - art. 178 Y 179	92	9	16	26	7	150	1,9%
Anticipo Jurisdiccional de Prueba - art. 155	35	15	17	9	19	95	1,2%
Revisión Prisión Preventiva- art. 118	90	5	7	13	3	118	1,5%
Otras	889	87	107	243	60	1.386	17,4%
EJECUCIÓN	905	476	210	266	78	1.935	18,8%
Ejecución/ sustitución/ modificación o extinción - art. 262	819	467	202	258	76	1.822	94,2%
Revisión de decisiones de ejecución - art. 266	84	9	7	4	1	105	5,4%
Revocación instituto concedido - art. 263	2	0	1	4	1	8	0,4%
Revisión de sentencia - art. 257	0	0	0	0	0	0	0,0%
IMPUGNACIÓN	245	32	42	41	9	369	3,6%
Impugnación - 245	193	27	36	36	8	300	81,3%
Definición sobre prueba en el recurso - art. 244 (III)	35	5	6	5	1	52	14,1%
Control extraordinario - art. 249 (IV)	17	0	0	0	0	17	4,6%
TOTAL PROVINCIA	6.613	1.346	757	1.182	368	10.266	100%

(I) Incluye audiencias de Control de Suspensión de Juicio a Prueba - art. 108

(II) Cuenta la cantidad de audiencias de Juicio no la cantidad de juicios. Un Juicio puede desarrollarse en más de una audiencia.

(III) Son realizadas por Jueces de Garantía

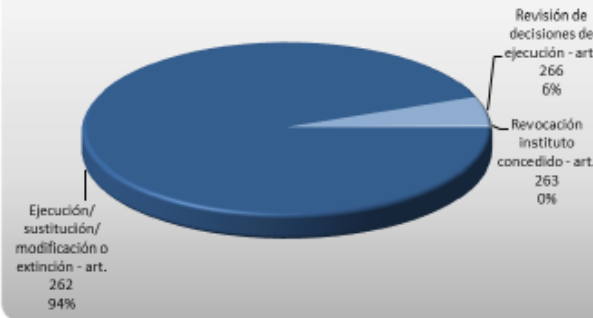
(IV) Realizadas por la Sala Penal del TSI.



D.

AUDIENCIAS REALIZADAS POR TIPO

Audiencias de Ejecución por Tipo



Audiencias de Impugnación por Tipo



Introducción

El presente informe local se realiza en el contexto del Proyecto Regional “Situación y asignaturas pendientes de los procesos penales en América Latina” de CEJA y la Fundación Konrad Adenauer. Este proyecto busca obtener información de tipo descriptiva, concreta y crítica acerca del real funcionamiento de ciertos institutos claves de los sistemas de justicia penal de la región.

Particularmente, el presente informe local tiene por objeto caracterizar el estado actual del sistema de justicia penal chileno en tres ejes claves:

Eje Temático 1: Oralidad y calidad de la litigación

Eje Temático 2: Protección del sistema de garantías del imputado

Eje Temático 3: Reorganización de las instituciones del sistema penal

Para el análisis de los ejes anteriores, se hará una breve revisión de la literatura en la materia, con especial énfasis en los estudios empíricos sobre el sistema de justicia chileno. Al mismo tiempo, se revisará de manera complementaria información normativa, documental y estadística sobre las instituciones. Finalmente, se complementará con las entrevistas realizadas con ocasión de este informe local: una entrevista a un juez del Poder Judicial; una entrevista a dos expertos de la Defensoría Penal Pública, una entrevista a un experto y una experta del Ministerio Público; y, finalmente, una entrevista a un académico experto³⁰.

Antecedentes previos

La Reforma Procesal Penal en Chile, cuyo diseño comenzó durante la década del noventa en el país, ha sido considerada como un ejemplo para reformas posteriores en otros países de América Latina. Una característica definitoria de la experiencia chilena es el énfasis en la visión de política pública que contempló: por un lado, la protección de los derechos de los imputados y víctimas bajo un sistema por audiencias; y, por otro lado, la creación de una nueva institucionalidad y la adaptación de la ya existente. En dichas instituciones se contempló, además, la capacitación de operadores y operadoras y la adopción de un sistema de gestión orientado hacia la eficiencia (CEJA, 2017). Este proceso reformador surgió en el contexto del regreso a la democracia y la necesidad de adecuar la institucionalidad entonces vigente –un sistema de justicia penal inquisitivo

28 Director Ejecutivo de CEJA.

29 Investigador Asociado de CEJA.

30 A lo largo del documento se hará referencia a estas personas con las siguientes nomenclaturas: EDPP entrevistados expertos de la Defensoría Penal Pública; EPJUD entrevistado experto del Poder Judicial; EMP entrevistados expertos del Ministerio Público; y EA entrevistado experto académico.

ortodoxo- a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. El proceso de diseño estuvo liderado por el Ministerio de Justicia durante el mandato del entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. La fase de implementación, por su parte, estuvo liderada por la misma cartera del ejecutivo durante el mandato del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Entre los cuerpos normativos que se introdujeron con la reforma se encuentra la Ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) publicada en el Diario Oficial el 12 de octubre del año 2000. De manera complementaria se dicta, entre otras, la Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, la Ley 19.640 que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, la Ley 19.665 que reforma el Código Orgánico de Tribunales creando los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal.

Luego de ciertos aplazamientos al cronograma original de implementación gradual, el proceso penal reformado entró en vigencia el 16 de diciembre del año 2000 en las Regiones de Coquimbo y La Araucanía. Este proceso gradual de implementación culminó en el año 2005 con la llegada del nuevo proceso penal a la Región Metropolitana de Santiago.

Es así como desde el año 2005 en la totalidad del país se encuentra vigente un sistema de corte oral y adversarial, regido por los principios acusatorio, de oficialidad, de legalidad y de oportunidad (Horvitz y López, 2002). A su vez, existen garantías que miran al sujeto interviniente en el proceso penal: el derecho a un juez independiente, el derecho a un juez imparcial, el derecho a un juez natural, el derecho a un juez previo, el derecho a un juzgamiento en plazo razonable, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, la legalidad de medidas privativas de libertad, la prohibición de la persecución múltiple, el derecho a un juicio público, el derecho a un juicio oral y, finalmente, el derecho al pronunciamiento de una sentencia fundada (Maturana y López, 2012). Estos principios se desarrollan en un contexto en el que la gran mayoría de las actuaciones efectivamente se realizan en audiencias orales y públicas.

Sin perjuicio de los evidentes avances que supuso la Reforma, luego de más de diez años de su plena implementación, el sistema ha revelado ciertas problemáticas, principalmente derivadas de la rutinización de los procesos de trabajo por parte de los operadores de las instituciones (CEJA, 2017). Junto a ello, existen ciertos desafíos que no fueron abordados expresamente por la Reforma y que, actualmente, suponen una necesidad en materia de políticas públicas, tales como: la consolidación de modalidades de justicia restaurativa que establezcan un paradigma centrado en la reparación y que integren tanto a víctima como victimario; la creación de una entidad que se ocupe del seguimiento del cumplimiento de las medidas cautelares distintas de la prisión

preventiva, así como de las condiciones impuestas en suspensiones condicionales del procedimiento; la ejecución penal; y, finalmente, la segunda instancia en materia penal (CEJA, 2017).

Oralidad y calidad de la litigación

Breve caracterización del procedimiento y principales audiencias orales

El sistema de justicia reformado el sistema de justicia se configura en tres grandes momentos procesales durante la primera instancia.

En primer lugar, se encuentra la etapa de investigación. Esta etapa comprende, principalmente, a las audiencias de control de detención para los casos de flagrancia; y, por otro lado, la audiencia de formalización de la investigación, momento en el que el Ministerio Público comunica al imputado que se desarrolla actualmente una investigación en su contra en presencia del juez de garantía.

Además, es posible que se verifiquen otro tipo de audiencias en el momento inmediatamente posterior a la formalización. Así, la audiencia de discusión de medidas cautelares normalmente se realiza de modo sucesivo a la formalización de la investigación³¹. Del mismo modo, pueden sustanciarse de manera sucesiva -y una vez formalizada la investigación- las audiencias de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios, salidas alternativas contempladas en el sistema. También pueden sustanciarse, inmediatamente después de la formalización, las audiencias de preparación y juicio de procedimiento simplificado y la audiencia de preparación y juicio abreviado³².

En segundo lugar, se ubica la etapa intermedia que tiene por finalidad permitir la ponderación del mérito y fundamentos de los antecedentes recabados durante la investigación y que comprende tanto una sub-etapa escrita como una sub-etapa oral. En la primera sub-etapa se realizan actuaciones escritas de los intervinientes dentro de los 10 días siguientes contados desde el cierre de la investigación y en ella el fiscal deberá presentar el sobreseimiento (temporal o definitivo), acusar, o bien no perseverar en la investigación. En la sub-etapa oral, por su parte, se encuentra la audiencia de preparación de juicio oral.

31 El art. 142 del Código Procesal Penal (CPP) establece que “la solicitud de la prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral o en la audiencia de juicio oral”. El mismo artículo contempla que podrá pedirse en cualquier etapa de la investigación siempre que ésta se haya formalizado.

32 En ese sentido, bajo el sistema Chileno lo usual es que exista una concentración de varias audiencias que se sustancian en el momento inmediatamente posterior a la formalización.

En tercer lugar, se ubica la etapa de juicio oral. Es la etapa central del proceso reformado y en ella se despliegan de modo más intenso las garantías de oralidad, intermediación, publicidad, contradicción y continuidad y concentración.

Finalmente, la regulación de los recursos tras la reforma se caracteriza por la desaparición de la doble instancia como regla general, pues el recurso de apelación procede contra las resoluciones distintas de la sentencia definitiva³³. El recurso que procede para impugnar las sentencias definitivas es el recurso de nulidad que revisa, en forma restringida, la sentencia de instancia para las causales previstas en los artículos 373 y 374 del CPP. Los decretos o providencias, los autos y las sentencias interlocutorias son susceptibles de ser recurridas a través del recurso de reposición³⁴.

Hallazgos respecto del funcionamiento práctico del sistema de justicia penal por audiencias

Audiencias de control de detención

La audiencia de control de detención es aquella instancia en la cual el imputado es llevado al juez de garantía para verificar que la detención de la que fue objeto se ajuste a la legalidad, habiendo para ello un plazo de 24 horas contados desde que la detención se hubiere practicado. Es necesaria tanto la presencia del abogado defensor como la presencia del fiscal o el abogado asistente del fiscal; la ausencia de estos últimos dará lugar a la liberación del detenido. En esta audiencia pueden darse dos alternativas. La primera es que se formalice la investigación por parte del Ministerio Público y, eventualmente, solicite medidas cautelares en contra del imputado. La segunda alternativa es que el fiscal solicite al juez de garantía la ampliación de la detención, por un plazo máximo de tres días, con el propósito de preparar la formalización.

Datos empíricos de la audiencia de control de detención revelan que se presenta un aumento sostenido en la cantidad de audiencias de control de detención en el periodo 2006-2015, pasando de 124.836 audiencias a 424.086 respectivamente (CEJA, 2017).

Un aspecto importante de resaltar es que la cifra de detenciones declaradas como ilegales es sostenidamente baja a lo largo de los años, pues en el periodo observado (2006-2015), estas no superan en ninguno de los años al 1% del total de audiencias (CEJA, 2017). Explicaciones sobre este fenómeno son múltiples y apuntan, por un lado, a deficiencias en los defensores que no son proclives a plantear la ilegalidad de la detención en esta audiencia, debido a las dificultades para poder probar las mismas derivadas de la escasa información disponible (CEJA, 2017). Mediante la técnica de

33 La excepción es la sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado.

34 El recurso de reposición es un tipo de recurso que no produce efecto devolutivo, es decir, se interpone y resuelve ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrible, ya sea por escrito o en la misma audiencia.

observación de audiencia se verificó que de un total de 349 audiencias en solo un 10% de ellas se planteó por el defensor la ilegalidad; de ese 10%, el principal motivo esgrimido es la irregularidad en el procedimiento. Además, surgen problemas derivados del escaso tiempo con que cuentan los defensores para hacer la entrevista a los detenidos; operadores entrevistados plantean que la entrevista previa a este tipo de audiencias no es una práctica del todo extendida, por lo que dependerá del criterio del defensor el dedicar tiempo personal para ello (CEJA, 2017).

El rol del juez es también susceptible de críticas, ya que solo en un 20% de los casos observados tiene un rol activo en verificar las circunstancias de la detención; el juez pregunta al imputado si conoce y comprende los motivos de su detención en el 53% de los casos; y en un 31% de los casos pregunta al imputado por el trato recibido (CEJA, 2017). El experto académico entrevistado coincide con lo antes expuesto: “en la práctica, por el tema de la premura, los jueces dejan de preguntar las condiciones de la detención si no hay un reclamo expreso por parte de la defensa”- EA.

Además, surgen críticas de parte de los expertos a la labor policial: “en ese escenario de dudas o de oscuridad los jueces en la audiencia tienden a ser deferentes o respaldar la actividad policial” (CEJA, 2017: 194). La “Ley agenda corta anti-delincuencia” del año 2016 amplió las facultades de las policías, introduciendo un control de identidad preventivo, cuyo uso arbitrario puede generar una limitación a la libertad de ciertos grupos sociales que no se ajustan a las ideas sociales imperantes de respetabilidad y comportamiento (Irrázabal, 2015).

Respecto al cumplimiento de los plazos legales para llevar a los detenidos al control jurisdiccional, los expertos entrevistados indican que en general habría cumplimiento de los mismos.

Audiencia de formalización

La audiencia de formalización es aquella en la cual el fiscal comunica al imputado, en presencia del juez de garantía, que se está siendo investigado por la comisión de uno o más hechos determinados que son constitutivos de delito (art. 229). El fiscal está obligado a formalizar cuando desea requerir de la intervención judicial para practicar determinadas diligencias de investigación, practicar la recepción anticipada de la prueba y solicitar la aplicación de una medida cautelar.

Sobre la formalización los expertos entrevistados EA y EPJUD apuntan a que, en general, se ha producido en el último tiempo una reducción del tiempo destinado al debate y que, las partes, suelen intervenir de manera mecánica, pues el fiscal se limita a leer la formalización en la audiencia, sin generar un discurso pues se hace uso de un texto escrito que lee. Esta percepción es confirmada con datos sobre la duración de las

audiencias; particularmente, para la audiencia de formalización de la audiencia se redujo de 10 minutos en promedio en el año 2006 a un promedio de 7,9 en el año 2015 (CEJA, 2017). Por su lado, el defensor tiene un rol secundario en la formalización, pues si bien debe estar presente según el artículo 231 del CPP, la formalización tiene un carácter unilateral y estratégico del Ministerio Público; con todo, la formalización debe afirmar la realización del hecho en forma clara, precisa y circunstanciada, lo que supone explicitar los aspectos relativos a su lugar, tiempo y modo de comisión (Falcone Salas, 2014). El juez de oficio eventualmente interviene solicitando aclaraciones cuando la formalización no cumple los requisitos antes indicados.

Audiencia de discusión de medidas cautelares

Como fue señalado previamente, es común que en el momento inmediatamente posterior a la formalización, el fiscal solicite la aplicación de una medida cautelar en contra del imputado, por lo tanto ambas audiencias se suelen confundir entre sí. Los debates en torno a la aplicación de una medida cautelar, según CEJA (2017), suelen en general ser formales y abstractos. En ese sentido, expertos afirman que la calidad de la información es precaria: “uno de los problemas que tenemos para la definición de medidas cautelares es la calidad de la información que están ocupando para resolverla (...) deberíamos pensar en soluciones procesales en eso, por ejemplo, la necesidad de producir algún tipo de evidencia en estas audiencias” (CEJA, 2017: 205). El EA indica que: “hay mucho descanso en la eventual pena que pudiere recaer en el imputado, hay incluso poco manejo dogmático sobre la configuración del tipo penal, *iter criminis*, participación, imputación objetiva. La calidad de la litigación ha decaído porque el nivel del debate dogmático es muy pobre (...)” - EA. Además, se menciona que la argumentación de la fiscalía suele limitarse a la lectura del parte policial. Finalmente, se advierte que no existe un orden rígido en el debate, en el sentido de mantener la ritualidad de comenzar con el supuesto material y luego el procesal.

Por otro lado, el defensor en general no proporciona datos ni presenta una teoría propia, pues se limita a desvirtuar los argumentos de la Fiscalía. Sobre este punto, el EA plantea que pueden existir ciertos retrasos en el acceso a la carpeta fiscal que pueden afectar en desempeño de la defensa en este tipo de audiencias. Desde este punto de vista, el EA advierte que los medios con los que cuenta la Defensoría para producir propia prueba son limitados, cuestión que lleva a que sus intervenciones sean en su mayoría negativas, es decir, se centren en desacreditar lo argüido por la Fiscalía. En ese sentido, no es posible afirmar que existen problemas de acceso a la carpeta fiscal pero sí ciertos retrasos –derivados del sistema informático de la Fiscalía– y que en ciertos afectan la calidad de la defensa, sobre todo en audiencias tempranas.

Vinculado a lo anterior, los EDPP entrevistados plantean que se están desarrollando sistemas informáticos para reducir las barreras que hay entre los sistemas informáticos propios de la Defensoría y aquellos del Poder Judicial y del Ministerio Público, permitiendo de este modo que mayor facilidad para acceder a la información y compartirla, incluso cuando se produzca el cambio del defensor de una determinada causa.

Según la observación de audiencias de CEJA (2017), en las audiencias de discusión de medidas cautelares, el fiscal no argumenta sobre la existencia del hecho en un 40% de los casos observados; no argumenta sobre la presunción de participación del imputado en el hecho en un 50% de los casos y en un 45% de los casos no argumenta sobre la necesidad de cautela. Por su parte, la defensa tampoco asume un rol activo a la hora de oponerse a la medida cautelar requerida por el fiscal; en un 82% de los casos el defensor no plantea oposición (CEJA, 2017). Con todo, cabe ser señalado que estas cifras comprenden el total de medidas cautelares solicitadas, comprendiendo tanto aquellas más gravosas como la prisión preventiva y las medidas de menor intensidad.

En la actualidad, Chile carece de una institución dedicada a dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares; y, por lo tanto, los operadores del sistema de justicia no prestan especial atención a cómo se controlará el cumplimiento y quién se dedicará a esta tarea (CEJA, 2017).

La ley prevé que se desarrolle un debate a fin de que se limite el plazo de investigación de dos años, como expresión del juzgamiento dentro de un plazo razonable. CEJA (2017) advierte que el comportamiento habitual de los defensores es no solicitar al juez la fijación de un plazo judicial en consideración de los antecedentes concretos de la causa. Y, en los casos en que se produce el debate, este es promovido en su mayoría de oficio por el juez (52%), versus un 32% de los casos en que se promueve por la defensa (CEJA, 2017).

Audiencias de salidas alternativas

Las salidas alternativas contempladas por el sistema de justicia chileno son la suspensión condicional del procedimiento (acuerdo entre el fiscal y el imputado de suspender el procedimiento por un periodo determinado de tiempo, bajo el cumplimiento de una condición) y los acuerdos reparatorios (acuerdo entre víctima e imputado, sometido a la aprobación del juez). El volumen de causas que terminan mediante esta vía es relativamente alto; en el año 2015 112.864 relaciones concluyeron con una suspensión condicional del procedimiento y 31.633 mediante acuerdos reparatorios. Sumando ambas cifras, se llega un total de 144.497 salidas que corresponden a un 11,6% del total de términos del año 2015 (CEJA, 2017). Como antecedente, se destaca que en un 11% de los casos la víctima se encontró presente en la audiencia, circunstancia que puede

influir disminuyendo el universo de casos que pueden ser resueltos mediante una salida alternativa, especialmente en el caso de los acuerdos reparatorios en que el consentimiento de la víctima es obligatorio (CEJA, 2017).

En la suspensión condicional del procedimiento, el juez anota comportamientos que son valorados positivamente: en un 80% de los casos pregunta al imputado si entiende las condiciones que le son impuestas; y, por otro lado, el juez señala expresamente al imputado que al aceptar la suspensión condicional del procedimiento está renunciando a su derecho al juicio oral en un 67% de las oportunidades (CEJA, 2017). Menos auspiciosa es la cantidad de casos en que el juez pregunta al imputado si toma la decisión libremente o fue objeto de presiones indebidas para prestar su conformidad por parte del Ministerio Público, la víctima, el querellante o el defensor, pues solo se observa en un 25% del total de observaciones (CEJA, 2017). Las condiciones impuestas más usuales son: fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo (43% del total) y abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas (19% de total).

En cuanto a los acuerdos reparatorios, el juez explica sus consecuencias al imputado – antes de la aceptación del mismo- en un 72% de los casos (CEJA, 2017). Por otro lado, el juez pregunta al imputado si entiende el contenido y alcances del acuerdo (contraprestación y su ejecución) en un 63% de las oportunidades. También en la audiencia de acuerdos reparatorios, el juez en el 80% de los casos da la palabra a la víctima antes de que acepte al acuerdo; y, en un 77% de los casos, el juez toma en consideración lo señalado por ella al momento de aprobarlo. Los acuerdos reparatorios más recurrentes se aplican en delitos de carácter patrimonial disponible (48% de los casos), seguido por lesiones menos graves con 17%. El tipo de contraprestación más usual es el pago de una suma de dinero representando un 58% y disculpas públicas con un 23% del total de casos (CEJA, 2017). En general, el acuerdo reparatorio tiene un buen funcionamiento, aunque en espacios acotados a un universo muy limitado de delitos debido a la regulación legal.

Un aspecto común a suspensiones condicionales del procedimiento y acuerdos reparatorios es la ausencia de una institución que se dedique a dar seguimiento al cumplimiento de este tipo de salidas. En este sentido, CEJA (2017) releva la necesidad de crear una institucionalidad que se haga cargo de estos temas, la cual puede ocuparse además de la tarea de calificar el nivel de riesgo de un imputado al momento de discutir la aplicación de una medida cautelar en su contra.

Finalmente, en opinión del EA, se observa que en general los acuerdos reparatorios tienen en consideración los aspectos personales de víctima e imputado, a diferencia de la suspensión condicional del procedimiento en la que las condiciones raramente

difieren de un catálogo establecido de antemano y en donde hay poca creatividad a la hora de determinarlas.

Audiencia de preparación de juicio oral

En la audiencia de preparación de juicio oral se resuelven las cuestiones planteadas o formuladas en la sub-fase escrita de la etapa intermedia. Además, se verifican los presupuestos procesales necesarios para pasar al juicio oral, por lo cual tiene una finalidad depuradora de determinadas incidencias antes de entrar al juicio mismo. En concreto, los debates que se pueden sustanciar en esta audiencia son: la corrección de vicios formales, la conciliación de la responsabilidad civil, las excepciones de previo y especial pronunciamiento y la depuración del objeto del proceso. En este último caso mediante convenciones probatorias y el debate de exclusión de pruebas por manifiesta impertinencia de la prueba, prueba ilícita, hechos públicos o notorios y prueba testimonial y documental con fines puramente dilatorios.

Sobre la calidad de los debates sostenidos en estas instancias EPJUD y EA coinciden en que, por lo general, existe cierto temor en dejar fuera cierta prueba del juicio oral, “pues resta material epistémico al juicio oral cuando corta la prueba, la tendencia entonces es dejar pasar la prueba para que el debate sobre la mala calidad se vea en el juicio” - EA. En ese sentido, si bien se advierte un rol activo se aprecia que existe una suerte de temor a restar del juicio información, dejando ese debate a la instancia posterior porque no es un juez de adjudicación.

El rol del defensor en tanto tampoco parece ser muy activo, ya que la defensa solicita la exclusión de alguno de los medios de prueba ofrecidos por el fiscal en el 35% de los casos; y, por otro lado, la defensa ofrece prueba propia en solo un 40% de los casos (CEJA, 2017).

Otro fenómeno digno de mencionar es que el Ministerio Público, al momento de ofrecer la prueba, señala específicamente los hechos o puntos de prueba (respecto de los cuales ofrece cada medio de prueba ofrecido) en un 40% de los casos (CEJA, 2017).

El experto académico añade que hay una afectación en la calidad del debate por la reducción del tiempo disponible por efectos de programación. Esta opinión tiene respaldo en datos empíricos, pues en el año 2006 la audiencia de preparación de juicio oral duraba en promedio 37,5 minutos, mientras que en el año 2014 esta cifra se redujo considerablemente a 16,4 minutos en promedio (CEJA, 2017).

Actualmente esta audiencia es utilizada como una instancia para llegar a un acuerdo entre las partes según lo indicado por el EPJUD. De hecho, es una práctica recurrente que, antes del debate, se dé el espacio para que los intervinientes exploren algún tipo de salida alternativa antes de la preparación del juicio.

Audiencia de juicio oral

Los expertos EA y EPJUD coinciden en que, en general, se puede identificar una teoría del caso sostenida implícitamente por parte del fiscal –no se expresa en términos de manual- y la defensa tiende a sostener una defensa negativa o pasiva destinada a desacreditar la teoría del Ministerio Público. En opinión del EA este fenómeno no es en sí mismo negativo, pues si la defensa pudiera en todos los casos generar una teoría del caso propia, ello sería consecuencia de que hay una mala estrategia por parte de la Fiscalía y de aspectos deficitarios en su labor.

Existe, por otro lado, percepción de que los interrogatorios son meros ejercicios retóricos, más bien mecánicos y que los contrainterrogatorios son inconsistentes. Estas debilidades se presentan en mayor medida cuando se trata de la interrogación y contraexamen de peritos y aplican tanto para fiscales como para defensores. Además, se usan poco los incidentes para discutir cuestiones probatorias como la legalidad de la prueba.

En general, se aprecia por el EPJUD que hay respeto por parte los jueces de no intervenir haciendo preguntas, relegando dicha intervención a cuando ya han formulado sus intervenciones las partes y haciéndolo con fines aclaratorios, adoptando un rol pasivo que es respetuoso de la imparcialidad. El EA entrevistado agrega, no obstante, que: “muchas veces [los jueces] hacen las preguntas que los intervinientes no hicieron, subsidian un poco a la defensa y a la fiscalía con la pregunta exacta o correcta” – EA. Por otro lado, se advierte que el acuerdo se adopta en audiencia, de modo privado, dando razón suficiente de la decisión adoptada, aunque se posponga la lectura de sentencia para un día posterior y dentro de los plazos que la ley señala.

Es poco recurrente que se llegue a acuerdo durante el juicio oral, pues existe una limitación de tipo legal para ello. Cuestión que en opinión del EPJUD y el EA, podría llevar a pensar el ampliar los momentos en que se puede llegar a un tipo de conciliación, porque es en el juicio oral donde aparecen datos que no estaban antes y existe una confrontación entre las partes³⁵.

Desde el punto de vista de los tiempos destinados al debate en la audiencia de juicio oral, se aprecia que permanecen relativamente constantes en el periodo 2005-2014 con un promedio de 228,7 minutos, sin perjuicio de que se anota una reducción considerable en los años 2009 y 2010 con 157,5 y 158,4 minutos de duración en promedio respectivamente (CEJA, 2017). Un dato que resulta importante de destacar es el aumento en las sentencias absolutorias. Fenómeno que puede ser visto como expresión de una deficiente selección por parte del Ministerio Público de los casos llevados a juicio

³⁵ El EPJUD indica que en juicios simplificados, conocidos ante el juez de garantía, existe una práctica de aceptar el llegar a acuerdos, a diferencia de lo que ocurre en los juicios orales ante tribunales de juicio oral.

oral; en el año 2006 el porcentaje de sentencias condenatorias alcanzó el 81% del total, mientras que en el año 2015 alcanzó el 65,3% de las sentencias de tribunales de juicio oral (CEJA, 2017).

Actualmente no está regulado por el juicio por jurados en el país en materia penal, ni existen proyectos legislativos en este tema.

Audiencias de recursos

Consultados los expertos sobre el tema de los recursos en sede penal, existe consenso en que se desarrollan de acuerdo a lo prescrito en la ley, es decir, que por regla general se presentan por escrito y se discuten oralmente ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Sobre los problemas que surgen en la práctica, el EA advierte problemas en el recurso de nulidad, a propósito del *Caso Norín Catrimán y Otros Vs. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto se verifica que las Cortes de Apelaciones están realizando una revisión de tipo formal, y no se revisan ciertos estándares que reflejan la calidad epistémica de la decisión.

Por su lado, el EPJUD indica que existen problemas en la legitimación activa excesivamente amplia para el Ministerio Público, ya que se le considera que puede ser agraviado, cuestión que ha sido definida de modo errático durante el paso de los años en las Cortes de Apelaciones. Además, se observan problemas legislativos en el plazo tan breve de 10 días del artículo 373 letra A, aun cuando este tiene una trascendencia clave.

Sobre la calidad de la litigación el EA indica que hay diferencias sustanciales entre defensores especializados de la Defensoría Penal pública y fiscales del Ministerio Público con experiencia y nóveles, resultando mejores los primeros. La tendencia es a incrementar la intensidad de la oralidad de los recursos de nulidad, son más dinámicas y los ministros están pendientes del debate. Finalmente, el EPJUD, añade que el tema recursivo tiene también relación al diseño organizacional chileno que es extremadamente jerárquico y, por tanto, más que un debate como tal se trataría de un control de la decisión del juez inferior jerárquico por parte de sus superiores. Además, se critica el rol que tiene el relator y su rol tan importante en las audiencias ante las Cortes de Apelaciones, donde el EPJUD aprecia que hay una calidad de litigación inferior que en la Corte Suprema.

Ejecución

Chile se caracterizó por no abordar el tema de la ejecución en su Reforma Procesal Penal. A mayor abundamiento, actualmente, no existe la figura del juez de ejecución y la gran parte de las cuestiones relativas a esta etapa se encuentran reguladas en una norma administrativa. Hasta la fecha la labor de resolver los conflictos posteriores a la

ejecutoriedad de la sentencia está radicada en los jueces de garantía, quienes conocen en audiencias orales estas cuestiones. Sobre los debates se observa que hay discusiones en base a información precaria, principalmente informes de Gendarmería (institución dependiente del ejecutivo dedicada a la custodia de los reos).

Por otro lado, el EA advierte que es importante enlazar el tema de la ejecución con los fines de la pena y, a partir de ello, abordar el tema de la resocialización de los penados.

Un tema que se reitera por el EPJUD es el control de la ejecución de las penas que no implican la privación de la libertad, pues hasta la fecha no existe una institución que se aboque esa labor en el país, ni tampoco hay recursos humanos y tecnología que coadyuven a tal labor.

Protección del sistema de garantías del imputado

Cumplimiento de las garantías del imputado

Imparcialidad

El rol que asume el juez dependerá de la audiencia de que se trate. En las audiencias previas o preliminares, en general, el juez de garantía asume un rol activo, fomentando en contradictorio entre las partes y admitiendo intervenciones flexibles de los intervinientes. Por ejemplo, se observa que existe preocupación por comprobar que el imputado y la víctima comprenden las consecuencias de las salidas alternativas y su grado de entendimiento al momento de acordarlas (CEJA, 2017).

Sin perjuicio de lo anterior, se verifica que el rol de garantía se ve debilitado en la audiencia de control de detención. Reflejo de ello es que el juez de garantía solo en un 20% de los casos asume un rol activo en la verificación de la legalidad de la detención (CEJA, 2017). Tal fenómeno se asocia al fenómeno de realización de audiencias sucesivas, extremadamente rápidas y en las que, incluso hay imputados de diversas causas a quienes se les practica el control de legalidad de la detención.

Por su lado, en las audiencias del juicio oral los tres jueces adoptan un rol más pasivo, como espectadores del debate, sin perjuicio de las intervenciones para formular preguntas aclaratorias una vez que ya hayan realizado los interrogatorios y contraexámenes el fiscal y defensor. El EA advierte los siguientes roles: “uno está pendiente del debate, otro está tomando nota realizando labores de transcripción y secretariado para redactar luego la sentencia y otro no sé sabe qué está haciendo”- EA.

Contradicción

En términos generales, se observa que existe en el sistema un arraigo de este principio que se expresa en que el juez, al momento de conducir la audiencia, propicia las intervenciones flexibles y el debate entre los intervinientes. En cuanto a la capacidad de la defensa para contradecir la acusación, existe la posibilidad de presentar una defensa por escrito –en el plazo de 10 días tras la presentación de la acusación-, o bien en la audiencia de preparación de juicio oral. En opinión del EA esta defensa es poco recurrente lo que, sin embargo, no sería un problema, ya que expresa que los fiscales están haciendo una buena labor: “pocas defensas se presentan por escrito y pocas defensas alegan excepciones de previo y especial pronunciamiento, lo que habla bien del sistema, porque si fuera así significaría que el fiscal se está equivocando. También son pocas las veces en que se discute el sobreseimiento definitivo”- EA. Además, se advierte que hay pocas convenciones probatorias, pues en esta etapa hay pocas concesiones entre defensor y fiscal, lo que en definitiva lleva a que más asuntos de discutan en el juicio oral.

Publicidad

En las audiencias se da cumplimiento íntegro al principio de publicidad. Ello se expresa en que es una práctica extendida el que los juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal funcionen con las puertas abiertas, permitiendo el ingreso de personas a las salas e independientemente de si estas personas tienen una relación con la causa o sus intervinientes. Asimismo, es común que el propio Poder Judicial disponga de todos los medios materiales para facilitar el acceso a la prensa en los casos que revisten un mayor interés mediático, por ejemplo, disponiendo de salas de audiencias más amplias, o bien que dichas audiencias se transmitan en *streaming* por el propio Poder Judicial. Otra práctica destacada, que se deriva de la publicidad, es el poner en la puerta de las salas una agenda con las causas que se conocerán durante la jornada, estableciendo los tiempos destinados al efecto bajo una programación en bloque que agrupa audiencias afines. El Poder Judicial, además, cuenta con un portal virtual que permite la revisión de causas. En materia penal, es abierto y público, no siendo necesario ser interviniente de una causa para acceder a la información.

Derecho a ser oído

El imputado tiene el derecho a intervenir en cualquier momento del procedimiento. Esta garantía se aprecia en la cantidad de intervenciones que realiza el imputado durante las audiencias y que llega a un 39% de los casos (CEJA, 2017); dentro de los casos en que interviene, se observa que en un 33% de los casos aporta información nueva al debate, refiriéndose a hechos o entregando su opinión. Un hallazgo importante es el nivel de comunicación que existe entre defensor e imputado, según CEJA (2017) es relativamente común que el defensor pida un tiempo al juez para consultar algo con el

imputado (35% de los casos) y que el imputado haga preguntas a su defensor durante la audiencia (48% de los casos).

Como se señaló antes, a propósito de las audiencias de salidas alternativas, también es común que el juez verifique el grado de comprensión del imputado, sobre todo en los casos en que adoptar una salida alternativa significa la renuncia del derecho a un juicio oral.

En general se aprecia que existen esfuerzos en la adopción de un lenguaje llano, dejando de lado el uso de expresiones excesivamente técnicas, no obstante, la rutinización de las audiencias ha llevado a que estas se desarrollen en espacios cada vez más acotados de tiempo. Así, la comprensión de imputados y víctimas se ve afectada en la medida en que se desarrollan debates mecánicos y de manera muy rápida. Una práctica recurrente es que los jueces, luego de culminado un debate, verifiquen el grado de comprensión por parte del imputado de lo que aconteció, parafraseando las intervenciones de la fiscalía y la defensa.

El paradigma restaurativo como una garantía del imputado

Actualmente, el sistema de justicia chileno no adopta expresamente como uno de sus principios el paradigma restaurativo. Sin perjuicio de lo anterior, el acuerdo reparatorio es la institución que más se acerca a estos principios. Este acuerdo y víctima se adopta en una audiencia de salidas alternativas, ante el juez de garantía, y sus alcances son discutidos en la propia audiencia tras haberse formalizado la investigación. Cabe señalar que el acuerdo reparatorio no está pensado desde una lógica restaurativa, pues los profesionales encargados de lograrla no son precisamente formados en negociación, ni tampoco se da seguimiento al cumplimiento del mismo. Además, el universo de delitos objeto de acuerdo están acotados por ley a delitos de bienes jurídicos disponibles.

Por otro lado, hay experiencias en materia de justicia restaurativa y mediación penal que se han implementado al alero del Ministerio de Justicia, dependiente del Ejecutivo. Estas experiencias se han desplegado como pilotos en diversas regiones del país y se han circunscrito a los tipos penales de daños, amenazas, lesiones leves, lesiones menos graves, hurtos, cuasidelito de lesiones; y, en menor medida, apropiaciones indebidas, estafas, robos en lugar no habitado, robos en bien nacional de uso público (Díaz y Navarro, 2015). En cuanto a la eficacia de los acuerdos se advierte que el promedio de acuerdos alcanzados sobre el total de casos mediados fue de 59,1% entre el año 2001 y el año 2014 (Díaz y Navarro, 2015)³⁶.

³⁶ Los pilotos requerían la derivación de casos por parte del Ministerio Público, la Defensoría Penal

Otra experiencia destacable es la de los tribunales de tratamiento de drogas (TTD) que recoge principios de justicia terapéutica. En concreto, el TTD implica que el infractor – consumidor habitual de drogas y/o alcohol- queda sujeto a una suspensión condicional del procedimiento que consiste en someterse a un tratamiento para su adicción. Esta experiencia comenzó en el año 2002 como un piloto en algunos juzgados de garantía para imputados adultos³⁷ y en la actualidad se aplica tanto para adultos infractores como para adolescentes a partir del año 2016 (PJUD, 2016).

El EA plantea la conveniencia de que la justicia restaurativa esté radicada en instituciones especializadas y no en las figuras tradicionales del juez, defensor y fiscal, así como también tener el recaudo de ser accesible para todos y ser pacificadora, en el sentido de resolver el conflicto subyacente. Según el EPJUD la lógica de la reparación no es consonante con el escenario de la justicia tradicional, incluso desde un punto de vista de la infraestructura en la cual se desarrollan las audiencias. Así pues, se observa que las experiencias en materia de justicia restaurativa son fragmentarias y no implican la adopción de una política pública sostenida, lo que se explicaría por el discurso criminológico actualmente imperante que insta a la adopción de penas más severas.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

La Defensoría Penal Pública

La Defensoría Penal Pública (DPP), creada con la Reforma Procesal Penal, comienza sus funciones en el año 2001 a través de la Ley 19.718. Es una institución estatal, descentralizada funcionalmente y desconcentrada territorialmente, dependiente del Ministerio de Justicia del Poder Ejecutivo y cuya función es garantizar la defensa de toda persona imputada que carezca de recursos para costar por sí misma una defensa técnica.

En consideración de que opera en todo el territorio del país, la institución se organiza en Defensorías Regionales –una en cada región del país y dos en la Región Metropolitana de Santiago- y Defensorías Locales dependientes de las primeras. Hasta fines del año 2017 se ha registrado un total de 4 millones desde el inicio de sus funciones a nivel nacional (DPP, 2017). La DPP cuenta con unidades especializadas de defensa atendiendo al usuario del servicio: juvenil, indígena, género, penitenciaria, migrantes, entre las más desarrolladas. La existencia de estas unidades dependerá de una evaluación previa

Pública, jueces de garantía y Centros de atención a víctimas dependientes de las Corporaciones de Asistencia Judicial del Ministerio de Justicia.

37 El sistema se basa en la actividad coordinada entre las siguientes instituciones: Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, CONACE actual SENDA, SENAME, Fundación Paz Ciudadana, Gendarmería de Chile y Ministerio de Justicia.

realizada por la propia DPP de acuerdo a la demanda en cada región y el servicio podrá ser desplegado por un profesional dedicado completa o parcialmente a dicha labor, según los EDPP. También se consideran defensores dedicados a ciertas etapas del procedimiento; por ejemplo, existen abogados que solo conocen de audiencias iniciales que en general son de menor complejidad, indican los EDPP. Con todo, es común que existan profesionales que desarrollen tareas en diversas temáticas y diversos momentos procesales, particularmente, en aquellas regiones más pequeñas en donde hay menos demanda y hay menor dotación funcionaria.

La institución cuenta con un sistema mixto que contempla profesionales abogados adscritos mediante un sistema de contratación permanente y en la calidad de funcionarios públicos; y, otro compuesto por abogados privados que prestan el mismo servicio que los anteriores, pero sin estar adscritos de modo permanente a la institución. Este sistema de subcontratación se denomina “sistema licitado de defensa”. Los EDPP indican que, en la práctica, las diferencias entre unos y otros son cada vez más difusas, pues el servicio y los mecanismos de evaluación del trabajo a nivel de los profesionales son los mismos, así como las instancias de perfeccionamiento. Esto ha llevado, en opinión de los EDPP, a hablar tan solo de defensores penales públicos, sin distinción. Sin perjuicio de lo anterior, CEJA (2017) revela que aún persiste la percepción sobre las diferencias entre unos y otros por parte ciertos operadores.

Adicionalmente, existe la defensa privada asumida por abogados defensores particulares.

Organización de la Judicatura

Con la Reforma se crearon dos tribunales en la primera instancia penal a nivel nacional: los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal. Los jueces de garantía ejercen principalmente funciones durante la investigación y audiencias preliminares, mientras que los jueces de tribunal de juicio oral ejercen funciones en la etapa de juicio. Esta decisión se estima tuvo sentido a comienzos de la Reforma como mecanismo para manejar el flujo de casos y evitar una eventual congestión, sin embargo, actualmente expertos comparten que existen dificultades derivadas de la excesiva rigidez y la distribución inequitativa de carga de trabajo entre unos y otros (CEJA, 2017).

En cuanto a la gestión interna de estos tribunales, se crea la figura del administrador a cargo de la gestión administrativa del juzgado o tribunal, entre la que se incluye las audiencias y tiempo dispuesto para ellas y la carga de trabajo de los jueces. La existencia del administrador es un reflejo de la decisión de separar claramente el ámbito jurisdiccional de aquello administrativo. Si bien está pensado que el administrador tenga amplias facultades, en la práctica se detecta que hay limitaciones a sus decisiones por

parte del Comité de Jueces y su juez Presidente, quien valora y aprueba la propuesta del administrador (CEJA, 2017).

Los tribunales superiores no fueron reformados con la Reforma, por lo cual subsiste en ellos un modelo caracterizado por su verticalidad y perfil conservador, en opinión de EPJUD.

Por otro lado, el Poder Judicial cuenta con una Corporación Administrativa (CAPJ) institución dedicada al servicio de los tribunales de justicia, administrando los recursos humanos, físicos, financieros y tecnológicos que depende de la Corte Suprema.

Ministerio Público y análisis criminal

Un aspecto central de la Reforma fue la creación del Ministerio Público. En Chile esta institución no existía en el sistema inquisitivo, pues el juez del crimen reunía las facultades de investigar, acusar y juzgar. Esta institución tiene jerarquía constitucional y carácter autónomo³⁸. La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece que las principales funciones de la institución son: la dirección exclusiva de la investigación en materia penal; el ejercicio de la acción penal pública; y la protección de víctimas y testigos. Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público estableció un modelo basado en la regionalización de sus funciones: existe una Fiscalía Regional por cada región del país y cuatro Fiscalías en la Región Metropolitana de Santiago. Este modelo admite cierta autonomía local en el desarrollo de sus funciones, de acuerdo a las necesidades y fenómenos criminales locales (CEJA, 2017).

El Ministerio Público no crea unidades de análisis criminal, sino hasta la Ley de Fortalecimiento del Ministerio Público (2015). Con el Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos (SACFI) se incorporan estrategias de análisis e investigación sobre mercados delictuales u otras estructuras de criminalidad. En cuanto a su estructura organizativa, se lidera por una Unidad Coordinadora del SACFI, dependiente de la División de Estudios, Evaluación y Control de la Fiscalía Nacional quien tiene a su cargo la implementación, orientación técnica, capacitación y evaluación. En cada Fiscalía Regional, a su vez, se crea un Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos, conformado por analistas criminales, fiscales adjuntos y lideradas por el Fiscal Jefe de Análisis Criminal y Focos Investigativos que dependerá directamente del Fiscal Regional respectivo. Este proceso de implementación tuvo un carácter gradual el cual culminó recientemente en el presente año y se cerrará con una primera evaluación a nivel nacional a fines del 2018.

38 Ello sin perjuicio de la injerencia que tiene el Poder Ejecutivo en la designación del Fiscal Nacional y el Poder Judicial en la designación de los Fiscales Regionales

Los expertos entrevistados EMP indican que las unidades tienen en sus tareas: la producción de información agregada y oportuna sobre los fenómenos delictivos por parte de analistas criminales, centradas en focos delictivos y no en causas en particular; el trabajo coordinado con las instituciones del sistema de justicia, especialmente, con las policías con un alto énfasis en la retroalimentación; la colaboración de las víctimas al análisis criminal, ya no solo considerada como persona natural sino también como agrupaciones, gremios y empresas; y, finalmente, un alto énfasis en la relación con la comunidad a través de reuniones o mesas de trabajo a nivel local que permitirán coadyuvar en la detección de problemáticas especialmente relevantes y a la prevención del delito.

Según expertos EMP la historia de esta ley se inserta en un contexto de alta preocupación pública sobre los delitos de propiedad, por lo cual las unidades se centran en fenómenos delictuales en estas materias.

Conclusión.

De la información expuesta en el informe es posible mencionar, en primer lugar, claros avances del sistema de justicia penal en su comparación con el sistema inquisitivo antes vigente. Los principios de publicidad y oralidad han permeado a las instituciones y se presentan como la regla general en el país, siendo aplicados tanto a las audiencias de juicio como a las audiencias previas. Por otro lado, la consolidación de la Defensoría Penal Pública constituye un avance importante en el respeto de los derechos de las personas imputadas, aun cuando no constituye una institución de carácter autónomo.

Sin perjuicio de los notorios avances, aún persisten prácticas reñidas con la lógica del sistema. Entre ellos se destaca la rutinización de las dinámicas al interior de las audiencias, principalmente, por debates más bien formales y que se alejan de las lógicas del sistema adversarial. La audiencia de formalización –especialmente cuando se solicita la aplicación de medidas cautelares- y el debate de exclusión de prueba en la audiencia preparatoria son un ejemplo de ello.

Otro tema que merece especial atención son las experiencias en materia de justicia restaurativa y terapéutica, tales como los Tribunales de Tratamiento de Drogas. A pesar de los avances que suponen estas iniciativas, estas siguen siendo políticas públicas de carácter temporal y, por el momento, no constituyen una política pública de Estado sostenida en el tiempo.

Finalmente, cabe destacar ciertos aspectos que no fueron abordados por la Reforma y que, en la actualidad, suponen una importante necesidad para el sistema de justicia penal. Entre ellos se encuentra la etapa de ejecución penal, los mecanismos de

seguimiento de medias cautelares distintas de la prisión preventiva y el seguimiento de las condiciones impuestas en suspensiones condicionales del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

Bibliografía

CEJA (2017). Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década. Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Santiago.

Díaz y Navarro (2015). Informe sobre experiencias nacionales de mediación penal y justicia restaurativa en Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Santiago. Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/01/Informe-sobre-experiencias-de-JR-y-MP-en-Chile-2015.pdf>

DPP (2017). Informe Estadístico 2017. Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/efca79747a3efd8085ea1575f3e9a893.pdf>

Horvitz y López (2012). Derecho Procesal Chileno. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.

Irrazábal (2015). "Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad". Política Criminal. Vol. 10, N°19, pp. 234-265.

Maturana y López (2012). Derecho Procesal Penal. Tomo I. Legal Publishing: Santiago.

PJUD (2016). Hitos importantes de los Tribunales de Tratamiento de drogas y/o alcohol en Chile. Poder Judicial: Santiago. Disponible en: <http://ttd.pjud.cl/ttd/documentos/>

Introducción

Desde los años noventa comenzaron las discusiones sobre la implementación del Sistema Penal Acusatorio (SPA) en Colombia. Fue en 2002 cuando este se implantó en el ordenamiento jurídico nacional, a través de una reforma Constitucional (Acto Legislativo 03), que limitó las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, creó la figura del juez de control de garantías, consagró los principios de inmediatez, concentración y publicidad de los procesos e introdujo el principio de oportunidad, entre otros cambios. En esta reforma se dispuso que la redacción del nuevo código de procedimiento penal, que desarrollaría el nuevo sistema, estaría a cargo de una comisión conformada por representantes de las tres Ramas del Poder Público⁴⁰ y tres miembros de la academia, tarea que concluyó con la presentación y posterior aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

El sistema se implementó de forma gradual entre 2005 y 2008, momento en el cual logró su cobertura en todo el territorio nacional. Cada fase correspondía a un grupo de distritos judiciales⁴¹. En la primera quedó incluida Bogotá, lo que significó un reto enorme para la implementación, por tratarse de la ciudad con mayor demanda y oferta del país, factores que complejizaban el seguimiento, la coordinación interinstitucional y la adopción de medidas correctivas. A este reto se sumó la coincidencia entre la implementación del SPA y la aprobación de otras dos grandes reformas procesales: la Ley 1098 de 2006, que instaló el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, y la Ley 975 de 2005, que reguló el proceso de justicia transicional que aplicó para los guerrilleros y paramilitares desmovilizados.

La puesta en marcha estuvo precedida de diversas actividades de adecuación de infraestructura, coordinación interinstitucional, ajuste de procesos internos y capacitación a funcionarios, varias de las cuales contaron con un importante apoyo de la cooperación internacional, principalmente a través del Programa de Acceso a la Justicia de USAID. Sin embargo, los esfuerzos se concentraron en los primeros años de

39 Abogada e ingeniera industrial de la Universidad de los Andes, con maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Coordinadora de proyectos en la Corporación Excelencia en la Justicia.

40 El Ministerio de Justicia, la Fiscalía, la Procuraduría, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, el Defensor del Pueblo, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores.

41 Fase 1.: a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Fase 2. A partir del 1º de enero de 2006 en los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. Fase 3: a partir del 1º de 2007 en los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Fase 4: A partir del 1º de enero de 2008 en los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar y aquellos que llegaren a crearse.

funcionamiento del sistema y fueron perdiendo fuerza a medida que avanzaba la implementación. En especial, la capacitación no contó con la misma prioridad ni logró realimentarse de los problemas que presentaba el sistema en su práctica, lo que ha sido un caldo de cultivo para la reproducción de malas prácticas.

Dos fueron los objetivos principales que se plantearon con la reforma: i) mejorar la eficacia del sistema penal, especialmente en la lucha contra la criminalidad grave y organizada, y ii) fortalecer las garantías procesales. Sin embargo, desde los primeros años de funcionamiento comenzaron a notarse las brechas que existían entre estas expectativas y el comportamiento del sistema.

Del lado de la eficacia, se hizo evidente la falta de capacidad del sistema para procesar todas las noticias criminales que llegaban a su conocimiento. Esta dificultad comenzó por las deficiencias en la investigación, originadas en un inadecuado planteamiento de los programas metodológicos, la insuficiencia de policía judicial⁴², las falencias en la capacitación y la ausencia de un trabajo articulado entre los fiscales e investigadores. Con el paso del tiempo, y a medida que las noticias criminales avanzaron de la etapa de indagación, aparecieron los cuellos de botella en las audiencias públicas, que comenzaron a caracterizarse por sus constantes aplazamientos y por sus excesivos tiempos de duración. Audiencias preparatorias que duran varios meses y juicios orales que se prolongan por años han merecido que algunos actores se refieran al sistema como el Sistema Penal Aplazatorio.

A estos problemas de eficacia se sumó la mano del legislador, que respondiendo al reclamo ciudadano que rechazaba los importantes beneficios de rebajas de pena que se concedían por la aceptación de cargos⁴³, restringió esta posibilidad para algunos delitos⁴⁴ y redujo sustancialmente el monto de la rebaja para los casos conocidos en flagrancia. Estos desincentivos para la terminación temprana⁴⁵ han llevado a que un mayor número de causas tenga que llegar a juicio oral, lo que ha aumentado los tiempos de respuesta y el desgaste institucional, no siempre con buenos resultados. En efecto,

42 Las funciones de policía judicial permanente se encuentran a cargo del cuerpo de investigación de la Fiscalía y por la Policía Nacional. En los funcionarios que pertenecen a esta última entidad existe una dificultad particular asociada a la asignación de tareas ajenas a la investigación criminal que desconcentran a los funcionarios de sus labores del cumplimiento de sus tareas de apoyo a la Fiscalía.

43 Estos pueden ir desde un octavo hasta la mitad de la pena, dependiendo del momento procesal en el que se realice la aceptación y de si esta ocurrió en flagrancia.

44 Por ejemplo, los delitos de secuestro, homicidio, delitos sexuales y lesiones personales cometidas contra niñas, niños y adolescentes (Ley 1098 de 2006) y el terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión (Ley 1121 de 2006).

45 Es evidente el impacto de las reformas en el porcentaje de personas que aceptan cargos en la audiencia de formulación de imputación. Así, por ejemplo, un delito típicamente conocido en flagrancia como lo es el porte de armas pasó de un porcentaje de aceptación del 58,3% en 2010, un año antes de que fuera aprobada la ley 1453 de 2011 que redujo los beneficios, a un porcentaje de aceptación del 28,11% en 2012. (Corporación Excelencia en la Justicia, 2013, pág. 25).

si bien el porcentaje general de condenas ha estado por encima del 85%, cuando se examinan únicamente las sentencias que se producen en sede de juicio oral, se observa que el porcentaje de condenas se ha ido reduciendo de manera sostenida, pasando del 76% en 2008 al 55,2% en 2015. (Fiscalía General de la Nación, 2017 A, pág. 3). Finalmente, en el mismo ámbito de la efectividad, tampoco resultó de gran ayuda la incorporación del principio de oportunidad como herramienta para que la Fiscalía pudiera concentrarse en los casos de mayor gravedad, pues su representatividad como forma de salida ha sido inferior al 1%⁴⁶.

En lo que respecta al fortalecimiento de las garantías, si bien el balance al inicio de la implementación fue positivo, por cuenta de los mayores requisitos que se exigían para las medidas de aseguramiento y la realización de actuaciones investigativas que afectan derechos fundamentales, así como por la puesta en funcionamiento del sistema de defensoría pública, los retrocesos normativos no se hicieron esperar. Antes de que el sistema estuviera funcionando en todo el país, ya se habían aprobado reformas tendientes a flexibilizar la detención preventiva y los tiempos máximos para la procedencia de la libertad; mientras que del lado de la Defensoría se ha desmejorado la calidad del servicio, por cuenta de una mayor carga laboral y de la menor calificación del personal de la Defensoría.

Muchas voces, entre ellas la de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), advirtieron desde el principio de estos problemas. Sin embargo, las medidas legislativas y de gestión solo han empezado a llegar en los últimos años, cuando el sistema se encuentra en un alto grado de desprestigio y las malas prácticas se han arraigado entre los operadores. Dentro de estos cambios se cuentan la aprobación de la Ley 1826 de 2017, que regula un trámite especial abreviado e introduce la figura del acusador privado para los delitos de menor gravedad (que a su vez son los de mayores ingresos), y la Ley 1760 de 2015 que fortaleció la excepcionalidad de la detención preventiva. Sin embargo, estos ajustes normativos, cuyos resultados aún están por evaluar, no son suficientes para reencauzar una reforma que tiene sus principales obstáculos en la cultura jurídica y en la formación de los actores encargados del sistema; aspectos que no han tenido la atención merecida. Como señala una persona inmersa en el día a día del SPA “estamos con normas de un sistema acusatorio, pero tenemos la mentalidad de un sistema inquisitivo”.

El presente escrito tiene como propósito presentar un breve recuento de la adaptación que tuvieron las entidades encargadas de la operación del sistema y un balance del

46 Entre 2008 y 2017 se aplicaron en promedio 1.477 principios de oportunidad por año; cifra insignificante respecto de las 1.057.499 noticias criminales anuales que se recibieron en promedio en ese mismo periodo. También es una cifra muy baja si se compara con otras como el archivo, que para el mismo periodo se aplicó en promedio a 551.752 noticias criminales. Cálculos: CEJ. Datos: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>

funcionamiento en dos de los ejes principales de la reforma: la oralidad y el fortalecimiento de las garantías procesales. Para su elaboración se tuvieron en cuenta los informes de seguimiento que ha realizado la CEJ, la interacción que esta entidad ha tenido con funcionarios y empleados a través de su papel como Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Seguimiento a la implementación del Sistema Penal Acusatorio (CISPA)⁴⁷, así como un número acotado de entrevistas a expertos y funcionarios con el fin de validar algunas de las conclusiones que se presentan.

Se espera que este sucinto recuento sirva para entender los aciertos y puntos críticos de la implementación de la reforma, que permita contrastar la experiencia colombiana con la de otros países que emprendieron este mismo camino, con el fin de identificar buenas prácticas y oportunidades de ajuste que, sin retroceder en los avances alcanzados, permitan mejorar el funcionamiento del SPA.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Con la llegada del sistema acusatorio se produjeron cambios en la organización de las entidades encargadas del sistema penal, algunos profundos, como fue el caso de la Defensoría del Pueblo, y otros de menor entidad, como fue el caso de Medicina Legal o del Instituto Penitenciario y Carcelario. El sistema también provocó transformaciones en el funcionamiento de las firmas de abogados y litigantes, que ahora cuentan con un escenario de acción como representantes de las víctimas⁴⁸. En este ámbito, el rol de los defensores de confianza se ha concentrado en complementar las investigaciones y apoyar a los fiscales en la preparación de las audiencias, colaboración que generalmente es de buen recibo por parte de los funcionarios.

A continuación, se presenta una síntesis de las principales transformaciones que sufrieron las tres entidades protagonistas del sistema: la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía y la judicatura, entendida esta como la organización de los jueces y magistrados de Tribunal, función que se encuentra a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.

La Defensoría

47 Para más información sobre la Comisión se puede consultar el sitio web www.cispa.gov.co

48 Las víctimas pueden ejercer de manera directa algunas actividades en las audiencias (por ejemplo, solicitar medidas de aseguramiento, presentar observaciones al escrito de acusación); mientras que otras, por disposición legal y jurisprudencial, solo las pueden realizar por intermedio del fiscal (por ejemplo, la práctica de pruebas).

El principal cambio institucional que trajo la implementación del SPA fue la puesta en marcha del Sistema Nacional de Defensoría Pública, que quedó a cargo de la Defensoría del Pueblo, entidad existente desde la Constitución de 1991. Con este sistema se buscaba reemplazar la defensa de oficio⁴⁹ para dar paso a un sistema de defensa más técnico, especializado y robusto, como una de las aristas necesarias para fortalecer las garantías de los procesados, que era uno de los principales objetivos de la reforma.

El sistema fue regulado por la Ley 941 de 2005, según la cual éste operaría para las personas que por su condición económica o social no pudieran proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos; pero también para aquellas que no pudieran acceder a una defensa de confianza por otras causas, como la fuerza mayor o la renuencia de los abogados particulares de asumir su representación judicial. Aunque el sistema fue inicialmente concebido solo para la defensa de procesados, leyes posteriores a la implementación del SPA le asignaron también la representación de víctimas en algunas áreas específicas: la ley de justicia y paz, la ley de víctimas y restitución de tierras, la violencia de género y los delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes.

La conformación del sistema se dio a través de la vinculación de defensores por medio de contratos de prestación de servicios, que si bien no generan exclusividad para los defensores, implican una carga de trabajo muy significativa, por una remuneración sustancialmente inferior- de menos de la mitad⁵⁰- de la que reciben los fiscales, jueces y procuradores y sin la estabilidad laboral con la que estos cuentan.

El proceso de implementación de la Defensoría comenzó con relativo éxito. De un lado, logró suplir las necesidades inmediatas del servicio durante los primeros años de funcionamiento del sistema, cuando la mayoría de procesos tenían que ver con capturas en flagrancia de personas de escasos recursos que demandaban los servicios de representación gratuita del Estado. Adicionalmente, implementó una estrategia de capacitación sostenible, las llamadas “barras académicas”, que consisten en reuniones semanales de defensores, bajo el liderazgo de coordinadores académicos, en las que se discuten casos, estrategias de defensa y se actualizan los conocimientos en materia penal. Esto, sumado a la experiencia práctica de muchos defensores, contribuyó a que

49 Cabe anotar que desde antes de la creación el Sistema Nacional de Defensoría, la Defensoría del Pueblo ya contaba con un cuerpo de defensores que asumían algunos procesos, especialmente los de connotación pública. Sin embargo, la defensa de oficio seguía siendo la regla general en materia penal.

50 Para 2017 la remuneración mensual de los defensores rondaba los US\$1.370; mientras que para un juez o fiscal de la inferior jerarquía el salario-incluyendo primas- estaba cerca de los US\$2.715. La brecha es mayor si se compara con el ingreso de los magistrados ante Tribunal, que devengaron US\$8.300 mensuales ese mismo año). Datos para los jueces: Consejo Superior de la Judicatura. Respuesta al derecho de petición enviado por la CEJ, Rad. DEAJRGO-17-6529 Disponible en: <http://www.cej.org.co/files/2017/12122018-salarios-rama.pdf>. Dato para los Defensores: Consulta al Director Nacional de Defensoría en agosto de 2018.

el cuerpo defensorial fuera valorado como un ente cohesionado y suficientemente capacitado para su función.

Sin embargo, con el tiempo comenzaron a evidenciarse varias debilidades, que se han venido incrementado en los últimos años. De un lado, se percibe que la calidad de la defensa ha desmejorado, especialmente en los municipios más apartados del país. Además de que mermó sustancialmente el apoyo de la cooperación internacional, que jugó un papel trascendental en la consolidación de la Defensoría Pública, el desmejoramiento se adjudica a dos razones principales. La primera, el aumento de la carga de trabajo, que no ha estado acompañado de un fortalecimiento suficiente de la planta⁵¹, lo que reduce el tiempo que el defensor puede dedicar a cada proceso⁵². Y, la segunda, la desvinculación de defensores con experiencia en el sistema acusatorio, bien sea para dedicarse al litigio particular o para trabajar en otras entidades del Estado que cuentan con mejores condiciones laborales que las que brinda la Defensoría. Adicionalmente, la Defensa Pública no cuenta con la misma capacidad investigativa que la Fiscalía para materializar el principio de igualdad de armas, pues su número de investigadores y de laboratorios⁵³ es sustancialmente menor.

Finalmente, aunque las barras académicas han sido un aporte fundamental para la labor de defensa, estas pueden quedarse en aspectos dogmáticos que no tienen en cuenta las necesidades que enfrentan los defensores en las audiencias públicas y que descuidan el aprendizaje en materia de prueba técnica. (Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze, 2015, pág. 250)

51 Salvo el año 2016, el número de defensores públicos contratados ha venido incrementando de forma constante, especialmente a partir de 2014. Para 2017 se contaba con 4.537 defensores públicos, el doble de los que se registraban en 2010 (2.259). (Fuente de los datos: Respuesta a Derecho de Petición enviado por la CEJ. Rad. DP-478 de 2018). Sin embargo, este incremento debe analizarse a la luz de la mayor cantidad de casos que, a medida que ha avanzado el sistema, han superado la audiencia de imputación y se han enfrentado a las dilaciones y aplazamientos de las audiencias de conocimiento. Esto contrasta con la actividad de los primeros años del SPA, en los que la mayoría de procesos se conocían en flagrancia y terminaban con la aceptación de cargos del procesado, lo que demandaba de una menor dedicación de tiempo por caso para cada defensor.

52 Esta reducción de tiempo se evidencia desde una actuación mínima como lo es la entrevista con el procesado, que no se realiza en todos los casos o, cuando se realiza, no se hace con la profundidad necesaria para la preparación del caso. Cuando no se da la entrevista o esta es insuficiente, algunos jueces que logran evidenciar la situación optan por suspender por algunos minutos la audiencia para permitir el diálogo entre el defensor y su representado.

53 El Grupo de Investigación Defensorial cuenta con cinco laboratorios, ubicados en Bogotá, D. C., Barranquilla, Medellín, Cali y Bucaramanga. (Defensoría del Pueblo. Vigésimocuarto Informe del Defensor del Pueblo. Bogotá, 2017). Cabe anotar que no todos los actores consideran esencial la existencia de laboratorios, pues consideran que las estrategias de defensa usualmente no requieren de los dictámenes que allí se practican, sino más bien de un fortalecimiento de competencias y conocimientos en materia penal, derecho probatorio y litigación oral.

Fiscalía General de la Nación

En lo que respecta a la Fiscalía, en un primer momento no se hicieron mayores ajustes organizacionales, distintos a la decisión de reducir gradualmente su personal por cuenta de la mayor eficiencia que se esperaba con el nuevo sistema penal. Sin embargo, al advertirse que esta meta no iba a lograrse, y teniendo en cuenta las necesidades de fortalecimiento institucional que llegaron por cuenta del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y de la Ley de Justicia y Paz, el plan de reducción se abortó, se realizó una reestructuración interna y se estabilizó la planta de personal para permitirle a la entidad cumplir con sus nuevas responsabilidades.

Así pues, el sistema acusatorio comenzó a operar con una Fiscalía que conservaba casi intacto el modelo organizacional que tenía desde 1992, año en que la entidad comenzó a operar en el país. Solo para atender algunas problemáticas particulares se implementaron modelos de gestión novedosos, que, en su mayoría, no fueron sostenibles o se limitaron a algunas pocas seccionales del país.

Fue solo cuando habían pasado siete años de implementación del SPA que se emprendió un proceso de reestructuración profundo, no solo en la organización interna, sino también en las metodologías de investigación, todo con el fin de adaptarse a los retos que imponía la criminalidad organizada y de fortalecer algunas funciones que se encontraban desatendidas en la entidad. Para esto se adoptaron diversas medidas, entre las que se cuentan: i) la creación de nuevas dependencias, como las Direcciones de Políticas Públicas y Planeación, la Dirección de Asuntos Constitucionales, la Subdirección de Atención a Víctimas y la Dirección del Sistema Penal Acusatorio; ii) La creación de la institución universitaria *Conocimiento e Innovación para la Justicia* (CIJ). iii) La creación de comités técnico-jurídicos en las Direcciones de Fiscalía, para la revisión de casos en curso con el fin de definir líneas de acción que deben ser respetadas por los fiscales. iv) La formalización de las nuevas fórmulas de investigación para lograr una asignación estratégica de las cargas de trabajo que permitiera un mayor impacto en la investigación de la criminalidad organizada. Entre éstas, se cuentan la *estrategia de priorización*, que busca dar un orden en la manera en que la entidad atiende las noticias criminales, teniendo en cuenta factores objetivos⁵⁴, subjetivos⁵⁵ y complementarios⁵⁶; y la implementación de filtros tempranos para las noticias criminales que no revisten las

54 Por ejemplo, el grado de afectación a los derechos fundamentales, la modalidad de comisión en términos de violencia y sistematicidad y el número de víctimas. (<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/criterios-de-priorizacion/>)

55 Entre estos se cuentan las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas, la estructura criminal y los máximos responsables.

56 Incluye la factibilidad de la investigación y los recursos disponibles para desarrollarla.

características de un delito, la cual recogió la experiencia de varios pilotos realizados en algunas seccionales desde años atrás. v) El aumento de la planta de personal en 5.000 servidores; incremento que no logró materializarse en su totalidad, pues el presupuesto adicional asignado solo alcanzó para cubrir alrededor de 1.300 cargos.

La reestructuración tuvo aspectos positivos, especialmente en lo que se refiere a las nuevas lógicas de investigación. La política de priorización y la intervención temprana de casos, aun cuando son susceptibles de mejorar, han tenido vocación de permanencia y se han convertido en una herramienta importante para la gestión de la carga de trabajo y para la focalización de esfuerzos que contribuyen a la cohesión de la entidad en torno a objetivos comunes. (Fiscalía General de la Nación, 2017B). Sin embargo, la reforma no estuvo exenta de críticas, principalmente por cuenta de la creación de numerosas direcciones y subdirecciones, que además de aumentar los costos de funcionamiento, generaban duplicidades de funciones y dificultaban la coordinación interna. Además, el fortalecimiento que se dio en algunas áreas no logró irrigar a las regiones, dejando esa mayor capacidad institucional concentrada en el nivel central y en algunos pocos procesos de connotación nacional⁵⁷. Tampoco tuvo éxito la creación de la Institución Universitaria de la Fiscalía, que no concluyó su puesta en funcionamiento debido a la falta de presupuesto y a las diferencias que surgieron entre su rector y el Fiscal General de la Nación (El Espectador, 2015).

Parte de estas deficiencias buscaron corregirse con una nueva reestructuración que se realizó en el año 2017⁵⁸, motivada en la necesidad de adaptar la entidad a los retos que imponía la etapa de posconflicto, derivada del acuerdo de paz suscrito entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, entre ellos, el surgimiento de nuevas organizaciones criminales, el control de las disidencias, la vinculación de los desmovilizados a otros grupos criminales, la investigación y judicialización de los atentados contra defensores de derechos humanos y líderes sociales y la lucha contra la corrupción. Adicionalmente, se buscó el fortalecimiento de la entidad en la persecución de las finanzas criminales, propósito que si bien se había planteado en administraciones anteriores, cuenta con un papel protagónico en la gestión actual de la entidad. Así pues, bajo el nuevo esquema organizacional, la Fiscalía quedó dividida en el nivel central en tres delegadas (contra la criminalidad organizada, para la seguridad ciudadana y para las finanzas criminales) y, con el presupuesto ahorrado por el achicamiento del nivel directivo, se fortaleció la

57 A juicio de algunos actores, la creación de nuevas direcciones nacionales generó una mayor carga de trabajo para las fiscalías seccionales, quienes debían atender simultáneamente las solicitudes de información y participar en las iniciativas lideradas desde las múltiples direcciones con sede en el nivel central.

58 Decreto 898 de 2017.

planta de fiscales e investigadores en las regiones, que era una de las prioridades del posconflicto⁵⁹.

Los resultados de esta reestructuración están por verse. Si bien el camino recorrido da cuenta del afianzamiento y refinamiento de algunas lógicas que propenden por un mayor impacto de la gestión de la entidad en la lucha contra la criminalidad organizada, estas no han sido suficientemente apropiadas en toda la entidad. A su turno, siguen pendientes algunos ajustes institucionales que le permitan a la Fiscalía cumplir de mejor manera sus funciones. Tal es el caso de la puesta en marcha de modelos de gestión que contribuyan al fortalecimiento de la justicia restaurativa, a mejorar la información para la solicitud de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y al seguimiento de medidas alternativas a la detención preventiva; tareas que podrían realizarse de mejor forma a través de unidades comunes a los despachos fiscales, en las que participen funcionarios de distintas disciplinas.

Judicatura

En lo que respecta a los jueces, los cambios organizacionales no han sido sustanciales. Si bien con la implementación del SPA se pusieron en marcha los Centros de Servicios Judiciales para la realización de tareas administrativas⁶⁰, los despachos mantienen básicamente la misma estructura que tenían antes del sistema penal acusatorio. Esto se ha justificado en alguna medida en la carga de trabajo que representan las acciones de tutela, cuyo trámite se realiza de forma escrita, por lo que el juez demanda del personal que le permita la construcción del expediente y que le apoye en la proyección de decisiones jurídicas.

Si bien los Centros de Servicios Judiciales han sido útiles para descargar a los despachos de tareas administrativas, algunas de sus prácticas de gestión han sido inadecuadas. Tal es el caso de la programación de las audiencias de control de garantías en Bogotá, que luego de ser solicitadas por la parte o interviniente interesado –quien debe esperar varios meses para su realización debido a la congestión que tienen los jueces-, no son reprogramadas de forma inmediata cuando no logran realizarse por la razón que sea. En estos casos, el juez que estaba a cargo de atender la diligencia debe remitir la carpeta

59 Además de los ajustes organizacionales, cabe destacar los recientes esfuerzos de la entidad por aumentar el uso de la tecnología, para lo cual ha implementado un sistema de denuncia en línea para algunos delitos y ha puesto en marcha, aún en etapa piloto, sistemas de inteligencia artificial para la asociación de casos y la georreferenciación de la criminalidad.

60 Los Centros de Servicios tienen a su cargo la administración de las salas de audiencias, el registro y custodia de los registros de las audiencias, la atención al usuario, la elaboración de notificaciones y citaciones y el trámite de la correspondencia.

nuevamente al centro de servicios y el interesado debe volver a presentar la solicitud de audiencia; perdiendo el tiempo que ya había invertido en la espera.

Adicionalmente, existen divergencias importantes en las reglas de juego que utilizan los centros de servicios en las diferentes regiones del país⁶¹.

De otra parte, una de las críticas que se hace actualmente a la organización judicial tiene que ver con su falta de articulación con la estrategia de priorización de la Fiscalía, lo que deja sin efecto el impulso que esta realiza de ciertos procesos, que terminan confundidos entre la congestión y la fila de causas que se encuentran en trámite ante los jueces. Tampoco, salvo muy contadas excepciones, se ha realizado un reparto estratégico de la carga de trabajo, que tenga en cuenta el nivel de complejidad que tienen ciertos asuntos que pueden demandar de la dedicación casi exclusiva de un juez para lograr su finalización en un plazo razonable.

Estado de la implementación del sistema

La oralidad

El Código de Procedimiento Penal estableció dos tipos de audiencias orales: i) las audiencias preliminares, que se tramitan ante el juez de control de garantías; y ii) las audiencias de conocimiento, que se surten ante los jueces llamados de igual manera. En el primer grupo se encuentran la formulación de imputación, la legalización de actuaciones investigativas, la legalización de captura, la solicitud de medidas de aseguramiento, el control de la aplicación del principio de oportunidad y, en general, cualquier otro asunto similar que no tenga un trámite especial previsto en la ley. Por su parte, entre las audiencias que se realizan ante los jueces de conocimiento se encuentran las que le dan impulso al proceso penal, luego de la imputación: la formulación de acusación, la audiencia preparatoria, el juicio oral y la lectura del fallo. También forman parte de este grupo las solicitudes de preclusión y los incidentes de reparación integral.

Así, salvo que se aplique el principio de oportunidad, se acepten cargos en alguna fase temprana o se presente un preacuerdo, el trámite de un proceso penal requiere de la realización de cuando menos cinco audiencias, que comienzan con la imputación, en la cual se le informa al procesado los hechos jurídicamente relevantes por los que está siendo investigado, y continua con las audiencias de conocimiento mencionadas, hasta la lectura del fallo. Dependiendo del curso del proceso, a estas audiencias se pueden

⁶¹ Por ejemplo, en algunas regiones es posible que quien solicita la audiencia pueda coordinar el horario que mejor se ajuste a su disponibilidad, mientras que en otras esta posibilidad está proscrita, lo que eleva el riesgo de aplazamientos.

sumar otras tantas, por ejemplo, las relacionadas con la solicitud y legalización de actuaciones investigativas que tienen control judicial. También, cuando existe un fallo condenatorio, se puede iniciar el incidente de reparación integral, cuyo trámite puede surtirse entre una y tres audiencias, dependiendo de si se logra o no una conciliación.

Las audiencias se rigen por el principio de publicidad, por lo que por regla general están abiertas a los medios de comunicación y a la comunidad. Se exceptúan aquellas en las que, por decisión motivada del juez, afecten la seguridad nacional o amenacen el interés de la justicia; así como aquellas relacionadas con delitos sexuales y las que expongan a un daño a los menores de edad. En lo que respecta a las audiencias preliminares, tienen carácter reservado las que se refieren al control de legalidad sobre algunas actuaciones investigativas y el decreto de medidas cautelares.

El desarrollo del proceso a través de audiencias orales ha sido uno de los puntos críticos en la implementación del SPA, de un lado, por las dificultades para su programación, del otro, por las prácticas que se han gestado en su desarrollo. Aunque no será objeto de análisis en este escrito, también existen críticas por parte de los medios de comunicación respecto de las restricciones que algunos jueces de control de garantías han impuesto a las audiencias preliminares en casos de interés nacional, sin que medie algunas de las causas que establece la ley⁶². De otra parte, los jueces tienen la percepción de que existen excesos por parte de los medios de comunicación, que pueden terminar afectando la presunción de inocencia y creando presiones sobre los jueces que minan su independencia y la legitimidad de la justicia. Esto ocurre especialmente en los casos en los que se decide no imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, en los que se suele presentar al juez como un promotor de la impunidad y de la inseguridad ciudadana.

Respecto de la programación de audiencias, desde los primeros años de funcionamiento del sistema se hicieron evidentes tres problemáticas: los cruces de agendas de las partes e intervinientes convocados (Centro de Estudios de Justicia de las Américas , 2006, pág. 26), las prácticas dilatorias de la defensa y la complejidad y costos de los traslados de las personas en detención preventiva a las salas de audiencia.

Para resolver el primer problema, desde hace varios años se hizo evidente la necesidad de contar con un sistema de información que permitiera conocer las audiencias que tuvieran programadas los fiscales, defensores, jueces y demás actores, con el fin de

62 Fundación para la Libertad de Prensa. Las restricciones para la prensa durante las audiencias públicas son cada vez más frecuentes. Disponible en: <https://flip.org.co/index.php/es/informacion/pronunciamientos/item/2100-las-restricciones-para-la-prensa-durante-las-audiencias-publicas-son-cada-vez-mas-frecuentes>

evitar cruces de agendas que llevaran a reprogramaciones y aplazamientos, y de poder realizar a través de internet la citación y notificación de novedades que se presentaran en la programación. Sin embargo, y pese a reiterados anuncios, espacios de articulación interinstitucional para desarrollar el sistema y pruebas piloto sobre herramientas desarrolladas por el Consejo Superior de la Judicatura, este propósito, que no significa una tecnología avanzada ni de costos exorbitantes, sigue sin alcanzarse. Esto aumenta los riesgos de cancelación de audiencias, además de que dificulta el control estadístico a la gestión y la identificación de las causas que generan esas cancelaciones. En efecto, si bien todas las entidades son conscientes de que existe un alto volumen de audiencias fracasadas, existen disparidades entre las cifras, que, dependiendo de la entidad a la que se le consulte puede oscilar entre un 24% y un 59% de las audiencias programadas⁶³.

En lo que respecta a las prácticas dilatorias de la defensa, existe la percepción de que en algunos casos no hay control por parte de los jueces de las excusas que se presentan para justificar la inasistencia a las audiencias, que no se hace un uso adecuado uso de los poderes correccionales que la ley les confiere para garantizar la fluidez del proceso⁶⁴, ni de los controles disciplinarios que le corresponde aplicar al Consejo Superior de la Judicatura. Aunque varios actores consideran que la utilización de estas prácticas dilatorias es empleada principalmente por los defensores de confianza, no existen datos estadísticos que permitan corroborar esta afirmación⁶⁵.

Finalmente, en lo que se refiere a las dificultades para el traslado de detenidos, que se origina principalmente en la insuficiencia de personal de la guardia penitenciaria y en las largas distancias que existen entre los palacios de justicia y los lugares de reclusión en algunas regiones, se ha avanzado en la implementación de audiencias virtuales. Sin embargo, este mecanismo cuenta con dos problemas fundamentales: la falta de cobertura de las condiciones tecnológicas para su realización y la resistencia de algunos jueces a que las audiencias se realicen sin la presencia física del procesado. Para remediar esta situación, un decreto reciente⁶⁶ incluyó una disposición según la cual las autoridades judiciales deben preferir la realización de audiencias virtuales presenciales y justificar cuando decidan no hacerlas de esta manera.

63 Este rango de cifras se extrae de la información recibida por la CEJ en el marco de su gestión como Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Seguimiento al SPA.

64 Dentro de las medidas correccionales que puede adoptar el juez se encuentra la de imponer arresto de 1 a 30 días de arresto a quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal (Artículo 143 CPP).

65 En algunos casos, cuando la inasistencia del defensor de confianza es reiterada, algunos jueces han optado por asignar un defensor público que cubra la audiencia, medida que no ha dado mayores resultados por las controversias que se suscitan en torno al derecho de postulación y por la alta carga de trabajo con la que cuenta la Defensoría Pública.

66 Decreto 204 de 2016.

Ahora bien, en relación con los problemas asociados al desarrollo de las audiencias, existen problemas transversales y específicos, según la actuación que se trate. Dentro de los problemas transversales se cuenta la preeminencia de la lectura de textos preelaborados por las partes y la alusión a asuntos que no tienen que ver con el objeto de debate, bien sea porque no corresponden a la naturaleza de la audiencia⁶⁷, o porque se refieren a afirmaciones genéricas sobre el derecho penal o a ciertas figuras jurídicas, que a veces hacen parecer que los actores confunden la sala de audiencias con un salón de clases.

Entre los problemas específicos, son dos las audiencias que presentan mayores inconvenientes. De un lado, la audiencia preparatoria, en la que se han introducido numerosos pasos que la han hecho repetitiva y poco ágil y en la que se presentan confusiones entre los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas, que generan discursos reiterativos que no aportan en la acotación del debate probatorio. Sobre esta situación ha llamado la atención la Corte Suprema de Justicia, que ha establecido reglas que agilizan el desarrollo de la audiencia y ha reiterado el papel que deben cumplir los jueces en la dirección del proceso y en la búsqueda de la celeridad del proceso⁶⁸.

También ha resultado problemática la audiencia de juicio oral, que no ha servido para garantizar los principios de inmediación, concentración y contradicción. De un lado, al no existir una adecuada depuración de las pruebas, pueden practicarse decenas de testimonios de los cuales solo unos pocos resultan útiles para lo que se pretende demostrar. De otra parte, tampoco ha sido afortunada la forma en la que se introducen las pruebas al juicio, pues se confunden los testimonios con la lectura de informes y entrevistas que no permiten garantizar el principio de contradicción. En lo que se refiere a las pruebas documentales, y pese a los llamados de la Corte Suprema para superar esta situación⁶⁹, se sigue observando la lectura integral de textos en apartes que no son relevantes, haciendo que los juicios sean excesivamente largos, repartidos en sesiones que pueden durar años, rompiendo así con el principio de concentración. Cabe anotar que por cuenta de esta extensión se pueden terminar presentando cambios en el juez

67 Por ejemplo, en la audiencia concentrada para realizar imputación y solicitar medidas de aseguramiento se suele ahondar en asuntos que son propios del juicio oral, que incluyen la lectura de varios documentos y la alusión a asuntos relacionados con la responsabilidad.

68 Auto 51882 de 2018. MP. Patricia Salazar Cuellar.

69 La Corte ha establecido que cuando se trata de documentos voluminosos, cuya lectura puede tardar días, semanas o meses no es necesario que sean leídos en su integridad, sino que “lo importante es que quede totalmente claro qué fue lo que se incorporó como prueba”, sin perjuicio de que cualquier parte del documento, o el documento en su totalidad, pueda ser utilizado durante el interrogatorio por una de las partes en el juicio oral. Lo mismo atañe cuando se trate de múltiples documentos atinentes a una misma situación. (Auto 51882 de 2018. M.P Patricia Salazar Cuellar)

de conocimiento, bien sea en el periodo de práctica de pruebas o luego de emitido el sentido del fallo. La Corte Suprema de Justicia ha aceptado esta posibilidad, considerando que si bien el principio de inmediación es fundamental, no representa un valor constitucional absoluto. En consecuencia, el cambio de juez no produce de manera automática la nulidad del proceso, si el cambio no fue producto de una decisión arbitraria o caprichosa y no genera una afectación de los derechos de las partes e intervinientes⁷⁰.

En suma, los problemas para la programación y continuidad de las audiencias y su alta duración han contribuido a la congestión del SPA, que durante los primeros años se concentró en la fase de indagación de la Fiscalía, pero ahora se ha extendido a las actuaciones que involucran a los jueces de garantías y de conocimiento. En efecto, según cifras aportadas por el Fiscal General de la Nación, a febrero de 2017 se encontraban pendientes por realizar 112.461 audiencias, muchas de las cuales estaban programadas a más de un año (Fiscalía General de la Nación, 2017, pág. 10). Este represamiento tiene efectos en la eficiencia del SPA, pero también aumenta la probabilidad de que se presenten libertades por vencimientos de términos. Adicionalmente, ha llevado a una pérdida sustancial de tiempo de las partes e intervinientes que se desplazan a las sedes judiciales para asistir a audiencias que no llegan a realizarse. Por ello, si bien es cierto que las entidades cuentan con importantes cargas de trabajo, también lo es que buena parte de su capacidad se desperdicia en la espera de la realización de las audiencias. La Corte Suprema de Justicia, al tratar de intervenir en esta problemática, ha contribuido a eliminar ciertos rituales que afectan la celeridad del proceso, sin una contraprestación importante en términos de garantías; sin embargo, en otros casos su intervención ha flexibilizado ostensiblemente los principios del SPA, como ocurre en el mencionado caso del cambio de juez luego de surtido el debate probatorio, con el que se afecta el principio de inmediación.

Todos estos tropiezos en las audiencias han llevado a reflexionar sobre la utilidad de la eliminación o fusión de algunas de ellas, pasos que comenzaron a darse con la Ley 1826 de 2017 que creó el procedimiento abreviado para delitos menores⁷¹. En este, desaparecieron la audiencia de formulación de imputación y de lectura de fallo y se fusionaron las actuaciones que hoy se surten en la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria en una sola audiencia llamada *audiencia concentrada*. También existen voces que opinan que es innecesario contar con un sistema de cinco audiencias, por considerar que la oralidad solo debería preservarse para el juicio o para las controversias que surjan en su fase preparatoria, por ejemplo, respecto del escrito de acusación o de

70 Ver, por ejemplo, los autos 52632 de 2018, 47440 de 2016 y 46339 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia.

71 Hurtos, estafas, lesiones personales, abuso de confianza, injurias, calumnias, entre otros.

la solicitud de pruebas. Como señaló uno de los actores entrevistados para este escrito, en el SPA se cometió el error de satanizar la escritura en el sistema, en lugar de aprovechar las ventajas que podría significar que algunas etapas previas al juicio se realizaran de esta manera. Por cuenta de esto, actualmente se preserva una falsa oralidad, que no sirve para garantizar los principios del sistema y en cambio sí obstaculiza el trámite de los procesos.

Garantías procesales: la prevalencia de la libertad⁷²

Antes de la implementación del SPA, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Colombia había comenzado a dar pasos para fortalecer las garantías de los procesados, especialmente el derecho a la libertad. Sin embargo, aún se mantenía la facultad de la Fiscalía de adoptar medidas de aseguramiento para garantizar la comparecencia del procesado.

Esto cambió con el nuevo sistema, en el que se estableció el control del juez de garantías para el decreto de medidas de aseguramiento y se amplió el abanico de éstas, para que además de las privativas de la libertad, se pudieran imponer medidas no privativas que cumplieran con los propósitos de salvaguardar a la sociedad, a las víctimas o al proceso. Entre estas se cuentan la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, la presentación periódica ante el juez, la prohibición de salir del país o de concurrir a determinados lugares o reuniones. Para la procedencia de las medidas se deben aportar elementos probatorios que permitan inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta y que este constituye un peligro para la sociedad o la víctima, que puede obstruir el ejercicio de la justicia o que existe el riesgo de que no comparezca el proceso. Para que proceda la medida en establecimiento de reclusión se requiere, además, que se trate de delitos de competencia de los jueces especializados, delitos investigables de oficio con pena superior a cuatro años, delitos contra los derechos de autor que sobrepasen los 150 salarios mínimos o que la persona cuente con capturas en los tres años anteriores.

72 Por razones de espacio solo se hará referencia a la prevalencia de la libertad, que era uno de los objetivos más relevantes en el fortalecimiento de las garantías. Sin embargo, la flexibilización de los principios del sistema, en especial la separación de roles, es otro asunto en el que se han visto importantes cambios. En este frente cabe mencionar la posibilidad que ha abierto la Corte Suprema de Justicia para que los jueces puedan condenar, aún en el evento en que el fiscal presente una solicitud de absolución en sus alegatos conclusión (Sentencia 43837 de 2016); la procedencia de pruebas de oficio en sede de casación (Auto 50213 de 2018) y la flexibilización del principio de congruencia, de forma tal que el juez puede condenar por un delito distinto del contenido en la acusación, siempre que se respete el núcleo fáctico, se trate de un delito de menor entidad y no se afecten derechos de las partes e intervinientes (Sentencia 43041 de 2017).

Como balance general, puede decirse que el SPA sí significó un avance en el uso excepcional de la detención preventiva, que se refleja en una reducción importante del número de sindicados en las cárceles. Así, mientras en 2004 -un año antes de que empezara a regir la reforma- el porcentaje de sindicados respecto de la población carcelaria ascendía al 42,4%, en 2014 este había descendido al 33,5% (Corporación Excelencia en la Justicia, 2015). Sin embargo, pese a esta reducción general, desde los primeros años de implementación comenzaron a darse retrocesos, a través de reformas normativas para flexibilizar la detención preventiva y de presiones, que en ocasiones llegaron desde la Fiscalía y el Ejecutivo, para que los jueces aceptaran la imposición de medidas de aseguramiento. Adicional a lo anterior, existía un alto número de demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad por parte de quienes eran absueltos luego de haber sido cobijados por una medida de detención preventiva, cuyas pretensiones en 2014 sumaban más de 20 billones de pesos (cerca de \$US 7.000 millones).

Con el fin de controlar esta situación, en 2015 fue aprobada la Ley 1760, que introdujo tres cambios principales: i) Estableció requisitos más exigentes para la procedencia de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, precisando que estas podían aplicarse solo cuando el solicitante demostrara que ninguna de las no privativas era suficiente para cumplir con los fines constitucionales de la medida. ii) Estableció un término máximo de un año para la detención preventiva, como regla general, y de dos años para un determinado tipo de delitos o formas en la que estos se cometen. iii) Precisó los términos máximos de duración de las audiencias para la procedencia de la libertad.

Este cambio normativo llevó a que los jueces fueran más exigentes en la argumentación para la solicitud de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Sin embargo, no todos los fiscales se han adaptado a esta nueva realidad, lo que ha llevado a que sus solicitudes no sean aprobadas, lo cual se ha convertido en un campo de tensión entre la Fiscalía y los jueces.

Esta situación se avivó por cuenta de la Ley 1826 de 2017 en la que se incluyó como criterio para determinar el *peligro futuro* de un procesado la existencia de capturas anteriores, esto para facilitar la imposición de la detención preventiva para aquellas personas que, aún sin haber sido condenadas, tuvieran ingresos previos al sistema penal, situación que ocurre con frecuencia en los delitos que afectan la seguridad ciudadana, como el denominado hurto callejero. Sin embargo, no en todos estos casos se ha aplicado la medida de detención, bien sea porque no se cumplen otros de los requisitos para su procedencia o porque no se considera necesaria. Aunque en ocasiones este análisis lo realiza el mismo fiscal del caso, quien decide abstenerse de solicitarla, son los jueces a quienes usualmente se les responsabiliza de esta

determinación, que se considera como una fuente de impunidad y un obstáculo en la lucha contra la seguridad ciudadana. En efecto, en 2017 se dieron a conocer unas instrucciones del Delegado para la seguridad ciudadana de la Fiscalía, que ordenaba identificar a los jueces de garantías que se habían negado a imponer la medida de aseguramiento con el fin de iniciar investigaciones penales, lo cual generó un fuerte rechazo por parte de los funcionarios de la judicatura (El Tiempo, 2017).

Pese a esto, puede decirse que la reforma normativa parece haber tenido un impacto en el respeto de la libertad, pues mientras que para el momento de expedición de la Ley 1760, en junio de 2015, el porcentaje de sindicados en las cárceles ya había ascendido a un 37,8%, luego de su entrada en vigencia se presentó una reducción sostenida en la cifra, de forma tal que hoy la población en detención preventiva representa un 30,98% de los internos en las cárceles.

Con todo, el debate no está clausurado y si bien la Corte Constitucional y muchos jueces de la República han tratado de mantener la excepcionalidad de la privación de la libertad, otros actores del Estado, en especial la Fiscalía, la Policía y varios alcaldes del país, han insistido en la necesidad de flexibilizar su aplicación, al considerar que esas mayores garantías han debilitado la lucha contra el crimen. Un pronunciamiento del Fiscal General el año es muestra esta visión. En él, luego de referirse a las reformas realizadas a la detención preventiva, afirmó que:

“El garantismo ha adquirido un carácter superlativo a partir de la teoría de Ferrajolli, que dejando de lado las víctimas, formula una teoría “del lado de los sujetos más débiles para exigir la racionalización del sistema represor del Estado”. Esa hipérbole del garantismo es la que está inspirando las últimas reformas legales en Colombia, enviando un mensaje a la sociedad equívoco. Los delincuentes deben entender que por encima de sus garantías están las de la sociedad”. (Fiscalía General de la Nación, 2017).

Así pues, reformas que flexibilicen nuevamente la aplicación de la detención preventiva pueden estar a la vuelta de la esquina. Ya se han visto avances en este sentido, como el proyecto de ley 197 de 2017 que buscaba ampliar el tiempo máximo de la detención preventiva de uno a dos años como regla general y a tres para un grupo de delitos de mayor gravedad, plazos que podrían ampliarse hasta en la mitad por solicitud de la Fiscalía o de la víctima. Así mismo, acaba de ser aprobada la Ley 1908 para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, que incluye la ampliación del término máximo de detención preventiva a cuatro años para los delitos cometidos por grupos armados organizados.

Conclusión

La reforma fue producto de un proceso complejo, que implicó modificaciones normativas constitucionales y legales que tardaron varios años en realizarse. Además, a diferencia de la opinión de algunos actores, contó con un proceso de preparación para el inicio de la implementación, quizás superior del que tuvieron las reformas que la sucedieron, como fueron el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, estos esfuerzos fueron insuficientes, de corto aliento y menospreciaron los factores culturales y de gestión que inciden en el éxito de un cambio de esta envergadura. Esto sirvió de caldo de cultivo para que las iniciativas de contrarreforma, especialmente en términos de garantías, se gestaran rápidamente, en contraste con la lenta implementación de las medidas de choque para fortalecer la eficiencia del sistema. En estas circunstancias, Colombia quedó en el peligroso escenario de seguir andando una reforma que no es ni tan garantista, ni es eficiente.

Con todo, antes de un revés estructural que afecte los logros en el respeto a los derechos fundamentales y que destruya del todo las herramientas que aporta el SPA para alcanzar una mayor eficiencia procesal, existen aún medidas por implementar, que responden al diagnóstico desatendido que ha arrastrado el sistema durante varios años. Dos de ellas son prioritarias. La primera, quizás la más importante, tiene que ver con el reforzamiento de la capacitación de todos los actores, que parta de los múltiples errores que se producen tanto en la investigación como en el desarrollo de las audiencias. La segunda consiste en emprender los ajustes normativos, de los cuales se ha hablado hace casi 10 años, y que, manteniendo la esencia del sistema, permiten ajustar aquellas disposiciones que adolecen de falta de claridad o que han abierto la puerta a ritualismos y actuaciones innecesarias que afectan la fluidez del proceso.

Bibliografía

Defensoría del Pueblo. (2017). *Vigésimocuarto Informe del Defensor del Pueblo*. Bogotá.

Fiscalía General de la Nación. (2017). Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Huellas91Baja.pdf>

Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). *Balance de Diez años del Sistema Penal Acusatorio*.

El Tiempo. (19 de octubre de 2017). Jueces afirman que Fiscalía General de la Nación los está intimidando.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas . (2006). *La reforma procesal en Colombia*. Obtenido de http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5097/informeseguimiento_rppColombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze. (2015). *Defensa Penal Efectiva en América Latina*.

Fiscalía General de la Nación. (2017B). *Rendición de cuentas 2016 2017*.

El Espectador. (25 de Noviembre de 2015). *Crece la pelea por la Universidad de la Fiscalía*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/crece-pelea-universidad-de-fiscalia-articulo-601494>

Fiscalía General de la Nación. (2017 A). *Análisis de Sentencias Absolutorias*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>

Corporación Excelencia en la Justicia. (2013). *Propuesta de reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA)*. Obtenido de http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=834&Itemid=34

Introducción.

La administración de justicia en Bolivia padece de graves problemas orgánicos, tales como la corrupción, la falta de independencia, las deficiencias en el acceso a la justicia en particular de sectores de la población en situación de vulnerabilidad, la retardación, la impunidad, la gestión deficiente, entre otros (OACNUDH, 2015).

En el sistema penal, todos estos problemas se presentan de forma amplificada, lesionando los derechos tanto de las víctimas como de los imputados.

- Problemas de gestión del sistema judicial y falta de flexibilidad en la organización de las instituciones operadoras de la justicia penal. Estos se reflejan, entre otros, en la excesiva suspensión de audiencias, la ineficiencia del sistema en la selección de causas no penales, la ausencia de mecanismos de procesamiento de causas simples, etc.
- Falta de independencia y corrupción extendida en todos los niveles del sistema judicial y penitenciario: que tiene su origen, entre otras causas, en la deficiente implementación de la carrera judicial, fiscal, policial y penitenciaria, en los inexistentes, insuficientes y/o ineficientes mecanismos de acceso a la información, prevención, procesamiento y sanción de casos de corrupción.
- Deficiencias en el rol del/la juez/a de la instrucción en el control en las garantías del imputado y los derechos de la víctima, la conducción de las audiencias, el control de la duración de la detención preventiva, entre otros.
- Deficiencias en el acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad: los servicios de patrocinio jurídico para víctimas e imputados, son escasos y cuentan con presupuestos reducidos. El Ministerio Público traslada a la víctima gran parte del impulso procesal.
- La presión social fundada en el discurso relacionado con la inseguridad ciudadana, sobre: a) los jueces y fiscales, para que impongan la prisión preventiva como respuesta a la problemática de inseguridad ciudadana; y b) sobre los legisladores, para que endurezcan las sanciones penales, amplíen los plazos de duración de la detención preventiva, o creen delitos in-excarcelables.

Todo ello ocasiona a su vez:

73 Abogada, miembro de la Asociación Pensamiento Penal Bolivia. Coordinó proyectos sobre justicia, derechos humanos y gobernabilidad para la Defensoría del Pueblo, OACNUDH, Unión Europea e IDEA Internacional. Posee estudios en Población & Desarrollo, Ciencia Política, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Penal. Es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Boliviana.

- Congestión y retardación de justicia. Según el Anuario Estadístico Judicial, en 2017 quedaron pendientes para la siguiente gestión el 58% de los casos en los juzgados de instrucción y el 70% en los juzgados y tribunales de sentencia (Consejo de la Magistratura, 2018, pág. 681) (ver anexo 1).
- Aplicación excesiva y prolongada de la detención preventiva. En enero de 2017 el 68% de las personas privadas de libertad eran presos sin condena, en febrero de 2018 esa proporción ascendió a 70,2% (Ministerio de Gobierno, 2018) (Ver Anexo 1). En muchos casos la detención preventiva excede el plazo máximo de duración de esta medida previsto en el Código de Procedimiento Penal (24 meses) (OACNUDH, 2017).
- Hacinamiento carcelario. En enero de 2017 los centros penitenciarios con mayores índices de hacinamiento eran los de Palmasola en Santa Cruz (700%) y San Pedro en La Paz (453%) (Ver Anexo 1).

En este contexto, el objetivo del presente informe es el de profundizar en el análisis sobre tres aspectos relacionados con la problemática global descrita en los párrafos precedentes: a) oralidad y calidad de la litigación; b) protección del sistema de garantías del imputado, c) reorganización de las instituciones del sistema penal, con la finalidad de identificar algunas de las asignaturas pendientes en la reforma procesal en Bolivia.

Antecedentes.

Diagnóstico de base

En 1972 mediante Decreto Ley N.º 10426 de 23 de agosto, se aprobó en Bolivia un Código Procesal Penal que respondía a un modelo inquisitivo, en el que el ciudadano no tenía las suficientes garantías procesales para defenderse frente al poder punitivo del Estado. Este código respondía a las necesidades de control del orden público promovido por el régimen dictatorial de turno.

En 1992 el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente realizó un profundo diagnóstico sobre la justicia penal en Bolivia (ILANUD, 1992), el cual puso en evidencia los problemas de retardación de justicia, la vulneración de garantías constitucionales, corrupción, discriminación y selectividad del sistema penal en contra de sectores desaventajados, además de barreras económicas para el acceso a la justicia, así como las debilidades de los operadores judiciales (CONSTRUIR, 2012).

La elevada persecución de delitos patrimoniales mantenía relación directa con los altos índices de aplicación de la detención preventiva, el sistema penal era utilizado para cobrar deudas bajo la figura del “apremio corporal”. Situación que generó un gran porcentaje de población carcelaria detenida “indefinidamente” incluso por adeudar

honorarios a sus propios abogados (CONSTRUIR, 2012). Por otro lado, la implementación de la Ley N.º 1008 de Régimen de la Coca y sustancias Controladas de 19 de julio de 8, incorporó al sistema procesal penal un conjunto de delitos que en la práctica tenían el carácter de “inexcarcelables” (transporte, fabricación y comercialización de sustancias controladas) porque derivaban de forma directa en la aplicación de la detención preventiva (CONSTRUIR, 2012).

Como consecuencia, el 80% de la población penitenciaria del país, estaba constituida por presos sin sentencia, situación que generó observaciones y críticas, y motivó el debate sobre la necesidad de una reforma procesal penal en Bolivia.

Con base al estudio del ILANUD, se impulsaron diversas modificaciones al sistema normativo penal entre las cuales se destaca la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales (Ley N.º 1602 de 15 de diciembre de 1994). Luego, se promulgó la Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal (Ley N.º 1685 del 2 de febrero de 1996), buscando controlar la retardación de justicia mediante un sistema de liberación automática del detenido, previa declaración jurada, en los casos en que el Órgano Judicial no cumplía los plazos de las leyes procesales (CONSTRUIR, 2012).

La reforma procesal penal en Bolivia

En 1999, se aprobó un nuevo Código de Procedimiento Penal, mediante Ley N.º 1970 de 25 de marzo. El mismo que implicó uno de los mayores cambios en el sistema de enjuiciamiento penal, pasando de un sistema inquisitivo hacia uno de tipo mixto acusatorio, que incluyó la participación de jueces ciudadanos.

En los siguientes años se aprobaron distintas normas destinadas a fortalecer el proceso de reforma penal, la Ley del Ministerio Público (6 febrero de 2001), Ley del Servicio Nacional de Defensa Pública (Ley N.º 2496 de 4 de agosto de 2003 y la Ley de Ejecución Penal y Supervisión (Ley N.º 2298 de 20 de diciembre de 2001).

Organismo encargado de su implementación

La Ley N.º 1970 también previó la creación de una Comisión Nacional⁷⁴ y de un Comité Ejecutivo de implementación⁷⁵ de las reformas, que funcionaron durante la primera etapa de ejecución de la reforma.

74 Estaba presidida por el Presidente Nato del Congreso Nacional y, conformada por: el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Ministro de Justicia y Derechos Humanos; el Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores; el Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados; y, el Fiscal General de la República.

75 Fue presidido por el Ministro o su Representante e integrado, además, por un representante técnico

La Comisión Nacional de Implementación de la Reforma, como órgano de decisión y de fiscalización, poseía las siguientes atribuciones: definir políticas institucionales para una adecuada implementación de la Reforma; y, fiscalizar las actividades del Comité Ejecutivo de Implementación requiriendo informes e impartiendo las instrucciones necesarias.

Por otra parte el Comité Ejecutivo de Implementación, como órgano de ejecución, se constituyó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y tenía las siguientes atribuciones: a) presentar la propuesta del Plan Nacional de Implementación a la Comisión Nacional de Implementación de la Reforma; b) adecuar y ejecutar planes y programas de implementación, intra e interinstitucionales; c) realizar un seguimiento de la ejecución de los programas de implementación de las instituciones operadoras del sistema de administración de justicia penal; d) formular o presentar el proyecto de presupuesto de la implementación; y, e) otras atribuciones de carácter ejecutivo que se le encomienden.

Modo de implementación de la reforma

El Código entró en vigencia plena en todo el país al mismo tiempo, veinticuatro meses después de su publicación (Ley N.º 1970, disposición final primera). Las causas en trámite continuaron rigiéndose por el Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto Ley N.º 10426 de 23 de agosto de 1972) y la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley N.º 970, disposición transitoria segunda)

Sin embargo, el mismo código dispuso la aplicación anticipada -de forma inmediata- de los Artículos 19º y 20º, los mismos que definían una nueva clasificación de delitos (de acción pública, de acción pública a instancia de parte, y de acción privada) a los que el Código asignaba distinto tipo de procedimiento. Y un año después, la aplicación anticipada de las disposiciones que regulaban las medidas cautelares, las salidas alternativas, la prescripción de la acción penal, y el régimen de administración de bienes (Ley N.º 1970, disposición transitoria segunda).

Las causas tramitadas conforme al régimen procesal anterior, debían concluirse en el plazo máximo de cinco años, computables a partir de la publicación del Código (Ley N.º 1970, disposición transitoria tercera). Sin embargo, los juzgados de liquidación de causas penales continuaron funcionando hasta 2015 (Consejo de la Magistratura, 2016).

acreditado por: la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores; la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados; el Poder Judicial a través del Consejo de la Judicatura; la Fiscalía General de la República; el Ministerio de Gobierno; la Policía Nacional; el Colegio Nacional de Abogados; y, el Comité Ejecutivo Universidad Boliviana.

La contra reforma

A partir de 2003, se aprobaron diversas modificaciones al ordenamiento jurídico penal boliviano, las mismas que: crearon nuevos tipos penales y/o incrementaron las penas de los existentes⁷⁶; incluyeron algunos presupuestos adicionales para solicitar y aplicar la detención preventiva, fundados en la peligrosidad del imputado⁷⁷; modificaron los plazos máximos de duración de la detención preventiva⁷⁸; eliminaron a los jueces ciudadanos y las audiencias conclusivas de la etapa preparatoria⁷⁹, entre otros.

Oralidad y calidad de la litigación

La Ley N.° 1970 prevé un total de 22 audiencias orales de forma expresa (ver Anexo 2) de las cuales analizaremos las principales, dentro de cada etapa del proceso.

Etapa preparatoria y etapa de investigación

Control de detención

Durante la etapa preparatoria, el funcionario policial tiene el deber de informar al fiscal, dentro de las ocho horas siguientes, si el imputado ha sido detenido, para que reciba su declaración en el plazo máximo de doce horas por computarse desde el momento de la recepción del informe. El incumplimiento de estas obligaciones se sancionará como delito de incumplimiento de deberes (Artículo 97^o).

El CPP también prevé que la persona aprehendida por la policía o la fiscalía sea puesta a disposición del/la juez/a, en el plazo de veinticuatro horas, para que el mismo resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna medida cautelar o decreta su libertad por falta de indicios (Artículo 226^o).

Las entrevistas realizadas a operadores de justicia de La Paz (ver Anexo 3), dan cuenta que en la gran mayoría de los casos en los que existe una o varias personas aprehendidas, los plazos previstos por el CPP descritos en los párrafos precedentes se cumplen.

76 Ley N.° 045 “Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación”, del 8 de octubre de 2010; Ley N.° 054, de “Protección Legal de niñas, niños y adolescentes”, de 8 de noviembre de 2010; Ley N.° 065 de “Pensiones”, de 10 de diciembre de 2010; Ley N.° 100 de “Desarrollo y Seguridad Fronteriza”, de 4 de abril de 2011; Ley N.° 170 “Contra el Financiamiento del Terrorismo y Separatismo”, del 9 de septiembre de 2011; Ley Sobre Trata y Tráfico de Personas de 2012; Ley N.° 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” entre otras.

77 Leyes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana Ley N.° 2494 de 4 de agosto de 2003 y Ley N.° 264 de 31 de julio de 2012.

78 Ley de modificaciones al Sistema Normativo Penal, Ley N.° 007 del 18 Mayo 2010 y Ley de descongestión y efectivización del sistema procesal penal Ley N.° 586 de 30 de octubre 2014

79 Ley de descongestión y efectivización del sistema procesal penal N° 586 de 30 de octubre 2014

Sin embargo, cuando ello no ocurre y la detención se torna ilegal, la defensa se ve obligada a plantear un incidente por ilegalidad de la aprehensión -por actividad procesal defectuosa e inobservancia o violación de derechos y garantías (Artículo 169º)- directamente en la audiencia de solicitud de medida cautelar, debido a los reducidos plazos previstos por el CPP, que obligan al fiscal a solicitar la audiencia cautelar para mantener al imputado detenido.

El único incidente que el/la juez/a de instrucción acepta conocer durante la audiencia cautelar es el de ilegalidad de la aprehensión. Aunque la forma en la que se procesa el incidente durante la audiencia, varía de juez a juez. Algunos conocen y resuelven el incidente de forma previa al inicio de la audiencia cautelar, y otros resuelven el incidente y la solicitud de medida cautelar al final de la audiencia. En todo caso, el/la juez/a de instrucción no realiza un control de la duración de la aprehensión de oficio, sino siempre a solicitud de la defensa.

En casos en los que el abogado defensor⁸⁰ observa otro tipo de violación de derechos o garantías, por ejemplo, tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes durante la aprehensión y/o para forzar una declaración o confesión, sólo puede presentar solicitudes al juez luego de la audiencia cautelar.

Por otra parte, respecto a la detención en celdas judiciales, una vez determinada la medida cautelar de detención preventiva, la permanencia del imputado en las celdas judiciales no puede exceder el plazo razonable necesario para la obtención del mandamiento de detención en el respectivo centro penitenciario. Sin embargo, la OACNUDH Bolivia constató que a veces las personas pueden permanecer en estas celdas varios días e incluso semanas, en muchos casos esperando los resultados de la apelación de la medida cautelar de detención preventiva (OACNUDH, 2017, pág. 54). Ninguna autoridad judicial realiza el control sobre este tipo de detención, en celdas judiciales.

Audiencia de Medidas cautelares

El CPP no define la estructura de la audiencia de imposición de medida cautelar, sólo los requisitos para la imposición de dichas medidas (Artículo 233º) que incluyen la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado: a) es con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y, b) no se someterá al proceso u obstaculizará la verdad. Sin embargo, generalmente se respeta la estructura de discutir

80 El CPP también obliga al fiscal que se haya constituido en las dependencias policiales a controlar las condiciones físicas del imputado y el respeto estricto de todos sus derechos, si el/la fiscal constara alguna anomalía debería levantar un acta que puede fundamentar la separación del funcionario policial de la investigación o su sanción disciplinaria (Artículo 299º).

primero el supuesto material y luego el procesal. El problema radica en la manera en la que se discuten ambos supuestos.

Respecto al supuesto material, en muchos casos, la exposición del/la fiscal no logra construir un relato que describa de forma clara el hecho, la calificación legal que le corresponde y la participación que el imputado tuvo en el mismo, descuidando lo que es la base angular de todo el proceso y lesionando el principio del hecho (Órgano Judicial, 2017, pág. 51).

Sobre el presupuesto procesal, generalmente el/la fiscal solicita la imposición de una medida cautelar tanto por riesgo de fuga como por peligro de obstaculización, apoyando verbalmente la existencia de cada una de las causales. En gran parte de los casos, el/la fiscal no ofrece u ofrece muy poca evidencia para fundamentar los riesgos procesales que alega, en consecuencia se invierte la carga de la prueba, y son los imputados, a través de sus abogados, los que tienen aportar evidencia sobre su arraigo social, familiar o laboral (OACNUDH, 2017, pág. 46). Otros de los temas más debatidos durante la audiencia, son la gravedad del delito y la ausencia o existencia de antecedentes policiales o judiciales (reincidencia) del imputado, debate que se centra en la peligrosidad del imputado.

Adicionalmente, cabe señalar que en un importante porcentaje de casos el/la fiscal no participa de la audiencia (CONSTRUIR, 2012), limitándose a enviar el cuaderno de investigaciones y la solicitud de imposición de una medida cautelar. La ausencia del/la fiscal en las audiencias, afecta los principios de oralidad, inmediación y contradicción que deben observarse durante el proceso penal, pero en particular en las audiencias cautelares (OACNUDH, 2017, pág. 46).

Respecto a la evidencia utilizada para definir el arraigo laboral, se observa que tanto jueces como fiscales exigen a la defensa la presentación de documentos que son muy difíciles de conseguir, tales como contratos de trabajo “visados” (certificados) por el Ministerio de Trabajo (OACNUDH, 2017, pág. 46). Considerando, que en Bolivia aproximadamente el 70% de las personas trabaja en el sector informal (ANF, 2017); esta situación perjudica sobre manera a las personas imputadas por la comisión de un delito.

Finalmente, en la mayoría de las audiencias en las que se define la aplicación de una medida cautelar, el/la juez/a no fija un tiempo de duración, ni mecanismos de control de las medidas aplicadas.

Audiencia de Salidas Alternativas

Según el CPP (Artículo 328°) la aplicación de la suspensión condicional del proceso, el procedimiento abreviado o la conciliación, deberán resolverse en audiencia. Sin embargo, la audiencia no podrá ser suspendida si la víctima o querellante no asistiere,

siempre que haya sido notificada, en tal caso la resolución asumida deberá ser notificada a la víctima o querellante. El criterio de oportunidad y la suspensión condicional del proceso, no procederán si el imputado es reincidente o se le hubiera aplicado alguna salida alternativa por delito doloso.

Generalmente, las salidas alternativas son solicitadas por la defensa al fiscal del caso, la misma que adjunta a la solicitud el acuerdo con la víctima. Posteriormente, el/la fiscal solicita formalmente al juez una audiencia la aplicación de una salida alternativa.

En audiencia el/la juez/a verifica si se ha reparado el daño (en los casos de conciliación) o si existe el consentimiento de la víctima, también suele pedir una verificación domiciliaria. El/la juez/a aplica reglas de conducta asociadas al tipo de delito y/o a los conflictos primarios del/a imputado/a y víctima, también toma en consideración aspectos personales de las partes para fijar las medidas. Por ejemplo, prohibición de beber bebidas alcohólicas, obligación de conseguir un trabajo, prohibición de acercarse a la víctima, entre otras.

Etapa intermedia

El CPP aprobado de 1999, preveía la realización de una audiencia de preparación del juicio (Artículo 54.5°) sin embargo no se realizaban de forma frecuente. En ese contexto, en mayo de 2010 la Ley N.° 007 incluyó una descripción detallada del procedimiento que dicha audiencia debía seguir (Artículo 325°).

Sin embargo, debido a problemas administrativos que dificultaron sobremanera la instalación de dichas audiencias, en octubre de 2014 la ley de descongestión y efectivización del sistema penal modificó nuevamente el CPP (Artículo 125°) y obligo al juez instructor a remitir en el plazo máximo de 24 horas la acusación al juez o tribunal de sentencia.

Juicio oral

El CPP aprobado en 1999 (Artículo 52°) preveía la realización de juicios orales con jueces ciudadanos en el marco de un tribunal escabino (dos jueces técnicos y 3 ciudadanos), para delitos de acción pública, sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea mayor a cuatro años. Años después, se evidenciaron algunos problemas de gestión institucional que afectaron a los procesos de constitución de los tribunales de sentencia⁸¹, éstos provocaron una elevada congestión judicial que perjudicó sobremanera el inicio y la prosecución de las audiencias de juicio. Por estas razones, en

81 Eso se originó principalmente en deficiencias en el padrón electoral (usado como base para el sorteo de jueces ciudadanos), en dificultades para aplicar los procedimientos de sorteo y en el mal funcionamiento de las centrales de notificación (OACNUDH Bolivia, 2017a, pág. 325)

octubre de 2014 la Ley N.º 586 Ley de descongestionamiento y efectivización del sistema procesal penal, suprimió la institución de los jueces ciudadanos (Artículo 52º), considerada como un avance en el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en la administración de justicia. (OACNUDH Bolivia, 2017a, pág. 325).

Según el CPP las audiencias de juicio oral deben llevarse a cabo de forma continua e ininterrumpida, sin embargo, en la práctica las audiencias se suspenden continuamente, por lo que la duración de la etapa de juicio es de aproximadamente 7 meses, en un caso regular.

En el caso del Ministerio Público, esta situación ocasiona permanentes cambios de fiscales de una audiencia a otra durante la etapa de juicio, lo que sin duda impide u obstaculiza de manera importante la implementación de una estrategia del caso. Según los operadores entrevistados, en muchos casos se observa “improvisación” por parte del Ministerio Público, razón por la que la calidad de los exámenes y contra exámenes tampoco es buena.

Respecto a la defensa, incluso en el caso de la defensa pública, existe una mayor continuidad en la implementación de la estrategia del caso. La calidad del trabajo del defensor público, ha mejorado en los últimos años, sin embargo, la movilidad funcionaria y los contratos temporales de los defensores públicos, acaban afectando de una u otra manera la calidad del litigio de estos funcionarios.

El rol del/la juez/a durante la audiencia del juicio no es totalmente pasivo. Los operadores entrevistados coinciden en afirmar que regularmente los jueces formulan preguntas a los testigos, para aclarar las dudas que tienen.

Respecto a la sentencia, generalmente la condena o la absolución y la pena se declaran por el/la juez/a inmediatamente concluido el juicio. Pero frecuentemente la fundamentación de la misma se deja para otra audiencia “de lectura de sentencia”, la misma que ocurre en los cinco días siguientes.

Finalmente, la Ley N.º 586 Ley de descongestionamiento y efectivización del sistema procesal penal, definió la posibilidad de que el imputado pueda acogerse al procedimiento abreviado, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso o conciliación (siempre que no se prohíba expresamente por Ley), aun cuando la causa se encuentre con acusación o en audiencia de juicio oral, hasta antes de dictada la sentencia.

Recursos y ejecución

El CPP también prevé la realización de audiencias para la presentación de prueba o fundamentación de algunos recursos como el de apelación restringida (por inobservancia o errónea aplicación de la ley).

La audiencia de prueba o de fundamentación se rige, en lo pertinente, por las reglas previstas para el juicio oral. Quien haya ofrecido prueba deberá presentarla en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes (Artículo 412°). Concluida la audiencia, la resolución se dictará en el plazo máximo de veinte días (Artículo 411°).

Este tipo de audiencias se realizan principalmente a solicitud de la defensa, el Ministerio Público generalmente no solicita audiencias de fundamentación de la apelación restringida.

El CPP también prevé la realización de audiencias en la etapa de ejecución, para la solución de incidentes relativos a la ejecución de la pena ante el/la juez/a de ejecución penal (Artículo 432°). Este tipo de audiencias son solicitadas principalmente por la defensa, para fundamentar la aplicación de beneficios penitenciarios como el extramuro, y rara vez concurre que el Ministerio Público las solicite.

Protección del sistema de garantías del imputado

Rol del defensor en el proceso

El Servicio Plurinacional de Defensa Pública, sigue algunas directrices respecto a la forma en la que el defensor debe relacionarse con los usuarios del servicio. La defensora entrevistada, manifiesta realizar las siguientes acciones:

En la etapa preliminar, cuando se le asigna un usuario el defensor procede a: a) entrevistar al imputado para conocer su versión de los hechos, b) revisar la documentación producida durante la acción directa y el cuaderno de investigaciones, c) verificar la condición física del imputado, en caso de identificar casos de tortura, solicita valoración médica y denuncia el caso ante el Servicio de Prevención de la Tortura (SEPRET) del Ministerio de Justicia, d) se entrevista con el imputado y su familia para conseguir evidencia sobre el arraigo social, laboral y/o familiar del imputado, para ofrecerla en la audiencia de imposición de medidas cautelares.

En la etapa de investigación, el defensor: a) explica al imputado los indicios que el Ministerio Público tiene en su contra, b) revisa con el imputado el cuaderno de investigación, c) le informa el tipo de preguntas que le formulará el/la fiscal durante la investigación, d) realiza acciones para poner al imputado en contacto con su familia, e) a través de la familia consigue los documentos que necesita para la audiencia de medidas cautelares.

En la etapa de juicio, explica al imputado cual es la estructura de la audiencia y su rol dentro de la audiencia.

Sin embargo, la actuación del defensor podría ser más activa, principalmente en la audiencia cautelar, donde podría cuestionar con más énfasis la ausencia de información aportada por el/la fiscal para fundar la aplicación de la detención preventiva. Sin embargo, se limitan a litigar “contra el tiempo” esperando que el imputado cumpla los plazos máximos de detención para pedir su libertad.

En la etapa de juicio, el defensor podría adoptar una teoría del caso propia en el proceso, situación que ocurre con poca frecuencia.

Cumplimiento de las garantías

En la etapa de investigación, se observan serias deficiencias en el ejercicio de la función del/la juez/a de la instrucción de controlar el respeto de las garantías del imputado. Básicamente porque no toma ninguna iniciativa al respecto, durante las audiencias o durante toda la etapa de investigación.

La falta más grave, es que no ejerce un control sobre la duración de la detención preventiva, lo que ocasiona un número importante de casos en los que la detención preventiva supera los plazos máximos definidos por la ley (24 meses).

En el departamento de Cochabamba, del total de personas en detención preventiva (1316) el 32% (442 personas) superaron el plazo máximo de 24 meses. (...) En el departamento de La Paz, del total de personas en detención preventiva (2091) el 23,1% (485 personas) han superado el plazo de 24 meses (OACNUDH, 2017, pág. 30).

Respecto a los fiscales, una vez que han obtenido la imposición judicial de una medida cautelar, no realizan o realizan muy pocos actos de investigación, esperando que transcurra el plazo máximo de seis meses de duración de la etapa de investigación, para presentar la acusación o declarar el sobreseimiento por falta de pruebas.

En su defensa ambos operadores alegan que tienen a su cargo una gran cartera de casos, sin embargo, un estudio realizado por OACNUDH en los departamentos de La Paz y Cochabamba, demostró que:

En Cochabamba, los juzgados (de capital y provincia) conocen un promedio de 15 procesos de personas en detención preventiva. Como máximo un juzgado en Cochabamba conoce 78 procesos que cuentan con una persona en situación de detención preventiva. El 36,6% de los juzgados conoce de 21 a 40 procesos similares y sólo el 15,4% conoce de 61 a 78 procesos de personas en detención preventiva.

En La Paz los juzgados conocen un promedio de 20 procesos de personas en detención preventiva. Como máximo un juzgado en La Paz conoce 108 procesos de personas en detención preventiva. El 55,5% de los juzgados conoce de 1 a 20 procesos similares y el 14% conoce de 61 a 108 procesos de personas en detención preventiva.

Durante la primera parte de la audiencia de juicio, el rol del/la juez/a o tribunal de sentencia es más activo en el control de las garantías del imputado, porque le toca resolver todos los incidentes que no pudieron ser planteados por las partes ante el/la juez/a de instrucción, tras la eliminación de la etapa intermedia del proceso penal. Sin embargo, el/la juez/a no aprovecha esta etapa inicial del juicio para acordar con las partes aquellos aspectos sobre los que ya se acreditó prueba suficiente, y podrían darse por probados.

Durante el resto de la audiencia de juicio, como señalamos en acápites precedentes el/la juez/a suele intervenir formulando preguntas a los testigos e imputado para aclarar algunas dudas.

Según los operadores de justicia entrevistados, la imparcialidad de los jueces es más evidente en el caso de tribunales conformados por tres jueces técnicos. En general, los jueces tienen mucho cuidado en mantenerse imparciales.

La mayoría de las audiencias se realizan a puertas abiertas, salvo en los casos de reserva previstos por la ley (en casos de menores). Sin embargo, los jueces de instrucción son un poco intolerantes respecto a las grabaciones o las fotos tomadas durante las audiencias cautelares, se conocen casos en los que el/la juez/a ha llegado a ordenar la detención de personas que intentaron grabar o tomar fotos en las audiencias.

Por lo general el/la juez/a habla con el imputado en lenguaje poco comprensible (usando tecnicismos o lenguaje jurídico en sus intervenciones). En la mayoría de los casos el/la juez/a no invita al imputado a que participe en las audiencias, esto ocurre principalmente a solicitud de la defensa.

El paradigma restaurativo como una garantía del imputado.

Lastimosamente el código procesal penal vigente sólo reconoce a la conciliación como una salida alternativa al proceso penal, no posee ninguna referencia a la mediación penal o la justicia restaurativa.

La conciliación procede en casos en los que el imputado a acordado con la víctima reparar el daño particular o social causado, principalmente en los delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte (Artículo

27°), siempre que lo admita la víctima o el/la fiscal, según el caso. En principio no existen limitaciones para casos de reincidentes.

La única referencia a la justicia restaurativa (JR) que existe en la legislación boliviana se encuentra en el Código Niña, Niño y Adolescente (Ley N.° 548). El mismo que introdujo algunos mecanismos de JR que acompañan la aplicación de las salidas alternativas y las medidas socio-educativas (Artículo 316°).

Sin embargo, un estudio realizado por UNICEF afirma que algunos jueces de los jueces de niñez y adolescencia (JNA) no conocen ni aplican el enfoque de justicia restaurativa del Código Niña, Niño y Adolescente. El estudio también afirma que algunos jueces confunden los mecanismos de JR con otro tipo de figuras o medidas socio-educativas (como la prestación de servicios a la comunidad), por otra parte, algunos JNA alegan la imposibilidad de ordenar la aplicación de mecanismos de JR debido a que la Instancia Técnica Departamental de Política Social (ITDPS), no cuenta con el personal ni los recursos necesarios para desarrollarlo (UNICEF-Min Justicia, 2018, pág. 9).

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Servicio Plurinacional de Defensa Pública

El 19 de diciembre de 2013 se aprobó la Ley N.° 463 del Servicio Plurinacional de Defensa Pública (SEPDEP). La norma reconoce a ese servicio la calidad de institución descentralizada, encargada del régimen de defensa penal pública de las personas de escasos recursos que hubieran sido denunciadas, imputadas o procesadas penalmente y que no pudieran cubrir los costos de un abogado particular. No existen sistemas de defensa especializada por etapa procesal.

A pesar de la naturaleza legal descentralizada del SEPDEP, el Ministro de Justicia tiene la facultad de nombrar al Director del SEPDEP y su presupuesto depende de dicha institución, por lo que en la práctica el servicio depende del Ministerio de Justicia.

Preocupa sin embargo, la grave situación de carencia de recursos humanos y económicos del SEPDEP, considerando que dicha institución atiende aproximadamente el 40% de la población penitenciaria (OACNUDH, 2015).

Órgano Judicial

Es posible afirmar que aún persiste un modelo vertical en la estructura organizativa de la judicatura, sin embargo, se han registrado algunos avances.

La reforma a la Constitución de 1994, ha liberado a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y Jueces de Apelación (Vocales) del manejo administrativo del

Órgano Judicial, que actualmente se encuentra a cargo del Consejo de la Magistratura⁸². Sin embargo, no existen oficinas judiciales o estructuras a cargo de la parte administrativa de los juzgados, por lo que este trabajo sigue siendo asumido por los jueces de materia.

También se han creado algunos juzgados especializados. El Código Niña, Niño y Adolescente (Ley N.º 548), creó los juzgados especializados para niños, niñas y adolescentes (JNA). El 9 de marzo de 2013 se promulgó la Ley N.º 348 Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, la misma que crea los Tribunales y Juzgados de Violencia contra la Mujer. La Ley N.º 004 Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” Tribunales y Juzgados Anticorrupción.

Ministerio Publico

La estructura organizativa del Ministerio Publico ha cambiado de forma importante durante la última gestión del Fiscal General⁸³, sin embargo este cambio -que incluye la creación de importantes nuevas Unidades y Direcciones⁸⁴ y la implementación de un nuevo modelo de gestión fiscal⁸⁵- no ha repercutido sustancialmente en la forma en la que el Ministerio Publico procesa los casos penales, en particular los de escasa relevancia social que congestionan excesivamente el trabajo del Ministerio Publico.

Respecto a las Fiscalías Corporativas, que se implementaron en todo el país como parte del Nuevo Modelo de Gestión Fiscal, siguen funcionando bajo el viejo esquema de cartera de casos, y si bien han logrado reducir la suspensión de audiencias, no han mejorado la calidad del litigio en las mismas, ni han impactado en el procesamiento de casos de escasa relevancia social.

En 2016 el Fiscal General anuncio la creación de una comisión de análisis de política criminal en la Fiscalía General del Estado⁸⁶ y la puesta en marcha (en los 9

82 La Constitución de 2009 establece también que el Consejo de la Magistratura es la instancia responsable, entre otros, del control y fiscalización de su manejo administrativo y financiero; y de la formulación de políticas de su gestión (CPE, art. 193).

83 Ver <http://www.fiscalia.gob.bo/webfiscalia/index.php/features/estructura>

84 En la Fiscalía General del Estado: la Unidad de Coordinación y Cooperación con la Jurisdicción Indígena, Originaria Campesina, la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Fiscalía General del Estado. En el nivel ejecutivo de la Fiscalía General: la Dirección de Protección a Víctimas y Testigos y Miembros del MP y las Unidades de Protección a Víctimas y Testigos. En el nivel ejecutivo departamental: las Unidades de Inspección y Evaluación del desempeño fiscal, y la de Planificación Estratégica de Persecución Penal y Política Criminal, en el nivel ejecutivo departamental.

85 En 2016 el Ministerio Publico, anuncio la implementación de un Nuevo Modelo de Gestión Fiscal en las nueve Fiscalías Departamentales del país, cuyos componentes son plataforma de atención y orientación, fiscalía de análisis, fiscalía de flagrancia, fiscalía corporativas especializadas y unidad de análisis criminal..

86 <http://www.fiscalia.gob.bo/webfiscalia/index.php/noticias/777-fiscalia-inicia-construccion-de-politica-criminal-en-bolivia-con-seminario-internacional>

departamentos de Bolivia) de Unidades de Análisis Criminal (Ministerio Publico, 2017), sin embargo, a la fecha ninguna de estas medidas se han implementado.

Sin embargo, en cada departamento se ha designado al menos a un fiscal responsable de la atención de casos relativos a adolescentes y jóvenes menores de 18 años, y otro fiscal responsable de los casos en ejecución de sentencia.

Conclusiones

Oralidad y calidad de la litigación

Respecto a la etapa de investigación, podemos decir que la oralidad se encuentra en franco retroceso. Una buena parte de las audiencias cautelares se llevan a cabo en ausencia del/la fiscal haciendo imposible la contradicción; las solicitudes de salidas alternativas son resueltas sin necesidad de audiencia, entre otros ejemplos. Sobre la calidad de la litigación, en las audiencias cautelares la exposición del/la fiscal no logra construir un relato que describa de forma clara el hecho, la calificación legal y la participación del imputado; el/la fiscal tampoco es capaz de ofrecer mayor evidencia, sobre los peligros procesales alegados, todo ello en desmedro de los derechos y garantías del imputado.

La ausencia de una etapa intermedia, incrementa el trabajo del/la juez/a o tribunal de sentencia al inicio de la audiencia de juicio, ya que una buena parte de la audiencia se dedica a resolver cuestiones que ya podrían haberse definido en la mencionada etapa. Pero este espacio tampoco es utilizado por el/la juez/a o tribunal, para reducir la duración de la producción de pruebas, conviniendo con las partes algunos aspectos sobre los que existe suficiente prueba.

En la etapa de juicio, la falta de continuidad de la audiencia y excesiva duración de etapa (aproximadamente 7 meses), ocasiona que el Ministerio Publico no pueda seguir el caso con el mismo fiscal o equipo de fiscales, lo que repercute en la aplicación de la estrategia del caso y la calidad del litigio.

Protección del sistema de garantías del imputado

En la etapa de investigación, el/la juez/a de la instrucción no cumple a cabalidad su función de contralor de las garantías del imputado. Principalmente porque no toma ninguna iniciativa durante la audiencia cautelar o durante toda la etapa de investigación.

La falta más grave, es que no ejerce un control sobre la duración de la detención preventiva, lo que ocasiona que un porcentaje importante de personas en detención

preventiva (entre el 20 y 30%) superen el plazo máximo de detención definido por la ley (24 meses) (OACNUDH, 2017, pág. 30).

El rol del defensor en el proceso penal debería ser más activa, principalmente en la etapa de investigación, donde podría cuestionar con más énfasis la ausencia de información aportada por el/la fiscal para fundar la aplicación de la detención preventiva. Sin embargo, la defensa se limita a litigar “contra el tiempo” esperando que el imputado cumpla los plazos máximos de detención para pedir su libertad.

Las garantías del imputado también se ven afectadas con el retroceso de la oralidad en la etapa de investigación del proceso penal. La ausencia de oralidad y contradicción, afecta también el principio de publicidad.

Asimismo, la ausencia de reconocimiento normativo y aplicación de la justicia restaurativa en casos de imputados adultos, también reduce las posibilidades de ejercicio de sus derechos.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

A pesar de algunos avances en la reforma de la estructura organizativa de las instituciones operadoras de la justicia penal en Bolivia, que incluyen la separación de la función administrativa de la jurisdiccional en el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales Departamentales, la creación de algunos juzgados y fiscalías especializados, entre otros, las estructuras organizativas de las instituciones continúan siendo rígidas y excesivamente jerárquicas.

Esta situación se torna particularmente nociva en el ámbito del Ministerio Público, institución que aún no ha sido capaz de definir una estructura que le permita excluir rápidamente los casos que no son penales, y procesar con mayor rapidez y eficacia los casos de escasa relevancia social y los que ingresan por flagrancia. Lo que ha derivado en una importante congestión del sistema penal.

ANEXO 1

Tabla 1. Movimiento de causas en ciudades capitales y provincias 2017

MATERIA	PENDIENTES DE LA GESTIÓN ANTERIOR	INGRESADAS EN LA GESTIÓN	TOTAL ATENDIDAS EN LA GESTIÓN	CAUSAS RESUELTAS	PENDIENTES PARA LA PRÓXIMA GESTIÓN	% DE CAUSAS RESUELTAS EN LA GESTIÓN	% DE CAUSAS PENDIENTES PARA LA PRÓXIMA GESTIÓN
Instrucción penal	151.805	87.446	239.251	102.367	136.884	42,79%	57,21%

Instrucción de violencia contra la mujer	36.650	37.922	74.572	29.969	44.603	40,19%	59,81%
Instrucción anticorrupción	5.268	2.807	8.075	1.758	6.317	21,77%	78,23%
Sentencia anticorrupción	71	78	149	32	117	21,48%	78,52%
Sentencia penal	13.572	10.458	24.030	7.544	16.486	31,39%	68,61%
Sentencia violencia contra la mujer	1.606	1.840	3.446	665	2.781	19,30%	80,70%
Tribunal de sentencia anticorrupción	407	267	674	221	453	32,79%	67,21%
Tribunal de sentencia penal	12.714	6.890	19.604	5.949	13.655	30,35%	69,65%
Tribunal de sentencia violencia contra la mujer	920	787	1.707	625	1.082	36,61%	63,39%
Ejecución penal	14.767	4.999	19.766	2.984	16.782	15,10%	84,90%
TOTAL	237.780	153.494	391.274	152.114	239.160	38,88%	61,12%

Fuente. (Consejo de la Magistratura, 2018, pág. 681)

Tabla 2. Detención preventiva. Febrero 2018

Departamento	Sentenciados		Preventivos		Total
	Cantidad	%	Cantidad	%	
Santa Cruz	2.461	36,5%	4.278	63,5%	6.739
La Paz	1.012	26,2%	2.855	73,8%	3.867

Cochabamba	427	15,1%	2.398	84,9%	2.825
Tarija	502	45,3%	607	54,7%	1.109
Beni	156	16,7%	777	83,3%	933
Oruro	255	31,4%	556	68,6%	811
Potosí	203	25,8%	585	74,2%	788
Chuquisaca	280	38,7%	444	61,3%	724
Pando	135	33,8%	264	66,2%	399
Total	5.431	29,8%	12.764	70,2%	18.195

Fuente. Ministerio de Gobierno

Tabla 3. Hacinamiento en centros penitenciarios

DEPARTAMENTO	Nº	RECINTO	CAPACIDAD	POBLACION ACTUAL	HACINAMIENTO
LA PAZ	1	SAN PEDRO	400	2.210	453%
	2	CHONCHOCORO	103	313	204%
	3	QALAUMA	150	188	25%
	4	C.P.F. MIRAFLORES	100	74	-26%
	5	C.O.F. OBRAJES	245	249	2%
SANTA CRUZ	6	PALMASOLA V.	600	4.800	700%
		PALMASOLA M.	200	371	86%
COCHABAMBA	7	S. SEBASTIAN V.	250	702	181%
	8	S. SEBASTIAN M.	130	223	72%
	9	SAN ANTONIO	240	413	72%
	10	EL ABRA	360	724	101%
	11	S. PABLO V. M. QUI.	110	350	218%
	12	S. PEDRO SACABA V. M.	110	235	114%
BENI	13	MOCOVI VARONES	150	465	210%

	14	MOCOVI MUJERES	50	33	-34%
PANDO	15	VILLA BUSCH V. M.	128	350	173%
TARIJA	16	MORROS BLANCOS	200	477	139%
CHUQUISACA	17	SAN ROQUE	60	521	768%
POTOSÍ	18	CANTUMARCA	150	436	191%
ORURO	19	SAN PEDRO	250	684	174%

Fuente. Dirección General de Régimen Penitenciario (Ministerio Gobierno, 2017)

ANEXO 2

Tabla 1. Lista de audiencias previstas en el CPP

TIPO DE AUDIENCIA	CPP Artículo	Se realiza
1) Audiencia de control de la aprehensión	226/229	NO
2) Audiencia de imposición de medida cautelar	221-233	SI
3) Audiencia de apelación de la resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares	251	SI
4) Audiencia de resolución de la objeción de la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante	291	SI
5) Audiencia de resolución de conflicto de competencias	311	SI
6) Audiencia de resolución de excepción o el incidente	315	SI
7) Audiencia en la que se recibe la prueba de la recusación e informe de las partes	320.1	SI
8) Audiencia para la aplicación de una salida alternativa	328.II	SI
9) Audiencia para la resolución del procedimiento inmediato por flagrancia	393 ter	SI
10) Audiencia de procedimiento abreviado	374	SI
11) Audiencia de conciliación	377	SI
12) Audiencia conclusiva	27, 292.2, 325, 326, 327	NO
13) Audiencia de preparación del juicio	54.5	NO
14) Audiencia de preparación del juicio inmediato	393 quater	NO
15) Audiencia de sustanciación de juicio inmediato	393 quinquar	NO
16) Audiencia de juicio	344 -356	SI

TIPO DE AUDIENCIA	CPP Artículo	Se realiza
17) Audiencia de resolución de la demanda de reparación del daño	386	SI
18) Audiencia de resolución del recurso de apelación incidental	406	SI
19) Audiencia de prueba o fundamentación del recurso de apelación restringida	411, 412	SI
20) Audiencia de prueba o fundamentación del recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas	423	SI
21) Audiencia para resolución de incidentes relativos a la ejecución de la pena	432	SI
22) Audiencia para revisar la medida de seguridad impuesta a un condenado	439	SI

Fuente. Elaboración propia en base a la Ley N.° 1970 CPP

ANEXO 3

Tabla 1. Funcionarios del sistema penal entrevistados

INSTITUCION	CARGO	NOMBRE
Servicio Plurinacional de Defensa Publica (SEPDEP)	Defensora Publica	Ana María Calisaya Iturri
Ministerio Publico. Fiscalía Departamental de La Paz.	Fiscal	Amparo Morales Panoso
Órgano Judicial Tribunal Departamental de Justicia	Juez del Tribunal de Sentencia en lo Penal N° 5	Carlos Blanco Quisbert

Introdução

Este relatório possui a finalidade de apresentar uma análise da atual situação jurídica e política da reforma do Código de Processo Penal no Brasil. Trata-se de um informe parcial, uma vez que os trabalhos ainda estão em andamento no Congresso Nacional e, portanto, podem acarretar alterações no texto final. O objetivo central deste estudo é oferecer uma descrição crítica acerca do funcionamento de certos institutos, conforme previstos no texto apresentado pelo relator do projeto de novo código de processo penal, deputado federal João Campos.

Para fins de permitir uma comparação dos resultados obtidos com a situação da reforma processual em outras regiões da América Latina, este informe foi estruturado em duas partes, seguindo a orientação constante da *pauta de trabajo para la elaboración de informes parciales* disponibilizada pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA - JSCA). Em primeiro lugar, traçaremos uma breve resenha dos antecedentes da reforma do código de processo penal brasileiro, indicando, não apenas as leis que introduziram as reformas anteriores, mas, igualmente, os atores envolvidos neste intento, antes e após a promulgação da Constituição da República em 1988. Em segundo, enfrentaremos o próprio texto do Projeto de Lei nº 8045/10 que trata do novo código de processo penal e seu substitutivo, recentemente apresentado pelo deputado federal indicado como relator.

Esta análise será realizada a partir de dois eixos temáticos, quais sejam, o sistema de audiências públicas, orais e que permitam o exercício efetivo do contraditório, responsável por determinar a maior ou menor qualidade da prestação jurisdicional e a proteção do sistema de garantias do imputado.

As questões referentes à reorganização das instituições do sistema penal, terceiro eixo temático sugerido na pauta de trabalho, não foi objeto de largo desenvolvimento, uma vez que o projeto de reforma do novo código de processo penal (PL 8045/10 e substitutivo) não possui proposta destinada a tratar dos sistemas de defesa, da organização do poder judiciário ou do Ministério Público. Embora a ausência de tratamento destes temas revele dados importantes sobre a situação da reforma processual penal no Brasil, a restrição de espaço recomenda cingirmos o estudo ao texto propriamente dito.

87 Abogado litigante en Antonio Pedro Melchior Advogados. Doctorado en Derecho por la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro (UFRJ); Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) - Sección Brasileña; Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-Brasil); Miembro de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Penal (ABDPro).

As fontes utilizadas consistem nos projetos de lei que tratam da reforma do código de processo penal (PLS 156/09, PL 8045/10 e o Substitutivo apresentado pelo Deputado Federal e relator João Campos). A análise do tratamento legislativo conferido aos institutos processuais penais, no contexto da reforma, levou em conta as principais referências doutrinárias do direito processual penal brasileiro, além de entrevistas realizadas com pessoas diretamente envolvidas com o processo reformista e, igualmente, com a crítica ao funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Para elaboração deste informe parcial foram ouvidos, portanto, quatro atores jurídicos: um juiz, um defensor público, um procurador de justiça (membro do Ministério Público) e um especialista, no caso, notável jurista brasileiro.

Entrevistamos Rubens Roberto Rebelo Casara, professor de direito e juiz criminal titular da 43ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rubens Casara esteve presente em audiências públicas para reformas parciais do código de processo penal na Câmara dos Deputados e possui inúmeras publicações destinadas a tratar do funcionamento do sistema de justiça. Em nome da Defensoria Pública, falou Emanuel Queiroz Rangel, coordenador da Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Emanuel Queiroz foi indicado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos para participar de uma das audiências públicas sobre a reforma global do Código de Processo Penal que, como citado, ocorreram na Câmara dos Deputados. No que diz respeito ao Ministério Público, optamos por entrevistar o professor e procurador de justiça do Estado da Bahia, Rômulo de Andrade Moreira, respeitado pelos posicionamentos críticos a respeito do funcionamento concreto da justiça penal no Brasil.

Finalmente, com o objetivo de aportar uma visão geral sobre o processo de reforma do processo penal no Brasil, entrevistamos o professor, advogado e jurista, Geraldo Luis Mascarenhas Prado. Geraldo Prado, reconhecido pelas contribuições já oferecidas, em outros momentos, à atividade legislativa em matéria processual penal no Brasil, foi responsável por coordenar os esforços da academia junto à comissão especial para a reforma do código de processo penal, permitindo a inserção de inúmeros professores nas audiências públicas realizadas, além da participação direta destes na elaboração do texto apresentado pelo sub relator, deputado federal Paulo Teixeira, sobre medidas cautelares pessoais e recursos. As considerações de Geraldo Prado são, portanto, fundamentais para compreendermos o contexto político e jurídico em que está inserido o atual processo reformista.

Antecedentes da atual reforma processual penal no brasil

O Brasil não participou da chamada “*onda de códigos acusatórios na América latina*”, como indicou Máximo Langer⁸⁸ ao se referir à reformulação do sistema de justiça latino americano nos últimos trinta anos, aproximadamente. Ao todo, como reação à experiência autoritária na região, 14 países latino americanos reformaram integralmente o código de processo criminal, adotando premissas do princípio acusatório. Este processo, segundo Leonel González Postigo⁸⁹, esteve marcado pela decisão de abandonar a configuração inquisitiva na administração da justiça e instalar as bases de um novo sistema. Apesar da inegável orientação democrática e acusatória da Constituição promulgada em 1988, o Brasil não reformou o sistema de justiça criminal.⁹⁰ Este tema foi abordado pelo jurista Geraldo Prado que, na oportunidade, ponderou o seguinte:

(...) a sensibilidade geral é que o Brasil tinha ficado para trás em relação aos demais países da América latina no processo de redemocratização.

Os países latino americanos que saíram das ditaduras para regimes democráticos promulgaram novas constituições que buscavam ser uma proteção contra o retrocesso, contra a sedução autoritária e com o Brasil não foi diferente. A

88LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latino-americano**: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018. p. 05

89 GONZALEZ POSTIGO, Leonel. **La Capacitación Judicial y La Reforma Procesal Penal**, Memorias del II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio, “Sistema Penal Acusatorio. Rompiendo paradigmas”, Instituto Panameño de Derecho Procesal Penal, septiembre de 2016.

90 Entrevistado, Rômulo Moreira sintetizou o atual funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro da seguinte forma: *Acho que o sistema de justiça criminal brasileiro é altamente seletivo. As raras exceções, são bodes expiatórios que apenas justificam a regra, que é levar para cadeia pobre, especialmente quando é negro. Esse sistema é absolutamente injusto e não eu não vejo nenhuma perspectiva de melhorar, ao contrário. Os nossos chamados atores jurídicos que compõem esse sistema, notadamente os membros do Ministério Público e do Judiciário, não tem, em sua maioria, com raríssimas exceções, não tem sensibilidade humana para compreender essa crise. São desprovidos de senso de humanidade. São só técnicos. E isso nem significa que sejam bons. São pessoas que estudam para passar num concurso, se acomodam, param de estudar e, agora, resolvem, porque tem o poder, “fazer justiça”. E nós sabemos bem quem são os justicados. Trata-se de um sistema de justiça criminal falido. Plagiando Amilton Bueno de Carvalho, um sistema que funciona, não funcionando, porque foi justamente feito para isso.*

Constituição de 88 foi promulgada neste espírito, mas os demais, cada um à sua peculiaridade e ritmo, também promulgaram novos códigos de processo penal, entendendo que o sistema de justiça criminal está enraizado na constituição.

Não adianta modificar a constituição se a operação concreta do sistema, que depende de um código, como mecanismo de acesso à uma determinada realidade, não for alterada também.

Então, esses Estados buscaram fazer isso, alguns de maneira mais organizada, como foi o caso do Chile, que dá um salto de duzentos, cento e cinquenta anos em cinco. Outros fizeram na medida das suas possibilidades, sequencialmente, como no caso da Colômbia, com notória influência do sistema norte americano.

O Brasil ficou absolutamente à margem desse processo.

Os motivos pelos quais o Brasil, apesar da nova Constituição, não reformou o sistema de justiça criminal são multifatoriais e de difícil precisão. Uma hipótese factível é aquela que relaciona o ímpeto à reforma com as políticas destinadas a dar conta do encerramento do ciclo ditatorial. A integração e consenso entre a comunidade política, judiciário, militares e setores da sociedade sobre a legitimidade da repressão durante o regime autoritário, parece ser a chave para entender a dificuldade brasileira em aprovar e implementar um código de processo penal politicamente democrático (liberal) e processualmente acusatório. Essa dificuldade se mantém em pé e explicaria porque a estratégia de gestão do sistema de justiça criminal passou a ser o das meras reformas parciais, sempre pouco efetivas à democratização do sistema de justiça criminal. A mesma hipótese é defendida pelo juiz e professor Rubens Casara. Em suas palavras: *no Brasil, ao contrário de outros países, nunca tivemos uma ruptura efetiva com a tradição autoritária, o que permitiu utilizar, sem constrangimento, um código de matriz inquisitorial, embora disfarçado de acusatório.*

Geraldo Prado, questionado se concorda com a relação entre processos de redemocratização menos tendentes à ruptura e ausência de reforma do sistema de justiça, acrescentou mais um dado: *a categoria dos juristas, sua formação e*

compromissos políticos. Para ele, a emergência da vontade de ter um novo código de processo penal, acusatório e garantista, não surge essencialmente fora do ambiente jurídico, da academia. No caso brasileiro, para Geraldo Prado, *a classe de juristas que estiveram no poder, antes e depois de 88, é uma classe de juristas na sua maioria formada por pessoas com uma visão autoritária da vida.* E acrescenta:

Pessoas que tem uma concepção autoritária da direção da sociedade, do comando social, político e econômico. Possuem uma enorme desconfiança acerca da inteligência das classes mais vulneráveis, da capacidade que teriam pessoas de fora da elite do ponto mais elevado da elite intelectual dos juristas, de dar algum tipo de contribuição. E foram pessoas interessadas na manutenção de um determinado status social e organização econômica da sociedade muito impermeável, que dificultava muito a circulação no interior da sociedade entre os grupos e classes sociais.

O que significa ter um código acusatório, não acusatório, qual a história disso e as possibilidades? Portanto, a classe dos juristas e sua atuação concreta são fatores decisivos para uma ação política no sentido de manter as coisas, ainda que modificando aqui e ali, como diria Alberto Binder, tendo sistemas processuais penais inquisitoriais reformados, ou para romper com um passado autoritário e recomeçar uma nova era.

Então, aquela classe de juristas, de pensamento autoritário, foi permanentemente convocada para dar opinião, preparar projetos de lei, era uma classe sem interesse em romper com um passado autoritário. Em sua maioria, pessoas que tinham uma certa vocação, apreço pela democracia liberal, desde que fosse um liberalismo à brasileira, desde que esse liberalismo parasse em um determinado estamento social e não envolvesse os interesses dos grupos e classes sociais vulneráveis.

No campo do processo, o domínio do capital científico sempre foi desses grupos autoritários. Como ia surgir uma demanda para um novo código? Era mais fácil surgir desculpas para não ter um novo código!

Essas desculpas quase sempre eram desculpas de natureza técnica, *“a nossa legislação é muito boa, o código de 1940, embora tenha nascido na vigência do estado novo, foi formulado por grandes juristas, possui uma sistematicidade”*. Grandes juristas da área do processo penal de formação progressista, indiscutivelmente pessoas que militam na política no campo progressista, olhavam para aquele sistema do código de processo penal de 1941 e viam uma maravilha *“ a organização, as ideias, as coisas batiam uma com a outra”*, então, a ausência de pensadores de maior contundência e presença no espaço público na área do processo penal, comprometidos com uma radical transformação social foi responsável pelo domínio do discurso de que o nosso processo penal não precisava de um novo código.

Antes de chegarmos ao ponto fundamental deste informe, qual seja a exata situação da reforma do código de processo penal brasileiro, convém realizarmos uma digressão mais ampla dos seus antecedentes. Para tanto, optou-se por apresentar uma breve resenha das reformas anteriores à Constituição da República, seguida das tentativas que lhe são posteriores, uma vez que a carta política de 1988 constitui um marco para a consagração de garantias fundamentais em matéria criminal que deveria, pelo menos em tese, provocar mudanças no regime jurídico do código de processo penal de 1941.

Antecedentes remotos: reformas anteriores à Constituição da República de 1988.

Ao longo da história das instituições do sistema de justiça penal no Brasil, observa-se que as reformas acompanharam os processos de reconfiguração política e ideológica do Estado. O primeiro Código de Processo Criminal no Brasil foi formulado em 1832 e trazia, por ex., as marcas do pensamento liberal da época imperial. Um ano depois, entretanto, já havia uma comissão formada para alterar a legislação, dentre os membros, Paulino José Soares de Souza, futuro Visconde do Uruguai e responsável pelo

chamado *regresso conservador* que, em 1840, iria destruir o edifício liberal da regência.⁹¹

A reforma de 1841, de conhecido viés antiliberal, estabeleceu que a polícia estaria submetida à autoridade local, no caso, o juiz de paz ou juiz popular. A estes juizes, como cita José Henrique Pierangelli, entregou atribuições policiais preventivas e repressivas, informativas e probatórias, sob o comando do Ministro da Justiça, “que se transformou num generalíssimo da polícia”.⁹² A atividade da polícia, conforme conta Pierangelli, se tripartia em funções de polícia administrativa, polícia judiciária e atividade judiciária propriamente dita. Tal aproximação entre polícia e magistratura, retomada nos dias atuais na figura do chamado “juiz secretário de segurança pública”⁹³, deu ensejo ao que José Frederico Marques denominou de “o policialismo mais arbitrário em matéria de processo criminal”⁹⁴. Outra marca do código de processo criminal, reformado pelos conservadores em 1841, é a crescente nomeação de promotores públicos, providência levada a efeito como reação às lutas políticas em várias provinciais brasileiras, como a Cabanagem no Pará, Balaiada no Maranhão, Sabinada na Bahia, a revolução liberal em São Paulo e, claro, a Guerra dos farrapos no Rio Grande do Sul.

Estas duas características do projeto reacionário de Paulino de Souza, igualmente conhecido por suas posições favoráveis ao escravagismo no Brasil⁹⁵, – confusão entre polícia e juiz; investimento no número de promotores para recrudescer a repressão política - deve ser registrada como um dos vetores que, de uma forma ou outra, visitam as reformas do processo penal lideradas por atores do mesmo campo ideológico, ontem e hoje.

Em 1845 já se via alguma reação ao regresso conservador, como por ex. o projeto apresentado pelo deputado Álvares Machado, em que se propunha a reforma das leis de processo penal para adequá-las, dentre outras, às seguintes bases: separação entre polícia e justiça; sincronização do processo com a constituição; “fazer com que a

91DANTAS, Monica Duarte. **O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841**: dois modelos de organização do Estado (e suas instâncias de negociação). Disponível em https://www.academia.edu/26165736/O_C%C3%93DIGO_DO_PROCESSO_CRIMINAL_E_A_REFORMA_DE_1841_DOIS_MODELOS_DE_ORGANIZA%C3%87%C3%83O_DO_ESTADO_E_SUAS_INST%C3%82NCIAS_DE_NEGOCIA%C3%87%C3%83O. Acesso em 31.10.16, p. 01/03.

92 PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal**. Evolução Histórica e Fontes Legislativa. Bauru: Editora Jalovi. 1983, p. 140

93 Tratei deste tema de forma sintética no artigo disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>. Acesso em 23.06.18

94 MARQUES. José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997, Vol. I, p. 99

95À propósito, conferir ALONSO, Angela. **Flores, Votos e Balas**. O movimento abolicionista brasileiro (1868-88). 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

inocência ficasse rodeada de garantias”.⁹⁶ Estas propostas, naquele momento, não foram à frente. O Governo, ainda dominado pelos conservadores, propôs nova reforma em julho do ano seguinte. Este novo projeto, apesar de também não ter sido aprovado, ficou conhecido como *Projeto Fernandes Torres* e merece registro por um detalhe: tal como o substitutivo do relator João Campos ao PL n° 8045/2010, a proposta autoritária de José Joaquim Fernandes Torres, então ministro da justiça em 1846, previa “*supressão do habeas-corpus por nulidade do processo*”.⁹⁷

Até a Lei n° 2033, de 20 de dezembro de 1871, que realizou a reforma judiciária no império, vários outros projetos que atendiam aos dois lados das facções políticas naufragaram. Para não nos alongarmos no ponto, importa sublinhar que a reação liberal em 1871 às leis impostas no período conservador, trataram de restringir a *jurisdição dos chefes de polícia, delegados e subdelegados*, limitando-a a preparação de determinados processos e, principalmente, vedando-lhes o julgamento. Além disso, criou-se o inquérito policial, cuidando-se ainda das hipóteses de prisão preventiva, abolição do procedimento *ex officio* dos juízes formadores de culpa, exceto em caso de flagrante, e ampliação da esfera de atuação dos promotores *públicos* (não de *justiça*, como hoje são chamados), etc.

A república brasileira começou em 1889 com um golpe de Estado.⁹⁸ O esgotamento do modelo imperial conduziu à rearticulação dos acordos políticos, o que se resolveu, na primeira república, com a denominada política dos governadores, efetivada por Campos Sales. As consequências do *pacto oligárquico* para o sistema de justiça foram sentidas imediatamente. A Constituição de 1891, de maneira implícita no art. 34º, §23, outorgou aos Estados a competência para legislar sobre processo penal. Começa aí, um novo período de reformas e de criação dos códigos estaduais de processo penal.

O que nos importa perceber, para fins de mapear os movimentos de reformas, é a relação entre os destinos do processo criminal brasileiro e o do jogo político que, por

96 PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal**. op. cit. p. 145

97 O art. 677 do substitutivo apresentado pelo relator deputado federal João Campos traz a seguinte redação: *art. 677. Não cabe Habeas Corpus, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de sê-lo. I. para decretar nulidade ou trancar investigação ou processo criminal.*

98 Toda a engenharia do pacto oligárquico, pode ser resumido na busca por um equivalente funcional do Poder Moderador que ali se encerrava. Frederico Marques lembra que a República encontrou o processo penal já regulamentado pela Lei n° 2.033 e pelo Decreto n° 4828, ambos produtos da reação liberal de 1871, ao movimento conservador de 1842. Para dar conta destes *anos entrópicos*, o sistema político que se consolida no país com a Carta de 1891, vale mais pelo pacto não escrito entre as forças políticas. LESSA, Renato. **A Invenção Republicana**. Campos Sales, As Bases e a Decadência da Primeira República Brasileira. 3° ed., Rio de Janeiro: Topbooks., 2015, p. 185.

suas lutas internas, vaidades pessoais, chantagens e protagonismos, ditam a produção normativa e o desenho institucional da justiça penal.

O movimento tenentista, por ex., triunfou em 1930 e, ao colocar em xeque a convivência entre as oligarquias estaduais e o poder central, constituiu uma nova ordem política de onde se desdobraram novas reformas do código de processo penal. A Constituição da República de 1934, visando superar a “política dos estados”, acabou com o sistema pluralista anterior. O art. 11 das Disposições Transitórias determinou que se criasse uma comissão de três juristas para elaboração do Código de Processo Penal, agora, de competência exclusiva da União. Assim termina o momento dos códigos estaduais e entramos na fase de um único código de processo penal para o Brasil.

A primeira comissão de juristas que se tem notícia na literatura jurídica brasileira foi formada por Bento de Faria, Plínio Casado, Gama Cerqueira e presidida por Vicente Rao, então Ministro da Justiça do Governo Provisório.⁹⁹ O *Projeto Vicente Rao*, como ficou conhecido, reforçava as prerrogativas inquisitoriais do magistrado (especialmente pela disciplina dada ao juiz de instrução) e deve ser objeto de maior atenção em outra oportunidade.

Em 10 de Novembro de 1937 inaugura-se no Brasil o Estado Novo e, com ele, uma complexa etapa de reformulação institucional do país.¹⁰⁰ O Código de Processo Penal surge em 1941, como um dos principais projetos políticos do Estado Autoritário.

Francisco Campos, então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, é considerado o principal mentor intelectual do Código de Processo Penal. É possível admitir que o sistema de justiça criminal, redesenhado entre 1935 e 1945 foi, em grande parte, influência do seu pensamento político.¹⁰¹ Fixado na modernização administrativa e institucional do Estado, crítico ao sufrágio universal, ao Poder Legislativo, defensor do protagonismo das elites e da tecnocracia, Campos pôs a sua intelectualidade à serviço

99 Os ensaios realizados por comissões de juristas no âmbito do legislativo são escassos. Vale conferir, a este respeito, o trabalho apresentado pela professora Edilenice Passos à relatoria do PLS 156/2009. PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Senado Federal. Secretaria de Informação e Documentação, 2008. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045Poder+Executivo+ja+fez+diversas+tentativas+para+alterar+o+CPP>. Acesso em 20.10.16

100 “O futuro da democracia depende do futuro da autoridade. Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel político de numerosas gerações”. JARBAS, Medeiros. **Ideologia Autoritária no Brasil 1930/1945**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1972, p.10.

101 À propósito do pensamento político de Francisco Campos e sua influência na legislação processual penal, conferir o trabalho de Diogo Malan na obra: MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULLOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

da criação de um Estado autoritário e, para tanto, dedicou anos da sua vida à oposição conservadora, ao ódio antiliberal e à defesa intransigente da segurança e da ordem.

Caracterizado por uma obsessão legiferante, o governo autoritário de Getúlio Vargas produziu uma enorme quantidade de reformas institucionais no país. Francisco Campos tratou diretamente delas. Além da Constituição de 1937, promoveu a reforma dos Códigos de Processo Penal e Civil, da Lei de Contravenções Penais, a Lei contra a Economia Popular, a nova Lei do Júri, a Lei Orgânica do Ministério Público Federal, a nova Lei de Segurança Nacional e a reorganização do TSN, a Lei das Nacionalidades, a de Atividades Políticas de Estrangeiros, etc., não necessariamente nesta ordem. O Código de Processo Penal, que especialmente nos interessa, fundou-se nas premissas ideológicas da defesa social e, do ponto de vista do processo, na fragilidade das garantias individuais e concentração de poderes do juiz, incluso, com a gestão da prova em suas mãos. A reforma de 1941 representou, enfim, o ápice da incorporação de uma estrutura inquisitorial na legislação processual penal no país.

A primeira tentativa de reformar o código de processo penal, após o esgotamento político do Estado Novo, foi no Governo Jânio Quadros. O Decreto nº 51.005 de 20 de julho de 1961 criou o Serviço de Reformas de Códigos, cuja atribuição era elaborar projetos de reforma integral de vários diplomas normativos, dentre os quais o Código de Processo penal e a Lei de Contravenções Penais. Lembra Edilenice Passos que foi pelo Decreto nº 1490, um ano depois, que se autorizou ao Serviço de Reformas que contratasse especialistas para elaboração de novos projetos de códigos no Brasil.

A elaboração do novo código de processo penal ficou sob responsabilidade de Hélio Tornaghi. O projeto foi concluído e entregue ao Ministro João Mangabeira em 1963, mas não foi para frente em razão dos acontecimentos políticos que desaguaram na ditadura civil e militar do ano seguinte. A tentativa posterior ocorreria pela iniciativa do Ministro da Justiça de Emílio Gastarrazu Médici, Alfredo Buzaid.¹⁰² O jurista designou uma Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal, indicando José Frederico Marques como principal responsável pela sua elaboração. Participavam da comissão, Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins. O *Projeto José Frederico Marques* foi engavetado em 74, antes de ser votado pelo Senado.¹⁰³

A última tentativa de reformar o código surge em 1980. Estes seriam, a par das permanências, os anos “derradeiros” do regime. O Ministro da Justiça do governo João

102Alfredo Buzaid pode ser considerado um dos mais proeminentes juristas do campo autoritário no Brasil. Foi diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e terminou ministro do Supremo Tribunal Federal por indicação do último presidente da ditadura civil e militar, João Figueiredo.

103Para uma descrição destes anteprojetos, conferir a obra citada de PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal**. Evolução Histórica e Fontes Legislativas. São Paulo: Javoli, 1983, pp. 158/171.

Batista Figueiredo era Ibrahim Abi-Ackel. Formou-se uma comissão de juristas composta por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Helio Fonseca. À José Frederico Marques coube a revisão técnico jurídica.

Após análise de uma comissão revisora, composta por todos, à exceção de Helio Fonseca (substituído por Jorge Romeiro), apresentou-se o projeto ao Congresso Nacional (PL nº 1655/1983). Grosso modo, mantinham-se as linhas fundamentais do antigo Projeto Frederico Marques. Entre 1984 e 1989, este projeto tramitou no Senado, até que a sua retirada foi solicitada pelo então presidente José Sarney.

Antecedentes imediatos: as reformas parciais posteriores à Constituição da República de 1988 e a movimentação em torno do atual projeto de reforma do código de processo penal (PLS 156/09 e PL 8045/10):

Após a promulgação da Constituição da República de 1988 todas as tentativas de reforma do código de processo penal se restringiram a propor alterações pontuais no regime estabelecido em 1941, durante o governo autoritário do Estado Novo. Vale ratificar, como apontou Geraldo Prado, que a classe de juristas permanentemente convocada para tratar da reforma da legislação penal e processual penal era aquela comprometida com o pensamento político autoritário e não com a radical transformação social e jurídica da sociedade brasileira. Esse aparelhamento, por assim dizer, impediu que o Brasil avançasse na construção de um modelo acusatório de processo penal.

Segundo Geraldo Prado, a oposição a esta forma de pensamento vai surgir no Brasil apenas no início dos anos 2000. De fato, foi neste ano em que se inaugurou um movimento que desembocaria em uma série de reformas do Código de Processo Penal que, conquanto não tratassem de uma reforma global, apontavam para uma adesão técnica e política à determinados preceitos do sistema acusatório.

Pela Portaria nº 61 de 20 de janeiro de 2000 autorizou-se o Ministro de Justiça do governo Fernando Henrique Cardoso, José Carlos Dias, a constituir uma comissão para apresentar propostas visando à reforma pontual do Código de Processo Criminal. Esta comissão foi formada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Petrônio Calmon Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério de Lauria Tucci, Sidnei Beneti e René Ariel Dotti, substituído posteriormente por Rui Stoco.

O objetivo dos trabalhos, de acordo com a portaria, era apreciar os projetos apresentados pela comissão anterior, presidida por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Sete anteprojetos foram submetidos ao Congresso, quatro deles transformados em lei. A Lei nº 10.258/01 tratou da prisão especial, portanto, de pouca importância ao assunto que

tratamos. As outras três são relevantes: a Lei nº 11.689/08 tratou dos procedimentos, incluindo, a reforma dos processos de competência do Tribunal do Júri, simplificando-o especialmente quanto à quesitação; a Lei nº 11.690/08 alterou o regime geral da prova e a Lei nº 11.710/08, por fim, dispôs sobre os institutos da suspensão do processo, *emendatio e mutatio libelli*, além de alterar os procedimentos. Deve-se registrar, ainda, as alterações produzidas pela Lei 12.403/11, destinada a tratar das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro.

Entrevistado para auxiliar na formulação de uma visão transversal do processo reformista, o jurista Geraldo Prado tratou desse movimento de reforma parcial do código, inserindo-o em um contexto mais amplo, a que denominou de *pacto republicano*. Suas considerações, apesar de relativamente longas, merecem serem transcritas na íntegra:

Essa comissão era presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover e dela fizeram parte vários professores, quase todos eles de São Paulo, com exceção do professor René Ariel Dotti, do Paraná, de Nilzário Carneiro Leão, de Pernambuco, e do professor Petrônio Calmão, do ministério Público do DF, mas bastante ligado naquela ocasião à professora Ada. Eles prepararam uma série de projetos de reforma do código de processo penal.

O sistema de justiça criminal brasileiro sempre foi muito sensível às crises políticas, às crises econômicas e o reflexo disso no âmbito da violência urbana. Em diversos momentos, a partir de situações que chamaram a atenção da comunicação social de forma mais intensa, alguns desses projetos foram atropelados por iniciativa do próprio congresso nacional.

O fato é que toda essa desarrumação em um conjunto de projetos pensados de maneira relativamente sistemática no âmbito do ministério da justiça, encaminhados ao congresso nacional e, depois, projetos que surgiram atendendo a comoção social nascida no próprio congresso nacional, essa situação toda gerou um caldo que levou à uma intervenção, até orientada por alguma racionalidade política, que foi o pacto republicano.

À época, salvo engano, o presidente do supremo tribunal federal era o ministro Gilmar Mendes, o presidente da república era o presidente Lula. O pacto republicano buscou dar uma arrumada nas coisas. No âmbito do sistema de justiça criminal, os ministros e justiça do governo Lula foram sensíveis ao que se passava na América Latina, ao que resultava de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, orientações, informes, relatórios e, nesse contexto, de pacto republicano, as leis do processo penal brasileiro, o código de processo penal brasileiro, acabou sofrendo duas grandes modificações.

A mini reforma do processo penal em 2008, com a aprovação de três leis fundamentais. Tenho a impressão de que tive alguma influência nisso, pois à época era muito ouvido no âmbito do Ministério da Justiça e sugeri exatamente isso, o eixo dos procedimentos e da prova como foco da transformação. Acabou que o procedimento do júri acabou inevitavelmente envolvido.

Esses três projetos foram adiante nesse esforço do pacto republicano. Depois disso em 2011, o projeto das cautelares, por pressão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(...). Como havia uma distância relativamente grande entre a constituição de 88 e esse movimento por um novo código de processo penal, esse movimento também ficou meio perdido. Ele se apresentou, mas não conseguiu se estruturar de modo à que esses professores pudessem apresentar à sociedade um projeto de código de processo penal alternativo.

Há uma dívida muito grande do setor progressista, bom na crítica e pouco no fazer. A oportunidade da ação concreta, aí, a passagem do tempo, a dinâmica, a mudança política com a crise de 2008 com a crise no norte do planeta, as grandes transformações depois do 11 de setembro, quando se chega o

movimento por um novo código de processo penal é o mesmo que querer hoje uma nova constituição. Se, hoje, convocássemos uma constituinte não tenho a menor dúvida de que teríamos uma constituição autoritária, violenta, destruidora de direitos. A passagem do tempo faz diferença, tudo tem seu tempo, seu contexto.

Quando veio a iniciativa por um novo código de processo penal, ela veio com as melhores das intenções, mais no tempo errado.

O projeto de reforma global do código de processo penal, enfrentado a seguir, só foi proposto no ano de 2009, portanto, 21 anos após a refundação constitucional do país. O senador Renato Casagrande apresentou um requerimento convocatório para formação de uma comissão de juristas, cujo trabalho constituiria em produzir o texto do novo código.

Registre-se, antes de entrarmos nos detalhes envolvendo a comissão de juristas que, no caso brasileiro, a reforma do Código de Processo Penal está à cargo do Congresso Nacional, pelas duas casas que o compõem: Senado Federal e Câmara dos Deputados. O trabalho da comissão de juristas teve o objetivo de estruturar um texto base para debate e aprovação dos congressistas. A lei que introduziu a reforma do código de processo penal, resultado do trabalho da comissão de juristas, é o PLS 156/09.¹⁰⁴ Este projeto foi posteriormente enviado à Câmara dos Deputados, recebendo o número de PL 8045/10. Em qualquer das hipóteses, o modo de implementação da reforma, se aprovada, será imediato e simultaneamente em todo o país. Não há, portanto, qualquer previsão de implementação gradual ou por regiões.

A justificação apresentada pelo senador Renato Casagrande apresenta as linhas gerais que deveriam orientar a atuação da comissão de juristas. Segundo o senador, o Decreto-Lei n. 3931 de 11 de dezembro de 1941, código vigente, deveria ser reformado porque: *revela-se hoje inadequado às exigências de celeridade e eficácia, tendo em vista os mais atuais conceitos e teorias processuais penais que objetivam um direito processual funcional, instrumental, cuja decisão seja produzida em prazo razoável*. A justificativa reconhece a impropriedade de se proceder às alterações pontuais e, portanto, curva-se à imposição de uma *revisão estrutural e conceitual*. O diagnóstico

104 PLS é uma abreviação própria à dinâmica legislativa e significa Projeto de Lei do Senado.

social que move a política de reforma, nas palavras do senador, representa-se no *momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva estatal.*¹⁰⁵

A comissão de juristas do Senado contou com a participação de Hamilton Carvalhido (coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Sandro Torres Avelar, Tito Souza do Amaral e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

O Projeto de Lei nº. 156/09, resultado destes trabalhos, constitui, apesar do reconhecido saber de alguns destes juristas, um esforço demasiadamente tímido para implementar o sistema acusatório no país. Geraldo Prado foi questionado a respeito da razão pela qual o texto, produzido por uma comissão de juristas que não se identificam como porta vozes do pensamento autoritário, não conseguiu apresentar um modelo efetivamente democrático de processo penal. Segundo o jurista, o PLS 156/09, fruto do trabalho desses juristas, sofreu uma grande influência das corporações profissionais, afastando-se da técnica e da necessidade de atender aos comandos constitucionais. Nas palavras de Geraldo Prado:

E tudo isso, associado também a outro fator, que teve uma grande influência, que foi uma certa abertura para audiências, para ouvir sofrer a influência das corporações profissionais. Fizeram aquilo que talvez fosse o papel do congresso nacional fazer e não uma comissão de juristas. A comissão deve apresentar o projeto que na opinião dela é qualificado para ser reitor do processo penal brasileiro. Não cabe pensar, *“vamos fazer assim, porque vai mudar no senado, vai mudar na câmara”*. Esse não é o papel dos juristas, mas dos deputados e senadores. Portanto, negociaram em paralelo.

Assim, essa forma política de atuar, que não é o que se esperava de uma comissão de juristas, foi problemática.

105O requerimento está disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84150>. Acesso em 22.10.16

É interessante, porque o argumento favorável à essa interferência é um argumento democrático: *“tem que se ouvir a sociedade, a comissão não pode ficar encastelada”*. Ouvir e perceber quais são as expectativas sociais é democrático, mas o texto tem que ter sistematicidade, um compromisso com a ordem constitucional, às novas dinâmicas sociais e às exigências que o processo penal contemporâneo ao século XXI impõe.

A influência das corporações constitui um movimento marcante da atividade legislativa em matéria penal no Brasil. Rubens Casara, indagado sobre isso, concordou com a posição de Geraldo Prado. Para ele, *a influência das corporações profissionais no país não tem necessariamente produzido frutos saudáveis*. Acrescentou ainda o seguinte:

Falta cultura democrática na sociedade, que se manifesta na atuação destas instituições, corporações e, conseqüentemente, nas sugestões que fornecem. Um código de processo penal, tenho pensado nisso, não pode ceder às tentações populistas, nem aos interesses meramente corporativos. O código representa um limite ao exercício do poder que, não raro, é incompatível com o desejo dessas instituições. A presença das corporações nas discussões parlamentares envolvendo projetos de lei em matéria criminal é um problema curioso que faz lembrar a afirmação de que a democracia carrega em si elementos que podem acarretar sua própria destruição. Em nome dessa abertura democrática, favorecemos sua derrocada.

A atuação específica da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e outras associações da classe dos juizes foi igualmente abordada por Rubens Casara. Suas considerações são relevantes para estabelecermos qual é a visão de mundo, a concepção política e jurídica sustentada por essas associações no processo legislativo. A pergunta que lhe foi dirigida foi a seguinte: você diria que as associações de juizes estão comprometidas com a reforma acusatória do código de processo penal?

A magistratura não é um todo monolítico. Hoje, prevalece uma crença no poder penal para resolver os mais variados problemas

sociais, bem como posturas que se distanciam do modelo acusatório. Hoje, o bom juiz, festejado, que é também a figura do juiz ideal para essas associações, é o do juiz proto-inquisidor, que abandona a inércia para realizar o seu sentimento de justiça.

Cada vez mais na magistratura tem desaparecido a ideia de limites externos ao poder jurisdicional, o que faz com que haja um deslocamento da lei simbólica, imposta por um terceiro, pela lei imaginária, que é a ideia de justiça que cada juiz tem e coloca em prática no processo.

A presença das Associações de classe do Ministério Público também é uma característica dos movimentos de reforma da legislação penal e processual penal no Brasil. Essa atuação, entretanto, está caracterizada por um perfil abertamente punitivista e avesso à proteção do sistema de garantias do imputado. Rômulo de Andrade Moreira, procurador de justiça com concepções distintas da maioria das pessoas que integram o Ministério Público, perguntado sobre o perfil político e ideológico da instituição, descreveu o seguinte: *conservador, retrógado e especialmente, neoliberal. Em três palavras, é isso*. Questionado ainda se consideraria que o Ministério Público está comprometido com uma reforma acusatória do processo penal brasileiro, Rômulo Moreira foi direto:

Comprometimento zero. Por que a linha ideológica é conservadora, é avessa a reformas que adequem o processo penal à Constituição. São completamente resistentes a isso.

Veja por ex. no caso dos magistrados, a AJUFE. Essa associação emitiu uma nota contra o Juiz de Garantias. Veja que coisa mais simbólica! Uma associação manifestando-se contra um juiz afastado da *persecutio criminis*, algo caro para um processo penal no sistema acusatório.

O Ministério Público também não tem comprometimento. Aquelas medidas contra a corrupção demonstram isso, inclusive, fazendo tabua rasa do *Habeas Corpus*. Eles querem, na verdade, retroagir. Não estão comprometidos com o sistema acusatório.

Finalmente, no que se refere a atuação do Ministério Público nas reformas legislativas em matéria criminal, o procurador de justiça concluiu:

Enfim, a atuação do Ministério Público no parlamento é ilegítima. Ali, tem que atuar parlamentares e a sociedade civil. Se o promotor, como cidadão, quer ter iniciativa, tudo bem. Como membro, a atuação do ministério público é outra. Inclusive, devem deixar de dar entrevista sobre processos em que atuam. Como acontece com os procuradores da Lava Jato, sob o beneplácito do CNMP. Eu, por muito menos, fui advertido.

E quanto ao perfil dos parlamentares?

Esse pessoal todo é da elite do Brasil. A elite do Ministério Público e do Judiciário é a mesma que compõe o Congresso, falam a mesma língua, representam os mesmos interesses.

Os parlamentares estão comprometidos com interesses mais escusos do que outros.

Há bancada que luta para manter os interesses das corporações. A serviço de manter os privilégios do judiciário e do ministério público.

O que esperar dos parlamentares? Que o Congresso aprove um código garantista? Que privilegie a Constituição? O sistema acusatório? Eu nunca participei das audiências públicas por isso. Tenho admiração por quem se dispõe, mas não faria nunca. Porque esses caras não estão nem aí para juristas, para doutrina. Tanto é que nas audiências, eles nem vão. Eles estão interessados em uma legislação mais dura, o que vai ao encontro da população que, sofrida com um monte de coisas, é levada a crer que uma legislação processual penal mais dura vai resolver as questões que passam ao largo, inclusive, do direito.

Do ponto de vista político e ideológico, a justificativa exposta pela comissão de juristas, no PLS 156/09, sobre a necessidade de um novo código de processo penal para o Brasil, expressa uma reação às linhas que haviam movimentado a criação do código de processo penal em 1941. Reconheceu-se, nesse sentido, que a *eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais* e que estas *garantias individuais*, ao contrário do que fez constar Francisco Campos na exposição de motivos do código de 1941, *não são favores do Estado*. Em passagem emblemática da orientação política dos trabalhos, a comissão de juristas fez constar que *o garantismo surge como pauta mínima do modelo de Estado Democrático de Direito e que o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do poder*.¹⁰⁶

O texto remetido pelo Senado à Câmara dos Deputados, agora sob o PL nº 8045/10, não acompanhou aquela exposição de motivos, convertida em mera cartilha de intenções. Na Câmara, foi formada uma comissão responsável pela análise do projeto de lei. Esta comissão tem a seguinte composição: Danilo Fortes, presidente; Delegado Élder Mauro, 1º vice-presidente; Rodrigo Pacheco, 2º vice-presidente; Cabo Sabino, 3º vice-presidente; João Campos, relator e os, demais sub-relatores, Rodrigo Pacheco, Rubens Pereira Júnior, Pompeo de Mattos, Paulo Teixeira e Keiko Ota.

Antes de analisarmos o texto, segundo os eixos temáticos descritos na introdução, é importante observar que a formação da comissão, integrada por uma maioria de deputados com origem em instituições policiais, não favorece a adesão do código de processo penal aos princípios e regras que informam o sistema acusatório.¹⁰⁷ O relator do novo código de processo penal, deputado João Campos de Araújo,¹⁰⁸ foi policial civil e, portanto, apoia sua base política eleitoral em projetos de recrudescimento da segurança pública, do sistema penitenciário e redução do espectro de incidência das garantias fundamentais dos imputados.¹⁰⁹

106A exposição de motivos e o texto final da comissão de juristas do Senado está disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em 22.10.16

107 Como muito bem lançado pelo magistrado Rubens Casara: a maneira de ver o mundo e o processo penal fica condicionada pela tradição em que as pessoas estão lançadas e à defesas corporativas que não tem a ver com a democratização do processo penal.

108 Disponível em http://www.camara.leg.br/internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=74366 Acesso em 10.10.16

109No campo do sistema de justiça criminal, João Campos foi responsável pelo PL nº 4754/2016 que tipifica como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação da competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. No PL nº 4850/2016 propõe medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos.

A relatoria é, sem dúvida, o cargo mais importante da comissão, uma vez que confere ao parlamentar a prerrogativa de examinar todas as propostas encaminhadas pelos sub-relatores, por outras pessoas e órgãos, elaborando um texto final que será examinado pelos demais deputados federais. Recentemente, este texto foi entregue pelo relator João Campos à comissão especial para a reforma do código de processo penal. Trata-se, nos termos do regimento, de um substitutivo ao PL 8045/10, o que significa, em outras palavras, um novo texto que dá conta, integralmente, do código. Passaremos, dado a restrição de espaço, apenas por alguns pontos do Substitutivo.

Análise do substitutivo apresentado pelo relator e deputado federal João Campos ao projeto de lei nº 8045/10:

Para facilitar a compreensão do texto e permitir uma apresentação sintética do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8045/10, dividiremos a análise nos dois eixos já citados. Eles permitem, do ponto de vista metodológico, organizar as informações e perquirir se estão atendidos os critérios que permitem definir o código como acusatório e de viés democrático ou, pelo contrário, inquisitivo e de orientação autoritária.¹¹⁰

O primeiro eixo diz respeito à oralidade e, conseqüentemente, a existência de um sistema de audiências públicas. A oralidade constitui uma característica fundamental do sistema acusatório e é indispensável para assegurar a imediação das partes com o juiz e a efetividade do contraditório, além de concretizar várias outras garantias do imputado. A previsão ou não de um complexo sistema de audiências define, portanto, a qualidade da prestação jurisdicional.¹¹¹

O segundo eixo de análise se relaciona à proteção do sistema de garantias do imputado. É preciso analisarmos se o texto do PL 8045/10 e, especialmente, o texto substitutivo apresentado pelo relator, deputado federal João Campo, atende à critérios básicos do modelo acusatório de processo penal, assentado em um sólido catálogo de direitos e garantias fundamentais em favor da pessoa envolvida em uma investigação criminal ou processada em juízo. A análise, no que se refere a este eixo, deverá perquirir o tratamento conferido ao defensor, notadamente a possibilidade de ingerência na produção de informações na investigação preliminar, existência de tempo hábil à preparação da defesa, efetiva oportunidade de influir nas decisões, mediante manifestação anterior, etc. Também deve ser objeto de observação a relação entre o

110 Em razão do espaço, deixarei de desenvolver o conceito de sistema acusatório e inquisitivo, assim como o de democracia e autoritarismo no que se refere ao funcionamento da justiça penal. As características de um e outro, estão relacionadas, em última análise, aos dispositivos de controle do poder e espaços conferidos à liberdade individual.

111 Quais são as audiências orais previstas no substitutivo (ou mesmo no PL 8045/10)? As audiências eventualmente previstas, efetivamente, permitem debates orais e públicos? Estas são apenas algumas perguntas que devem, implicitamente, guiar o estudo.

texto proposto e a concreta efetivação das garantias instituídas pela Constituição da República de 1988. A imparcialidade do juízo, por ex., é seguida da vedação às decisões de ofício? A previsão de contraditório em todos os atos do processo se materializa em audiências públicas e orais? O seu exercício é disciplinado na investigação, na fase de admissibilidade da acusação e na fase recursal? Os mesmos questionamentos devem ser realizados quanto à outras garantias, como por ex., a que assegura a publicidade dos atos, os direitos do imputado (regime jurídico do interrogatório) e, finalmente, as que permitem a consolidação de um paradigma restaurativo no processo penal brasileiro.

Qualidade da prestação jurisdicional: sistema de audiências públicas e oralidade.

A análise deste primeiro eixo revela um projeto de código francamente apegado à escrituração e, conseqüentemente, à tradição inquisitorial. Adiantando-se a conclusão, registre-se que o texto apresentado pelo deputado federal João Campos não contempla a maior parte das audiências típicas do sistema acusatório: não há previsão de audiência de controle da detenção, salvo para o caso do preso em flagrante (audiência de custódia); não há audiência para formalização da investigação¹¹², tampouco para formular a imputação. Não se prevê audiência para imposição de medidas cautelares, diversas ou não à prisão; não existe um correspondente da *fase intermedia*, conforme também previsto no Código de Processo Penal chileno, por ex.¹¹³, assim como não há previsão de concreta oralidade na fase recursal (exceto para sustentação das razões de alguns recursos em plenário, nos termos do regimento interno dos tribunais).

A execução penal não é tratada no projeto de novo código de processo penal e segue, portanto, com um perfil administrativista, o que significa outorgar demasiados poderes aos diretores de penitenciárias. Emanuel Queiroz Rangel, coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, abordou diretamente esse problema em sua entrevista, ponderando o seguinte: *na execução a pessoa não passa de um nome. A realidade do juiz é nunca, jamais ver a pessoa. No máximo, uma audiência de desinternação daqueles que estão internados por medida de segurança. Não se tocar nessas questões é um problema no Brasil. De reconhecimento de direitos.*

Conforme salientado por Emanuel Queiroz, inúmeras decisões capazes de afetar a situação do preso, condenado em definitivo, não passam pelo controle

112 A audiência para formalização da investigação está prevista no art. 229 do código de processo penal chileno, por ex.

113A etapa de preparação ao juízo oral está regulada a partir do art. 260 do código de processo penal chileno e não se confunde com a fase da investigação criminal, tampouco com o do próprio julgamento da causa.

jurisdicional e, assim, não se pode falar em incidência concreta de garantias fundamentais, muito menos em um sistema de audiências públicas na execução penal.

Audiências e Oralidade na investigação criminal

Conforme indicado, a comissão especial instituída na Câmara dos Deputados para a elaboração do texto sobre a reforma do código de processo penal de 1941 é composta majoritariamente por membros oriundos das instituições policiais, inclusive, o relator, deputado João Campos. O perfil destes deputados, cuja atuação parlamentar centra-se em projetos relacionados à segurança pública, naturalmente, influenciou o texto apresentado como substitutivo ao PL 8045/10. A análise permite perceber, inclusive, uma velada disputa de poder entre a Polícia e o Ministério Público. Por exemplo: o Substitutivo manteve a previsão do PL 8045/10 de que a apuração das infrações penais é uma atribuição dos delegados de polícia (civil ou federal). O relator João Campos, entretanto, acrescentou ao novo art. 18 a previsão de que a investigação pelo Ministério Público só poderá ocorrer de forma subsidiária, quando demonstrado que há risco fundado de ineficácia da elucidação dos fatos pela polícia, em razão de abuso de poder econômico ou político (§3º, art. 18, subst.)

O perfil policialesco da comissão especial produziu outros desdobramentos que serão vistos no eixo destinado a tratar da proteção do sistema de garantias do imputado. No que se refere, ainda, ao sistema de audiências, reitera-se que a única prevista na fase anterior à persecução penal em juízo é a audiência de custódia. A previsão de audiência de custódia não constava do PL 8045/10, tampouco no anterior projeto que veio do senado federal (PLS 156/09). A ausência não se justifica legitimamente, mas se explica pela falta de debate doutrinário e jurisprudencial quanto à necessária observância do art. 7. 5, do Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere ao dever de apresentação do preso ao juiz, sem demora.¹¹⁴

O art. 555 do substitutivo trata da audiência de custódia e, apesar de assegurar a oralidade e entrevista prévia do defensor (§§3º e 4º), permite que a audiência seja realizada por videoconferência, providência que havia sido retirada na sugestão apresentada pelo deputado federal Paulo Teixeira, então sub-relator do projeto (quarta sub relatoria) e responsável pela parte das medidas cautelares pessoais. A possibilidade de que a audiência de custódia seja realizada por videoconferência, ainda que o texto

114 Questionado sobre a influência das corporações jurídicas na atividade legislativa, Emanuel Queiroz fez uma ponderação que merece destaque: *há uma crítica. As carreiras do sistema de justiça tem uma remuneração surreal frente às outras carreiras. Eles querem reduzir o trabalho e aumentar o lucro. Isso faz com que grande parte das discussões caminhem no sentido de defender, mesmo que num texto que não vá alimentar benefício corporativo, isso tem influencia. Lembro que a discussão em torno da audiência de custódia, era isso. Vou trabalhar mais?*

se apoie no caráter excepcional desta medida, tem o potencial de subverter a finalidade desta audiência, criando obstáculos ao direito de presença do imputado, o seu contato rápido com o juiz, seja para exame, *in loco*, de sua integridade física, seja para análise das condições que o levaram à autuação em flagrante. O Substitutivo do relator João Campos amplia para 72 horas o prazo para apresentação do preso ao juiz, “quando não for possível a utilização da tecnologia” de videoconferência (§10º) e, ainda, para no máximo 5 dias, o dever de apresentar o preso em flagrante, “quando tratar-se de organização criminosa” (§11º). Merece atenção, por fim, o disposto no art. 25, II do texto substitutivo que, “curiosamente”, ao definir as atribuições do delegado de polícia, indica que ele enviará o auto de prisão em flagrante ao juiz de garantias em até 24 horas e, grifa-se, *sendo possível*, encaminhá-lo juntamente com o preso à sua presença para realização da audiência de custódia. Como não há dificuldade alguma para enviar, junto à pessoa, os autos da prisão em flagrante, muito menos os documentos que o instruem, fica em aberto se a expressão *se possível* não permitirá que o próprio encaminhamento do preso à presença do juiz fique ao arbítrio do delegado de polícia.

A presidência da audiência de custódia fica, no texto apresentado, à cargo do chamado “Juiz de Garantias” que, segundo consta do art. 14, ficará responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. É importante destacar, no que interessa a análise deste primeiro eixo, que várias das decisões previstas como de sua competência poderiam ser tomadas em uma audiência pública, oral e com amplo espaço para o contraditório, mas não são: determinar a realização de exame médico de sanidade mental (inc. XII, art. 14); extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente da juridicidade, culpabilidade ou extinção da punibilidade (inc. XIII, art. 14); julgar as exceções de suspeição e de impedimento contra o delegado de policial (inc. XVI, art. 14), dentre outras. O parágrafo único deste mesmo art. 14 chega a permitir que o Juiz de Garantias, mediante representação do delegado ou membro do ministério público, prorrogue a investigação que envolva pessoa presa, sem que se exija, para tanto, a designação de uma audiência especial para tanto, com possibilidade de manifestação da defesa do investigado.

Audiências e Oralidade na persecução penal em juízo:

Ressalvado o procedimento sumariíssimo, com previsão de denúncia oral (art. 326) e algum debate oral entre acusação e defesa, previsto no procedimento da ação penal originária, ainda assim, somente na fase de admissibilidade (§1º, art.335), praticamente não se vê audiências públicas, com contraditório exercido oralmente pelas partes, durante a persecução penal em Juízo.

Não há, como exigiria o sistema acusatório, audiências para imposição e controle de medidas cautelares pessoais. Os requerimentos de prisão provisória e de qualquer outra cautelar seguem sendo formulados de maneira escrita e apreciados pelo juiz, sem participação da defesa, uma vez que o contraditório, admitido “quando não frustrar a execução da medida” (art. 543), não é observado na prática. Não há audiência para os casos de requerimento de revogação de prisão preventiva ou sua substituição por cautelar diversa do cárcere, hipótese em que a oralidade garantiria a qualidade da prestação jurisdicional. A deficiência no regime de audiências orais, no que se refere às medidas cautelares, impede que se discutam amplamente os riscos processuais a partir das informações colocadas pelo Ministério Público. Na prática, tais riscos costumam considerar a situação pessoal do imputado e, apesar de alguma restrição na jurisprudência, a gravidade em abstrato do delito. As decisões judiciais, alijadas do prévio debate oral e contraditório, frequentemente se restringem a repetir os requisitos legais, sem apoiar-se efetivamente em dados concretos, tampouco no argumento das partes (notadamente, da defesa).

Ainda no que se refere à previsão de audiências e debates orais, não existe no procedimento ordinário ou sumário qualquer descrição de audiência para decidir sobre a admissibilidade da acusação ou, ainda, sobre a legalidade da prova apresentada, duas características básicas da chamada *etapa intermedia*, típica de códigos acusatórios, como já mencionado. De acordo com o projeto, o juiz não exerce um papel ativo no controle da regularidade da prova. O procedimento ordinário, é verdade, prevê que os debates finais sejam realizados, como regra, oralmente (art. 292). Esta providência, entretanto, já existe no código reformado de 1941 e, nem por isso, é realizada na prática. Tanto o substitutivo, o PL 8045/10, quanto o código de processo penal ainda em vigor, estabelecem tantas exceções à oralidade que, em concreto, a exceção concernente às alegações escritas se convertem, sem maior dificuldade, na regra do procedimento. (§4º, art. 292).

A fase recursal segue sem previsão de audiências orais de qualquer natureza, embora evidentemente seja assegurado ao recorrente sustentar oralmente as suas razões no Tribunal, neste caso, pelo tempo previsto no respectivo regimento interno. A execução penal no Brasil, conforme já se antecipou, não é tratada no código de processo penal e segue sendo disciplinada pela lei nº 7210/84. Não há, s.m.j, absolutamente nenhuma previsão de audiência para tratar dos direitos do preso ou debater-se sobre os requerimentos de seu defensor.

A proteção do sistema de garantias do imputado

O segundo eixo de análise do Substitutivo ao PL 8045/10, diz respeito à proteção do sistema de garantias do imputado. Há, neste ponto, uma série de critérios que servem como “termômetro” para medir a natureza acusatória do projeto: i) a máxima intervenção do defensor no processo, permitindo-lhe amplo contato com o acusado, tempo hábil à preparação da defesa, participação efetiva na investigação preliminar, no controle da prisão provisória, condições para questionar a legalidade da prova produzida pela acusação, dentre outras manifestações; ii) o cumprimento absoluto das garantias fundamentais relacionadas à imparcialidade do juízo, ao contraditório, à publicidade e, finalmente, relacionadas à outras garantias e direitos titularizados pelo próprio acusado, como o de ser apresentado, sem demora, ao juiz ou ser ouvido e exercer todos os desdobramentos da ampla defesa.

O Livro I do projeto, seja no Substitutivo ou no PL 8045/10, inaugura-se com a descrição de uma série de princípios. Ao longo do texto, entretanto, percebe-se que eles não se concretizam verdadeiramente nas regras subsequentes. Essa é uma questão sensível, que diz, muito claramente, sobre uma determinada postura legislativa, ao mesmo tempo, uma estratégia discursiva. Como indicado por Rubens Casara, *parece uma estratégia de encobrimento ideológico. Tem-se uma cobertura democrática e um interior autoritário. Um movimento que não é só brasileiro. Preocupação com a aparência democrática, quando as relações concretas de poder são autoritárias.*

O princípio do contraditório, seguindo essa tendência, enquanto “garantia de efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais” (art.3º), não repercutiu na exigência de que as decisões judiciais sejam, como condição de sua validade, precedidas de prévia manifestação das partes, como dispõe o art. 10 do Código de Processo Civil. Há outros problemas, rapidamente referenciados, como a ausência de um contraditório efetivo no campo das medidas cautelares pessoais ou na fase recursal.

O art. 4º do Substitutivo (também do PL 8045/10) dispõe que o “processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”. A redação é positiva. Analisado o texto em sua totalidade, entretanto, observa-se que está mantida a presidência do magistrado no ato de interrogatório, com possibilidade de “perguntas complementares” que, como prova o funcionamento da justiça penal, converte-se em verdadeiras e duras inquirições do réu pelo juiz. Fala-se em restrição à iniciativa do juiz, mas o art. 537 do substitutivo, referente às medidas cautelares, permite que sejam decretadas de ofício. Assim, seguiriam vários outros exemplos. Para aperfeiçoar a análise deste eixo, reproduziremos a distinção entre a investigação criminal e persecução penal em juízo, desta vez, para fins de se aferir o grau de proteção do sistema de garantias do imputado.

Proteção das garantias na investigação criminal:

Comparado com o vigente código de processo penal de 1941, algumas previsões parecem um avanço, ainda que mal reguladas, como por ex., o juiz de garantias (art. 14/17), naturalmente diverso do juiz da causa e com responsabilidade para controlar a legalidade da investigação e assegurar os direitos do investigado. O art. 9 do texto substitutivo define o que se entende por “condição jurídica de investigado”, algo imprescindível para assegurar o exercício da ampla defesa, notadamente, a garantia que veda a autoincriminação compulsória. Embora a previsão não exclua o uso de expedientes irregulares, como por ex., dizer que a pessoa está sendo ouvida como testemunha e não investigada, a menção legislativa de que a condição jurídica deflui da concreta situação verificada no inquérito e não da qualificação formal feita pelo delegado de polícia, é positiva.

Também é favorável à proteção do sistema de garantias, a previsão do instituto da investigação defensiva (art.13). Não se pode deixar de registrar, entretanto, a sua fragilíssima regulação, realizada em um único dispositivo.

Seguindo a linha contraditória, o texto substitutivo, ao mesmo tempo em que autoriza a execução antecipada da pena (art. 487), prestigia a presunção de inocência ao relacionar o dever de sigilo do inquérito à preservação da intimidade e vida privada do investigado. O parágrafo único do art. 10, inclusive, impõe à autoridade policial que atue para que o imputado, testemunhas, vítima e outros envolvidos, não sejam submetidas a exposição dos meios de comunicação. O dispositivo, entretanto, não prevê consequências para o seu descumprimento, servindo apenas como mera orientação.

O acesso aos elementos já produzidos no inquérito (art. 11), o direito conferido ao investigado de ser ouvido pela autoridade policial (art. 12), assim como o impedimento de que o juiz que tiver atuado na fase de investigação funcione no processo (art. 16)são outras manifestações de regras compatíveis com o sistema acusatório. O problema é que não há mínima coerência. O texto do novo código de processo penal faz meras concessões à defesa e não consegue avançar para a superação do modelo inquisitorial. O regime jurídico do arquivamento do inquérito, por ex., mantém o poder judiciário no papel de vigia da pretensão acusatória do Ministério Público, ainda que atribua a função ao juiz de garantias (VIII e XIII, art. 14).

O antigo art. 38 do PL 8045/10 dizia que “o Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação que não contenham suficientes elementos de informação ou por *outras razões de direito*”. Esta última parte foi suprimida pelo relator, deputado João Campos, no novo art. 37 do substitutivo. Apesar da expressão *promoverá*, o art. 39 exige que o Acusador formule um

requerimento de extinção do procedimento investigatório sempre que entender que o fato é atípico ou que incidem causas de exclusão da antijuridicidade, culpabilidade ou punibilidade. Finalmente, ainda quanto ao regime do arquivamento do inquérito, causa espécie a previsão do §1º, do art. 37 que outorga à terceiros, como entes federativos e até associações, o poder de interpor recurso administrativo contra o ato de arquivamento da investigação perante o Conselho Superior do Ministério Público.

Reitera-se que não há, em qualquer das hipóteses envolvendo o arquivamento do inquérito, previsão de audiência pública, oral e com espaço ao exercício do contraditório pelos interessados.

A vedação constitucional a que o civilmente identificado não seja submetido a procedimento vexatórios de identificação criminal (art. 5º, LVIII da CR88), também sofreu um revés no substitutivo apresentado pelo deputado João Campos. O texto injustificadamente suprimiu grande parte dos dispositivos constantes do PL 8045/10 que, detalhadamente, controlavam a identificação criminal da pessoa já identificada.

Proteção das garantias na persecução penal em juízo:

A proteção do sistema de garantias fundamentais do imputado na persecução penal em juízo encontra-se debilitada. A própria ideia de *sistema*, concebida como o “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”¹¹⁵ está absolutamente em xeque. Não há coerência no tratamento conferido às garantias que consagram liberdades públicas em matéria penal.

O texto do novo código se inaugura com a descrição de uma série de princípios, dentre os quais o acusatório (art.4º). Quando se chega ao regime jurídico da prova, já o primeiro dispositivo (art. 175, parágrafo único), confere ao juiz o poder de iniciativa probatória, possibilitando que determine diligências para dirimir as dúvidas que possua antes de sentenciar. A gestão da prova pelo juiz, entretanto, na acepção da cultura jurídica brasileira e de vários outros locais, compromete a imparcialidade do julgador e é uma característica do sistema inquisitivo.¹¹⁶

O regime da inadmissibilidade das provas ilícitas segue sem previsão de participação ativa do juiz (ou designação de audiência) para controle da legalidade das

115 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. Sapucaia do Sul. Notadez Informações, nº 1, p.28, 2001.

116Conferir, por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Ainda, CORDERO, Franco. Procedimiento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

informações apresentadas pela acusação. Sequer encontra-se indicada a necessidade de exclusão do julgador que houver tomado contato com a prova considerada ilícita. Além disso, o Substitutivo, na mesma linha do PL 8045/10, insiste na ideia de *livre* convicção do juiz, fazendo pouco caso do esforço dogmático por uma efetiva teoria da decisão que limite o espaço de discricionariedade do julgador na valoração da prova.¹¹⁷

Ao contrário do que previa o projeto original, houve modificação no regime jurídico dos indícios pelo deputado relator João Campos. O PL 8045/10 dispunha em seu art. 168, §1º que “a existência de um fato não pode ser inferida por indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes”. O relator simplesmente alterou a regra para constar que “os indícios podem contribuir para a elucidação dos fatos” (art. 178, §1º, subst.), uma frase que não significa nada em termos de direito probatório, mas que claramente aponta para uma supervalorização dos indícios como meio de prova.

O Substitutivo trouxe uma sensível modificação ao regime jurídico do reconhecimento de pessoas, alterando a forma com que é realizado. No texto apresentado pelo relator, ao contrário do que se prevê no vigente CPP41 ou no PL 8045/10, a forma de reconhecimento deverá ser sequencial (art. 201, II) e não simultânea.

No que se refere à chamada do corréu, onde se previa a exigência de prova de corroboração, o Substitutivo inseriu um parágrafo único para constar que o acusado que “imputar a prática da infração penal a um terceiro, assume posição de testemunha, sujeitando-se ao dever de dizer a verdade”, o que é um contrassenso jurídico, para dizer o mínimo. Testemunha é a pessoa desinteressada com o resultado do processo penal, para sermos diretos. Um acusado, em nenhuma circunstância, muito menos quando imputa o fato a terceiro, deixa de falar em sua autodefesa ou perde o interesse no resultado do julgamento. O corréu que transfere a responsabilidade a outra pessoa ou que colabora com a persecução é movido pelos mais diversos e obscuros interesses, desde vingança à tentativa de sensibilizar o juiz e órgão da acusação.¹¹⁸ Aparentemente, a tentativa do relator de transformar a sua condição jurídica – de imputado para testemunha – cumpre o objetivo de facilitar condenações com fundamento na palavra de um dos acusados, circunstância reconhecidamente frágil e incapaz de sustentar um decreto condenatório.

Quanto à regulação dos sujeitos processuais, o texto também fica aquém do necessário para consolidar o sistema acusatório no país. As hipóteses de suspeição e impedimento do juiz continuam restritas (art. 69/71), apesar das inúmeras formas de se

117 Conferir toda a obra de Lenio Streck, notadamente, STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

118 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência Criminal.** São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 804-806.

comprometer a imparcialidade do julgamento e que, portanto, igualmente demandariam o manejo das exceções.¹¹⁹

À Defensoria Pública, maior e mais importante instituição do sistema de justiça penal, o projeto de novo código não reserva mais do que um mísero artigo (art. 75). A única diferença quanto ao texto original do PL 8045/10, quando visto o texto substitutivo apresentado pelo relator, é a exclusão do §2º em que se previa que o acusado com condições econômicas deveria arcar com os custos da defesa técnica, revertendo-se o valor para a defensoria pública.

Emanuel Queiroz Rangel, defensor público entrevistado para elaboração deste informe, foi questionado a respeito dos obstáculos enfrentados pela defensoria pública para fazer valer os seus interesses no processo legislativo brasileiro. De plano, registrou que a impressão que possui, diante da experiência na audiência pública para a reforma do código de processo penal, é que existe um absoluto descompasso entre a visão institucional da defensoria pública e a dos parlamentares brasileiros. Em suas palavras:

O nível dos debates, quando a palavra voltou para os parlamentares foi dramático. Primeiro, porque foi presidida por um deputado do pará acusado de tortura. O nível técnico é muito ruim. A grande maioria dos deputados é financiada por indústrias armamentista. Dos vinte e cinco presentes, dezoito tinham financiamento, o que influenciou muito a visão deles do código.

Me recorde de um parlamentar, um delegado de minas gerais. A pergunta que ele fez foi se, com o novo código, ele podia voltar a sujar o dedo da bandidagem.

Lembro do Pompeu de Matos, advogado criminal no RS, exaltando a fiança como forma de resolver o problema do super encarceramento.

119 Em defesa de uma compreensão complexa da imparcialidade, conferir BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Ainda sobre o tema, conferir o artigo *direito ao julgamento por juiz imparcial* disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>. Acesso em 13 de julho de 2018.

Ou seja, nitidamente havia desconpasso entre os reclames da defensoria pública e o que se estava defendendo. Se um parlamentar fala em fiança para diminuir o encarceramento, mostra um desconhecimento completo de quem se destina o sistema de justiça criminal.

Ainda sobre as dificuldades enfrentadas pela Defensoria Pública, Emanuel Queiroz afirmou o seguinte:

Tem primeiro uma dificuldade estrutural das defensorias públicas para se colocarem, ocuparem espaço no ambiente político.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sempre está em todas as comissões. A procuradora coordenadora participa das audiências públicas, quando não indica alguém, está sentada conversando com os deputados. A AMB também tem uma atividade parlamentar para isso. As defensorias são claudicantes.

A segunda questão, é que a defensoria começa a ser vista com outros olhos a partir do momento que passou a ter legitimidade para propor ação civil pública. Ela se torna uma pedra no sapato para as atividades do poder executivo. Se observar, uma crítica que o ministro Gilmar faz dessas castas das organizações do sistema de justiça, é isso. Já organizei judiciário forte desse jeito, Ministério Público desse jeito e, agora, vou fazer o mesmo com a defensoria?

Apesar da forte presença das associações de classe do Ministério Público, a regulação dos direitos, deveres e responsabilidades dos membros do *parquet* também deixou a desejar no texto apresentado pelo relator João Campos, contando apenas com dois artigos (art. 73/74). A visão institucional desta corporação, entretanto, no que diz respeito à redução do sistema de garantias, pretensamente “em nome do combate à impunidade”, foi acolhido em vários pontos do projeto, conforme temos salientado.

O capítulo destinado a tratar do acusado e seu defensor, por outro lado, é o mais extenso. O direito à manifestação defensiva, segundo o próprio art. 76, é garantido

em todas as oportunidades em que seja necessária ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório. A redação levanta, *contrario sensu*, a hipótese de que não será conferida a oportunidade de se manifestar, caso o juiz entenda que ela não é necessária. Como se observa, o relator não adotou a posição constante no recém aprovado código de processo civil brasileiro que, no art. 10, exige que a autoridade judicial jamais decida sem prévia manifestação das partes.

Pelo menos no papel, a proteção do sistema de garantias do imputado encontra-se prevista. Há dispositivos tratando do direito à entrevista reservada, prévia ao interrogatório (art. 80, §2º) e por tempo razoável (art. 82, II). Também se prevê, como forma de evitar a conversão do interrogatório em método de coação e tortura, que não seja prolongado por tempo excessivo, embora não haja menção ao que isso significa (art. 81, §2º). Ainda quanto ao regime jurídico do interrogatório, registra-se que o juiz é retirado da posição de protagonista do ato, entretanto, lhe é conferido o poder de realizar perguntas complementares ao final, faculdade que, na prática, não encontra limites.

Favorece o sistema de garantias, a previsão de que o interrogatório do réu preso ocorra, em regra, na sede do juízo. A sua substituição pelo recurso à videoconferência, entretanto, fica ao arbítrio do juiz que, referindo-se às abertas condições do art. 92 §2º, poderá decidir sem prévia manifestação da defesa. O perigo de afetação às garantias do imputado, no caso da videoconferência, continua sendo a transformação do seu caráter excepcional em regra de tratamento dos imputados presos, além de outras questões vinculadas ao exercício da ampla defesa no interrogatório (direito de presença; acesso aos autos; insegurança quanto ao canal reservado de comunicação entre o defensor e o preso, etc).

Naquilo que se refere à mediação e formas alternativas de solução dos conflitos penais, o Substitutivo apresentado pelo relator João Campos também não vai bem. No PL 8045/10 havia previsão de “recomposição” na parte destinada a tratar da ação civil, mas ela foi suprimida. Para se ter uma ideia da falta de coerência do projeto e da hipocrisia com que são tratados os princípios e garantias fundamentais do imputado, restringiu-se a execução da reparação civil decorrente do delito ao trânsito em julgado da sentença penal (art. 97), mas para executar a pena e submeter a pessoa ao cárcere, a mesma expressão - trânsito em julgado – foi excluída, substituindo-a por julgamento colegiado condenatório (art. 487).

No que diz respeito aos Recursos, a proposta aproxima o processo penal das alterações produzidas no código de processo civil. Prevê-se, como ponto positivo, que a apelação da acusação sobre a valoração das provas não poderá resultar em reforma da absolvição, mas apenas em sua anulação (art.501, parágrafo único). O ataque mais

violento à proteção do sistema de garantias do imputado, no âmbito dos recursos, é evidentemente, a previsão acima retratada. O Substitutivo do deputado João Campos incorpora, apesar da resistência eloquente da doutrina brasileira, a posição do Supremo Tribunal Federal estabelecida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. O atual art. 283 do CPP, na redação conferida ao dispositivo pela reforma parcial de 2008, deixa de existir. O código de processo penal passa, desta forma, a admitir a prisão decorrente de acórdão condenatório (art. 547), determinando-se o imediato cumprimento da execução penal (art.487).

A execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ofende abruptamente o princípio da presunção de inocência, na dimensão a ele conferida pelo art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil. O tema tem mobilizado a resistência de inúmeros atores jurídicos que veem na nova posição do Supremo, incorporado no Substitutivo apresentado pelo deputado João Campos, uma das manifestações mais evidentes do desvelamento autoritário do Estado brasileiro. Por restrição de espaço, vale registrar, ao menos, a conclusão de Rubens Casara sobre este ponto:

No texto Substitutivo, o deputado João Campos inseriu no texto a execução da pena após o julgamento condenatório em segunda instância. Como você avalia isso para o sistema de justiça brasileiro?

É uma adesão ao mais reles populismo penal que trabalha com uma ideia de impunidade que não corresponde à realidade concreta e que é profundamente comprometedora da democraticidade que se espera de um processo penal adequado à Constituição. Um processo penal democrático é aquele que impõe limites ao poder mesmo contra a opinião de maiorias de ocasião, forjadas na desinformação com que muitos parlamentares trabalham o processo penal.

No campo das cautelares, a situação das garantias do imputado encontra-se igualmente debilitada. O substitutivo descartou praticamente todas as propostas do sub-relator deputado Paulo Teixeira, em que se previa, por ex., direito à apresentação do preso cautelar ao juiz; audiências para imposição, manutenção e revogação de cautelares; proibição da utilização de prisão provisória para assegurar o descobrimento

de bens ou valores supostamente ocultos; expressa previsão do princípio da legalidade; diversas manifestações do contraditório; dentre inúmeros outros avanços reais.

Manteve-se a previsão de prazo máximo para a prisão preventiva (art. 567), embora extensos demais, além da necessidade de reavaliação da cautelaridade (art.571). Ampliaram-se o rol das medidas cautelares diversas da prisão que, todavia, permanecem sob a discricionariedade (arbitrariedade) do magistrado.

Alguns dispositivos do PL 8045/10 que foram mantidos no Substitutivo, outros por ele acrescido, prometem causar um desastre no sistema de justiça criminal brasileiro. No que diz respeito ao grave problema do excesso de presos provisórios no país, não apenas deixa de enfrentá-lo, como atua para torná-lo mais insuportável. Além de manter os requisitos do atual art. 312 do CPP41, sem alteração substancial, o texto prevê o julgamento antecipado do mérito e aplicação imediata da pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos (art.297). A previsão já estava no PL 8045/10 e significa ampliar exponencialmente a negociação criminal no processo penal brasileiro, uma prática que, à toda evidência, tem causado estragos na proteção do sistema de garantias dos imputados. O art. 298, neste ponto, alterando a redação do PL 8045/10, chega a permitir que a pena aplicada seja aquela definida “nos termos estabelecidos entre as partes”, retirando-se, desta forma, a previsão que submetia o acordo às penas previstas em lei. Se não bastasse, cria uma modalidade de transação com efeito de sentença penal condenatória (art. 301) e não prevê a exclusão do julgador que tomou ciência do acordo, no caso em que este deixe de ser homologado (art. 302).

A justiça criminal negocial no Brasil, em suas mais variadas manifestações, tem se demonstrado um terreno fértil a violações de direitos e, portanto, de práticas inquisitoriais. Questionado sobre isso, o juiz Rubens Casara realizou uma análise de fundo que merece atenção. Senão vejamos:

É uma consequência da racionalidade neoliberal no processo penal. A ideia de que todos os valores podem ser pensados como objetos negociáveis. Os valores Liberdade e Verdade são mercadorias. Me parece que a verdade acaba substituída por uma mera declaração que atenda aos interesses dos órgãos da persecução penal. Se pegarmos o *plea bargain* norte americano poderíamos dizer que não vai reduzir a população carcerária, muito pelo contrario. Mais do que mudar normas e instituições precisamos mudar a mentalidade dos atores jurídicos, o que está distante e o projeto pouco contribui.

Rômulo Moreira, reconhecidamente crítico ao funcionamento do sistema de justiça criminal, foi além. Para ele, os problemas no modelo proposto pelo relator João Campos é o mesmo vivenciado atualmente com o instituto da colaboração premiada. Em suas palavras:

O defeito é o mesmo. Hoje o sujeito é coagido. Não há espontaneidade. É mais ou menos o que vai acontecer com essa barganha. Aumentando o rol, o que vai ocorrer é uma enxurrada de acordo. O sujeito vai ser compelido.

Se a barganha tem alguma coisa de razoável é quando evita o encarceramento. O aspecto negativo, entretanto, é muito maior, especialmente quando temos um Ministério Público extremamente punitivista, que só quer saber de punir. Uma ideia fixa do Ministério Público brasileiro é a punição. Veja, em um crime grave, abrir mão do devido processo legal para aplicar diretamente a pena é algo nefasto e perigoso. Eu não concordo com isso.

A disciplina conferida ao *Habeas Corpus* deve ser considerada a mais emblemática demonstração da gravidade da situação em que o país se encontra, caso seja aprovado o projeto de código de processo penal no Brasil, objeto deste informe parcial. O substitutivo restringiu demasiadamente as hipóteses de cabimento, ao ponto de ser inadmissível para impugnar um processo manifestamente nulo ou simplesmente porque existe previsão de um recurso (art. 677). Estes dois pontos, quais sejam, incorporação, à brasileira, de um modelo de *plea bargain* e a restrição do *Habeas Corpus*, sem dúvida, expressam o perfil punitivista da comissão instalada para reformar o código de processo penal. Os efeitos da aprovação destes dispositivos é motivo de preocupação geral, especialmente para a defensoria pública, conforme salienta Emanuel Queiroz:

Vou ser pragmático. A barganha vai vir. Ela é uma lógica do judiciário, de solucionar conflitos mediante negócios. O judiciário não tem condições de solucioná-los, após um processo

contraditório. Ele é incapaz de se organizar para isso. O grande problema da barganha é o *overcharging*.

O nosso estudo sobre tráfico de drogas na região metropolitana indica que beira em 70 % as denúncias em que se imputa, em concurso, o art. 33 e 35 da Lei de Drogas, no qual a única argumentação é o espaço territorial.

Em fortaleza, se você for preso com fuzil, vem ainda dois delitos associativos. Roubo em concurso de pessoas, dependendo da arma, se for de uso proibido, ganha também o delito da organização criminosa. É interessante observar que as imputações iniciais são construídas como uma forma de se impedir a liberdade provisória.

Fui defensor do júri quase toda minha vida. Não conto em uma mão quantos homicídios simples. Todo o homicídio no Brasil é qualificado. O grande problema é o *overcharging*. Mas que virá, virá. Queremos afastar esse momento.

A barganha é um fator importante ao crescimento da população carcerária. Eu tenho muito medo.

E a restrição do Habeas Corpus, inadmitido quando houver previsão de recurso ou para discutir a nulidade do processo?

Isso inviabiliza a atividade da Defensoria Pública. Muito. Porque? O acervo de trabalho de um defensor, daquele que trabalha no tribunal de justiça, é imenso. Ao invés de você utilizar o Recurso Especial, que a inadmissão é certa, depois ter um agravo, quando você está sustentando posição fundada em entendimento consolidado do STJ, cara, os defensores usam fundamentalmente os habeas corpus. Pergunte ao defensor? Acredito que 90 % das atividades como defensor público é habeas corpus, mesmo porque se argui, na maioria das vezes, o desrespeito a entendimentos consolidados.

Toda a restrição ao habeas corpus é devastadora.

O espaço não permite desenvolver mais do que estas linhas gerais sobre a reforma do código de processo penal. Do ponto de vista do direito processual penal e das exigências do sistema acusatório, o projeto equivoca-se em várias de suas disposições e, ainda, naquilo que deixou de prever. Há inconvenientes de muitas ordens, desde a falta de coerência interna à ausência de adequação teórica de determinados institutos.

Não há nenhum avanço no que diz respeito à reorganização das instituições do sistema penal. O Ministério Público não tem a atuação vinculada a um necessário estudo dos fenômenos criminais, não possui unidade destinada à análise criminal, tampouco iniciativa relacionada à ideia de persecução penal comunitária.

O sistema de defesa não foi objeto de atenção, tampouco efetivamente regulada a localização institucional da defensoria pública. Não há defesa especializada por etapa processual, muito menos referência, com exceção às vítimas crianças e adolescentes, a outros grupos vulneráveis. Nenhuma mudança na organização do poder judiciário foi proposta, nem há projetos legislativos neste sentido que tenham sido anexados ao Substitutivo ao PL 8045/10. Persiste no Brasil um modelo de organização judicial absolutamente vertical, cuja estrutura administrativa segue sendo gerida por magistrados e não técnicos. A justiça restaurativa, com todos os seus desdobramentos, não foi privilegiada, mantendo-se precipuamente no âmbito dos juizados especiais criminais (procedimento sumaríssimo), onde a prática atual demonstra ser pouco efetiva. Os espaços de mediação, essenciais para a construção de soluções penais alternativas, foram substituídos por espaços de negociação criminal entre a acusação e o imputado, como observado, favoráveis à violação de diversas garantias fundamentais em matéria criminal.

Conclusões parciais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma típica carta política que, em matéria criminal, representa um desdobramento direto das lutas travadas contra o autoritarismo. Os direitos e garantias fundamentais, responsáveis por consagrarem ou protegerem liberdades públicas no campo penal, antes de traduzirem uma questão jurídica propriamente dita, expressariam parte da memória coletiva dos sofrimentos individuais e sociais que o exercício do poder penal gerou no país. Este ponto de partida determinou, portanto, a criação de diversos dispositivos constitucionais, cuja finalidade política seria a de constituir imposições de limites ao poder estatal, disciplinando a atuação dos aparelhos repressivos, do poder judiciário e,

finalmente, impedindo que a política criminal do Estado brasileiro se convertesse, definitivamente, em arbítrio.

Embora não tenha repetido o art. 32, item 5 da Constituição portuguesa de 1974 quanto à expressa previsão da “estrutura acusatória”, dentre as garantias do processo criminal, a carta constitucional de 88 brasileira, inegavelmente, adotou esta orientação. Conferiu-se ao Ministério Público, órgão distinto do poder judiciário, a titularidade à propositura da ação penal pública, além de consagrar uma série de princípios, regras e garantias fundamentais contrárias à epistemologia inquisitiva, como por ex., a presunção de inocência, juiz natural, ampla defesa, devido processo legal, contraditório, publicidade dos atos, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, dentre vários outros direitos fundamentais em matéria criminal, descritos no art. 5º da Constituição.

Os reflexos da nova ordem constitucional em face do sistema de justiça herdado da ditadura experimentada no país entre 65/85 segue sendo contraditório e pouco efetivo para a concreta implementação do sistema acusatório. O país parece compulsivamente destinado a repetir as estruturas normativas de um pacto colonial fundado na distinção entre o Brasil legislado e o Brasil real. Como advertiu Caio Prado Jr, modificam-se leis, para não se modificarem práticas: um padrão institucional quase intransponível às finalidades de qualquer reforma de orientação democrática.¹²⁰

Este é o pano de fundo deste informe, orientado a apresentar a situação da reforma do código de processo penal no Brasil. Como observado, nem o texto encaminhado pelo Senado Federal (PL 156/09), tampouco aquele que se encontra em discussão na Câmara dos Deputados (PL 8045/10 e seu Substitutivo), refletem a mudança que a opção política pelo sistema acusatório no Brasil exige. O código mantém-se apegado à escrituração e não adota um modelo oral e qualificado de audiências, único capaz de assegurar a efetividade do contraditório. A proteção jurídica do sistema de garantias do imputado encontra-se especialmente fragilizado. Os parcos avanços não podem ser considerados suficientes, uma vez que, além de serem poucos, falta ao projeto mínima coerência e, portanto, respeito à própria ideia de sistema jurídico processual.

¹²⁰Cada projeto colonizador produz consequências específicas no processo de formação institucional de um país. Isto não significa determinar uma suposta origem para os problemas nacionais. Mas também não pode ser descartado. O *sentido colonial* diz sobre algo que insiste em comparecer, cuja experiência cotidiana comprova frequentemente. PRADO JR. Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

O contexto político do jogo institucional brasileiro não recomenda, para concluir, o andamento do projeto de lei nº 8045/10, com ou sem as modificações sugeridas pelo deputado federal e relator, João Campos. Todos os profissionais entrevistados chegaram a mesma conclusão quanto a isso. *As reformas legislativas devem ser produzidas em momentos de estabilidade democrática em que o conhecimento não esteja sendo criminalizado e nem os valores civilizatórios fundamentais desprezados*, ponderou Rubens Casara. No mesmo sentido, Geraldo Prado: *agora, a bola está no campo político e as forças progressistas, liberais mesmo, vão precisar atuar nesse campo como tiveram que atuar ao longo dos anos, de 64 a 78. O cenário é diferente, mas o desafio é o mesmo.*

A composição da comissão especial é um desdobramento direto da composição atual do próprio Congresso Nacional, cuja maioria conservadora tem levado o país à reformas caracterizadas pela redução de direitos e garantias individuais nos mais diversos âmbitos. O campo do direito processual penal, vinculado à proteção das liberdades contra o arbítrio, encontra no caso brasileiro um terreno movediço que não recomenda caminhar. É necessário, portanto, agir pela rearticulação das forças políticas e provocar, desde à academia jurídica à sociedade civil, as reflexões necessárias à elaboração integral de um novo texto que, em definitivo, cumpra as determinações constitucionais e implemente um verdadeiro código acusatório no Brasil.

Referências bibliográficas

ALONSO, Angela. **Flores, Votos e Balas.** O movimento abolicionista brasileiro (1868-88). 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BINDER, Alberto. **Derecho Procesal Penal.** Herméutica Procesal Penal. 1º ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CASARA, Rubens R R, MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro.** Dogmática e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Vol.1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: **Processo Penal e Democracia:** Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Reformas Parciais do Processo Penal:** breves apontamentos críticos. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/reformas-parciaisdo-processo-penal->

[breves-apontamentos-criticos-por-jacinto-nelson-de-miranda_coutinho/](#). Acesso em 21.10.16.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. Sapucaia do Sul. Notadez Informações, nº 1, p.28, 2001.

_____. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

DANTAS, Monica Duarte. **O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841**: dois modelos de organização do Estado (e suas instâncias de negociação). Disponível em https://www.academia.edu/26165736/O_C%C3%93DIGO_DO_PROCESSO_CRIMINAL_E_A_REFORMA_DE_1841_DOIS_MODELOS_DE_ORGANIZA%C3%87%C3%83O_DO_ESTADO_E_SUAS_INST%C3%82NCIAS_DE_NEGOCIA%C3%87%C3%83O. Acesso em 31.10.16.

JARBAS, Medeiros. **Ideologia Autoritária no Brasil 1930/1945**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1972.

LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latino-americano**: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de Justicia de lasAméricas.

LESSA, Renato. **A Invenção Republicana**. Campos Sales, As Bases e a Decadência da Primeira República Brasileira. 3º ed., Rio de Janeiro: Topbooks., 2015

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Senado Federal. Secretaria de Informação e Documentação, 2008. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045Poder+Executivo+ja+fez+diversas+tentativas+para+alterar+o+CPP>. Acesso em 20.10.16

PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal**. Evolução Histórica e Fontes Legislativas. São Paulo: Javoli, 1983.

PILATTI, Adriano. *Constituintes, Golpes e Constituições. Os caminhos e Descaminhos da formação do constitucional do Brasil desde o período colonial*. In: **A Constituinte de 1988, 25 Anos. A Construção da democracia e Liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da constituinte**. GOMES, Marcos Emílio (coordenação). Rio de Janeiro: Editora Instituto Vladimir Herzog, 2013.

POSTIGO, Leonel Gonzalez. **La Capacitación Judicial y La Reforma Procesal Penal**, Memorias del II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio, “Sistema Penal Acusatorio. Rompiendo paradigmas”, Instituto Panameño de Derecho Procesal Penal, septiembre de 2016.

_____. **La Reforma Procesal em Latinoamerica**. In: **Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio em Panamá**. UNODC-CEJA, 2015. Disponível em www.cejamericas.org. Acesso em 12.10.16.

PRADO JR. Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRADO, Geraldo. **“Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal”**. In: *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A Reforma do Processo Penal como objeto de análise: a economia das trocas simbólicas no campo penal (texto cedido pelo autor)**.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. **Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo**. In: *Locus: Revista de História, Juiz de Fora*, v. 13, n. 02, pp. 31-48, 2007

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. *Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Introdução

O presente estudo é voltado à delimitação do estado da arte do processo penal brasileiro, levando em consideração, dentre outros pontos: sua estrutura procedimental; o respeito à garantia do júízo oral; a qualidade de litigação; sistemas de defesa e sistemas de garantias; organização estrutural das agências do sistema de justiça criminal; dentre outros.

Nessa linha de intelecção, é possível delimitar no panorama legislativo o Projeto de lei nº 8045/2010, com origem no Projeto 156/2009, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, aguardando deliberação em Comissão Especial, que possui a finalidade de instituir um novo código de processo penal.

Entretanto, a despeito de apontar para um modelo de processo acusatório, conserva elementos centrais do sistema inquisitivo – escritura, por exemplo -. Além disso, não existe projeto de Lei que proponha uma ampla reforma da justiça criminal, o que inviabiliza a implementação de estruturas necessárias para o eficaz funcionamento das instituições.

Dessa forma, o processo penal brasileiro permanece fincado em uma matriz inquisitória, sem maiores perspectivas de mudanças radicais na direção de um modelo acusatório.

Oralidade e qualidade da litigação.

O processo criminal de conhecimento e condenatório, no Brasil, está sujeito a algumas formas procedimentais distintas. Assim, conforme o art. 394, do Código de Processo Penal, há uma primeira diferenciação entre procedimento comum e procedimentos especiais, sendo certo que, no âmbito do procedimento comum, há ainda três subtipos, conforme a quantidade de pena estabelecida para cada crime, nos termos seguintes: comum/ordinário para crimes com pena igual ou superior a 4 anos; comum/sumário, para infrações penais com pena inferior a 4 anos; e o comum/sumaríssimo, para os delitos de menor potencial ofensivo (pena menor ou igual a 2 anos).

Para todos estes procedimentos, a Lei estabelece, como regra, uma única audiência de instrução e julgamento, que deve ser una (evitando-se as cisões, o quanto

121 Doctorado en Derecho por la Universidad Estadio de Sá (2010). Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Cândido Mendes (2002). Licenciado en Derecho por la Universidad Católica del Salvador (1991). Actualmente es profesor adjunto de proceso penal de la Universidad Federal de Bahía y promotor de justicia del Ministerio Público de Bahía

possível). Comparando com outras experiências, como a do processo penal chileno, por exemplo, as audiências de instrução no Brasil estão longe de poderem ser consideradas compatíveis com o ideal de oralidade.

Primeiro, porque a forma de registro dos depoimentos ainda é essencialmente transcrita por funcionários, a partir daquilo que efetivamente falado pelos que prestam depoimento, sendo relativamente poucas, ainda, as repartições judiciárias que utilizam recursos audiovisuais (que são permitidos, mas não obrigatórios). Some-se a isso que a Lei permite que depoimentos sejam colhidos por carta precatória, evitando, portanto, o contato direto do juiz e, muitas vezes, das próprias partes, com as fontes de prova, bem como o seu cotejo com outros depoimentos e provas colhidos na audiência.

Em todos os procedimentos existe previsão legal de alegações finais das partes na forma de debates orais, mas a própria Lei permite, e situações, excepcionais, a sua conversão em memoriais escritos, entregues depois da audiência e antes da sentença e os juízes comumente fazem isso, mesmo fora das exceções legais.

Situação excepcional é a do procedimento especial do Tribunal do Júri, reservado, constitucionalmente, para os crimes dolosos contra a vida. Nesses casos, depois de uma fase de instrução muito semelhante à do procedimento comum ordinário, presidida por um juiz de Direito, segue-se uma decisão que submete ou não o acusado ao julgamento popular, este sim, realizado integralmente (instrução e debates orais) na presença dos jurados e do juiz presidente, que dita a sua sentença, ao final, depois de colher, em sala secreta, o veredicto dos jurados. Ocorre, contudo, que mesmo os depoimentos que foram colhidos apenas na fase anterior ao julgamento podem ser exibidos (se colhidas em audiovisual) ou lidas pelas partes na sessão de julgamento, e são considerados como prova, da mesma maneira que aquelas produzidas diante dos jurados.

Ademais, seja qual for o procedimento, o processo será sempre precedido por algum instrumento de investigação preliminar que, no caso de deflagração da ação penal, passa a integrar os autos do processo, ficando disponível, portanto, para permanente consulta, por parte do juiz, podendo até mesmo serem utilizados como razões de decidir, nos termos do art. 155, do Código de Processo Penal. Some-se a isso, por fim, que, por força do art. 83, do mesmo Código, os juízes que atuaram de alguma forma durante a investigação (apreciando pedidos de liberdade, decretando prisões, buscas etc) fica prevento para a condução do processo judicial.

Embora tenha sido introduzido, com a reforma de 2008, a técnica do *cross examination*, que determina que as partes comecem a inquirir diretamente as testemunhas, a lei ainda permite que os magistrados exerçam (e eles exercem) um papel ativo na coleta da prova, deferindo ou indeferindo perguntas, conforme o seu juízo de pertinência e mesmo complementando as perguntas feitas pelas partes a cada testemunha (art. 212, do CPP), o que significa, em muitos casos, praticamente reinquirir

ditas pessoas com um nível de profundidade que não raro supera a inquirição da parte interessada naquela prova.

Por fim, é imperioso observar que a própria arquitetura da sala de audiências e da maioria dos salões do Tribunal do Júri é bastante significativa, pois quase sempre os promotores tomam assento ao lado do magistrado, na mesma mesa, enquanto a defesa fica instalada numa outra bancada, perpendicular à mesa do magistrado (formando um “T”), normalmente do lado esquerdo (já que a legislação institucional do Ministério Público garante aos seus membros a prerrogativa de tomarem assento à direita do juiz (art. 18 da Lei Complementar nº 75/1993). Nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, aliás, a bancada reservada ao juiz (e ao promotor, imediatamente à sua direita) ficam num nível mais alto que o assoalho, onde fica instalada a bancada da defesa e os bancos dos jurados.

Além das audiências de instrução e julgamento, há pelo menos 2 outras audiências importantes no nosso processo penal: as audiências de custódia e as audiências preliminares, no âmbito do procedimento comum/sumaríssimo.

A instituição da chamada audiência de custódia resultou de um esforço do Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito de Defesa que, juntos, assinaram, em 09 de abril de 2015, um termo de cooperação técnica, ao qual aderiram, nos meses que se seguiam, os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais federais. É o instituto que mais se assemelha à audiência de “controle de detenção” do modelo chileno, por exemplo.

Como desfecho desse processo, em 15 de dezembro do mesmo ano foi publicada a resolução nº 213/2015, que instituiu e regulou o funcionamento do instituto em todos os âmbitos do Poder Judiciário, estabelecendo prazo de 90 dias para que os tribunais tomassem as providências para implementá-las, no âmbito da sua jurisdição. Nos *considerandos* (motivos) da Resolução estão apontados, dentre outros: a) o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); b) a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; c) o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; d) que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1

da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Em apertado resumo, a Resolução determina que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão, em audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante. Depois de ouvida a pessoa presa, dá-se a palavra ao Ministério Público e à defesa técnica, após o que o juiz decide sobre a situação prisional do conduzido e determina, se for o caso, medidas relacionadas à apuração de abusos e violência policial. Por fim, a decisão sobre a situação prisional pode resultar em : relaxamento da prisão ilegal (inclusive por cerceamento dos direitos constitucionais do preso), concessão de liberdade provisória plena, aplicação de alguma medida cautelar alternativa à prisão ou conversão da prisão (flagrante) em preventiva.

Da leitura integral do texto, o que se percebe claramente é a preocupação em reduzir os níveis de desumanidade e incivilidade do nosso sistema prisional, a partir da suposição de que o contato direto e imediato do juiz com a pessoa presa (e não apenas com os *papéis* do auto de prisão, nos casos de flagrante) poderia colaborar para reduzir os níveis de encarceramento sem julgamento definitivo, com impacto direto na redução da população total de presos e, conseqüentemente, das péssimas condições carcerárias, além de viabilizar uma fiscalização mais efetiva dos abusos e da tortura policial, no Brasil.

Infelizmente, o diagnóstico que se pode fazer sobre o efetivo cumprimento das determinações do CJN, a esta altura, é desanimador, como vêm demonstrando algumas pesquisas empíricas realizadas sobre o tema, dentre as quais aquela realizada em parceria pelo IBADPP – Instituto Baiano de Direito Processual Penal e pelo Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia, da Universidade Federal da Bahia, por força do Convênio estabelecido entre o IBADPP e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Tais dados podem ser facilmente acessados no site do próprio Tribunal¹²².

Insta esclarecer que não há no modelo brasileiro algo como uma audiência de formalização da investigação ou da imputação. Após a audiência de custódia, que se realiza por juízes especialmente destacados para essa finalidade, a investigação prossegue sob o comando exclusivo das autoridades policiais, para posterior remessa ao Ministério Público, que apresenta a acusação em petição escrita ao juiz (outro, que não o da audiência de custódia), que decidirá, também, por escrito, se a admite ou não, mesmo antes de citar o acusado e a defesa. Somente após a citação é que a defesa terá

122http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/relatorio_pesquisa_ibadpp_audiencias_custodia.pdf

um prazo de 10 dias para oferecer uma resposta, também por escrito, em que se pode requerer que o juiz reveja a decisão de recebimento ou, eventualmente, absolva sumariamente o acusado.

Também não há algo como uma audiência de medidas cautelares. A partir da audiência de custódia, toda e qualquer medida sobre a liberdade do acusado, ou sobre outras questões de ordem cautelar (apreensão de objetos, por exemplo) deve ser requerida e decidida por escrito, ou, então, oralmente, mas de forma incidental, no curso da audiência de instrução e julgamento, e pelo próprio juiz da causa.

Para a decretação das medidas cautelares, de um modo geral, a Lei (art. 282, II, do CPP) impõe a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, mas não se exige a fixação de prazo de duração. Para assegurar o cumprimento das medidas cautelares, a única medida prevista em Lei é o monitoramento eletrônico, mediante uso de tornozeleiras, mas muitos estados da Federação ainda não dispõem do equipamento necessário, o que tem inviabilizado, muitas vezes, a utilização deste recurso.

Afora os casos de delação premiada, no âmbito das Lei de Combate às Organizações Criminosas, a única via de acesso dos acusados a soluções alternativas (que dispensem a instrução processual) do caso penal é aquela contemplada no âmbito da Lei nº 9.099/95, que, em cumprimento ao art. 98, II, da Constituição de 1988, instituiu e regulou o procedimento hoje chamado de comum/sumaríssimo, para as infrações penais com pena privativa de liberdade menor ou igual a dois anos.

Para essas infrações, a lei estabelece, inicialmente, um instrumento de investigação preliminar diferente do inquérito, e bem mais simples, o chamado “termo circunstanciado” (art. 69, da Lei 9.099/95), que deve ser lavrado pela polícia e remetido de imediato aos juizados. Segundo o texto legal, ademais, ao tomar conhecimento do termo circunstanciado, o juiz deve designar, então, esta audiência preliminar, onde haverá, inicialmente, a tentativa de composição de danos civis, que já funciona, em alguns casos, como causa de extinção da punibilidade e, portanto, do próprio processo. Superada essa etapa, caso não haja acordo civil, ou se ação penal não depender da vontade do acusado, segue-se com a proposta de transação penal, por parte da acusação, que exige a comprovação de certos requisitos e que consiste no oferecimento de uma pena antecipada, que só pode ser privativa de direitos/ou multa (art. 76 da Lei nº 9.099/95). Cabe ao juiz, portanto, homologar o acordo celebrado entre as partes, uma vez demonstrada a presença dos requisitos legais, podendo, inclusive, remeter o caso à apreciação da chefia do Ministério Público, caso o promotor do caso se recuse, injustificadamente, a fazer a proposta de acordo.

Além disso, e mesmo para os crimes de maior gravidade (pena **mínima** igual ou inferior a um ano), pode o acusador, ao formalizar a acusação, apresentando a denúncia, propor, em peça escrita, a chamada “suspensão condicional do processo”, instrumento

que permite que o processo estanque sua marcha por um prazo que pode ir de dois a quatro anos e mediante certas condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de outras que podem ser especificadas pelo juiz, adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Escoado o prazo e cumpridas as condições, o juiz deve declarar extinta a punibilidade e o processo. Convém esclarecer que, para os processos que tramitam nos juizados, superada a fase de composição civil e transação penal, deve a acusação oferecer a denúncia (peça de acusação) de forma oral, o mesmo ocorrendo com a proposta de transação penal. (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Não há, em nenhum dos procedimentos penais da lei brasileira, algo como uma audiência para controle da prova, embora seja possível questionar, por simples petição escrita, ou mesmo no curso da audiência de instrução, a irrelevância ou inadmissibilidade de algum elemento de prova, produzido em desacordo com a legislação processual, ou obtidas pelas partes com violações a normas de direito material, embora seja sempre muito difícil, na prática, obter a declaração de nulidade nesses casos, devido à consagração, entre a maioria esmagadora dos juízes, de uma teoria das nulidades extremamente débil, que condiciona a nulidade à demonstração concreta do prejuízo, associada à persistência da ideia de verdade real como meta a ser alcançada pelo juiz (art. 566, do CPP).

O sistema recursal no processo penal brasileiro, está composto pelas seguintes figuras típicas, para o processo penal de conhecimento condenatório: apelação; recurso em sentido estrito; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso especial; recurso extraordinário.

Para uma compreensão geral quanto à sua compatibilidade com o sistema acusatório, entretanto, talvez seja suficiente tecer algumas considerações sobre o dois primeiros, que são mais comumente manejados contra decisões de órgãos jurisdicionais de 1º grau, e dirigidos aos tribunais de apelação, que expressam, no âmbito da estrutura orgânica do Poder Judiciário brasileiro, a tentativa de efetivar o *duplo grau de jurisdição*.

O recurso *em sentido estrito*, regulado pelo art. 581, do CPP, é manejado, de um modo geral, contra decisões interlocutórias ou contra certas decisões *com força de definitivas* (que afastam a possibilidade de apelação), também tomadas por órgãos monocráticos de 1º grau e seguem o mesmo regime de interposição das apelações.

O recurso de apelação é considerado o recurso ordinário por excelência, manejado contra decisões de órgãos monocráticos de 1º grau, definitivas (que examinam o mérito, condenando, absolvendo ou extinguindo a punibilidade) ou *com força de definitivas* (art. 593, do CPP), assim consideradas aquelas que extinguem o processo sem julgamento do mérito, por questões de ordem processual (desde que não atacáveis por

recurso em sentido estrito). Esses recursos devem ser interpostos por petição escrita, mas se tem admitido a interposição feita oralmente, desde que a manifestação da vontade de recorrer (do defensor técnico ou mesmo do próprio condenado) seja reduzida a termo (art. 578, do CPP).

De um modo geral, a apelação tem amplo efeito devolutivo, permitindo ao órgão de 2º grau um reexame de todos os pontos que foram objeto de debate no 1º grau (nulidades, inclusive), salvo no que tange aos processos da competência do Tribunal do Júri, por conta do chamado princípio da *soberania dos veredictos*, de sede constitucional. Reza a lei que o recurso só será admitido contra nulidades verificadas na segunda fase do procedimento, ou, no mérito, contra a parte da decisão que cabe ao juiz (togado) presidente (correção na aplicação da pena, efetiva obediência ao veredito, por exemplo), ou quando a decisão dos jurados for *manifestamente contrária* à prova dos autos. Nesta última hipótese, entretanto, não cabe ao Tribunal simplesmente reformar a decisão dos jurados, mas anular o primeiro julgamento e determinar a realização de um novo, com novos jurados, por uma única vez (art. 593, do CPP).

No que se refere ao processo de execução penal, convém registrar inicialmente o avanço da nossa legislação a partir da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) que, dentre outras inovações, deu uma feição *jurisdionalizada* à execução penal, subtraindo-a em definitivo da competência do Poder Executivo para atribuí-la ao Poder Judiciário. Há, entretanto, um longo caminho a ser percorrido. No particular, veja-se o brilhante diagnóstico de Salo de Carvalho (CARVALHO, 200, p. 178-202), sobre a fase atual do nosso processo de execução penal. Para o professor gaúcho, as dificuldades enfrentadas no âmbito da execução penal não decorrem simplesmente da falta de cumprimento (efetividade) das normas da LEP que já instituem determinados direitos e garantias ao apenado. O grande problema, na verdade, estaria na natureza inquisitorial da lei, a começar, por exemplo, pela própria iniciativa do processo, que se realiza de ofício pelo juiz. Em outros pontos, a lei chega mesmo a conferir efetivos poderes decisórios a agentes da administração, com ou sem o *referendum* do órgão jurisdicional (como, por exemplo, no procedimento instituído para a aplicação de faltas disciplinares, conforme o art. 54). Aliás, não raro o juiz tem a sua decisão condicionada, na prática, por laudos técnicos elaborados por terceiros, como se vê no art. 6º da LEP e no próprio art. 83 do CP.

Em se tratando de violação de direitos fundamentais no âmbito da execução penal, nada se compara ao chamado regime disciplinar diferenciado, instituído pela Lei nº 10.792, de 2003, que, sob o argumento de combater a ação das organizações criminosas dentro dos presídios e penitenciárias brasileiras, introduziu uma série de absurdos no texto da LEP, como, por exemplo, a possibilidade de confinamento, em cela individual, por nada menos que *trezentos e setenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada*, tanto

para condenados quanto para presos provisórios que tenham cometido crime doloso que *ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas*, ou mesmo aqueles contra quem recaia *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*.

Cumpra salientar, por fim, que o processo executivo não se inicia a requerimento do Ministério Público, mas por ato de ofício do juiz de execuções.

Proteção do sistema de sistema de garantias do acusado.

O direito à defesa, no direito brasileiro, implica defesa pessoal, com atos realizados pelo próprio acusado, e defesa técnica, através de um profissional, com habilitação legal para tanto. Sobre essa atividade, merecem destaque especial as regras dos arts. 261 e 263 do CPP, segundo as quais qualquer pessoa acusada de delito, mesmo que esteja foragida, não será processada ou julgada sem defensor, cabendo ao juiz nomear-lhe um, se não tiver. A sua presença, portanto, é indispensável a todos os atos do processo, inclusive para o interrogatório, a teor dos arts. 185 e 186 do CPP. O descumprimento desses preceitos, aliás, acarreta nulidade absoluta por força do art. 564, II, do CPP. Registre-se, todavia, que a preocupação com a qualidade de defesa do acusado tem alguns limites, pelo menos conforme o entendimento consagrado na Súmula nº 523 do STF, segundo a qual somente a total ausência de defesa acarretaria nulidade absoluta do processo, exigindo-se, pois, a demonstração concreta de prejuízo nos casos de defesa simplesmente deficiente.

Registre-se, ademais, que não há qualquer restrição legal para que o acusado faça a sua própria defesa técnica, desde que ele tenha habilitação técnica para tanto. Isto é, seja advogado regularmente inscrito dos quadros da OAB.¹²³

De igual modo, nada obsta que o mesmo defensor patrocine a defesa de vários acusados no mesmo processo, desde que não haja incompatibilidade entre as defesas, como ocorre, por exemplo, quando um acusado delata o outro em juízo.

É comum falar-se em doutrina das várias *espécies* de defensor, em alusão, respectivamente, às figuras do *defensor constituído*; do *curador*; do *defensor dativo*; do *defensor público* e do *defensor ad hoc*.

O defensor constituído é aquele nomeado pelo próprio acusado, através de instrumento de mandato, que pode ser outorgado em qualquer fase do processo ou da investigação preliminar, por escrito ou mesmo oralmente, em audiência. Em alguns

¹²³ Veja-se, contudo, interessante decisão do Tribunal de Justiça do RS (ementa ao final do capítulo) em que o dito órgão jurisdicional declarou nulo interrogatório prestado em juízo por réu advogado desacompanhado de (outro) defensor.

casos, todavia, além da chamada cláusula geral para a representação em juízo, é necessário que o acusado outorgue poderes especiais, como ocorre nas hipóteses em que se pretende arguir falsidade documental (art. 146), suspeição do juízo (art. 98), ou para aceitar o perdão do ofendido, na ação penal privada (arts. 55 e 59).

O defensor dativo, nos termos do art. 263, do CPP, é aquele nomeado pelo juiz quando o acusado não tem defensor constituído, ressalvado o seu direito de a qualquer momento nomear um de sua confiança. Observe-se, contudo, que, nos termos da Lei, a nomeação de defensor dativo não exonera o acusado, quando não for pobre, de pagar-lhe os honorários, cabendo ao juiz arbitrar a quantia a ser paga.

O defensor público é o integrante da Defensoria Pública, órgão instituído pela própria Constituição Federal, que o define, no seu art. 134 como “(...) instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

O defensor *ad hoc* é aquele nomeado pelo juiz para a prática de uma ato específico, em caso de não comparecimento injustificado do defensor constituído, apesar de regularmente intimado, como prescreve o art. 265, § 2º, do CPP.

O curador é a pessoa nomeada para suprir a eventual falta de capacidade do acusado para a prática dos atos processuais. Como já discutimos exaustivamente, para que a relação jurídica processual se constitua validamente, e sejam válidos os atos processuais considerados *per se*, é preciso que o acusado tenha capacidade de estar em juízo. Até a entrada em vigência do Código Civil de 2002, não estariam nessa condição os menores de 21 anos, assim como os mentalmente perturbados. Com o novo Código, todavia, que reduziu a maioridade civil para 18 anos, e com as adaptações posteriores da lei processual penal, a nomeação de curador passou a ser necessária somente para os acusados incapazes por força de alguma perturbação mental, nos termos do art. 149, § 2º, do CPP. O curador não realiza defesa técnica, apenas supre a capacidade civil do acusado, orientando-o nos atos da defesa pessoal, mas nada obsta que o próprio defensor acumule essa função.

A defesa técnica, sob qualquer modalidade, é um múnus público que deve ser desempenhado com fidelidade e senso de dever. No CPP há, inclusive, regras que permitem ao juiz, no exercício do poder que lhe confere o art. 251, aplicar-lhes algumas sanções. Assim é que a recusa imotivada em patrocinar a causa pode ensejar a aplicação da multa, também aplicável ao defensor que abandona o processo sem motivo imperioso, conforme rezam os arts. 264 e 265.

No âmbito do processo penal de conhecimento, cabe ao defensor técnico, de um modo geral, arquir tudo o que possa interessar à defesa da liberdade do seu acusado, seja oralmente, em audiência, ou por escrito, no curso do processo, mas, sem dúvida alguma, as suas intervenções mais destacadas correspondem: à resposta escrita à acusação (art. 396-A, do CPP), em que ele pode requerer a absolvição sumária, por

questões de mérito, ou o a rejeição da inicial acusatória, por alguma questão processual, inclusive a própria plausibilidade da acusação, conforme descrito no tópico antecedente; aos debates orais, ao final da instrução, em audiência ou na sessão de julgamento, no Tribunal do Júri.

Para o exercício do seu múnus, ademais, o advogado conta com algumas prerrogativas previstas no art. 7º da Lei nº 8906/1994, das quais destacamos: inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; ; examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração; dentre outras previstas no próprio dispositivo citado.

O acesso aos processos, entretanto, exige a apresentação de instrumento de mandato: nos processos sob regime de segredo de justiça; quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada; até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.

Consta, ainda, que “o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer, e somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável”. Por fim, “a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando

houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”.

É imperioso observar, entretanto, que, em que pese este rol relativamente amplo de prerrogativas, são corriqueiras as notícias de violação ou restrição injustificada à atuação do advogado, no âmbito criminal. No âmbito da operação conhecida como lava-jato (que se espalham por todo o sistema de justiça), há importantes relatos de episódios extremamente preocupantes que sinalizam na direção da criminalização da atividade¹²⁴.

Quanto às condições de verificação, percebe-se um solene menosprezo por parte do Judiciário, o que demonstra uma clara violação do sistema de garantias. Estas condições existem com a finalidade de constituir exigências no que tange ao modo de busca/verificação/constituição da verdade no processo penal, evitando manipulações arbitrárias pelos atores processuais. *“Se trata de establecer requisitos, formas, normas de actuación que regulan el modo como se contruye esta verdade, según la específica obligación de cada uns de las partes”* (BINDER, 2012, p.225). Nessa linha, são estabelecidos princípios garantidores de primeira ordem que visam regular a produção/busca da verdade, bem como outros, de segunda ordem, que se vinculam ao fortalecimento dos primeiros. Assim, os primeiros são chamados de garantias primárias e os segundos de garantias secundárias.

São garantias primárias a imparcialidade, a contradição e a publicidade; por sua vez, são garantias secundárias, por exemplo, a independência, a autonomia, juiz natural, acusação única, certa e completa. Percebe-se que existe uma relação de fortalecimento muito clara entre essas garantias, já que não seria possível falar, por exemplo, em imparcialidade sem independência, ou em contradição sem acusação única, clara e precisa.

No Brasil essas garantias são esvaziadas em razão da adoção de um procedimento escrito, condizente com a matriz inquisitória do código de processo, editado na década de 40 do século passado. Soma-se a este fato, como decorrência também da base inquisitiva de processo, não existir o clareamento do princípio da exigência da verdade do órgão de acusação, o que leva grande parte dos Juízes a se comportarem como inquisidores.

A imparcialidade não corresponde a um valor moral, tampouco ao esvaziamento da personalidade do julgador, mas se relaciona com a impossibilidade do magistrado

124 <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/11/1932882-advogados-querem-entidade-contra-abusos-da-lava-jato.shtml>; <https://www.conjur.com.br/2016-mar-05/oab-sp-apura-violacao-prerrogativas-advogado-lava-jato>; <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/serie-lava-jato-capitulo-4-como-sergio-moro-violou-prerrogativas-de-advogados/>

gerir interesses no processo penal, já que em um sistema acusatório são as partes que devem geri-los. Dessa constatação decorrem diversas normas práticas, como por exemplo inviabilidade de inquirir partes, de produzir provas de ofício etc., tudo solenemente descumprido pelo Judiciário que aplica o código de processo sem adequá-lo à Constituição democrática de 1988.

Nessa linha inquisitiva: o art. 156 do Código de Processo Penal estabelece que *“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:”* produzir prova. Disposição que viola claramente a presunção de inocência ao imputar carga probatória ao réu no que tange a seus argumentos, bem como por violação à imparcialidade já que o juiz passa a gerir interesse na demanda. Vejamos outras violações claras: artigo 196, no mesmo sentido, admite que o magistrado determine interrogatório de ofício; artigo 209 permite ao julgador ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes; artigo 234 permite que seja determinado, sem requerimento das partes, a juntada aos autos de documentos; dentre outras.

É possível concluir que existe clara gestão de interesses por parte dos juízes nas audiências, decorrente da aplicação de disposições inquisitórias do código de processo.

Quanto à contradição, melhor sorte não se verifica, já que inviabilizada de forma clara pela base escrita do processo, que impede o debate aberto entre as partes, transformando as audiências em mera formalidade, bem como pelo claro desequilíbrio entre defesa e acusação no que tange ao acesso às informações produzidas pelas agências investigativas, o que mitiga a contradição, e, por consequência, o controle horizontal da informação.

Da mesma forma que acontece nas outras garantias primárias, a publicidade é esvaziada no campo da eficácia, em razão da escolha procedimental pela escritura, que faz com que as poucas audiências sejam transformadas em mero ritual burocrático. São, portanto, falsas audiências, já que não viabilizam a reunião efetiva dos atores envolvidos, não favorecem a produção de informação, tampouco o controle da contraparte. Reforçando a constatação, a própria arquitetura dos tribunais, a dificuldade de acesso dos populares, somado com a mentalidade inquisitória que pauta a condução das audiências, mitigam o controle democrático da atividade jurisdicional.

Em razão da mentalidade inquisitória, trata-se comumente o imputado como objeto de prova e não como sujeito de direito, objeto de onde deve ser extraída a confissão, em uma clara busca pela verdade real. Não existe um estímulo para a participação livre do imputado, um convite ao diálogo, tampouco preocupação de esclarecimento claro dos fatos a ele direcionados, ainda sendo comum a utilização de linguagem técnica, o que inviabiliza a plena compreensão da acusação.

Quanto ao paradigma restaurativo, é parca a legislação no Brasil sobre o tema. Todavia, é possível mencionar como balizas normativas, as Resoluções 125/2010¹²⁵ e 225/2016¹²⁶, ambas do Conselho Nacional de Justiça, de âmbito nacional, portanto.

Não existe impedimento normativo no Brasil para aplicação da justiça restaurativa em casos de reincidência, tampouco existe legislação de abrangência nacional que limite a aplicação da justiça restaurativa a qualquer espécie de delito, seja pela sua natureza ou gravidade, embora a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, disponha em seu art. 41 – de duvidosa constitucionalidade – que é vedada a aplicação da Lei 9.009/95 aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena aplicada, o que não inviabiliza a justiça restaurativa naqueles delitos, ainda que o acordo restaurativo possa não ter qualquer repercussão na pena.

A justiça restaurativa em sua essência pode ser aplicada em qualquer crime ou para qualquer ofensor, cabendo aos elementos normatizadores admiti-la com restrições apenas em relação à sua influência na aplicação ou condições da pena e repercussão, alcance e validade do acordo restaurativo, posto que as práticas restaurativas são aplicadas, prioritariamente, para o tratamento das relações interpessoais, mesmo em fase de execução. É oportuno salientar ainda que caso não tenha êxito a tentativa de composição, fica vedada a utilização das informações obtidas no âmbito da justiça restaurativa como prova, ou como elemento para majorar a pena, conforme dicção expressa do artigo 8, §5 da resolução 225/2016, já referenciada neste texto.

Como exemplo de adoção prática da Justiça Restaurativa é possível mencionar o Núcleo de Justiça Restaurativa de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, criado pela Resolução nº 08, de 28 de Julho de 2010¹²⁷, conectado às 5ª e 6ª Varas do Sistema de Juizados Especiais Criminais. As técnicas utilizadas são a mediação e os círculos de paz ou círculos restaurativos aplicados pela equipe de facilitadores voluntários.

O mencionado núcleo também recebe processos encaminhados por outras varas criminais do sistema de juizados especiais e a da vara da infância e juventude relativo a delitos com adolescente infrator. Assim, a esfera de atuação do núcleo compreende processos dos juizados especiais criminais em delitos de menor potencial ofensivo regulados pela Lei 9.099/95, tais como lesão corporal leve, ameaça, crimes contra a honra, uso de entorpecentes e demais crimes cuja pena máxima não exceda 02 anos de prisão e todas as contravenções penais.

Ainda como exemplo de justiça restaurativa no Brasil é possível destacar: A) o Projeto Justiça para o Século 21 articulado pela Associação dos Juízes do Rio Grande

125 <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

126

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf

127 http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/quarta_edicao_cartilha_06_2017.pdf

do Sul – AJURIS, implementado desde o ano de 2005, na 3ª Vara da Infância e da Juventude da capital gaúcha¹²⁸ e que tem se estendido por diversas unidades judiciárias no Rio Grande do Sul, inclusive para o 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, de Porto Alegre¹²⁹; B) o trabalho implementando a justiça restaurativa, desenvolvido pelo Judiciário, nos municípios de Caxias do Sul¹³⁰ e Ponta Grossa¹³¹ C) bem como o projeto implementado na Segunda Vara Criminal e do Juizado Especial Criminal de Planaltina, no Distrito Federal¹³².

Por fim, é necessário esclarecer ainda que a mediação penal é apenas uma das técnicas utilizadas pela justiça restaurativa, já que é possível se trabalhar também com círculos de paz, conferências de grupo familiar, círculos de sentença dentre outras técnicas aplicadas pelo mundo.

Reorganização das instituições do sistema penal.

No início do eixo anterior fora analisada a defesa no processo penal, as implicações de sua ausência/deficiência, bem como exposto de forma analítica as espécies de defensor comumente trabalhadas pela doutrina (defensor constituído; do curador; do defensor dativo; do defensor público e do defensor ad hoc), esclarecendo dessa forma os sistemas de defesa existentes. Nessa linha de intelecção foram estabelecidas as características da defesa e as atribuições/faculdades de cada um deles.

A Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 134 estabelece que: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). A natureza jurídica da Defensoria é a de um órgão central, independente, composto e obrigatório, não possuindo vinculação administrativo-financeira com nenhum dos poderes em razão de sua autonomia.

128 http://justica21.web1119.kinghost.net/j21.php?id=101&pg=0#.Wzjm_dJKjIU

129 <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2017/10/juiza-aposta-em-justica-restaurativa-para-trabalhar-com-familias-vitimas-de-violencia-domestica/>

130

https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_B_AIXA.pdf

131 https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/municipio-de-ponta-grossa-institui-justica-restaurativa-como-politica-publica/18319?inheritRedirect=false

132 <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81629-planaltina-adota-justica-restaurativa-para-solucao-de-conflitos-no-df>

Existem defensorias estaduais, organizadas nos estados membros, bem como defensoria federal, vinculada à união.

Para o exercício do seu múnus, ademais, o Defensor Público Federal conta com algumas prerrogativas previstas no art. 44º da Lei Complementar nº 80/1994 – posteriormente alterada pela Lei Complementar 132/2009 -, das quais destacamos: receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; não ser preso, senão por ordem judicial escrita, salvo em flagrante, caso em que a autoridade fará imediata comunicação ao Defensor Público-Geral; ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e, após sentença condenatória transitada em julgado, ser recolhido em dependência separada, no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena; usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública;(…); ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça; ser ouvido como testemunha, em qualquer processo ou procedimento, em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade competente; Quando, no curso de investigação policial, houver indício de prática de infração penal por membro da Defensoria Pública da União, a autoridade policial, civil ou militar, comunicará, imediatamente, o fato ao Defensor Público-Geral, que designará membro da Defensoria Pública para acompanhar a apuração; dentre outras dispostas no mesmo artigo.

Ainda em relação à Defensoria Pública Federal, são estabelecidas garantias no artigo 43 da mesma Lei, quais sejam: I - a independência funcional no desempenho de suas atribuições; II - a inamovibilidade; III - a irredutibilidade de vencimentos; IV - a estabilidade.

A mesma Lei Complementar estabelece em seus artigos 127 e 128 as garantias e prerrogativas dos Defensores Públicos estaduais, que seguem a mesma linha daquelas mencionadas acima, sem prejuízos daquelas estabelecidas através de Lei estadual.

Existem defensorias especializadas tanto por grau de jurisdição, quanto por grupos de vulnerabilidade. Quanto aos grupos vulneráveis, é possível citar a título de exemplo, as defensorias especializadas do estado da Bahia: Especializada de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente; de Proteção aos Direitos Humanos; Defensoria Pública Especializada do Idoso; Especializada de Família, dentre outras¹³³. No mesmo sentido de especialização da Defensoria de Minas Gerais: Defesa da Mulher em Situação de Violência (Nudem); Infância e Juventude - Ato Infracional; Pessoa Idosa e Pessoa com Deficiência¹³⁴. No âmbito da Defensoria Pública da União, verifica-se, por exemplo grupos de trabalho específicos nas áreas de: comunidades tradicionais; erradicação do

133 <http://defensoria.ba.def.br/organograma>

134 <http://www.defensoria.mg.def.br/servicos/carteira-de-servicos/>

trabalho escravo; identidade de gênero e cidadania LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais), dentre outras¹³⁵.

Quanto às etapas processuais, também existem atuações especializadas. Para utilizar o exemplo das mesmas Defensorias mencionadas acima (do estado da Bahia e de Minas Gerais) verifica-se que existem núcleos especializados no que tange à atuação em diferentes graus de jurisdição. Na Defensoria da Bahia existe a Defensoria Especializada para atuação em instância superior; no mesmo sentido a Defensoria de Minas através do núcleo especializado (DESITS-CRIM).

Na Defensoria Pública da União, por exemplo, os Defensores atuam da seguinte forma: defensores de segunda categoria atuam na primeira instância; os de primeira categoria atuam perante os tribunais regionais federais e turmas recursais; os de categoria especial atuam perante os tribunais superiores; e, por fim, o Defensor Público Geral atua perante o Supremo Tribunal Federal.

Quanto à judicatura não existem alterações significativas em âmbito nacional no que tange sua organização, quando analisado comparativamente com as reformas implementadas em outros países da América Latina.

Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça tem estabelecido metas de gestão com a finalidade de aprimorar a prestação jurisdicional¹³⁶. A título de exemplo, seguem as metas de 2018: meta 1 Julgar mais processos que os distribuídos; meta 2 Julgar processos mais antigos; META 3 – Aumentar os casos solucionados por conciliação; META 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa; META 5 – Impulsionar processos à execução; META 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas; META 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos; META 8 – Fortalecer a rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Apenas para exemplificar o acompanhamento, até o último relatório disponibilizado pelo Conselho, levando em consideração a meta 1, o seguimento da Justiça Federal cumpriu 105,91%; a justiça estadual 90,76%; justiça militar 101,31%; justiça eleitoral 112,38%, dentre outros¹³⁷.

É possível concluir, portanto, que no campo organizacional, não são verificadas maiores alterações, ressaltados projetos pilotos estabelecidos pelos Tribunais em razão de suas autonomias, mas que não representam alterações significativas quando analisada a judicatura em âmbito nacional. Já no campo de gestão percebe-se uma gradativa alteração e melhora no panorama da justiça nacional desde a criação do Conselho Nacional de Justiça.

135 <http://www.dpu.def.br/secretarias-gerais/sgai>

136 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>

137

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shMNRpostas

Ainda sobre a organização da judicatura persiste um modelo vertical de colegiado, não existindo estruturas colegiadas horizontais, como aqueles aplicados na reforma da justiça criminal chilena, onde já em primeiro grau de jurisdição os julgamentos são realizados por 3 (três) magistrados, com exceção dos procedimentos de competência de julgamentos do juiz de garantias.

As unidades jurisdicionais comumente possuem estruturas a cargo da parte administrativa, existindo, entretanto, uma variação grande no que tange à efetiva atuação dessas secretarias, seja por falta de materiais, seja por falta de pessoal etc. Verifica-se a variação por diferenças organizacionais entre Tribunais, seja entre unidades do mesmo Tribunal com especializações distintas, entre unidades da capital e do interior, dentre outras. Seja como for, quando realizado uma análise comparativa entre as estruturas a carga da administração das unidades brasileiras e aquelas consolidadas no Chile após o processo de reforma, verifica-se uma abissal diferença no campo da eficiência.

Em razão do déficit de eficiência administrativa das secretarias, em muitas unidades jurisdicionais existem juízes que ainda conservam obrigações administrativas, seja analisando/deliberando sobre a pauta de audiência, serviços do cartório judicial, etc.

No que tange a existência de Varas Especializadas para crianças e adolescentes a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, mais especificamente em seu artigo 145 dispõe que: “Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura (...)”

Verifica-se, portanto, que a lei remete a possibilidade de criação das varas especializadas para atendimento de crianças e adolescentes aos estados e ao Distrito Federal, cabendo a estruturação dessas ao Poder Judiciário respectivo.

Nessa linha, cabe ao Judiciário a elaboração de proposta orçamentária que viabilize recursos para manutenção de equipes interprofissional destinadas a assessorar a atividade jurisdicional (Art. 150 do ECA).

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou resolução, tombada sob número 94 de 27/10/2009, determinando a criação de Coordenadorias da Infância e da Juventude. Em atenção à resolução, os estados e distrito federal passaram a editar atos criando os mencionados órgãos. No estado da Bahia, por exemplo, foi editado o Decreto Judiciário número 0125.

São atribuições da coordenadoria no estado da Bahia, por exemplo: Elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área da infância e da juventude; Dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multiprofissionais visando à melhoria da prestação jurisdicional; Promover a articulação interna e externa

da justiça da infância e da juventude com outros órgãos governamentais; dentre outras¹³⁸. Além da coordenadoria, existem varas especializadas da infância e da juventude, tanto na capital, quanto no interior do estado.

Quanto à análise criminal, é possível citar no âmbito do Ministério Público Federal, a utilização *Business intelligence*, por parte das Câmaras de Coordenação, com o intuito de - dentre outras funções - identificar situações mais recorrentes e conformar as ações estratégicas¹³⁹, com auxílio da Secretaria de Modernização e Gestão Estratégica (SGE). Sobre as atribuições da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, vide resolução 180 do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

Por fim, não se verifica no âmbito do Ministério Público elementos da persecução penal comunitária, ao menos da forma como estabelecida em outros países, entendida esta como a persecução pautada na integração efetiva do Ministério Público com as organizações e atores comunitários, de modo a contextualizar suas ações com base no ambiente social em que se desenvolve. Ainda é possível vislumbrar uma visão reacionária no que tange a relação dos promotores/procuradores com a comunidade, pautado muito mais na burocracia do que na conexão efetiva. Não existem vínculos específicos que exijam que suas ações levem em consideração o contexto da comunidade, que realizem prestação de contas continuadas de suas atividades, que se conectem às organizações sociais, diferentemente do que ocorre em outros países na América Latina, como por exemplo na Argentina, na Bolívia, em Porto Rico, dentre outros¹⁴⁰.

Conclusão

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se sintetizar que:

1. Atualmente não existe projeto que viabilize a reforma do processo penal brasileiro na direção de um sistema verdadeiramente acusatório. As reformas pontuais já realizadas, bem como o projeto do novo código de processo penal (Projeto de lei nº 8045/2010, com origem no Projeto 156-2009), não realizam alterações significativas na plataforma processual, mantendo características centrais do sistema inquisitivo;
2. Em razão da base inquisitiva, e de sua característica central (escritura), esvaiam-se de forma drástica, no campo da eficácia, as condições de verificação,

138 http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/?page_id=4294

139 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/gestao-estrategica/planejamento-tematico/plano-tematico-2-ccr-2017-18.pdf/view>

140 GONZÁLES, L. (2017). Persecución penal comunitária. Recuperado em 05 julho 2018, de <https://www.youtube.com/watch?v=HeJWZc2sCQs>

consubstanciadas nas garantias de primeira e segunda ordem, já mencionadas no texto.

3. As audiências existentes no procedimento se desenvolvem de forma burocrática, sem o estímulo ao debate e à participação dos envolvidos no conflito social;
4. No patamar da justiça restaurativa é possível identificar o parco tratamento normativo, o que dificulta a implementação dos institutos, entretanto é possível mencionar as resoluções 125/2010 e 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Apesar das dificuldades encontradas, sensivelmente em razão da falta de um projeto nacional de implementação, verificam-se iniciativas isoladas conforme discriminado em tópico específico;
5. Quanto ao campo organizacional das instituições do sistema penal, não se verifica um planejamento em âmbito nacional com o *desiderato* de reforma ampla da justiça penal, como realizado em outros países da América Latina após as reaberturas democráticas. Contudo, é possível identificar alterações pontuais no que tange à judicatura, sensivelmente após o advento do Conselho Nacional de Justiça, que vem implementando, dentre outros pontos, ferramentas de gestão, bem como no que pertine à defesa e à fiscalia, com a criação de setores organizacionais, que em muitos órgãos utilizam *business intelligence* com a finalidade de direcionar as decisões estratégicas, também já mencionados no trabalho;
6. Assim, após a análise realizada no presente trabalho, é possível concluir pela necessidade de uma ampla reforma no sistema de justiça, com a finalidade de assentar o processo em bases acusatórias, incorporando suas características, fincando o procedimento na garantia do júízo oral, reforçando, dessa forma, o sistema de garantias.

Referências

Binder, A. (2012). Elogio de la audiência oral y púplica. Em la implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc.

Carvalho, Salo de. Pena e garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Código de Processo Penal de 1941 (1941). Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm

Codigo Procesal Penal de 2000 (2000). Santiago. Recuperado em 12 dezembro 2017, de www.leychile.cl

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1998). Brasília.
Recuperado em 12 dezembro 2017, de
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/constituicaocompilado.htm

Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (1969). San José. Recuperado em
12 dezembro 2017, de
http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Duclerc, Elmir. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

González, L. (2017). Persecución penal comunitária. Recuperado em 05 julho 2018, de
<https://www.youtube.com/watch?v=HeJWZc2sCQs>

Projeto Lei 8045 de 2010 (2010). Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017, de
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

Este estudio es llevado a cabo a solicitud del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) con el propósito de analizar la situación y asignaturas pendientes de los procesos penales en Costa Rica. Ello en el marco de colaboración suscrito entre CEJA y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Como producto del Movimiento de Reformas Procesales Penales de América Latina, Costa Rica aprobó en el año 1996 un Código Procesal Penal que pretendió ser marcadamente acusatorio. Dicho cuerpo normativo aprobado por Ley Número 7594, publicada en el Alcance 31 a la Gaceta No 106 del 4 de junio de 1996 entró a regir el primero de enero de 1998.

Costa Rica es un país que posee un territorio con un área total de 51100 kilómetros cuadrados y menos de cinco millones de habitantes. Aunque está compuesto por siete provincias y tiene diversidad de culturas, nunca se consideró adecuado iniciar la vigencia de la ley por sectores, sino en todo el país simultáneamente.

El Poder Judicial costarricense ha sido una institución que ha contado históricamente con un buen nivel de credibilidad ante la ciudadanía. Si bien ello parece estar cambiando en los últimos años, lo cierto es que al tiempo de redactar la reforma legal e implementarla, el Poder Judicial estuvo a cargo, tal como ha sido la práctica en este país cuando se trata de reformas relacionadas con procesos judiciales.

Es ineludible partir de que el texto del Código Procesal Penal tiene falencias desde la perspectiva de un proceso acusatorio oral como hoy hay tantos en América Latina. Algunos han dicho que en realidad no es tan acusatorio. El lector juzgará. Pero el texto de la ley no parece ser el único problema para el desarrollo de la lógica acusatoria en nuestros procesos. Ni siquiera el mayor problema. Nos parece que el mayor problema lo constituyó desde un inicio la práctica.

Quizá porque el Movimiento de Reforma Procesal Penal fue algo sin precedentes para nuestro país y nos encontró inexpertos, o quizá porque Costa Rica tradicionalmente se definió como un país de leyes, cometimos un error muy grande: Se dejó *el cambio* a merced del cambio legal. Es decir, se confió en que la reforma de la ley conllevaría un

141 Juez Coordinador del Juzgado Penal de Turno Extraordinario de San José. Jubilado (Ejercicio liberal de la profesión).

142 Jueza del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José

cambio en las prácticas. Desde luego ello no fue así. En gran parte, nuestros operadores interpretaron la ley con sus paradigmas formalistas y escriturarios.

La afirmación anterior deberá ser puesta en perspectiva, desagregada y justificada a lo largo de este trabajo. Por ahora baste decir que no fue sino hasta el año 2004 que se inició un proceso serio de capacitación apoyado por CEJA, que abordó la necesidad de disminuir la escritura e implementar una verdadera oralidad con características acusatorias, así como identificar el rol del juzgador en la dirección de las audiencias y el rol de los litigantes en las audiencias orales. Tal como veremos, algunos avances fueron logrados, otros fueron abiertamente frenados.

Desde luego hubo cuestiones estructurales que sí fueron modificadas desde un inicio: La investigación en manos de Ministerio Público; la realización de audiencias de la fase intermedia, por ejemplo, pues así lo contemplaba la ley. Pero la escriturización del proceso y la falta de conciencia de lo que debe significar en *la práctica* el derecho a ser oído en un proceso por audiencias, así como la aplicación de las técnicas de litigación y de dirección de audiencias, fue asumido como un verdadero reto cultural y de capacitación hasta unos seis años después del inicio de la vigencia de la Ley (tiempo suficiente para que la comunidad judicial se apropiara de interpretaciones inquisitivas del nuevo Código) aspecto que sigue siendo hoy, algo inacabado.

Se esperarían en las conclusiones este estudio, enumerar algunas de las causas del rezago en la aplicación de la oralidad, las técnicas de litigación y las técnicas de dirección de audiencias.

Para la realización de este trabajo se ha recurrido a la observación de audiencias, así como a las entrevistas de un juez, un defensor y un fiscal, todo lo cual ha sido analizado con apoyo bibliográfico y sirviéndose de la experiencia docente de los autores quienes imparten cursos en estas áreas, así como de la vivencia en sus lugares de trabajo como personas juzgadoras en la materia penal.

Este estudio será expuesto en tres partes. La primera describe los aspectos centrales de la oralidad y la calidad de la litigación en cada tipo de audiencia. La segunda alude a la protección de las garantías del imputado y el compromiso de los actores procesales con tales garantías. La tercera contiene un esbozo breve sobre la estructura y organización de la defensa, el Ministerio Público, la judicatura y su relación con la Administración Judicial. Finalmente nos proponemos ensayar unas conclusiones que logren aportar una visión al observador sobre los aspectos principales que en este país deberíamos mejorar respecto de todos los temas aludidos.

Oralidad y calidad en la litigación y dirección de audiencias.

El Código Procesal Penal Costarricense no contiene en sus primeros artículos una norma que aluda al Principio de Oralidad o al derecho de audiencia, como la tienen los códigos de otros países.

No obstante, nuestro código prevé de manera expresa que debe llevarse a cabo una audiencia oral para la imposición de prisión preventiva; una audiencia oral para la fase intermedia; una audiencia oral de juicio; una audiencia oral para los recursos contra resoluciones interlocutorias y una audiencia oral para los recursos contra la sentencia si las partes lo solicitan, si se solicita prueba oral, o el tribunal lo considera necesario.

Actualmente resulta comparativamente llamativo que en Costa Rica las audiencias previas a juicio no son públicas, a pesar que en casi todo el resto de países latinoamericanos lo son.

Habiendo dicho esto, nos abocaremos a analizar la práctica de cada una de las audiencias que consideramos más importantes en un sistema acusatorio oral.

i. La Audiencia de Control de Detención (Aprehensión)

En Costa Rica no existe una audiencia de control de detención o lo que en otros países se denomina aprehensión. No está prevista en la ley ni se lleva a cabo en la práctica.

Cierto es que Costa Rica no ha participado de una historia de detenciones ilegales sistemáticas ni de desapariciones forzadas como otros países, de manera que la desconfianza hacia las detenciones policiales no se ha estimado tan grave como en otras latitudes. Sin embargo, hoy parece una asignación pendiente el dotar al sistema de un instituto que obligue a practicar un control jurisdiccional sobre esa privación de libertad de las personas, a efecto de garantizar el máximo respeto posible a los derechos fundamentales que se ven involucrados. El hecho de que históricamente este país no se hubiere caracterizado por sus detenciones ilegales, no necesariamente significa que no existan y que no pudieran existir a futuro.

Claro está, este es un cambio que requeriría una reforma legislativa, a efecto de proveer al sistema de criterios para juzgar la legitimidad de una detención en sede penal. Ciertamente la Sala Constitucional ha establecido parámetros, puesto que en la práctica el control de las detenciones ha sido llevado a cabo en gran medida a través del procedimiento de habeas corpus. Este opera cuando una persona decide formular el reclamo ante la Sala Constitucional, cuyo pronunciamiento es vinculante. Sin embargo, no es un procedimiento ordinario incluido dentro del proceso penal, de modo que en realidad no se lleva a cabo ni siquiera en la mayoría de los casos penales con persona detenida o aprehendida¹⁴³.

143 Es importante hacer notar que algunas legislaciones latinoamericanas distinguen entre aprehensión

Quizá el mayor aporte que podemos hacer aquí es llamar la atención sobre las experiencias de otros países, a efecto de que pueda ser tomado en cuenta en Costa Rica. En primer lugar, hay que decir que una audiencia de control de detención es una práctica que tiene la potencialidad de cambiar la cultura de las policías hacia un mayor respeto a los derechos de las personas. Es decir, el someter a las policías al conocimiento de que su actuar al aprehender a una persona será objeto de análisis jurisdiccional, podría mover las voluntades policiales y fiscales hacia la aplicación más concienzuda de las hipótesis en que la ley autoriza limitar el derecho a la libertad ambulatoria. No obstante, para ello la ley debe contener consecuencias claras ante la declaratoria de ilegitimidad de una detención. Lo que ha ocurrido en algunos países latinoamericanos es que la ley no le asigna consecuencias a las aprehensiones ilegales, de manera que lo mismo ocurre si la aprehensión fue legal, si el aprehendido llegó golpeado, si la aprehensión no fue llevada a cabo en los presupuestos de la flagrancia, si los plazos no fueron cumplidos, si al investigado no se le hicieron saber sus derechos, puesto que el juez obliga al investigado a quedarse en la audiencia y ninguna consecuencia real percibe el proceso, el investigado, la policía ni el fiscal. Ello debería ser corregido para sacar el verdadero provecho democratizador que tiene esta audiencia.

Vale hacer la observación de que en Costa Rica la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal Número 8720 del 4 de marzo de 2009, creó el Procedimiento Especial de Flagrancia. Esta ley modificó el Código Procesal Penal con el propósito de que sean juzgados de manera expedita los casos en que el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. (Así indicado en el artículo 236 CPP)

La única consecuencia práctica que se asigna a la confirmación jurisdiccional de que la aprehensión no fue en realidad llevada a cabo en flagrancia, es la de ordinariar el proceso. Nada se indica en la normativa de este procedimiento especial sobre un control de aprehensión o detención y las consecuencias de eventuales detenciones ilegítimas. Los jueces dicen que si el detenido llegara golpeado y adujera que fue a manos de la policía, enviarían un oficio para que se investigue a los policías, pero la audiencia seguiría su curso, salvo que el imputado no esté en condiciones de poner atención, en cuyo caso se suspendería la audiencia para otro momento.

y detención. En Costa Rica la detención se da cuando una autoridad inmoviliza a la persona investigada y la conduce por la fuerza para someterla al proceso. Es lo que en otras legislaciones se conoce como aprehensión. La precisión es de interés por cuanto existen legislaciones en las que se entiende por detención o *detención provisional* lo que en Costa Rica sería la prisión preventiva. En esta sección estamos abordando la detención o aprehensión inicial, no la prisión preventiva o detención provisional ordenada por la autoridad jurisdiccional, que será objeto de un análisis posterior.

Es tarea de cada sociedad valorar si las detenciones ilegales tienen como consecuencia la inmediata libertad del aprehendido, la sanción procesal de quien la hubiere practicado y la sanción del fiscal que se atreva a presentarla como legítima ante un estrado judicial. Se trata de un examen de costos y beneficios que no todos están dispuestos a encarar. En definitiva los beneficios de establecer consecuencias procesales específicas a las detenciones ilegales se podrían percibir a mediano y largo plazo cuando se vayan cambiando las prácticas indeseables. Claro está que el costo mayor es la posible evasión del investigado y la posible cobertura mediática que pueda hacer demeritar al sistema ante los ojos de la comunidad. Lo que sí parece incontestable es que tener una audiencia de control de detención sin consecuencias reales en una sociedad en que impere la arbitrariedad policial sería un despropósito.

ii. La audiencia de formalización de la investigación o formulación de imputación:

En Costa Rica no existe una audiencia de formalización de la investigación o de formulación de imputación. Lo anterior a pesar de que este tipo de audiencia existe virtualmente en toda América Latina.

Es importante recordar que a diferencia de otros países, Costa Rica no pasó de un sistema totalmente inquisitivo escrito a un sistema acusatorio. Nuestro país pasó de un sistema mixto a un sistema que pretendió ser acusatorio. Así se sostuvo en toda la producción teórica nacional de la época. Ello fue así porque desde los años setenta Costa Rica adoptó el modelo procesal de Córdoba Argentina, ideado por los juristas Vélez Mariconde y Sebastián Soler. En ese modelo, la instrucción era escrita y llevada a cabo por un juez, en tanto el debate era oral, con muchísimas limitaciones que en su momento analizaremos. Dicha normativa contenía en nuestro país un procedimiento llamado de *citación directa* para los casos de penas inferiores, cuya instrucción la realizaba el fiscal y por ello la primera imputación era llevada a cabo ante el fiscal. Quizá ello explique que el redactor del Código Procesal Penal de 1996 -que aún nos rige-, considerare que podía continuarse con la práctica de lo que se llamaba una *indagatoria* ante el fiscal.

Si hacemos correr la máquina del tiempo hacia los años setenta y ochenta, veremos con toda claridad lo siguiente:

La persona investigada (a la que en nuestro país se le llama **imputado**, aunque no haya aún imputación) es citada, detenida o aprehendida. Una vez en la fiscalía o a su orden, un técnico le pregunta a esa persona si tiene abogado o si desea uno público. Se llama por teléfono al defensor que corresponda si es que no llegó con la persona investigada.

Defensor e investigado se sientan en el despacho frente a uno de los tantos técnicos que trabajan allí. Ese técnico le da un expediente al defensor y cuando éste lo terminó de observar le toma los datos personales al investigado, consigna en el acta que le indicó que puede nombrar un abogado de confianza o se le nombrará uno público, le advierte de una serie de derechos que lee del formulario de *indagatoria* y le pregunta si desea declarar o no. Si el investigado desea declarar se consigna su declaración por escrito y si no, se anota que se abstiene de declarar.

Así ocurría en los años setentas, ochentas y noventas y **así ocurre hoy**.

Lamentablemente ni siquiera se respeta que la ley prevé esta comparecencia ante el fiscal. En la gran mayoría de los casos, los fiscales aducen que no tendrían tiempo de atender personalmente estas diligencias que aun hoy, aunque el código vigente no las denomine así, son llamadas *indagatorias*.

La práctica descrita y el uso del lenguaje hacen ver que en Costa Rica no existe la conciencia de que

- ✓ una audiencia de formalización de la investigación, formulación de imputación o formulación de cargos implica hacer real el discurso acusatorio y de división de funciones **desde el inicio del proceso**;
- ✓ hace posible el principio del contradictorio por cuanto permite a la defensa cuestionar la descripción del hecho o pedir aclaraciones
- ✓ y permite un control independiente de un tercero para garantizar una imputación clara precisa y circunstanciada a efecto de posibilitar el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Vale mencionar que en Costa Rica normalmente el primer contacto que tiene una persona investigada o un *imputado* con un juez, es en la audiencia de medidas cautelares. Tal como veremos, en esta audiencia es cuando el fiscal expone frente a un juez los hechos que se le atribuyen a la persona investigada y los elementos de convicción que hay en su contra.

iii. La audiencia de medidas cautelares:

El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1998 y que hoy nos rige no tenía prevista de manera expresa una audiencia para la imposición de Medidas Cautelares.

Parte de la conquista llevada a cabo a través de la capacitación que fue iniciada en el año 2004 a la que aludimos en líneas precedentes, fue hacer conciencia en los jueces, defensores y fiscales sobre la necesidad de hacer real el derecho a ser escuchado antes de tomar una decisión tan delicada como es una prisión preventiva. No fue sino hasta el año 2009, mediante la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos

intervinientes en el Proceso Penal Número 8720 que se reformó la ley para prever la celebración de una audiencia en los casos en que fuera solicitada una prisión preventiva.¹⁴⁴

Estas audiencias son llevadas a cabo ante el juez del Juzgado Penal y tienen apelación antes un juez que integra el Tribunal Penal.

Quizá el mayor logro de la Reforma Procesal Penal como movimiento en este país, fue dotar al sistema de un espacio para que la persona investigada pueda presentarse junto a su defensor, y controvertir la versión fiscal sobre la procedencia y necesidad de la medida cautelar. En el sistema escrito anterior normalmente la prisión preventiva era ordenada por el juez de instrucción de oficio al dictar el auto de procesamiento y luego la defensa podía pedir la excarcelación. Contrario a ello, al igual que casi todos los países con reforma acusatoria, hoy la persona investigada es considerada una persona libre, y para ordenar medidas cautelares el fiscal debe argumentar una serie de requisitos que prevé la ley y la doctrina.

Un aspecto positivo es que en Costa Rica el legislador no se ha atrevido a establecer prisiones preventivas obligatorias en delitos graves como ocurre en otros países. La procedencia de una prisión preventiva es siempre algo argumentable y discutible.

Uno de los aspectos que podríamos decir que funciona de manera deseable en este país es la audiencia de medidas cautelares. Aún y cuando la intervención del fiscal es normalmente una sola y luego sigue la del defensor, ambos dedican tiempo a argumentar primero sobre el supuesto material, y posteriormente se dedican a argumentar sobre los peligros procesales o la necesidad de cautela.

Efectivamente, el numeral 239 del Código Procesal Penal establece que el tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren 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.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.
- d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una

144 Detención provisional o detención preventiva en otros países.

persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.¹⁴⁵

En las audiencias orales tanto fiscales como defensores argumentan muy a fondo sobre el peligro de fuga cuando corresponde al caso, aplicando de lleno el numeral 240 del CPP que indica que para decidir acerca del peligro de fuga se debe tener en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.
- b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- c) La magnitud del daño causado.
- d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

De igual manera, cuando lo que se alega es un peligro de obstaculización para averiguar la verdad, los fiscales y defensores suelen argumentar y contra argumentar a fondo sobre la grave sospecha de que el imputado: destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba, o bien influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar

145 Cabe indicar aquí que de manera absolutamente innecesaria y por un mero efecto populista, el legislador incluyó un artículo 239 bis mediante el artículo 17 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, N° 8720 de 4 de marzo de 2009, que indica: *Artículo 239 bis.- Otras causales de prisión preventiva*

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política :

a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.

c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

d) Se trate de delincuencia organizada.

Desde nuestro punto de vista esto obedeció a un discurso efectista para hacer creer que habría más mano dura en las hipótesis allí previstas. Pero en realidad la norma no obliga a que sea ordenada una prisión preventiva en esos casos, ni contiene nada nuevo, puesto que tales hipótesis ya están contempladas en los artículos anteriores del código.

tales comportamientos, tal como lo establece el numeral 241 del Código Procesal Penal.

Los defensores suelen ser muy elocuentes cuando discuten sobre la necesidad de la prisión preventiva, motivando a que el juzgador ordene la inmediata libertad del imputado o decida una medida cautelar menos gravosa, aún y cuando éstas también son solicitadas por los fiscales en algunos casos.

Según la normativa el tribunal puede recibir prueba, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar, lo cual suele hacerse no para acreditar el supuesto material, pero sí los peligros procesales o la necesidad de cautela.

Una discusión teórica que ha sido llevada a las audiencias de medidas cautelares es el peligro de continuación delictiva, toda vez que el numeral 239 citado establece la procedencia de la prisión preventiva cuando exista una presunción razonable de que el imputado continuará la actividad delictiva. Los defensores siempre están prestos a alegar que tal peligro contraviene el derecho de la Constitución, el Control de Convencionalidad debido a los pronunciamientos del Sistema Interamericano y que se refiere a un derecho penal de autor y no de acto. Por su parte la práctica refleja que los jueces están cada vez menos dispuestos a conceder una medida cautelar con base en este peligro.

En punto a las medidas cautelares, cabe anotar que Costa Rica no ha escapado de los *actores* populistas con discursos represores que se acercan a la prensa a ganar empatías. Sin embargo, en la cultura judicial persiste la conciencia de que nada que se asemeje a prisiones automáticas es de recibo. En realidad, las audiencias de medidas cautelares costarricenses generalmente sí constituyen espacios razonables para que los litigantes discutan cada presupuesto y aporten información de calidad. De la misma manera, en términos generales los jueces no conceden de manera irreflexiva las medidas solicitadas por el ente fiscal, sino que suelen tomarse el trabajo de decidir sobre las medidas cautelares con un alto nivel de criticidad y no resulta extraña la denegatoria de la prisión preventiva y de otras medidas cautelares, ya sea porque se concluye que no hay presupuesto material o bien porque no existen peligros procesales o necesidad de cautela¹⁴⁶. De modo que es posible asegurar que hay un buen nivel de conciencia de que la medida cautelar no es una pena adelantada.

146 Ciertamente se ha avanzado mucho en la motivación de las resoluciones judiciales que ordenan medidas cautelares. En el año 2033 un estudio reflejó que los jueces utilizaban frases abstractas, sin una real motivación. (Chinchilla y García 2003)

Las aseveraciones anteriores son, sin embargo, una generalización *cuasi estadística* derivada de la experiencia en la revisión de medidas cautelares en apelación, así como de los mega relatos compartidos por las personas juzgadoras costarricenses –de las que los autores forman parte- sobre el estado natural de libertad de cualquier persona en un Estado Democrático de Derecho y del deber de motivación de las resoluciones judiciales como parte integrante del debido proceso.¹⁴⁷ Pero hay que decir que existen sus excepciones. Por ejemplo, gran parte de los jueces estiman que la prisión preventiva debe ser ordenada generalmente en delitos de narcotráfico, de manera que en ocasiones se puede observar un esfuerzo argumentativo que excede las reglas de la sana crítica con el afán de forzar la medida. En estos casos la audiencia de apelación debería constituir un verdadero control en lugar de aplicar *más de los mismo*.

Otra excepción a la conciencia observada en el ámbito judicial costarricense sobre la importancia de la audiencia de medidas cautelares como un espacio con pesos y contrapesos para decidir sobre la medida cautelar, fue observada en su momento cuando un magistrado de la Corte Suprema anunció ante la prensa su idea de someter al órgano legislativo un proyecto de ley para eliminar la audiencia de medidas cautelares. Aducía que la prisión preventiva podía ser dictada por escrito y que ello sería más eficiente. Quizá esta excepción más bien confirme la regla, puesto que dicho jerarca de recién nombramiento provenía del ámbito político, concretamente del Poder Ejecutivo, y no tenía en realidad una carrera judicial. En estos casos, lo que se observa es que el discurso judicial es generalmente más sensible a la tutela de los derechos y libertades personales, en tanto el discurso de otras áreas del Estado es más eficientista y reclama al órgano judicial más represividad. Es en ese entorno discursivo contradictorio en el que se producen generalmente las discusiones jurídicas de nuestros países, y que pueden explicar en parte las reformas pendulares que son producidas y presentadas como soluciones. De momento, un aspecto que sí vale la pena conservar en este país es la conciencia jurisdiccional y de los mismos litigantes sobre la importancia de restringir lo menos posible los derechos y garantías personales, debiendo motivarse muy bien cuando esas restricciones se estiman necesarias para garantizar los fines procesales. Nos parece que de esta conciencia participa en términos generales el Ministerio Público, quien normalmente se apersona a estas audiencias con argumentos presentables¹⁴⁸ para respaldar su solicitud.

147 Influyó mucho en nuestra cultura jurisdiccional la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que ya desde el año 1992 en su voto número 1739 indicó que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es parte del debido proceso. Asimismo, el artículo 142 del Código Procesal Penal costarricense recoge este principio, y le asigna una consecuencia muy grave a las resoluciones sin fundamentación, como lo es la ineficacia. Lo valioso es que la norma se ocupa de indicar **cuándo se debe estimar que una resolución no tiene fundamentación**, aún y cuando sea larga y esté compuesta de muchas frases.

148 No sería normal observar en Costa Rica, por ejemplo, que un fiscal solicite una prisión preventiva sólo por la alta pena a imponer; o porque es “mas beneficioso para el imputado”; o porque “hay una noticia

Se hace la observación de que, para el logro de resoluciones de medidas cautelares ajustadas a derecho, ha jugado un papel muy importante la apropiación que los fiscales, defensores y jueces han hecho del Principio de Proporcionalidad. En efecto, en las audiencias no es extraño escuchar que tanto quien solicita, como quien adversa y quien resuelve se dan a la tarea de explicar las razones por las cuales la medida solicitada es idónea, es necesaria y es proporcional en sentido estricto, citando así los tres sub principios que conforman el gran Principio de Proporcionalidad y que ayudan a determinar si realmente la medida es adecuada para solventar el peligro concreto que presente la causa; si tal peligro no puede ser neutralizado con una medida menos gravosa y si la entidad y el plazo de la medida solicitada excede la entidad y el plazo de la posible pena a imponer. En términos generales se tiene conciencia que una medida cautelar que exceda tales sub principios es una medida arbitraria.

Valga anotar que la discusión del plazo de la medida forma parte de la dinámica de la audiencia, y en especial la defensa pública está siempre muy dispuesta luchar por un día de diferencia en la vigencia de la medida, lo que motiva no pocas veces hasta recursos de apelación en cuyas audiencias solo se discute ese aspecto.

Ahora bien, un aspecto en que nuestro tiene una tarea pendiente, es en los llamados servicios de antelación a juicio. Realmente no existen en Costa Rica. Y tampoco existe un sistema acabado de controles para la vigencia de la medida cautelar. Una hipótesis valiosa sería que, si existiera una oficina encargada de controlar las medidas cautelares de manera correcta, la prisión preventiva podría reducirse por cuanto los fines procesales pueden ser cumplidos con otras medidas realmente controladas y efectivas, que sí están previstas normativamente, pero que en ocasiones no son aplicadas por el temor a que no cumplan su fin y se vean frustrados los objetivos del proceso. Esto explica que aún y cuando las audiencias costarricenses son ricas en discusión y las resoluciones son motivadas, la prisión preventiva se sigue aplicando más allá de lo deseable a falta de un sistema de controles efectivo de medidas cautelares menos gravosas.

iv. Audiencia de salidas alternas:

En Costa Rica la ley no previó de manera expresa la realización de audiencias tempranas obligatorias para la consecución de soluciones alternativas al juicio. Se previó como límite temporal para la mayoría de estos institutos, la audiencia de la fase intermedia.

Desde luego ello no obstaría para que las soluciones alternativas al juicio se acuerden en fases iniciales del proceso, no sólo porque la ley no lo prohíbe, sino porque la misma ley contempla como principio el de solución al conflicto y estos acuerdos pueden

criminales que vincula al imputado con el hecho” sin citar elementos concretos de convicción. Tales yerros se han observado en algún momento en otros países con reforma procesal, pero no forman parte de la práctica costarricense.

significar una verdadera solución del conflicto primario, aparte de que lógicamente ello ayudaría a no atascar el sistema con asuntos en los que se invierten recursos para la investigación y la conformación de la acusación de forma innecesaria. Esa práctica ha sido intentada en algunos lugares del país y para algunas hipótesis, pero no constituyen la mayoría de los casos.

En términos generales las soluciones alternativas al juicio son aplicadas en la audiencia intermedia, llamada en nuestro país audiencia preliminar. En estos casos generalmente lo que ocurre es que el hecho es totalmente investigado, acusado, y una vez que las partes comparecen a la audiencia preliminar proponen una solución alternativa que debe ser valorada por el juzgador¹⁴⁹.

En la generalidad de los casos en los cuales se propone la aplicación de soluciones alternativas, el juez escucha las propuestas de las partes, hace las preguntas aclaratorias que considera oportunas y resuelve si aprueba o no la solicitud o si abre el asunto a juicio.

En términos generales, los jueces penales no hacen un gran esfuerzo como en otras materias para lograr soluciones alternativas al juicio. Su rol se puede resumir en un agente de control de legalidad y cumplimiento de los requisitos, aunque ha habido algunos casos en que se nota que la solución alternativa ha sido rechazada por una suerte de *pudor de justicia*. Se trata de casos de delitos culposos o delitos dolosos graves que han quedado en estado de tentativa, en los cuales no hay prohibición expresa para la aplicación de estas medidas, y da la impresión que los ofendidos optan por el dinero. Por ejemplo ante la muerte de un ser querido.

En delitos de violencia contra las mujeres y sexuales normativamente se indica que no se debe promover la conciliación. En materia de violencia contra las mujeres hay además circulares expresas redactadas por una comisión institucional del Poder Judicial que insta a las personas juzgadoras a no promover las soluciones alternativas

Aquellas soluciones alternativas que son acogidas, normalmente están sujetas a reglas de conducta diversas, algunas de ellas asociadas al conflicto primario como por ejemplo el no acercarse ni comunicarse con la víctima, y otras tienen un carácter más de retribución social, como es el caso de trabajo comunal, por ejemplo cuando el imputado

149 Tal como ha ocurrido en todos los países de América Latina, no han faltado detractores de estas soluciones alternativas al juicio quienes han intentado hacerlas aparecer ante la prensa como una muestra del fracaso del sistema de justicia. Se trata normalmente de personas con aspiraciones políticas que hacen populismo en los medios y logran en ciertos estratos sociales deslegitimar las soluciones alternativas de los conflictos.

se compromete a pintar una escuela, o depositar sumas de dinero a favor de instituciones de beneficencia.

Los aspectos personales de las partes son valorados por el juez con cierto cuidado, pues existe una conciencia importante de la diferencia entre un derecho penal de autor y derecho penal de acto. No obstante, cuando por ejemplo se aduce que el hecho fue cometido bajo los efectos del alcohol, suele imponerse como condición un tratamiento o terapia en Alcohólicos Anónimos o similares.

Quizá en punto a las soluciones alternativas al juicio, la asignatura pendiente para Costa Rica sería el tomarse muy en serio un proyecto de información y sensibilización social hacia la cultura de paz, la necesidad de aplicación de estas soluciones alternativas, y la reeducación de los mismos medios de prensa, quienes no han contribuido en nada a la comprensión de esta manera de solucionar conflictos. Desde luego en los casos más significativos para la sociedad debe prevalecer el procedimiento ordinario. El punto medular es que las personas comprendan que, a mayor cantidad de soluciones alternativas en casos de baja y mediana lesividad, mayores recursos estarían disponibles para investigar y tramitar los casos que verdaderamente afectan la paz social. Luego nos referiremos a la justicia restaurativa, que merece un trato aparte. Baste decir que existe un proyecto de ley en la corriente legislativa que pretende que se aplique esta en delitos con penas iguales o inferiores a tres años de prisión.

v. *Etapa intermedia:*

Según el diseño de los códigos procesales penales latinoamericanos reformados, la etapa intermedia tiene un papel fundamental para el éxito general del sistema. Ese éxito depende de que los intervinientes procesales (jueces, fiscales, defensores, querellantes, actores civiles) comprendan y apliquen su rol como debe ser.

Nosotros podríamos decir no sin dolor, que la audiencia de la fase intermedia del proceso costarricense, llamada audiencia preliminar, es el peor fiasco de nuestra práctica procesal. Es así no porque la ley no permita sacar provecho de sus potencialidades, sino porque desde un inicio hubo una gran ignorancia de la importancia estratégica que tenía esta audiencia dentro de la lógica general del sistema, y de la necesidad de atender institucionalmente el buen desenvolvimiento de los profesionales en esta audiencia a efecto de lograr:

- ✓ Que sólo los asuntos que no pueden tener otra solución sean abiertos a juicio
- ✓ Que si un fiscal o querellante lleva un asunto con la pretensión de que sea abierto a juicio, está adquiriendo un compromiso de que lo va a poder probar en debate y así se espera

- ✓ Que si un asunto se abre a juicio debería ingresar a esa etapa ya saneado y con todos los incidentes sobre las pruebas y las actividades procesales defectuosas idealmente resueltos en la audiencia intermedia, a efecto de no contaminar al tribunal de juicio y de no prolongar los juicios más allá de lo estrictamente necesario.
- ✓ Que el control sobre la claridad y circunstanciación del hecho probado es importante a los efectos futuros del Principio de Correlación entre Acusación y Sentencia o Principio de Congruencia, por lo que este control se debe dar en la fase intermedia.
- ✓ Que las acusaciones y las querellas deben ir redactadas en código de imputación y no como relatos de café.
- ✓ Que la audiencia de la fase intermedia es el foro natural para solicitar aclaraciones y correcciones a las partes y éstas deben tener capacidad de respuesta.
- ✓ Que el juez tiene un papel de control de legalidad en la aplicación de las soluciones alternativas que en esa audiencia se acuerdan
- ✓ Que el juez tiene un papel de control de legalidad ante las solicitudes de sobreseimiento del Ministerio Público, muy especialmente de la ley de fondo, por lo que se espera que no simplemente copie los argumentos del Ministerio Público.
- ✓ Que se espera que el juez resuelva de seguido a la audiencia.
- ✓ Que, si la ley le otorgó a la víctima la posibilidad de promover la acción mediante una querrela, las solicitudes de los querellantes deben ir muy bien resueltas y analizadas.

Ello no ha ocurrido.

Tal es la ignorancia incluso actual de la importancia de esta audiencia dentro de la lógica de un sistema procesal penal acusatorio, que desde la jerarquía del Poder Judicial han sido anunciados proyectos para proponer reformas legislativas que eliminen esta audiencia, de forma tal que los casos pasen directos desde la redacción de la acusación hacia el debate o juicio oral. Incluso se ha interpretado por parte de algunos que la gran cantidad de jueces penales del país que atienden la fase intermedia del proceso se podrán dedicar a la realización de debates orales, a pesar de que: esos jueces son de una categoría en la que no han rendido oposiciones para ser jueces de juicio por lo que no cumplen con la idoneidad que exige la Constitución Política; las salas de juicio son ya sumamente escasas al punto que se obliga actualmente a iniciar las audiencias a deshoras por falta de salas; no se indica de dónde se obtendrían la cantidad de fiscales y defensores que se requerirían y que se han estimado en tres veces más de los que hay actualmente, todo lo cual evidencia que se trata de una propuesta sin elaborar y que a pesar de haber sido anunciada en prensa como una solución a la lentitud de los

procesos, no resuelve múltiples problemas jurídicos y presupuestarios que subyacen a toda esta idea.

En honor a la verdad, lo que hace falta es establecer pautas prácticas a los jueces y litigantes sobre lo que deben hacer en estas audiencias según un sistema acusatorio, y obligarlos a resolver luego de una audiencia, pues en muchos casos todos los aspectos de revisión de querellas y solicitudes fiscales de sobreseimientos, se resuelven por escrito, de espaldas al titular del derecho. Por otra parte, en ocasiones se resuelve por escrito varios días después de la audiencia sin pronunciarse sobre los argumentos de las partes, y lo que es peor, no en pocas ocasiones los jueces penales copian lo indicado por el Ministerio Público, a lo cual acceden sin un criterio propio, dejando por fuera la ponderación de argumentos de los querellantes y de los defensores.

Se dice en Costa Rica que la audiencia preliminar, lejos de ser una fase estratégica para el funcionamiento del sistema, se volvió en un mero trámite; una simple reunión en la que el Ministerio Público lee una acusación, el querellante –si hay- lee una querella, el defensor dice que se reserva para juicio sus argumentos y pide sea admitida la prueba de descargo, y el juez resuelve de manera irreflexiva conforme a la solicitud del Ministerio Público. Honrosas excepciones de jueces muy comprometidos con su rol han producido resoluciones ejemplares. Sin embargo, no parecen ser la mayoría. Ello ha obligado a los jueces de juicio a tener que atender incidentes de exclusión de prueba ilícita, actividades procesales defectuosas y hasta casos que no debieron haber llegado a esa etapa. Como también se han observado sobreseimientos mal concedidos, por ejemplo, ante delitos económicos o de fraudes, en los cuales aplican el argumento falaz de que se trata de una relación civil, como si en el marco de las relaciones civiles no pudieran producirse delitos por defraudaciones.

Se hace necesario retomar las bondades de la audiencia preliminar en Costa Rica, con abogados que litiguen esta audiencia y con jueces que comprendan que su aporte jurídico de control va más allá de un mero trámite para enviar un caso a la fase siguiente. La fase intermedia del proceso bien entendida, puede significar en gran medida la diferencia entre un sistema procesal eficiente y uno deficiente. Promover una buena gestión de estas audiencias preliminares, al igual que promover soluciones alternativas tempranas- tal como se indicó en la sección anterior- son tareas pendientes que no requieren reforma legal, pero sí requieren un liderazgo positivo y conocedor de los principios y reglas que informan un sistema procesal penal acusatorio.

Mención aparte merece la aplicación de las soluciones alternativas a juicio. Ya se había adelantado en la sección anterior que la audiencia preliminar o de la etapa intermedia ha sido prevista legalmente como la última fase para llegar a acuerdos entre las partes. No obstante, en la práctica se ha ido extendiendo la posibilidad de aplicar soluciones

alternativas al juicio en la fase de debate, con argumentos como que por algún motivo en la fase intermedia les fue negada esta oportunidad, o bien que el imputado no estuvo presente en la audiencia de la fase intermedia porque no es obligatoria su presencia. Esa elasticidad en la aplicación de soluciones alternativas al juicio ha hecho que las partes se esperen hasta fases avanzadas del proceso para proponer y acordar soluciones alternativas y además ha hecho que los tribunales de juicio queden desocupados cuando han previsto en sus agendas varios días para un debate y en la primera mañana admiten un arreglo. Esa es una práctica no deseable dentro de una lógica sistémica de eficiencia. Quienes defienden estas prácticas, aducen que la solución al conflicto es un principio que contiene el Código Procesal Penal, como si los Principios fueran absolutos y no debieran ponderarse frente a otros principios en cada caso.

vi. Audiencia de Juicio Oral:

Tal como se había explicado en la introducción, en los años setenta Costa Rica había introducido un debate oral luego de una instrucción escrita. Ese debate era desarrollado con una oralidad limitada, puesto que era válido leer las versiones testimoniales recibidas en la instrucción y el tribunal tenía unas amplias facultades para interrogar al testigo antes que las partes, calificar preguntas de oficio, en ocasiones poner tiempos limitados a las partes para hacer sus alegatos finales, y no existía nada parecido a un alegato inicial, pues el debate iniciaba con la lectura de la acusación. En un contexto así, sobra decir que las partes no conocían las técnicas de litigación oral de un sistema acusatorio ni llegaban con una teoría del caso. El tribunal tenía un rol protagónico. Quienes escriben participaron del sistema procesal penal costarricense anterior y participan en el sistema actual. Quizá la afirmación principal que podemos hacer en el tema del juicio oral es que muy poco ha cambiado desde aquel sistema mixto a hoy en nuestras salas de juicio.

La verdad es que la ley vigente no incluyó de manera expresa los aspectos que distinguen a un debate en un sistema acusatorio de un debate en un sistema mixto como el anterior. El legislador costarricense tomó las normas del Código de Procedimientos Penales y virtualmente las trasladó al Código Procesal Penal reformado. En este sentido, lo que creemos es que si hubiera habido una conciencia clara de lo que significa un proceso acusatorio oral se habría implementado en la práctica una serie de técnicas de juicio que, si bien fueron iniciadas en algunos lugares del país a partir de las capacitaciones iniciadas en el año 2004, fueron sofocadas por la ignorancia de criterios de jueces de instancias superiores incluyendo algunos de la jerarquía, que no las validaron.

En efecto, en Costa Rica no se permite a las partes, por ejemplo, hacer un alegato inicial. Cuando en algunos lugares se inició esa práctica, magistrados de la jerarquía en sus giras

por el país decían que esa práctica era ilegal, porque en Costa Rica la norma dice que el fiscal debe leer la acusación. Ello motivó a que se abandonara esa práctica. De modo que un tribunal de juicio inicia un debate habiendo escuchado solamente la lectura de la acusación, sin dar a la defensa la posibilidad de proponer una visión distinta al tribunal sobre la prueba que viene. En todo caso, es bastante común que los fiscales indiquen fuera de estrados que ellos van a los juicios comunes sin haber construido una teoría del caso, porque no les han enseñado a hacerla; o bien porque si lo han aprendido en cursos universitarios, generalmente no les da tiempo de hacerlo pues no en pocas ocasiones los juicios les son asignados a última hora. Distinto es el caso de juicios de cierta envergadura, para los cuales sí se preparan mejor.

En la gran mayoría de los casos se observa que los litigantes no preparan sus testigos para el juicio, y a veces formulan preguntas cuyas respuestas les perjudica o que el testigo no puede responder.

En nuestras salas de juicio aún se pueden ver jueces rechazando preguntas de oficio; jueces haciendo preguntas como si tuvieran su propia teoría del caso; jueces utilizando el expediente escrito para preguntar, con excepción de los lugares en los cuales existe expediente digital y a fuerza de la falta del papel en sus manos los jueces han aprendido a escuchar y a respetar el rol de las partes al preguntar.

Por otra parte, las técnicas de objeciones son totalmente inaplicadas por nuestros litigantes, a pesar de que en algunos cursos universitarios les han sido enseñadas. Cuando el tribunal no rechaza una pregunta de oficio y el defensor, el fiscal o el querellante se quieren oponer a una pregunta, levantan la mano, dicen que se oponen a la pregunta, sacan al testigo de la sala para que no escuche y el que desea oponerse hace un alegato a veces muy prolongado, luego el tribunal da la palabra a quien formuló la pregunta quien hace otro alegato y finalmente el tribunal resuelve no en pocas ocasiones con una motivación más larga de lo deseado y el testigo es traído de nuevo a la sala, todo lo cual vuelve poco fluidos los interrogatorios.

Otro aspecto que no se domina es la diferencia entre un interrogatorio directo y un contra interrogatorio o contra examen. Es común escuchar a los abogados contra examinar con preguntas propias de un examen directo. No en pocas ocasiones eso les produce efectos contraproducentes a sus casos, de lo cual en ocasiones ni siquiera parecen estar conscientes.

En Costa Rica no hay una norma expresa para la técnica de contra examen. Hay una norma que se refiere a los interrogatorios que prohíbe las preguntas sugestivas, y en la práctica se ha estimado que esta norma aplica también para el contra examen, de modo que los jueces suelen rechazar preguntas sugestivas en el contra examen.

Quizá la peor práctica de las partes en el debate se produce en el contra examen, que suele estar cargado de preguntas abiertas y de mera investigación.

Con relación a los alegatos finales, se observan aspectos muy positivos y aspectos muy negativos. Hay litigantes (fiscales, defensores y querellantes) con una conciencia total de que su alegato final debe ser persuasivo y contener todo lo necesario para una sentencia, de modo que utilizan de manera muy técnica y analítica ese espacio, en tanto hay otros que aún hacen lamentables ejercicios descriptivos de la prueba recabada para luego solicitar la absolutoria o la condenatoria del imputado y otras pretensiones procesales.

Uno de los aspectos en los que sí se ha avanzado mucho en Costa Rica, es en la argumentación con base en la teoría del delito. Contrario a muchos países, existe la conciencia de que la reforma procesal penal no tocó el derecho penal de fondo, cuya teoría bien aplicada puede ayudar a aplicar un derecho penal mínimo y menos arbitrario. Claro está, también tenemos en el país litigantes sin mucha pericia lo cual se ha agravado con la proliferación de universidades de baja calidad, pero en el caso de la Defensa Pública, del Ministerio Público y de la judicatura, en este aspecto el nivel es mejor.

Algunos otros cambios positivos desde la óptica de un sistema acusatorio también han sido introducidos en los debates, como que la lectura de la acusación ya no la hace un miembro o técnico del tribunal sino el fiscal –tema menor-; el permitir a las partes que escojan el orden de recepción de sus testimonios; el permitir que las partes interroguen antes que el tribunal, y el permitir la producción de sentencias orales en las hipótesis en que ello no resulte tortuoso para los imputados y los ofendidos, lo cual ha sido regulado mediante circulares y jurisprudencia.

Por último, al abordar el tema del debate oral, vale aclarar que a diferencia de otros países latinoamericanos no existe en nuestro país juicios por jurado, participación ciudadana en la administración de justicia que no se ha considerado necesaria en las últimas décadas, quizá debido al buen nivel de credibilidad con que ha contado nuestro Poder Judicial ante la ciudadanía. Será objeto de observación a futuro si la degradación en la credibilidad que ha sufrido el Poder Judicial en Costa Rica como institución en los últimos tiempos, va a generar esa necesidad.

vii. Recursos y ejecución:

En Costa Rica los recursos contra las resoluciones interlocutorias se formulan oralmente en la audiencia de primera instancia cuando la resolución fue emitida oralmente; y se formulan dentro del tercer día luego de la notificación si la resolución fue escrita.

En su recurso y dentro del emplazamiento las partes pueden solicitar una audiencia oral ante el tribunal de segunda instancia. Algunos tribunales ordenan la audiencia en todos

los casos, en tanto otros deniegan esta solicitud cuando lo consideran innecesario. Por ejemplo, cuando el recurso es inadmisibles por razones de legalidad, como sería cuando el recurso fue presentado fuera del plazo o cuando quien lo presenta no tiene legitimación para impugnar. Ello no debería ser así, pues en ocasiones los aspectos de los plazos y de la legitimación procesal son objeto de discusiones muy interesantes cuyo resultado marca la diferencia entre hacer real o no el derecho a la segunda instancia de la parte interesada. Tal es el caso de la discusión sobre la posibilidad de otorgar un día más para impugnar cuando la notificación ha sido recibida por medios electrónicos, porque así lo contempla la ley de notificaciones, lo cual ha dado lugar a pronunciamientos diferentes de los tribunales.

En los casos en que son impugnadas ciertas resoluciones como las medidas cautelares y los sobreseimientos definitivos, las audiencias orales generalmente sí se realizan sobre todo si han sido solicitadas.

En términos generales se respeta también el derecho que tiene la persona investigada o imputada a estar presente en las audiencias, de manera que si se encuentra en libertad debe ser citada y si se encuentra privada de su libertad, su traslado debe ser coordinado. Si el mismo imputado o su defensor manifiestan que la presencia del imputado no es necesaria, o si estando en libertad él no se presenta el día y hora fijados, la audiencia puede ser llevada a cabo sin su presencia, en cuyo caso es representado por su defensor.

El recurso contra la sentencia penal se formula dentro de los quince días posteriores a la notificación del fallo. Si al interponer el recurso de apelación de sentencia, al contestarlo o al adherirse a él alguno de los interesados ha ofrecido prueba que deba ser recibida en forma oral, o considera necesario exponer oralmente sus alegaciones, o bien cuando el tribunal lo estime útil, este fija una audiencia oral.

Salvo en lo relativo a la recepción de declaraciones, en cuya práctica hay mucha uniformidad, las audiencias del recurso son llevadas a cabo de diferentes maneras dependiendo del tribunal. Por ejemplo, algunos tribunales inician la audiencia concediendo a las partes quince minutos para sus alegatos; otros no emiten instrucción alguna respecto del uso del tiempo, en tanto otros sólo les indican que deben ser racionales en el uso del tiempo y que en caso de reiterar se les dará unos minutos para concluir.

Los abogados suelen ir preparados a sustanciar su recurso ante el tribunal, aún y cuando algunos todavía hacen referencia al documento escrito como la parte más importante de la sustanciación.

El recurso de casación ante la Sala de Casación Penal, misma que forma parte de la Corte Suprema de Justicia, es también formulado por escrito. La parte puede solicitar una

audiencia la cual es llevada a cabo con la presencia de las partes y suele hacerse concediendo unos minutos a cada litigante. Lamentablemente los magistrados que asisten a estas audiencias no hacen los proyectos de sentencias, pues estos son confeccionados por letrados que por ende generalmente resuelven de cara al recurso formulado por escrito y no a lo discutido en la audiencia. En todo caso esa audiencia es normalmente una sucesión de discursos y no se acostumbra hacer preguntas ni solicitar aclaraciones.

Parecido ocurre con el procedimiento de revisión que se lleva a cabo ante la misma sala.

Ahora bien, la fase de ejecución en materia penal tiene en nuestro país un amplio papel de control de la sanción, pues aun cuando está claro que la ejecución de la pena corresponde al Poder Ejecutivo, el juez de ejecución en primera instancia y el tribunal sentenciador en segunda instancia, tienen el deber de escuchar y resolver todos los incidentes formulados por el sentenciado, y que se refieren a solicitudes no concedidas al sentenciado por parte del Centro de Atención Institucional, cuestionamientos sobre la aplicación del régimen disciplinario, o bien tratos recibidos que el sentenciado estima inapropiados. En todos los casos en que se solicita audiencia ésta es concedida. Incluso como existe la posibilidad muy abierta de resolver de manera oral, los jueces y tribunales no en pocas ocasiones citan a las partes a una audiencia para escucharlos y resolver de inmediato aunque no hubiera sido solicitado. A esas audiencias se presenta el privado de libertad, salvo que consienta en estar representado por su defensor; el defensor que generalmente es público y el fiscal. Generalmente los fiscales y los defensores llegan muy bien preparados a estas audiencias. En ellas se sustancia el recurso y las resoluciones generalmente atienden a los alegatos de las partes, con algunas excepciones de resoluciones con deficiente motivación.

Proteccion del sistema de garantías del imputado

i. Los defensores costarricenses:

A algunas personas les podría resultar incomprensible cómo en un país puede existir una gran conciencia sobre los derechos humanos y el debido proceso y al mismo tiempo se afirme que existen realidades tan graves como litigantes llegando a juicio sin una teoría del caso o haciendo exámenes y contra exámenes como si fueran lo mismo y perjudicando a sus clientes, tal como ha quedado descrito en líneas precedentes.

En este sentido, es conveniente tener claro varias cosas: Ciertamente hay litigantes muy mal preparados que laboran en la materia penal en nuestro país, sobre todo debido a la proliferación de universidades de mala calidad. Generalmente los defensores públicos costarricenses son profesionales de excelencia. Desde luego habrá sus excepciones,

pero en términos generales el proceso de selección y una cultura de mística hacia ese trabajo han producido defensores públicos muy capaces. Desde otros países nos han preguntado cómo se logra esto en una institución que depende del Poder Judicial. En realidad la Defensa Pública, el Ministerio Público y la Policía Judicial se encuentran dentro de la gran sombrilla del Poder Judicial, pero en la atención de los casos tienen una gran independencia funcional. De hecho, la mayor parte de habeas corpus presentados y declarados con lugar en favor de los imputados, han sido interpuestos por los defensores públicos en contra de los jueces, sin que esto se llegue a entender como algo que afecte las sanas relaciones profesionales ni el rol que a cada uno corresponde. De igual manera, hay una serie de abogados particulares muy eficientes, persuasivos y técnicos, que dominan la materia procesal, la teoría del delito y las técnicas de auditorio.

Por todo lo anterior podríamos esperar que en las salas de debates se observen juicios acusatorios orales modelo. Pero ello no es así. Creemos que el país cuenta con profesionales con mucho conocimiento teórico, con mucha mística, dispuestos a poner en primer plano el interés de sus causas, pero no dominan o no aplican las técnicas de litigación propias de un sistema penal acusatorio que ya son *normales* en casi todos los países latinoamericanos. Aspectos tan importantes como la técnica de alegato inicial, la acreditación del testigo propio, la preparación muy estratégica de la técnica de contra examen, la técnica de las objeciones, las técnicas de uso de declaraciones previas entre otras, no se dominan ni se aplican de manera correcta. Una consecuencia nefasta de ese desconocimiento es que se tolera que las personas juzgadoras asuman funciones que no les corresponde, como rechazar preguntas de oficio sin razón, hacer preguntas que no son aclaratorias, ver el expediente a fondo antes del debate –en los lugares donde existe papel- todo lo cual da al traste con la vigencia del principio de distribución de funciones propio de un sistema democrático republicano y por supuesto con el principio de imparcialidad.

Ahora bien, existen aspectos muy básicos que son aplicados por los defensores de la materia penal y con lo que no estarían dispuestos a transar. Por ejemplo, la entrevista previa como derecho garantizado en la Convención Americana de Derechos Humanos se aplica siempre y están dispuestos a reclamarla; el derecho a la prueba se traduce en el esfuerzo que los defensores hacen con sus defendidos para presentar pruebas en las audiencias de medidas cautelares; discuten de manera racional y suficiente la prueba presentada por el fiscal cuando ello tiene sentido; hacen ver al juez cuando no han tenido acceso a la información o a una parte del legajo en manos del Ministerio Público; formula recusaciones contra jueces que hubieren emitido criterio y respecto de lo cual son muy celosos; entre muchas otras aguerridas actuaciones.

De modo que podemos afirmar que en términos generales las garantías del imputado son defendidas a capa y espada por los abogados costarricenses, pero con las dificultades que implica el desconocimiento o la prohibición de utilizar técnicas de litigación propias de un sistema procesal penal acusatorio, así como el protagonismo de jueces cuyo desempeño es más propio del sistema mixto anterior.

ii. Desempeño de las personas juzgadoras y respecto a los Principios

Tal como ha quedado dicho, la cultura jurídica costarricense ha sido muy celosa del debido proceso y de los derechos humanos.

En ese sentido, respecto del **Principio de Imparcialidad** la presencia en los debates de jueces que sean estimados como imparciales en cada caso concreto es algo muy importante para todos los intervinientes, resultando normal la formulación de recusaciones cuando corresponden, pues existe toda una doctrina al respecto desarrollada por la Sala Constitucional y por la Corte Interamericana que se suele tomar muy en serio. Sin embargo, en Costa Rica algunas lesiones al principio de imparcialidad se dan día a día sin que exista suficiente conciencia sobre ello, como cuando el juez interroga a fondo a los testigos o rechaza preguntas de oficio, tal como ya quedó descrito.

En cuanto al **Principio de Contradicción**, podemos afirmar que este se lleva a cabo de manera muy vívida en las argumentaciones de audiencias de medidas cautelares; no tanto en la audiencia de juicio, por las limitaciones ya indicadas respecto de la falta de dominio de las técnicas de litigación propias de un sistema acusatorio oral. Lo destacable es que los defensores y los fiscales se enfrentan generalmente con conocimiento teórico y dispuestos a alegar y discutir, para lo cual generalmente los jueces respetan un espacio razonable y no una mera oportunidad para rendir alegatos sucesivos, excepto en las audiencias de casación, en donde se observa menor flexibilidad y más formalismo.

En relación con el **Principio de Publicidad**, a muchos juristas de otros países hoy les parece curioso que se aplique en nuestro país a partir de la fase de juicio y no en las fases precedentes. A fuerza de cursos universitarios y capacitaciones hemos insistido en que si un ciudadano desea estar en las audiencias y las partes no se oponen, los jueces no deberían prohibir su presencia en las salas.

Sobre el **Derecho a ser oído y a participar en las audiencias**, lo normal es que los jueces no solo adviertan al imputado de ese derecho, sino que se les respete cuanto sea requerido. Como correlativo, también ha habido un esfuerzo por utilizar un lenguaje que el imputado pueda entender y hace décadas no se utilizan tecnicismos más allá de lo necesario.

iii. El paradigma restaurativo como una garantía del imputado

Dentro del Poder Judicial existe un equipo de profesionales integrado por personas de la judicatura, del Ministerio Público, de la Defensa Pública, de Trabajo Social y de Psicología cuyo objetivo es lograr la armonía social mediante la recuperación de las personas ofensoras, las víctimas y las comunidades, así como la reparación del daño mediante un proceso colaborativo en el cual las personas centrales son las víctimas, los imputados y la comunidad. Ellos cuentan con el apoyo del equipo institucional de trabajo.

En lo que aquí interesa, es de notar que el equipo brinda a los imputados y a las víctimas el apoyo desde cada una de las especialidades; lleva a cabo reuniones restaurativas y realiza audiencias de seguimiento para verificar el cumplimiento de los acuerdos.

El Programa funciona en materia penal en siete circuitos judiciales, es decir, aún no tiene cubierto todo el territorio nacional, aunque su cobertura es muy amplia. Está reservado para los casos en los que sea aplicable la ejecución condicional de la pena, es decir cuya sanción no supere los tres años de prisión y se trate un imputado primario. No obstante, el Ministerio Público ha emitido al menos dos circulares en las que limita aún más su aplicación. No se aplica en delitos previstos en la ley de penalización de violencia contra las mujeres.

Uno de los delitos en los que se ha aplicado es la introducción de droga al centro penal, cuando exista un dictamen psico social que determine que el autor o autora tiene un grado de vulnerabilidad y dependencia respecto de la persona que los constriñe a introducir la sustancia.

En materia penal juvenil el programa de justicia restaurativa sí funciona en todo el país y cuenta con una gran red de apoyo que incluye instituciones y empresa privada.

Reorganización de las instituciones del sistema penal.

i. La defensa penal en Costa Rica:

La Defensa Pública como institución costarricense es de larga data. De modo que el movimiento de Reforma Procesal Penal no implicó como en otros países un cambio estructural de esa institución. Pertenece al Poder Judicial desde 1970. Su trabajo se ha extendido desde las primeras décadas de su creación en que solamente atendía la materia penal, hasta hoy que ha asumido por ley defensas en materia de alimentos, laboral, disciplinario y otros.

En la materia penal cuenta con un número amplio de defensores (unos 354)¹⁵⁰ cuyo sistema de selección y capacitación nos ha parecido muy bueno.

Existen grupos de defensores especializados en materia recursiva y defensores de ejecución de la sanción, no así para las otras etapas del proceso por cuanto la Defensa Pública ha defendido siempre la idea de continuidad de la defensa desde que inicia el proceso, aún y cuando no siempre esto se aplica debido a cambios en los nombramientos, incapacidades y permisos. Existen defensores penales juveniles, defensores de penalización de la violencia contra la mujer que atienden a los presuntos agresores, defensores penales de hacienda que trabajan los casos de probidad en la Administración Pública, defensores del procedimiento especial de flagrancia. También existen defensores de bolsa, para cubrir aquellas audiencias y diligencias urgentes en los casos en que no hay un defensor asignado o a este no le es posible concurrir.

No existe en Costa Rica la defensa de oficio o pro bono como en otros países. Los casos penales son atendidos por defensores particulares o del ejercicio libre de la profesión o bien por defensores públicos.

En general, tal como se ha indicado líneas atrás los procesos de selección, la capacitación y la cultura institucional de la Defensa Pública, ha generado defensores con mucho conocimiento y mística. Una asignatura pendiente es empoderarlos para que exijan a las personas juzgadoras su derecho a utilizar las técnicas de litigación propias de un sistema acusatorio oral que aún no se utilizan y que les podría beneficiar mucho en su trabajo.

ii. La organización de la judicatura

En Costa Rica persiste la organización vertical del Poder Judicial. Aún y cuando se ha permitido a los colegios de jueces en cada tribunal o juzgado votar sobre aspectos organizativos y de nombramiento de personal técnico, lo cierto es que aspectos tan relevantes como el nombramiento de personas juzgadoras, así como la última instancia en materia disciplinaria tratándose de personas juzgadoras de las más altas categorías (4 y 5) los lleva a cabo la Corte Suprema de Justicia, lo cual hoy parece inaceptable para una gran cantidad de países del mundo. Por otra parte, el nombramiento y la última instancia disciplinaria tratándose de jueces de categorías inferiores, corresponde al Consejo del Poder Judicial, que es un órgano presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Tampoco existe en Costa Rica una Gestión de los despachos por parte de la Administración. La Administración de Tribunales como cuerpo de profesionales y

150 Cantidad de defensores públicos en el área penal al 1 de junio de 2018: penal adultos 278; penalización de violencia contra la mujer 21; ejecución de la pena de adultos 21; penal juvenil 30; ejecución de penal juvenil 4. Fuente: Administración de la Defensa Pública.

técnicos existe y en gran número, pero su trabajo está relacionado con otros aspectos y nunca con llevar las agendas de los despachos, tramitar los casos o controlar la producción de los jueces. Desde nuestro punto de vista es un verdadero despropósito que exista tanto recurso administrativo que poco tiene que ver con la gestión, productividad y eficiencia de los despachos. Ese modelo debe ser mejorado, pero tampoco en este tema ha existido un liderazgo de la materia penal que comprenda las experiencias latinoamericanas en la gestión de tribunales, los modelos de administración judicial y que se comprometa con el cambio. Ciertamente ha habido presidentes de Corte interesados en el tema, pero no se desempeñaban en la materia penal y no se le dio continuidad a este interés.

En un tribunal o en un juzgado penal, es el juez coordinador quien decide en último término sobre el ingreso interino de un técnico, las vacaciones del personal de apoyo, sus permisos, los aspectos disciplinarios y otros temas, lo que frecuentemente hace en acuerdo y análisis con los jueces que trabajan con ese técnico, de modo que todo ello en definitiva les ocupa gran cantidad de tiempo y atención.

Por último, vale destacar que en Costa Rica los jueces penales de adultos son distintos de los jueces penales de adolescentes, quienes conforman una jurisdicción especial. Todo lo que se indicó en líneas precedentes sobre la aplicación de la justicia restaurativa tiene mucha vigencia en esta materia penal juvenil, en tanto los aspectos de gestión y su relación con la administración se llevan a cabo de manera muy parecida a la forma como se hace en los juzgados y tribunales de adultos.

iii. En cuanto al Ministerio Público:

Se trata de una institución que forma parte del Poder Judicial, aunque con gran independencia funcional en la práctica.

Esto no es muy comprendido por otros países en los cuales el Ministerio Público tiene otro régimen constitucional. En Costa Rica tradicionalmente la institución del Ministerio Público ha sido considerada muy independiente apegada a la ley.

En los últimos meses el Ministerio Público entró en una crisis con cuestionamientos de probidad de parte de su jerarca, por lo que la discusión sobre el estatus orgánico dentro de la organización del Estado ha aparecido nuevamente sobre la mesa.

En efecto, como producto de la crisis referida, los costarricenses han pensado mucho recientemente sobre el papel del Ministerio Público, su relación con la política, con la jerarquía del Poder Judicial y con el Poder Ejecutivo. El Fiscal General anterior fue separado recientemente de su cargo por estimarse que no investigó causas contra diputados y otros políticos, en tanto la nueva Fiscal General ha anunciado investigaciones penales contra él y también contra algunos jefes del Poder Judicial,

miembros de la Corte Suprema de Justicia quienes son los que por Constitución deben nombrar al Fiscal General y de hecho la nombraron. Se estima que posiblemente estamos ante lo que la historia juzgará como el marco dentro del cual puedan ser desarrollados los primeros pasos para un nuevo lugar orgánico y presupuestario para el Ministerio Público y quizá una nueva manera de nombrar a su jerarca, si es que se llegare a concluir que no debe ser nombrada por la cúpula judicial.

Vale hacer la observación de que, en años anteriores, concretamente con el Fiscal General tras anterior el Ministerio Público persiguió y logró sentencias condenatorias contra dos expresidentes de la República y otros políticos. De manera que puede valorarse que el Ministerio Público como institución ha logrado tener independencia frente al poder político y forma parte de un sistema que ante las faltas a esa independencia, luego de la crisis logra re armarse al punto de resultar nombrada una nueva jerarca que parece estar retomando todas las causas que se reprochan como abandonadas por parte del Fiscal anterior e incluso causas contra los miembros de la cúpula judicial que participaron de su nombramiento. La nueva Fiscal General ha logrado acumular muchísimas opiniones positivas en redes sociales debido a su mano dura con relación a los políticos y jefes institucionales, y se ha dicho que su nombramiento en realidad obedeció a que la votación se realizó de manera pública a los ojos de todos, puesto que, si se hubiera hecho secreta como querían algunos, no habría salido nombrada debido a su reconocida probidad. Todas esas opiniones no pueden ser corroboradas. Pero sí dan cuenta de que en Costa Rica el lugar del Ministerio Público como institución independiente del Poder Político es algo muy valorado.

En otro orden de ideas, el Ministerio Público tiene una organización compleja u jerárquica, como es natural, en lo que no parece necesario detenernos en este estudio. Vale hacer la observación final de que no se conoce dentro del Ministerio Público una unidad de análisis criminal para el estudio de los mercados o fenómenos criminales. Los fiscales indican que se alimentan de los análisis que lleva a cabo el Organismo de Investigación Judicial que es la Policía Judicial y que sí tiene desarrollada una pericia en este sentido.

Conclusiones

En Costa Rica, en términos generales, es compartido el discurso de que el sistema procesal penal debe ser reflejo de un sistema democrático republicano. En el ámbito judicial existe una gran conciencia sobre la importancia del respeto a los Derechos Humanos y al Debido Proceso. Sin embargo, hay dos aspectos que no son verdaderamente dominados por todos. El primer aspecto se refiere a que el modelo procesal que se condice mejor con un sistema democrático republicano es el modelo

acusatorio, porque en él se hacen vivos los principios de división de funciones, controles cruzados, control ciudadano y participación. Nos parece que hay que seguir luchando por hacer comprender estas ideas. El segundo aspecto tiene que ver con las técnicas de litigación y de dirección de audiencias en un sistema acusatorio: Las técnicas bien aplicadas garantizan que cada interviniente asuma su rol y no anule el del otro; que exista un buen control cruzado entre todos y que la información que se produzca sea de mayor calidad. Se hace necesario un esfuerzo institucional por conocer y hacer vigentes las técnicas de litigación oral y dirección de audiencias para evitar que aún haya jueces que tratan la audiencia de la fase intermedia como un mero trámite de pasar papeles a otra fase procesal; jueces de juicio que se oponen de oficio a las preguntas de las partes y partes que lo permiten; jueces que no permiten el uso de declaraciones previas como técnica; jueces que no permiten la realización del alegato inicial en debate; entre otras prácticas viciadas. Todas estas técnicas que son comprendidas por las nuevas generaciones, deben tener un espacio real en la práctica. Los esfuerzos académicos universitarios por lograrlo han topado con una resistencia mal informada. Esas son asignaturas pendientes que no requieren reforma legal.

Por otra parte, una reforma a la ley sí resultaría necesaria si quisiéramos sacar provecho del potencial democratizador que tiene en las audiencias iniciales el control de detención o aprehensión, así como la audiencia de imputación de cargos que hoy no existen en nuestro sistema

Un aspecto en el que se ha avanzado mucho es en la discusión de las medidas cautelares, en la generalidad de las cuales se discute de manera profunda sobre la probabilidad de comisión del hecho delictivo, la necesidad de cautela, el principio de proporcionalidad y el plazo de la medida.

En la fase de juicio en términos generales hoy se respeta que cada parte señale el orden en que su prueba será presentada, así como el derecho de cada parte a interrogar de primero a sus testigos. Esas declaraciones no pueden ser sustituidas por declaraciones escritas rendidas en las fases precedentes. Pero salvo esos y otros pequeños cambios, los debates costarricenses son iguales a los de los años setentas y ochentas, con jueces que interrogan; litigantes que no distinguen entre la técnica de un contra examen y un examen directo; jueces que no respetan la técnica de las objeciones pues en ocasiones ni siquiera la conocen y tribunales superiores que muy poco han hecho por corregir esta situación y más bien han reprimido tales prácticas cuando un tribunal se ha atrevido a aplicarlas.

Respecto de los actores procesales, se cuenta con defensores públicos de mucha mística, desde luego unos mejores que otros; fiscales rebasados de trabajo en gran medida porque las soluciones alternativas al juicio se aplican muy poco y hay cada día

más casos; y jueces que no sólo desconocen las técnicas acusatorias, sino que tienen razones para no querer arriesgarse a que sus sentencias sean anuladas por sus superiores si deciden permitir la innovación en el desenvolvimiento de las partes.

La verdad es que al igual que en lo social y en lo político, en lo jurídico el país aún se ve beneficiado de los avances que hicieron generaciones de décadas y siglos anteriores. Pero las nuevas generaciones que lideran la justicia no han logrado seguir avanzando a la misma velocidad y se ha producido un rezago el cual es evidente al comparar las prácticas acusatorias de otros países vecinos.

Ello explica que, en temas como las garantías del imputado, la teoría del delito, los derechos humanos y el debido proceso no tengamos problema discursivo alguno, pues son conquistas de vieja data. Muchas sentencias de todo nivel son prueba de ello.

El rezago se produce porque el Poder Judicial costarricense como institución no ha despertado ante una América Latina que desde los años noventa optó por procesos penales acusatorios como reacción a todas las lesiones a los derechos humanos que fueron provocados en su momento por las dictaduras militares. Quizá el no haber vivido esas atrocidades ha hecho que Costa Rica no comprenda la importancia del tránsito hacia un proceso más acusatorio. Si bien ha habido líderes muy valiosos que han empujado el cambio, los jerarcas de la materia penal no han seguido en la misma línea y tampoco los tribunales.

En síntesis, la aplicación de un sistema acusatorio oral en materia penal tiene aún mucho por mejorar en nuestro país, a pesar de que las garantías del imputado y el debido proceso son elementos que se tienen en alta valía en el ámbito judicial.

Se cuenta con recurso humano abundante, y que en términos generales logra cumplir estándares mínimos de debido proceso. Es necesario sacar mayor provecho de esas capacidades y retomar la necesidad de aplicar las técnicas correctas para lograr un proceso cada vez más acusatorio.

Panorama histórico de la reforma procesal en Cuba

La reforma del proceso penal cubano no tuvo los mismos orígenes ni similar alcance que la del resto de los países de América Latina.

La reforma cubana tuvo lugar con la promulgación de la Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973, que puso fin a la vigencia en el país de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, que regía en la Isla desde 1889.¹⁵²

El nuevo proceso penal que se instauró se basa en el llamado modelo mixto de enjuiciamiento, diseñado por la presencia de dos períodos principales y uno intermedio. En el primero, conocido como *fase preparatoria*, prevalecen los rasgos inquisitivos, con una marcada ausencia de la contradicción, esencialmente escrito y destinado al descubrimiento de los hechos aparentemente delictivos y de sus responsables (autores, cómplices y encubridores), que posibilite preparar la acusación. Le sigue una etapa intermedia, dedicada a verificar si concurren los presupuestos que posibilitan la apertura del juicio oral y una tercera y última fase, que es la del juicio oral, etapa que se destina a la práctica de las pruebas que servirán de fundamento a la condena o la absolución y donde prevalecen los principios de contradicción, oralidad, igualdad formal de las partes, publicidad y muchos otros que conforman lo que se conoce como *modelo teórico acusatorio*.

La reforma procesal cubana de 1973 eliminó la figura del juez de instrucción a cargo de la investigación previa, la que se encomendó al instructor de la policía, quien actúa bajo la supervisión y control del fiscal. En determinados casos se puede encomendar la investigación a un instructor de la propia fiscalía. La estructura de este modelo recibió la influencia del proceso investigativo de la Unión Soviética, a donde iban a formarse los

151 Profesor de Derecho Procesal. Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

152 Cuando se produjo la ocupación del país por los Estados Unidos, al fin de la dominación colonial española, el gobierno interventor mantuvo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, pero introdujo algunas modificaciones en su articulado, como la eliminación del secreto sumarial, el establecimiento del Habeas Corpus y la instauración del juicio por jurados para determinados delitos, entre otras (se trataba de un jurado conformado por cinco ciudadanos, que tenía la responsabilidad de pronunciarse sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, pero que tenía la peculiar facultad de interrogar a testigos y peritos durante la celebración del juicio oral (Orden Militar No. 213 y No. 427 del Gobernador Militar norteamericano).

integrantes del ministerio público del país en esos tiempos (Csovski & Grzybowski, 1958, pp. 293-294).¹⁵³

La promulgación de la Constitución Socialista en 1976, y con ella una nueva división política del país, obligó a dictar una nueva Ley de Procedimiento, que es la vigente Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977.

La Ley No. 5 significó un retroceso en algunos aspectos, siendo el más destacable el procedimiento para la imposición de las medidas cautelares al imputado. En la Ley de 1973 el aseguramiento durante la etapa investigativa era dispuesto por el propio tribunal que luego realizaría el juzgamiento, pues se había eliminado la figura del juez de instrucción. Era acordado dentro de las 72 horas siguientes a la detención, mediante la realización de una audiencia verbal, con la intervención del fiscal y el imputado, asistido por el defensor de su elección o en su defecto por el que de oficio se le designara. En la citada audiencia debían presentarse los elementos probatorios que consideraran necesarios, los cuales eran evaluados por el tribunal, quien en el propio acto disponía la medida cautela que considerara procedente, que era de ejecución inmediata y no sujeta a impugnación.

La Ley de 1977 suprimió la audiencia verbal, empoderando al fiscal para adoptar las medidas cautelares, las que eran sometidas a la aprobación del tribunal que luego asumiría el juzgamiento, quien podía ratificarlas o modificarlas; de la detención a la decisión judicial mediaba un plazo de diez días.

En 1994 se produce un nuevo retroceso en este camino, con la promulgación del Decreto Ley No. 151, que redujo el tiempo para el aseguramiento a siete días, pero eliminó la intervención de los tribunales en la decisión, lo que fue descrito gráficamente por el profesor RIVERO GARCÍA, al señalar que esta norma significó el paso del señorío del aseguramiento a manos de la policía y la instrucción, con excepción de la prisión provisional, cuya decisión quedó en poder del fiscal, cesando a partir de ese momento todo control judicial en el aseguramiento del acusado (Rivero García, 2009, p. 36).

En todos estos años la Ley de Procedimiento Penal ha sido objeto de varias modificaciones, que no cambian sustancialmente el modelo de juzgamiento al que hemos hecho referencia. Pueden mencionarse como los más significativos, la ampliación

153 Casi toda la normativa cubana que se gestó en los años 70 recibió la influencia del Derecho Soviético, debido al estrecho vínculo económico y político que en ese momento existía entre Cuba y el resto de los países del bloque socialista. Cuando fue instaurado el régimen soviético, el procedimiento penal estaba reglamentado en Rusia por códigos completamente modernos, promulgados en 1864 y redactados de acuerdo con el modelo del Código francés, resultado de la reforma judicial liberal de 1860, basada en la doctrina europea más avanzada de la época.

de la competencia de los tribunales municipales en 1987 y en 2014¹⁵⁴, la extensión de las posibilidades de revisar las sentencias firmes, en 1985, a partir de una ampliación sustancial de los motivos que posibilitan el procedimiento de revisión y la introducción del procedimiento abreviado, en 1994.

En el proceso penal cubano existe un imperio absoluto del principio de legalidad, por lo que no existen salidas alternativas al juzgamiento equiparables al criterio de oportunidad, que puedan calificarse como una presencia del principio de oportunidad. No obstante, de la mano del Código Penal, se dispuso en 2013, con la promulgación del Decreto Ley No. 310, de 29 de mayo, la posibilidad de que los órganos investigativos pudieran imponer una multa administrativa, a quienes cometieran delitos cuyo límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad, siempre que se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las características del infractor como por las consecuencias del delito. Esta multa administrativa se concibe como una salida alternativa al juzgamiento, pero no tiene un efecto liberador, por cuanto las actuaciones pueden ser puestas nuevamente en curso en cualquier momento por los órganos encargados de la persecución penal. En el caso de los delitos sancionables hasta tres años de privación de libertad, la decisión requiere de la aprobación de la fiscalía.¹⁵⁵

No hay en el panorama procesal cubano cabida para ningún tipo de acuerdo resarcitorio, mediación, conciliación, ni ninguna otra fórmula que permita una salida alternativa al juzgamiento a determinados delitos, esencialmente de naturaleza patrimonial, a partir de un arreglo satisfactorio entre víctima y victimario. Reflexionando sobre este particular y sobre la posibilidad de introducir en el proceso penal cubano fórmulas que admitan acuerdos entre las partes como salidas alternativas, se preguntaba RIVERO GARCÍA si “¿Debe mantenerse la idea de la búsqueda de la verdad histórica o material, sin concesión alguna, como meta del proceso?”, y dudaba de si la filosofía que impera

154 En Cuba existen tres niveles jurisdiccionales, que se corresponden con la división política administrativa del país: tribunales municipales populares, tribunales provinciales populares y el Tribunal Supremo Popular. Originalmente los tribunales municipales tenían competencia para conocer de los delitos con sanciones de hasta un año de privación de libertad. En 1987 se amplió su competencia para sancionar por delitos de hasta tres años de privación de libertad y en 2014 se amplió nuevamente su competencia, para conocer de delitos con sanciones de hasta ocho años de privación de libertad.

155 Estos cambios de naturaleza procesal tienen su nicho en el Código Penal y no en el ordenamiento procesal. El artículo 8 del Código Penal cubano define en su apartado 1) el concepto de delito y en su apartado 2) establece que no se considerará delito “la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor”. Esta formulación abrió la puerta para que en 1997 se adicionara un apartado 3), en el que se dispone lo que es objeto de nuestro análisis, consistente en que los órganos de investigación pudieran imponer una multa administrativa en sustitución del juzgamiento, pero limitado a los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad, sin requerir autorización de ninguna otra autoridad. La modificación del año 2013, consistió justamente en extender la facultad para los delitos sancionables hasta tres años, en cuyo caso requiere la aprobación del fiscal.

actualmente en el sistema social cubano en general, y en el sistema penal en particular, podrían dar cabida a fórmulas consensuadas de justicia penal (Rivero García, 2009, p. 45).

Una investigación reciente de una jueza del Tribunal Supremo Popular de Cuba demostró las negativas consecuencias económicas y sociales que tiene para el país la rigidez del principio de legalidad en el proceso penal (Hernández Rodríguez, 2017).

Oralidad y calidad de la litigación

Estructura del modelo procesal penal cubano. El juicio oral

Tal y como se ha referido en la parte introductoria de este informe, el proceso penal cubano cuenta con dos etapas legalmente estructuradas, que son la fase preparatoria y la fase del juicio oral. La fase intermedia no está legalmente prevista en la norma, por lo que su construcción es de naturaleza práctica y no precisamente legislativa (Mendoza Díaz, 2013, p. 137).

La única presencia de oralidad en estas fases es la del juicio oral y excepcionalmente durante la etapa sumarial, cuando es necesario realizar algún adelanto probatorio. Fuera de estos casos no hay presencia alguna de contradicción oral en el proceso penal cubano.

En lo que a la fase intermedia respecta, la dificultad fundamental para su ubicación temporal se presenta en poder determinar hasta donde se extiende, toda vez que su inicio está claramente identificado en el momento que el instructor de la policial considera concluida la investigación y presenta el expediente al fiscal, lo cual se regula en el artículo 262 de la Ley de Procedimiento. A partir de este momento se abre para el fiscal una panoplia de posibilidades que están recogidas en el mencionado artículo, pero que tiene como fundamentales: (i) la solicitud de sobreseimiento definitivo del expediente, (ii) que se tramite alguno de los artículos de previo y especial pronunciamiento previstos en la Ley¹⁵⁶, o (iii) ejercer la acción penal y solicitar la apertura a juicio oral.

¹⁵⁶ Los *Artículos de previo y especial pronunciamiento* son cinco situaciones específicas que se regulan en el artículo 290 de la Ley de Procedimiento. Constituyen presupuestos procesales y pueden ser propuestos por el fiscal al tribunal en este trámite o por el acusado como excepciones defensivas cuando se le de traslado de las conclusiones acusatorias del fiscal. Dos de ellos tienen naturaleza procesal y los otros tres son de naturaleza material. Los de naturaleza procesal son (i) La declinatoria de jurisdicción y (ii) la falta de autorización para proceder, en los casos de delitos requeridos de este presupuesto. Son de naturaleza material (i) la cosa juzgada, (ii) la prescripción de la acción penal y (iii) la amnistía.

Se sostiene que la fase intermedia se extiende solamente a aquellas actuaciones de la fiscalía ante el tribunal en los casos en que solicita el sobreseimiento o la apreciación de un “Artículo de previo y especial pronunciamiento”, teniendo en cuenta las actuaciones sucesivas que se derivan hasta que se adopta la decisión correspondiente; pues si el fiscal formula la acusación, es de estimar que se produce el ejercicio efectivo de la acción y con ello el comienzo de la fase del juicio oral. No obstante, la Ley concibe que en determinados casos en que el fiscal solicita la apertura del juicio oral, el tribunal puede devolverle el expediente, si considera que se han quebrantado formalidades del proceso durante la investigación, o es necesario ampliar las investigaciones o los hechos narrados en las conclusiones no se corresponden con los investigados en el expediente (Artículo 263). No cabe duda que esta actividad de control de la acusación se enmarca dentro de la denominada fase intermedia. Un sector de la doctrina cubana considera que se extiende incluso más allá, o sea, hasta el momento en que se traba el debate penal, una vez que ambas partes esgrimen sus armas en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales, a través de las alegaciones fácticas, los fundamentos jurídicos y la proposición de los medios de prueba de que intentan valerse. Esta posición se basa, entre otros argumentos, en que durante el trámite de calificación a cargo de la defensa, existe aún la posibilidad de que el imputado oponga alguna excepción al ejercicio de la acción, la que, de ser acogida, excluye la celebración de la contienda oral y pública (Arranz Castellero, 2003, p. 213).

Bajo la denominación de *juicio oral* se amparan dos definiciones procesales distintas, pues el término identifica tanto a una **fase** como a un **acto**.

Como **fase**, que es su verdadera acepción en nuestra Ley, abarca aquella etapa del proceso que comienza desde el momento en que el fiscal presenta su escrito de calificación y el tribunal lo acepta, quien radica la causa mediante auto y con ello declara abierta la mencionada etapa del proceso, la que se extiende hasta el momento en que se adopta una decisión definitiva y se les notifica a las partes en forma de sentencia.

La Ley de Procedimiento Penal es omisa en muchos aspectos relativos al desarrollo del juicio oral y la práctica de las pruebas, razón por la cual con el paso del tiempo se establecieron algunos vicios que robaban espacio a la oralidad.

El artículo 310 de la Ley establece que el juicio comienza con la intervención del secretario, dando cuenta del hecho y seguidamente se le da lectura a los escritos de calificación de las partes. Esta formalidad equivale a lo que en los códigos modernos constituyen los alegatos de apertura de las partes. En los tribunales se generalizó la reprochable práctica de que las partes, con el ánimo de “complacer” al tribunal y evitar una lectura tediosa del pliego acusatorio y del escrito de la defensa, renunciaban a que se efectuara la lectura. Esta mala práctica provocaba que comenzara el examen de las

pruebas sin que se tuviera una visión inicial del contenido de los hechos que serían sometidos a juzgamiento (Rivero García, 2011, p. 159).¹⁵⁷

Al anterior vicio se unía otro peor, consistente en la no introducción de los medios de prueba documentales por la lectura. Esto era aplicable tanto a los medios documentales que contaban en el expediente de fase preparatoria, sobre los que solo se pedía “que se tuvieran por reproducidos”, lo que implicaba que se omitiera su reproducción en juicio, en el entendido de que el tribunal tenía en su poder el sumario. La misma suerte corrían los documentos aportados en los escritos de calificación, que al ser del conocimiento de ambas partes y del tribunal, se pedía igualmente que se tuvieran por reproducidos, relevando de su lectura.

Con el propósito de corregir estos vicios, el Tribunal Supremo Popular emitió en 2011 su Instrucción 211, de 15 de junio, **“Guía metodológica para la realización del juicio oral en el procedimiento ordinario, con aplicación supletoria para el resto de los procedimientos especiales previstos en la Ley de Procedimiento Penal”**. No es otra cosa que una especie de normativa reglamentaria, que complementa los vacíos de la Ley de Procedimiento, e instruye a los tribunales sobre la forma en que deben desarrollarse los juicios orales.¹⁵⁸

157 Esta ausencia de información afectaba esencialmente al público que asiste a los actos de justicia, bajo el principio de publicidad, pues en el modelo procesal penal cubano, a diferencia de lo que ocurre en los modelos procesales avanzados, el tribunal tiene en su poder el expediente sumarial. El tribunal de sentencia cubano llega al juicio totalmente permeado del resultado de la investigación precedente. Al no existir un juez de control y no estar prevista una audiencia previa, el tribunal del juzgamiento recibe el expediente de fase preparatoria conjuntamente con las conclusiones acusatorias del fiscal, asume el control de la acusación y consecuentemente tiene la responsabilidad de pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de las pruebas, lo que unido a que en todo el tiempo del desarrollo del juicio oral tiene en su poder el expediente y va cotejando las actuaciones orales que ocurren en su presencia, con el resultado de las investigaciones prácticas en la fase previa, hacen que sea un juez contaminado con el resultado de la investigación previa, lo que compromete severamente su imparcialidad. Reflexionando sobre esta situación, expresaba el profesor RIVERO GARCÍA “El sumario y expediente de fase preparatoria, como la sobra que sigue al cuerpo, está presente en el juicio o debate y tiene una influencia decisiva en la sentencia. Aun cuando los jueces pongan lo mejor de sí en evitación de este nocivo efecto.” RIVERO GARCÍA, Danilo; “La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia en Cuba. Los destinos del juicio oral en los tiempos actuales”. Las valoraciones del profesor Danilo RIVERO GARCÍA no solo tienen el valor de su apreciación académica, sino también de su vivencia práctica, pues perteneció a la judicatura cubana durante muchos años, llegando a ser Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Provincial de la Habana y juez de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Al momento de su fallecimiento, en 2015, se desempeñaba como abogado litigante en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, con un prestigioso desempeño profesional.

158 La estructura arquitectónica de los tribunales en Cuba sigue aún la tradición española decimonónica, que concibe que los abogados y fiscales ocupan estrados a ambos lados del tribunal, en una posición ligeramente inferior a este, mientras que el acusado permanece sentado en un lugar separado y distante de su abogado, en lo que se conoce históricamente y con la carga peyorativa que conlleva, como “banquillo de los acusados”. La Instrucción que comentamos trató de corregir esta situación disponiendo que el acusado debe permanecer sentado cercano a su defensor, lo que pugna con la propia distribución

Esta Instrucción trató de poner fin a muchos de los vicios a que hicimos referencia anteriormente, en tal sentido al comienzo del juicio el secretario dará lectura a un resumen de los hechos que son objeto de la acusación, que ha sido previamente elaborado por el juez ponente de la causa, de tal suerte que si las partes prescinden de la lectura de sus escritos de calificación, como sigue ocurriendo en la actualidad, los presenten tengan al menos una referencia del contenido de la acusación. No existe otro acto de iniciación de los debates que posibilite la exposición de la estrategia que seguirán las partes, sino que vencida esta parte introductoria se comienza con la práctica de las pruebas propuestas por las partes.

Con relación a la práctica de la prueba documental se dispuso que las partes pudieran solicitar la lectura y someter a debate aquellos medios propuestos, decisión que podría ser igualmente dispuesta de oficio por el tribunal. Como se puede observar, no se trata de una regla de oralidad absoluta, que evite que algún documento pueda librarse del patrón de la oralidad, sino que deja a disposición de las partes la selección de aquellos documentos, planos, mapas, croquis o cualquier en los que tiene interés que sean sometidos a la contradicción.¹⁵⁹

Los tribunales cubanos asumen un importante protagonismo durante el procedimiento probatorio, de tal suerte que les corresponde la vigilancia para evitar que puedan ser formuladas por alguna de las partes preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes. El artículo 322 de la Ley hace recaer esta responsabilidad en el presidente del tribunal. Lo anterior no impide que las partes puedan protestar cuando se formula alguna pregunta patológica, pero existe la tradición de que sea el tribunal quien asuma autónomamente esta función.

Una vez realizado el interrogatorio de testigos y peritos, los tribunales tienen libertad para el interrogatorio, facultad que por lo general ejercen, para lograr la mayor certeza sobre el controvertido. Tienen también la posibilidad de incorporar determinados medios probatorios, consistente en todos aquellos que consideren necesarios para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de las partes, cuando no han sido suficientemente esclarecidos, a criterio del juzgador (Artículo 340.2).

Teniendo en cuenta el valor que tiene el expediente de fase preparatoria en el proceso penal cubano, la Ley faculta a las partes para solicitar del tribunal, ante una

constructiva de los estrados, por lo que en la práctica judicial no ha tenido aun una corrección este problema, que impide que el abogado esté junto a su defendido durante el desarrollo del juicio y particularmente en los momentos en que se practican las pruebas.

159 Esta forma de proceder en cuanto a la práctica de las pruebas documentales había sido regulado por el Tribunal Supremo desde 2001 (Dictamen No. 403, de 14 de junio), pero no fue hasta la promulgación de la Instrucción en comento en que se convirtió en práctica habitual de jueces, fiscales y abogados.

contradicción entre lo que el testigo dice en el juicio oral y lo declarado durante la fase preparatoria, le sea leída la que prestó durante la etapa investigativa, de tal suerte que se le contraste con su dicho precedente. La Ley prevé que el testigo solo cometería delito de perjurio si miente durante el acto del juicio, lo que le garantiza su posibilidad de declarar libremente y no estar necesariamente atado a lo dicho durante la investigación (Artículo 327).

El juicio oral en Cuba culmina con los informes orales conclusivos de las partes, existiendo una larga tradición en el uso de la oratoria forense y la formulación de informes orales coherentes y correlativos a los resultados probatorios. Se evidencia que los fiscales y abogados tratan de formular informes con un uso adecuado de la retórica. En la práctica judicial cubana se enumeran y documentan casos de relevancia en que las partes han presentado informes calificados como piezas de oratoria forense.¹⁶⁰

Los jueces de sentencia

El acto del juicio oral tiene lugar ante un tribunal colegiado, formado por jueces profesionales y jueces ciudadanos, a los que las normas cubanas denominan “jueces legos”.¹⁶¹

Los jueces profesionales municipales y provinciales son electos por las asambleas legislativas provinciales y los del Tribunal Supremo, por la Asamblea Nacional del Poder Popular, previo la aprobación de un examen de oposición. La nominación, en todos los casos, está a cargo del Tribunal Supremo. Los jueces son inamovibles y solo se les puede remover mediante proceso disciplinario, por faltas cometidas en su desempeño o por la comisión de algún delito.

Los jueces legos son igualmente electos en los niveles asamblearios antes mencionados. Las propuestas para desempeñarse como jueces legos surgen de los colectivos laborales. Si bien la figura del juez lego consagra en nuestro país el principio de participación popular en la administración de justicia, se evidencian fallos en la aplicación del modelo. Los jueces legos son electos para que presten servicios por dos meses al año, repitiendo en esta responsabilidad durante largos períodos, lo que propicia una especie de “profesionalización” en sus funciones, ajeno a la aspiración que se pretende y que informan el modelo. Se critica también que están presentes en todos los niveles de la judicatura, cuando su razón de ser fundamental es el juzgamiento de los hechos; por lo que resulta innecesaria su presencia en los niveles judiciales encargados del control de

160 La oratoria forense es asignatura optativa en varias universidades del país.

161 El artículo 124 de la Constitución Socialista establece que para todos los actos de impartir justicia todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos. Según la escala judicial o la complejidad de los asuntos los tribunales se integran por tres o por cinco jueces.

los recursos, como es el caso de la casación ante el Tribunal Supremo Popular, que es un examen meramente de jurídico del caso, en el que el juez lego es incapaz de realizar alguna aportación, convirtiéndose en una especie de invitado de piedra en las vistas orales de estos recursos. Se le critica también la proporción que tienen en la conformación de los tribunales de sentencia, en minoría numérica con relación a los jueces profesionales, lo cual no resulta provechoso para el balance de fuerzas que se requiere en la decisión de los casos (Mendoza Díaz, 2015, p. 184).

Las partes en el juicio oral

En lo relativo al papel de las partes en el juicio oral, sus estrategias de litigación y el uso de las técnicas de interrogatorio, que prevalecen actualmente en el panorama formativo latinoamericano, hay que destacar que pese a los años que rige la oralidad en Cuba en el proceso penal, no ha existido en el país un movimiento doctrinal o práctico encaminado a capacitar a los actores del proceso penal por los derroteros que han venido de la mano de la reforma del proceso penal en América Latina y la instrumentación de técnicas de litigación basadas en la denominada teoría del caso.

Si se revisa la bibliografía cubana sobre este tema, se encuentran manuales que son clásicos en esta materia, como el conocido libro *El Juicio Oral*, de Andrés María LAZCANO Y MAZÓN (1947), y más recientes los textos monográficos de Danilo RIVERO GARCÍA y Pedro PÉREZ PÉREZ (2002) o el de Jorge BODES TORRES (2006), pero todos encaminados a interpretar la normativa procesal y esclarecer sobre las formalidades del juicio, pero no dirigidos a entrenar a los profesionales sobre técnicas de litigación.

En las universidades se realizan prácticas encaminadas a enseñar el papel de los sujetos que intervienen en el juicio y las funciones específicas de los jueces, fiscales y abogados, papeles que son desempeñados por los alumnos, bajo la dirección de sus profesores, en su gran mayoría con experiencia en el desempeño profesional. Ya en la práctica judicial, los centros de formación de la judicatura, la fiscalía y la organización de la abogacía, igualmente realizan cursos de preparación para el desempeño de la profesión en los diferentes roles. En ninguno de estos casos la capacitación está basada en la denominada teoría del caso y las técnicas de litigación que le están asociadas.

Pudiéramos decir que la tradición de oralidad en la litigación en el país se ha transmitido de generación en generación, partiendo de la experiencia práctica acumulada, sin que esté apoyada en elaboraciones teóricas y conceptuales.

Los recientes vínculos que ha establecido la Organización de la abogacía en Cuba con el INECIP de Argentina y los cursos impartidos por especialistas de esa institución en los últimos años, han abierto un camino en función de incorporar las técnicas de litigación y la metodología de la teoría del caso en la práctica judicial cubana. En algunas

universidades del país, profesores jóvenes han incorporado cursos optativos o actividades complementarias, basadas en las enseñanzas recibidas en los cursos a que hemos hecho mención.

El desafío es que estos nuevos aires pugnan con una la litigación oral tradicional, que prevalece en la gran mayoría de los profesionales que actualmente se desempeñan en la administración de justicia en Cuba, basada más en el oficio y la tradición, que en una conceptualización teórica y práctica sobre métodos y técnicas para litigar.

Los recursos

En el proceso penal cubano existen cuatro tipos de recursos, uno de naturaleza administrativa y los restantes judiciales.

El primero de ellos es el recurso de queja, establecido para combatir las decisiones del instructor ante el fiscal, o cuando es el fiscal quien tome la decisión, ante su superior jerárquico. Este recurso prevalece durante la fase investigativa y está concebido esencialmente para que el imputado o su abogado puedan combatir aquellas decisiones que les produzcan perjuicio. La naturaleza escriturada de la fase sumaria caracteriza este medio de impugnación, que no tiene prevista audiencia, ni ninguna otra actuación oral. El recurso de queja se puede utilizar también por la víctima o perjudicado, cuando se decide archivar las actuaciones en la fase preparatoria, por considerarse que los hechos no son constitutivos de delitos.

Los recursos judiciales son la súplica, la apelación y la casación. El recurso de súplica está concebido para combatir aquellas resoluciones interlocutorias dictadas por el tribunal, que afecten intereses de las partes.¹⁶²

La apelación es un recurso que propicia el doble juzgamiento y está previsto para combatir las sentencias dictadas por los tribunales municipales, que posibilita la repetición del juicio en la instancia provincial, que comprende a todos aquellos delitos que tienen prevista sanción de hasta ocho años de privación de libertad. La decisión que

162 La Ley de Procedimiento utiliza el concepto de "protesta", para definir aquel medio de impugnación que tienen tanto el fiscal como el abogado defensor, para combatir decisiones del tribunal en los siguientes casos: (i) cuando al momento de disponer el señalamiento a juicio oral, el tribunal desestima la admisión de algún medio de prueba propuesto en los escritos de calificación, (ii) cuando en el juicio oral el tribunal desestima por patológica alguna pregunta y la parte que la formuló insiste en su pertinencia, (iii) cuando al final del juicio falta por tomar declaración a algún testigo que no compareció y el tribunal decide prescindir de su presencia y dar por terminado el juicio oral. El primero se formula por escrito, los otros dos de forma oral en el propio acto del juicio. En todos estos casos el medio de impugnación tiene un efecto propedéutico, pues si la parte perjudicada no hace uso del mismo, no podrá interponer en su día el correspondiente recurso de apelación o casación. Estas protestas no son más que recursos de súplica, aunque la noma no los incluya en esta categoría.

se adopte en estos casos es definitiva pues no tiene previsto un nuevo nivel impugnativo ante el Tribunal Supremo. Existe un tipo especial de apelación, concebida para los casos en que el tribunal provincial impone la sanción de pena de muerte, en que corresponde al Tribunal Supremo la repetición del juicio y resolución del recurso; lamentablemente lo mismo ocurre en los casos en que, habiéndose solicitado por el fiscal la pena de muerte, el tribunal absuelve o sanciona con otra pena distinta, recurso de apelación que beneficia al fiscal, con un menoscabo sustancial de los derechos del acusado.

La casación es un recurso de naturaleza extraordinaria, concebida para combatir las sentencias dictadas en primera y única instancia por los tribunales provinciales, que como ya se ha explicado, tienen competencia para conocer de los delitos sancionados con pena superior a los ocho años de privación de libertad. Procede por la denuncia que puedan hacer las partes de algunas de las causales taxativamente reguladas en la Ley, las que se dividen en causales por quebrantamiento de forma (violación de formalidades procesales) o de infracción de ley (violación de lo previsto en el Código Penal). El recurso de casación no implica una nueva instancia de juzgamiento, sino un nivel jurisdiccional que solo realiza un examen de derecho, a partir de las causales procesales y sustantivas antes referenciadas.

La ejecución de las sentencias penales

En Cuba no existe una ley de ejecución penal. El control de la ejecución se bifurca, en correspondencia con la naturaleza de la sanción impuesta. Si el acusado es sancionado a privación de libertad, es el Ministerio del Interior, a través de su sistema penitenciario, quien se encarga del control y seguimiento de la vida del recluso, recibiendo la supervisión de la fiscalía, quien cuenta con una dependencia especializada en el control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios. En estos casos el tribunal del juicio interviene al solo efecto de aprobar la libertad condicional, cuando el sancionado arriba a la mitad de la pena impuesta y ha cumplido con los requisitos que al respecto establece el Código Penal.

En los casos en que la sanción de privación de libertad haya sido sustituida por algunas de las medidas subsidiarias que establece el Código Penal (remisión condicional de la sanción, limitación de libertad, trabajo correccional sin internamiento), así como en los casos en que el tribunal dispone la libertad condicional de un sancionado, el control y seguimiento de los sujetos es asumido por un juez, denominado juez de ejecución, figura que surgió en el panorama judicial cubana en 2001, a partir de la Instrucción No. 163,

de 2000, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo y que ha significado un mejoramiento en el sistema de control penal de las medidas alternativas a la prisión.

Protección del sistema de garantías del imputado

El abogado defensor durante la fase investigativa

En Cuba el derecho a la defensa está enunciado en el artículo 59 de la Constitución y tiene su desarrollo normativo en la Ley de Procedimiento Penal, la cual está aún permeada del espíritu que caracterizó al legislador español del Siglo XIX, ya superado en aquel país, en que el autor de la Exposición de Motivos postulaba que para establecer la igualdad absoluta entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, desigualdad que fue provocada deliberadamente por el delincuente, que colocaba al poder público en una situación indefensa y desprevenida, era menester que el Estado tuviera alguna ventaja en los primeros momentos, que le diera tiempo a recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad del autor (Mendoza Díaz, 2016, p. 3).

El abogado defensor solo puede entrar al proceso y tener acceso a las actuaciones sumariales una vez que se ha impuesto una medida cautelar, para lo cual la fiscalía dispone de hasta de siete días posteriores a la detención. Contradictoriamente, en el caso que no se imponga medida cautelar, la intervención del abogado queda reservada para la fase que sigue a la calificación, una vez concluida toda la etapa preparatoria y admitido el expediente por el tribunal para el juicio oral, lo que implica que el imputado estuvo ausente de participar en el procedimiento investigativo seguido en su contra y solo entra en la fase judicial previa al acto del juicio oral.

Se cercena también el derecho a la defensa con la posibilidad de disponer el fiscal medida cautelar sin que medie un procedimiento oral y contradictorio, en que judicialmente se acredite la existencia de los presupuestos universalmente aceptados como únicos condicionantes de una detención preventiva, que son el peligro de fuga u obstaculización de la investigación, unidos a la existencia de elementos incriminatorios que hagan presumir su culpabilidad. Partiendo del entendido universalmente aceptado de que la medida cautelar no es un medio de investigación, sino una forma de sujeción del imputado al proceso, cuando su estado de libertad puede perjudicar la investigación o existen fundamentos razonables para estimar que evadirá la acción penal.

Una vez que se aplica una medida cautelar, el abogado tiene acceso a las actuaciones, puede entrevistarse en privado con su defendido y puede proponer medios de prueba, para que sean practicados por el instructor de la policía o el fiscal. En los casos en que no se impone medida cautelar esta posibilidad queda reservada para el momento en

que se presenta el escrito de calificación, debiendo el tribunal pronunciarse al respecto. En aquellos casos de medios probatorios que requieren de actuaciones previas, como las periciales, con alguna frecuencia son denegados por el tribunal, pues implica una paralización temporal del curso del proceso, a la espera de que los peritos puedan rendir sus informes, aduciendo que debieron solicitarse previamente al instructor o al fiscal, durante la fase sumarial.

Otra de las carencias de nuestro proceso penal en el terreno del derecho a la defensa lo constituye la ausencia de un catálogo que tipifique las ilicitudes probatorias y el establecimiento de mecanismos procesales para excluir determinados medios de prueba que hayan sido obtenidos violando derechos y garantías fundamentales. Si bien existe un pronunciamiento genérico en el artículo 166 de la Ley de Procedimiento, que repudia el uso de la violencia y la coacción contra las personas para obtener de ellas una declaración, y reputa nula la que se haya obtenido de esta forma, con la consecuente sanción para el infractor, lo cierto es que está limitado a las declaraciones y no al resto de los medios probatorios, unido a que no regula la forma de decretar la nulidad de la declaración y la manera de extraerla de las actuaciones, para evitar que lleguen al conocimiento del juez, que al final de todo la investigación tendrá, en nuestro modelo procesal, acceso al expediente sumarial íntegramente.

La falta de herramientas en manos de los abogados para recabar de las autoridades determinados medios probatorios, que sean necesarios para el ejercicio de su función tuitiva, es otro de los espacios en que no se cubre adecuadamente el derecho a la defensa. La solicitud de informes o el acceso a determinada documentación que requiera el abogado y que estén en poder de entidades estatales o públicas, es virtualmente imposible, por la falta de colaboración en tal sentido de sus directivos, lo que en la actualidad obliga que se tenga que pedir al fiscal durante la fase preparatoria, o al tribunal, en la fase previa al juicio oral, para que sean estos quienes emitan el mandato al organismo requiriendo que se aporte la información en cuestión.

El abogado defensor durante el juicio oral

En el juicio oral prevale el principio de contradicción, igualdad y publicidad del debate. La Ley está estructurada en tal sentido, ofreciendo igualdad de posibilidades entre la fiscalía y la defensa. Por lo general los tribunales se caracterizan por favorecer este marco de garantías al acusado.

Una de las primeras decisiones que adopta el tribunal una vez constituido el acto de la audiencia oral, es la declaración de publicidad o reserva de la vista. El artículo 305 de la Ley de Procedimiento dispone, como regla general, la publicidad del juicio oral, "(...) a menos que razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto debido

a la persona ofendida por el delito o sus familiares, aconsejen celebrarlo a puertas cerradas”.

Como ya fue mencionado anteriormente, no existe una tradición en Cuba en la estructuración de la teoría del caso, a la usanza de cómo se conoce en las nuevas prácticas de litigación, lo cual no quiere decir que el abogado no tenga una estrategia a seguir en su tesis de defensa.

Si bien los jueces penales cubanos cuidan el balance igualitario de las partes y que no se vulneren las garantías del acusado, tienen una posición bastante activa en la práctica de las pruebas, partiendo de la filosofía imperante de que la misión del juez penal es la búsqueda de la verdad material, expresión que está presente en una diversidad de artículos de la Ley procesal, como misión del juzgador (Rivero García, 2010, p. 52).¹⁶³

Los niveles de igualdad que existen en el país, en que el juez no está colocado en una escala social superior que el resto de sus conciudadanos, ni disfruta de privilegios especiales, propician que con independencia del nivel de formación que pueda tener el juez, por lo general se expresa en las audiencias de una forma clara y comprensible para el acusado, los testigos y el público en general. Los jueces cubanos asumen una misión didáctica en su desempeño, y hacen lo posible porque el acto de administración de justicia cumpla, paralelamente, un cometido de prevención general.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

La organización judicial

En Cuba prevalece el principio de unidad jurisdiccional en la organización de la administración de justicia. Dado el modelo socialista, la judicatura no se estructura como un Poder del Estado, sino como una función, que disfruta de independencia en su desempeño y que por mandato constitucional rinde cuenta de su actividad a la Asamblea Nacional del Poder Popular, que en el sistema político cubano es el máximo

163 De una manera muy ilustrativa explicaba RIVERO GARCÍA el protagonismo de los jueces penales cubanos, cuando decía “El Tribunal patrio, antes del juicio, emite un criterio sobre la corrección de la acusación, para lo cual se informa detalladamente de la fase investigativa, tema este bajo discusión. Selecciona, además, las pruebas —propuestas por las partes— que se deben recibir. Arrima pruebas de oficio, antes o durante el debate, lo que obedece al principio de obligación judicial de esclarecimiento; puede dar un orden a la producción de la prueba y vigila si los testimonios sumariales se “reproducen”. Cuenta con la potestad de interrogar activamente a acusados, testigos y peritos; agravar los términos de la acusación e, incluso, condenar ante su desistimiento. En fin, está dotado de tan amplias facultades persecutorias, que pudieran poner en duda su imparcialidad. Por dicha, la sabiduría, sagacidad y elevada cultura jurídica de los Jueces ponen límites a tan extensas atribuciones, las que pueden convertir al Juez en un Fiscal, haciendo realidad la máxima “quien tiene por Juez a un Fiscal, necesita a Dios como Defensor”.

órgano de poder del Estado. La rendición de cuentas ante la Asamblea Nacional forma parte del control estatal sobre la actividad judicial en cuanto a su desempeño eficiente, pero no en lo pertinente a la actividad jurisdiccional que realizan los jueces en los casos que conocen, la que escapa de un control foráneo.

La independencia de los jueces cubanos la vemos como la resistencia a las influencias provenientes del exterior que pretenden condicionar su actuar en el proceso. El soporte normativo a este principio se asienta, entre otros, en el artículo 2, apartado primero de la Ley de los Tribunales Populares, que establece que los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

Dada las características del sistema político cubano, la función del juez tiende a verse desde el exterior como dependiente de condicionantes políticos, en tal sentido es posible afirmar que en Cuba el principio de independencia disfruta de una aceptable materialización. Como regla general el desempeño de la función jurisdiccional no está condicionado por presiones políticas, económicas, religiosas, ideológicas, u otras de mayor envergadura, como puede ser la propia vida y seguridad personal del juez, muy común en algunos países de nuestro entorno geográfico (Mendoza Díaz & Hierro Sánchez, 2018, p. 173).

En los tribunales provinciales y el Tribunal Supremo Popular la función jurisdiccional se organiza por salas y en los tribunales municipales por secciones. Los jueces se ocupan en exclusiva de la administración de justicia, contando un equipo auxiliar bastante amplio en todos los niveles del sistema, que tiene a su cargo todo el trabajo administrativo propio de la actividad judicial, así como el control y seguimiento de las causas durante toda la tramitación de la fase de conocimiento, como durante la etapa de la ejecución de las sentencias.

En todos los niveles jurisdiccionales existe un órgano gubernativo de la función judicial, denominado consejo de gobierno. El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular está integrado por el Presidente del Tribunal, los vicepresidentes y los presidentes de las distintas salas de justicia.¹⁶⁴ El Consejo de Gobierno tiene un amplio catálogo de facultades, pero la que más relevancia tienen en la vida judicial y social del país es la de interpretar las leyes con carácter obligatorio, así como dictar instrucciones, que son disposiciones reglamentarias que estructuran el trabajo jurisdiccional. Desde hace varios años, y ante la inercia del legislador cubano en promulgar nuevas normas en el ámbito procesal, urgido de otros desafíos que han impuesto los cambios en el modelo

¹⁶⁴Las salas que conforman el Tribunal Supremo Popular son: Sala de lo Penal, Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, Sala de lo Militar, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sala de lo Laboral y Sala de lo Económico.

económico, el Consejo de Gobierno se ha convertido en un auxiliar pretoriano en la actualización de las normas vigentes.¹⁶⁵

Tampoco se evidencia en nuestro país interferencia de los medios de comunicación en la actividad jurisdiccional, puesto que estos tienen por premisa el deber de informar a la ciudadanía y no desdeñar la actividad que desempeñan diariamente los jueces cubanos. La presencia de los medios en los actos de justicia está regulada en el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Tribunales, que establece una prohibición general de que pueda filmarse el desarrollo de las audiencias, salvo autorización expresa que recae en el Presidente del Tribunal Supremo Popular.

La administración de la justicia para jóvenes en conflicto con la ley penal es una asignatura pendiente en el panorama legislativo cubano, donde impera aun el modelo de protección tutelar o situación irregular, ajeno a los principios que rigen la materia internacionalmente, acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones derivadas del Comité.

En 1982 se promulgó el Decreto Ley No. 64, de 30 de diciembre, "***Del Sistema para la atención a menores con trastornos de conducta***". Esta norma estructuró un "sistema integral" de atención tutelar a los niños, niñas y adolescentes, que no es exclusivo para los menores que transgredan las normas penales, sino que se extiende también hacia aquellos que presentan trastornos de conducta de diversa naturaleza, incluidos los que por su desajuste conductual les resulta difícil su adaptabilidad al sistema general de enseñanza del país.

En la cúspide del Sistema están los Ministerios de Educación y de Interior y a ellos le están subordinadas un conjunto de entidades que asumen una multiplicidad de funciones. En lo que a la adopción de medidas respecta desempeñan un papel fundamental los Centros de Diagnóstico y Orientación del Ministerio de Educación y los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación, pertenecientes al Ministerio del Interior, ya que a ellos les corresponde la responsabilidad de someter a los niños, niñas y adolescentes a evaluación por los especialistas (psicólogos, sociólogos, pedagogos, juristas, etc.), con el propósito de sugerir la medida más conveniente en correspondencia con su conducta y personalidad.

165 Sobre el activismo del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y el valor de sus decisiones como fuentes formales del Derecho en Cuba, *Vid.* MATILLA CORREA (Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento), 2004); FERRARI YAUNNER (Las lagunas y la integración del Derecho en el pensamiento jurídico cubano, 2011). BRUZÓN VILTRES & PALACIO CASTILLO (Fuentes del Derecho y actividad judicial, 2017). *Vid.* MENDOZA DÍAZ (Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil, 2001).

La doctrina cubana (De Armas Fonticobas, 2002) debate actualmente este tema, pero no se avizoran cambios a corto plazo. Los resultados que se muestran en el país, de niveles relativamente bajos de delincuencia juvenil, unida a los satisfactorios resultados que se exponen en cuanto a la reinserción social de los infractores en estas categorías, provocan que las autoridades encargadas del tema y el legislador, en última instancia, no tengan la voluntad de propiciar un cambio en el sistema imperante.

En lo que respecta a la valoración y estudio del comportamiento de los parámetros de criminalidad en el país, la Fiscalía General cuenta con una Dirección de Información y Análisis, adscrita al Fiscal General, cuya misión es ofrecer información sobre el comportamiento de las actividades delictivas y favorecer las políticas de enfrentamiento del Ministerio Público.

La abogacía

No existen en nuestro país barreras ostensibles que impidan el acceso igualitario a la justicia, por el contrario, garantizar este derecho ha sido un objetivo prioritario del Estado cubano. En tal sentido, se ha ido fortaleciendo el papel de la abogacía cubana, a través de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC), organismo que rige su actividad por el Decreto Ley N° 81, del 8 de junio de 1984, **“Sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos”**. Esta norma define en su artículo segundo que el ejercicio de la abogacía es libre y en tal sentido el abogado es independiente y sólo debe obediencia a la ley, disfrutando de garantías legales para exponer sus alegatos en relación con el derecho que defiende.

La ONBC combina un servicio profesional de abogacía de calidad, tanto para los asuntos que son contratados por los ciudadanos, como para los que se brindan de forma gratuita en el ámbito penal, a través de los abogados de oficio. El Ministerio de Justicia tiene la misión estatal de velar porque las tarifas de cobro de los asuntos no rebasen el principio que inspiró el surgimiento de la ONBC, de favorecer el acceso de los servicios de abogacía a la ciudadanía, en los que la capacidad económica del solicitante no defina la calidad de la prestación que se le brinda.

De lo anterior se colige que no existe un servicio de defensoría pública independiente, sino que las defensas penales en todas las modalidades están a cargo de la ONBC, quien provee una representación de oficio para todas las personas que no designen abogado, con independencia de su posición económica. El abogado de oficio viene a intervenir en la fase previa al juicio oral, cuando el tribunal notifica las conclusiones acusatorias, o sea, durante toda la etapa de la fase preparatoria, el imputado carece de representación legal, a o ser que haya designado abogado de su elección.

Conclusiones

La reforma del proceso penal cubano ocurrida en 1973 dejó prevaleciente los rasgos esenciales del modelo de enjuiciamiento español del Siglo XIX, con independencia de la importante influencia que tuvo el Derecho soviético en la reforma, en aspectos como la eliminación del juez de instrucción, la creación de los órganos de la instrucción a cargo de la investigación previa y el papel de la fiscalía en el control de la fase preparatoria.

Las modificaciones introducidas en 1977, tras la promulgación de la Constitución socialista en 1976, así como los cambios que se produjeron posteriormente, lejos de implicar una mejoría en el enjuiciamiento y un fortalecimiento de los derechos y garantías de los justiciables, representaron un atraso con relación a lo alcanzado con la Ley No. 1251 de 1973, la mejor Ley de procedimiento penal que ha tenido el país en toda su historia normativa.

El proceso penal cubano está urgido de una sustancial transformación, que pudiera estar encaminada por los siguientes derroteros: (i) que se posibilite una entrada más temprana del abogado en la fase sumarial, (ii) que modifique el actual sistema de imposición de las medidas cautelares, así como de la adopción de medidas de coerción y de medios de investigación, despojando a la fiscalía del señorío que actualmente tiene al respecto y empoderando a los jueces de dichas facultades, bajo el imperio del principio de jurisdiccionalidad, que debe prevalecer en todos los casos en que se apliquen medidas restrictivas de derechos fundamentales, (iii) que posibilite que el control sobre la acusación, admisión y desestimación de medios de pruebas y demás cometidos de la fase intermedia, sean asumidos por jueces distintos de los que en su día tendrán la función de juzgar, (iv) que el expediente sumarial pierda el protagonismo que actualmente tiene en la fase del juicio oral, que posibilite que el fundamento de la resolución judicial se base exclusivamente en el resultado de la práctica de las pruebas producidas en el juicio oral y no sea el lastre de lo realizado durante la fase investigativa.

Ante la disyuntiva de modificar nuestra actual Ley de procedimiento o abrogarla totalmente e implantar un modelo totalmente renovado, comparto el criterio de RIVERO GARCÍA, quien reflexionando sobre esta disyuntiva, se mostraba partidario de una modificación sustancial del modelo, dejando que perduraran aquellas virtudes que indudablemente tiene y que han caracterizado un sistema procesal con más de cien años de vigencia en nuestra realidad social (Rivero García, 2010, p. 44).

Desde hace mucho vengo sosteniendo que las leyes en general y las procesales en particular, deben parecerse a la realidad de sus naciones y no necesariamente obedecer a las más actuales tendencias doctrinales. En ocasiones un modelo de indudable modernidad puede colisionar con una realidad social que aún no está preparada para

asimilarlo, lo que produce un efecto que los médicos llaman iatrogenia (Mendoza Díaz, 2006, p. 283).

Varios códigos procesales de nuestra área exhiben una factura de mayor modernidad que algunos de los que actualmente rigen en el viejo Continente, para regular los procesos penales de sociedades con mayor nivel de desarrollo económico y social que las de nuestro hemisferio.

Soy del criterio de que en una región que si bien no es la más pobre del mundo, diferentes estudios apuntan a que es la más desigual del planeta (CEPAL, 2017, p. 7), el apotegma es ser cuidadosos y acoger para nuestros países lo que consideremos, con autarquía, que es lo que más nos beneficia y lo que más se ajusta a cada una de nuestras complejas realidades.

Bibliografía

- Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze. (2015). *Defensa Penal Efectiva en América Latina*.
- ANF. (5 de agosto de 2017). El empleo informal llega al 70% en Bolivia. *Los Tiempos*.
Obtenido de <http://www.lostiempos.com/actualidad/economia/20170805/empleo-informal-llega-al-70-bolivia>
- Arranz Castellero, V. (2003). El juicio oral: sus principios y normas fundamentales que lo regulan en la legislación cubana. En A.A.V.V., *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal (Segunda parte)* (pág. 213). La Habana: Félix Varela.
- Bodes Torres, J. (2006). *El Juicio Oral en Cuba*. La Habana: Instituto Cubano del Libro.
- Bruzón Viltres, C., & Palacio Castillo, B. (2017). Fuentes del Derecho y actividad judicial. *Justicia y Derecho (No. 28, Año 15)*.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas . (2006). *La reforma procesal en Colombia*.
Obtenido de http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5097/informesequimiento_rppColombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CEPAL. (2017). *Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Consejo de la Magistratura. (2016). *Anuario Estadístico Judicial, 2015*. Sucre.
- Consejo de la Magistratura. (2018). *Anuario Estadístico 2017*. Sucre.
- CONSTRUIR. (2012). La Paz.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2013). *Propuesta de reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA)*. Obtenido de

http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=834&Itemid=34

- Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). *Balance de Diez años del Sistema Penal Acusatorio*.
- Corporación Latinobarómetro. (2016). *Informe 2016*. Latinobarómetro. Buenos Aires: Latinobarómetro.
- Csovski, V., & Grzybowski, K. (1958). El procedimiento ante los tribunales en la Unión Soviética y en Europa del Este. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 293-294.
- De Armas Fonticobas, T. (2002). *Los niños en conflicto con la ley penal en Cuba y la doctrina de la protección integral*. La Habana.
- Defensoría del Pueblo. (2017). *Vigesimocuarto Informe del Defensor del Pueblo*. Bogotá.
- El Espectador. (25 de Noviembre de 2015). *Crece la pelea por la Universidad de la Fiscalía*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/crece-pelea-universidad-de-fiscalia-articulo-601494>
- El Tiempo. (19 de octubre de 2017). Jueces afirman que Fiscalía General de la Nación los está intimidando.
- Ferrari Yaunner, M. (2011). Las lagunas y la integración del Derecho en el pensamiento jurídico cubano. En A. Matilla Correa, *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*. La Habana: Editorial UH.
- Fiscalía General de la Nación. (2017). Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Huellas91Baja.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2017 A). *Análisis de Sentencias Absolutorias*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2017B). *Rendición de cuentas 2016 2017*.
- Hernández Rodríguez, R. (2017). *El principio de oportunidad en el proceso penal contemporáneo*. La Habana: Universidad de La Habana.
- ILANUD. (1992). *Informe sobre el funcionamiento del sistema penal en Bolivia*. La Paz.
- Lazcano Mazón, A. M. (1947). *El Juicio Oral*. La Habana: LEX.
- Martens, J., & Orrego, R. (2016). *Crimen, prisión e inseguridad. Elementos para el abordaje de la crisis*. Asunción : INECIP.
- Matilla Correa, A. (2004). Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento). En A.A.V.V., *Temas de Derecho Administrativo cubano (Tomo I)*. La Habana: Félix Varela.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2014). *Informe Anual de Gestión y Recomendaciones 2014*. Asunción : sd.

- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2016). *Informe Especial. Desamparo y abuso del Estado en el área de actuación de la Fuerza de Tareas Conjuntas (FTC)*. . Asunción : MNP.
- Mendoza Díaz, J. (2001). Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil. En J. Mendoza Díaz, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. La Habana: Félix Varela.
- Mendoza Díaz, J. (2006). Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina. *Problemas actuales del Proceso Penal Iberoamericano* (pág. 283). Málaga: CEDMA.
- Mendoza Díaz, J. (2013). El juicio oral en Cuba. *Biblioteca del Instituto Jurídico de la UNAM*.
- Mendoza Díaz, J. (2015). Administración de Justicia. En L. B. Pérez Gallardo, *El Derecho en Cuba* (pág. 184). Madrid: Reus.
- Mendoza Díaz, J. (2016). La defensa penal en Cuba. Apuntes para el legislador. *IUS Doctrina* (No. 14).
- Mendoza Díaz, J., & Hierro Sánchez, L. (2018). Las reformas del proceso civil cubano: una labor judicial. En E. Oteiza, *Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI. Perspectiva Latinamericana* (págs. 173-174). Madrid: Marcial Pons.
- Ministerio Gobierno. (2017). *Informe sobre Poblacion Penitenciaria, enero 2017*. La Paz.
- Ministerio Publico. (2017). Rendicion Publica de Cuentas 2016. Sucre.
- OACNUDH. (2015). *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/28/3/Add.2*. La Paz.
- OACNUDH. (2017). *La aplicacion de la Detención Preventiva en los Departamentos de Cochabamba y La Paz*. La Paz: OACNUDH Bolivia.
- OACNUDH Bolivia. (2017a). *Sistema Judicial Boliviano. Estado de situacion, buenas practicas y recomendaciones para el trabajo en el sector, desde el enfoque de derechos humanos*. La Paz.
- Órgano Judicial . (2017). *Protocolo de Dirección de Audiencias de Medidas Cautelares*. Sucre.
- Orrego, R. (21 de 3 de 2011). Contrareforma penal en Paraguay . (J. Martens, Entrevistador)
- Orrego, R. (11 de Mayo de 2016). La prisión preventiva en Paraguay. (M. Martínez, Entrevistador)
- Palau, M., Martens, , J., & Sánchez, J. (2009). *Criminalización a la lucha campesina*. Asunción : Base-Is.
- Rivero García, D. (2009). La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española en el Proceso Penal cubano actual. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 36.

Rivero García, D. (2010). Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal en Cuba. En D. Rivero García, *Temas permanentes del Proceso Penal y del Derecho Penal* (pág. 52). La Habana: Ediciones ONBC.

Rivero García, D. (2011). La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia en Cuba. Los destinos del juicio oral en los tiempos actuales. *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 159.

Rivero García, D., & Pérez Pérez, P. (2002). *El Juicio Oral*. La Habana: Ediciones ONBC.

UNICEF-Min Justicia. (2018). *Boletín Informativo Actualización del Diagnóstico Situacional del Funcionamiento sobre el Sistema Penal para Adolescentes*. La Paz.

UNODC. (2013). *Global Study on Homicide. Trends, Context and Data*. Ginebra: NNUU.

Entrevistas

Varios de las ideas vertidas en este informe han sido valoradas, en lo que corresponde, con los siguientes especialistas:

CONCEPCIÓN RANGEL, Carlos; Máster en Derecho Penal. Vicefiscal General de la República

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina; Doctora en Derecho. Jueza del Tribunal Supremo Popular. Se desempeñó durante varios años como fiscal y como Presidenta del Tribunal Provincial Popular de La Habana.

GOITE PIERRE, Mayda; Doctora en Derecho. Vicerrectora de Relaciones Internacionales de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Se desempeñó durante varios años como fiscal en la provincia de Santiago de Cuba.

MANTECÓN RAMOS, Ariel; Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Abogado. Presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos de Cuba.

MEDINA CUENCA, Arnel; Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Se desempeñó durante varios años como fiscal y juez, llegando a ocupar la responsabilidad de Presidente del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba.

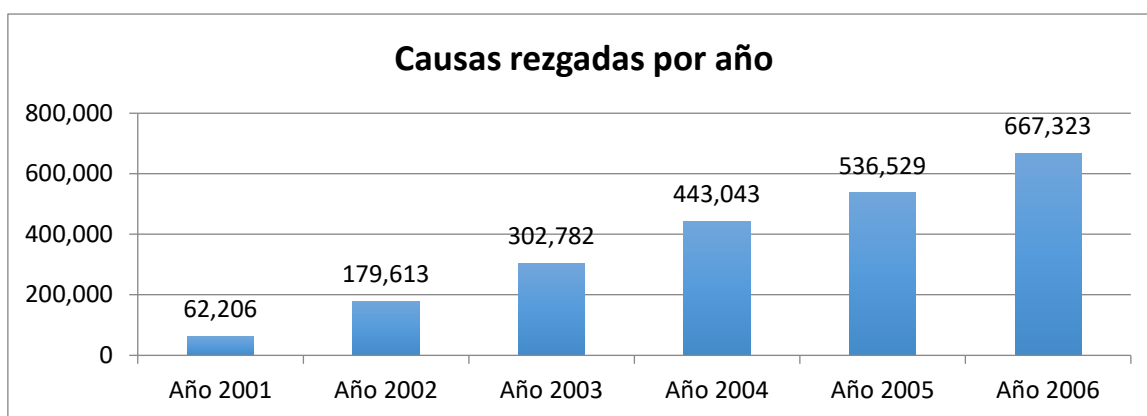
Introducción

El cambio de esquema en la administración de justicia en el Ecuador demanda analizar cinco momentos: el primero, la *expedición del Código de Procedimiento Penal* promulgado en enero del año 2000 y que entra en vigencia luego de 18 meses. Esta norma consigue mutar un sistema inquisitivo a un *esquema acusatorio*, otorga la dirección de la de la investigación y persecución penal a la Fiscalía y reserva para los jueces las funciones jurisdiccionales. Pese a sus errores es justo decir que el esquema cambió, las principales debilidades: en materia del derecho de las partes para zanjar el conflicto, las salidas alternativas al juicio oral fueron casi inexistentes, no se reguló la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, el principio de oportunidad, el procedimiento simplificado, incluso el procedimiento abreviado que sí se normó tenían márgenes estrechos (Fundación Esquel, 2006, pp. 86-89); en relación a la práctica de la prueba en el juicio las partes tenían funciones limitadas, según el tipo de testimonio se dispuso que primero expongan los declarantes sin dirección alguna o incluso en el caso del ofendido que el juez condujese primero la declaración; respecto al principio de contradicción, la norma establecía que las preguntas sugestivas eran objetables en el contrainterrogatorio, flaqueza que limitaba la posibilidad real de cuestionar, así como y las objeciones se limitaron exclusivamente a las preguntas capciosas, compuestas, impertinentes y las que sugieren la respuesta.

El problema de fondo se suscita en la *oralidad*, la ley fue un obstáculo. Existen dos debilidades centrales: la primera suscitada en la etapa investigativa, se plasma un mandato expresa que durante la indagación previa e instrucción se actuará por escrito (Zalamea, 2007, pp. 46-50). La debilidad más seria se dio en el debate de la *prisión preventiva*, perduró el modelo en que el fiscal pedía con un escrito y el juez resolvía, no había ningún espacio para ejercer la contradicción, defensa o intermediación (Zalamea, 2008, pp. 292-293). Además, como no se incluyeron de medidas alternativas la realidad permaneció intacta: 65% de presos preventivos. La segunda flaqueza tiene que ver con el juicio, se prevé el envío del expediente al tribunal y dada la cultura existente este registro se mantiene como fuente esencial para el fallo. Estos yerros sumados a la tendencia cultural llevan a que sea una reforma fallida respecto a este eje.

166 Abogado. Docente investigador de la Universidad de las Américas (UDLA). Doctor en Derecho, master universitario en Criminología, diplomado superior en Derecho Constitucional y derechos fundamentales, mediador.

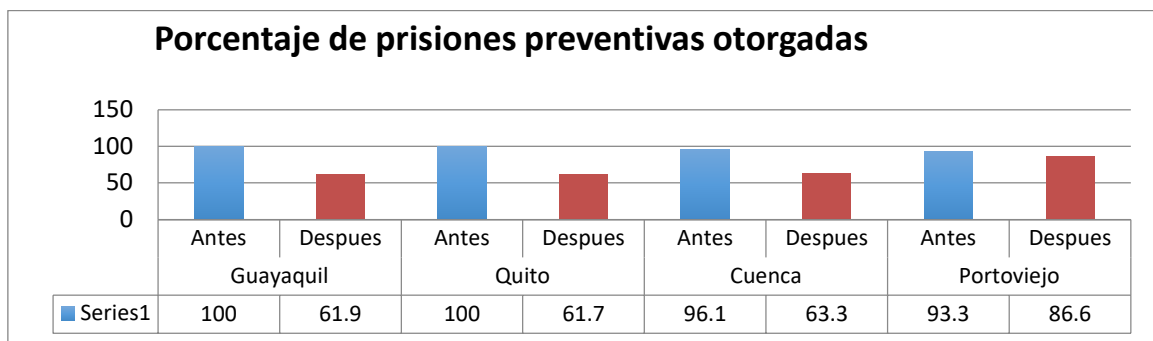
La implementación de la reforma ecuatoriana fue una de las más débiles de la región: la ley básicamente se limitó a fijar el mandato de que la Corte Suprema de Justicia dicte normas para la organización de la jurisdicción de los tribunales penales; no previó un programa de intervención que vaya más allá de otorgar un plazo para su vigencia, además entró en vigor en forma simultánea en todo el país; en materia de rediseño institucional fue inexistente, de hecho ni siquiera se creó la Defensa Pública¹⁶⁷; respecto a la inversión se limitó a otorgar cierta dotación adicional de recursos humanos y materiales para la Fiscalía; en relación con la capacitación no hubo ningún plan, los esfuerzos fueron esporádicos y centrados en el texto legal. Las evaluaciones nacionales de la época demuestran un funcionamiento deficiente, por ejemplo, en el año 2002 el total de respuestas no llegó al 5% de los casos y las sentencias al 1% (Fundación Esquel, 2003, p. 29). El colapso del sistema se refleja en el siguiente cuadro (Zalamea, 2007, p. 38).



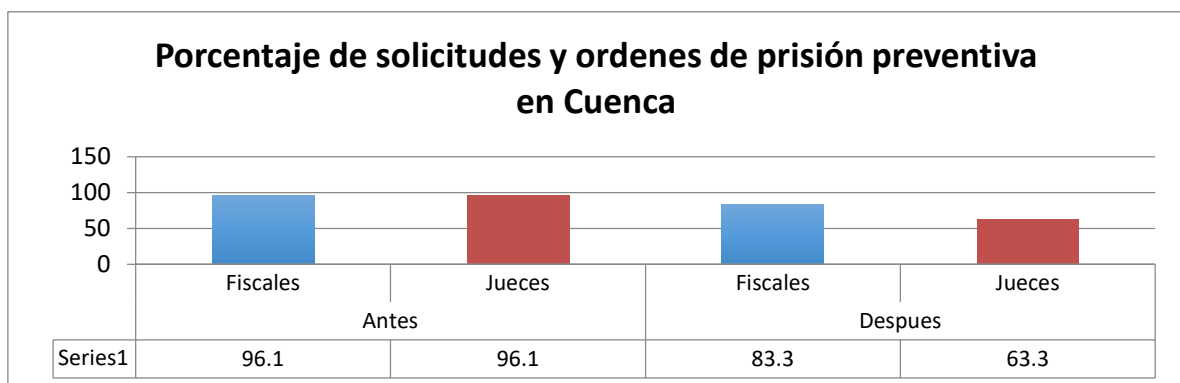
El segundo capítulo se trata de un proceso liderado por los actores judiciales: la adopción de un sistema de audiencias en el período investigativo. Luego de una puesta en vigencia débil en el año 2002, la sociedad civil y la cooperación internacional ponen en marcha procesos de capacitación y evaluación del funcionamiento procesal. Cuando se instala una visión de la real esencia de la oralidad los jueces y fiscales de la tercera ciudad del Ecuador, Cuenca (417.632 habitantes), ponen en vigencia a partir de agosto del 2004 esta metodología para resolver en audiencia el inicio de la instrucción fiscal y la prisión preventiva (Vargas, 2008, pp. 45-46) Esquema que se replica al año siguiente en la ciudad de Gualaceo (31.587 habitantes). Este capítulo llega a su cúlmene cuando entre septiembre y octubre del 2007 se adopta esta modalidad procesal para discutir

¹⁶⁷ La reforma pudo funcionar sobre la base de un número absurdo de defensores que tradicionalmente tenía la Función judicial, pero sobre todo sobre la base de ciertas organizaciones de la sociedad civil y abogados dispuestos a trabajar sin cobrar (Duce, 2007, p. 321).

cualquier decisión que afecte un derecho de las partes en la provincia de Cañar: Azogues (64.910 habitantes), Bliiblián (20.697), Cañar (58.185 habitantes) y la Troncal (44.268 habitantes). Ante una creciente legitimidad del modelo la Corte Suprema mediante tres pronunciamientos dados el 28 de noviembre de 2007, 15 de abril del 2008 y 11 de septiembre de 2008 adopta la audiencia como el espacio para tomar decisiones judiciales en la primera instancia. Este momento entró efectivamente en vigencia la oralidad, lamentablemente no hubo un proceso de capacitación y la entrada en vigor en todo el país resultó caótico. A pesar ello, fue capaz de cambiar los usos, el siguiente cuadro revela como en las cuatro capitales de las provincias más pobladas, se pasó de una aplicación mecánica a una discusión de la procedencia de la medida (Zalamea, 2008, pp. 296-365).



De hecho, un análisis realizado a la primera ciudad donde se implementó el modelo muestra que los fiscales dejan de pedir en prácticamente todos los casos y lo más importante los jueces de ordenar el encarcelamiento de manera automática. Es justo decir que al menos para esta decisión la metodología oral marca la entrada en vigencia de la figura del juez de garantías.



Un tercer momento se produce en el año 2007 se crea la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública que en el 2008 se convierte es reconocida constitucionalmente como órgano autónomo de la Función Judicial. Su primer gran proyecto fue la excarcelación de los presos ilegales, cuando fue creada existían 18.675 privados de libertad y desde el año 2007 al 2009 consigue disminuir los presos preventivos en aproximadamente 10.000 personas (Defensoría Pública del Ecuador, 2011, pp. 33-37).

El cuarto hito viene dado por *la reforma al Código de Procedimiento Penal en Marzo del 2009*, este capítulo marca la entrada en vigencia a nivel de ley del esquema oral en el Ecuador, es el momento donde legislación llega a su cúlmine: en relación al sistema dispositivo se introducen todas las vías alternativas que se mencionaron que no se regulaban (Riego, 2005, p. 9), se superan muchas de los obstáculos en la práctica de la prueba, por ejemplo se limita las atribuciones probatorias concedidas a los jueces y se regula de forma adecuada las objeciones; en materia de oralidad se adopta este esquema para la totalidad de decisiones dentro de la primera instancia; respecto a las medidas cautelares además de discutirse en audiencia se suben los estándares para la privación de libertad, en concreto se recoge la excepcionalidad y se establece un amplio abanico de medidas alternas aplicables a todos los delitos. El error más serio se comete en este último ámbito, no se regula el dispositivo electrónico y para infracciones que superan los cinco años no se admite la caución, esto genera que los jueces en el ámbito de los delitos serios no tengan herramientas efectivas, ello produce la contrareforma en marzo del 2010 que limita la revisión de la prisión preventiva a delitos inferiores de cinco años.

La experiencia genera que esta ocasión se opte por un *esquema progresivo* de implementación, se confía en el Consejo de la Judicatura para que realice un calendario por regiones. Lamentablemente de una manera irresponsable saca una resolución para que entre en vigencia de forma inmediata en todo el país y priva a este proceso de un trabajo de rediseño institucional y preparación a los actores.

El último periodo se da en febrero del 2014 con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, norma que entra la vigencia en agosto del mismo año. El objetivo central de este cuerpo legal fue hacer realidad la filosofía enciclopédica, recoger en un solo cuerpo legal todas las normas penales, procesales y de ejecución. Para efectos del sistema dispositivo oral ratifica en buena medida los cambios efectuados en marzo del 2009. Existen ciertos avances como la introducción del dispositivo electrónico como medio alternativo a la privación de la libertad provisional, al igual que retrocesos como eliminar la suspensión condicional de procedimiento. Se otorgó seis meses para la implementación a nivel nacional; pero tampoco se hizo un

trabajo serio en materia educativa o reformas a los esquemas funcionales (Binder, 2002, p. 68).

Oralidad y Calidad de la litigación

Marco legal

Es necesario partir de la realidad legal, en Ecuador existe un mandato constitucional tajante:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: ...

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

La ley sin ser perfecta en términos generales cumplió con lo dispuesto. El Código ha recogido de manera expresa la obligación que se realice en audiencia las siguientes diligencias: durante los períodos que se recaudan los elementos de convicción (fase de investigación y etapa de instrucción fiscal) las decisiones judiciales de: adopción, revisión, apelación y revocatoria de medidas cautelares; medidas de protección; así como la decisión potestativa de la fiscalía de formular cargos y el dictamen acusatorio¹⁶⁸. En la etapa de evaluación y preparación de juicio, problemas validez y obstáculos para el avance procesal, anuncio de prueba, control de merito, delimitación de la controversia y acuerdos probatorios. El juicio. Respecto a las salidas alternativas al juicio oral el archivo (principio de oportunidad), la conciliación y el procedimiento abreviado. En la fase de recursos la resolución de admisión y fondo en los recursos de apelación, casación, revisión y recurso de hecho. Con el objeto de tener una visión gráfica, el siguiente cuadro recoge en color verde las decisiones donde la ley regula de manera expresa la oralidad como metodología procesal, el color tomate cuando establece un esquema tanto oral como escrito, queda en blanco si no regula nada y están en rojo las resoluciones que se resuelven por escrito.

Resoluciones judiciales y modelo procesal			
Resoluciones	Oral	Mixto	Escrito
1. Procedimiento ordinario			
1.1 Fase de Investigación previa y etapa de instrucción fiscal			

168 Se le ubica en la etapa de instrucción porque por esencia corresponde a este momento procesal, a pesar de que por economía procesal se decidió que se realizase en la audiencia preparatoria cuando fuese un dictamen acusatorio. En tanto que cuando el dictamen es abstentivo se realiza por escrito de forma previa a la audiencia. No se ha considerado como una excepción a la oralidad.

1.1 Medidas investigativas			
1.2 Medidas de protección	Art. 521		
1.3 Medidas cautelares	Art. 521		
1.2 Etapa de evaluación y preparatoria del juicio			
2.1 Problemas validez y avance procesal	Art. 604		
2.2 Anuncio de prueba	Art. 604		
2.3 Control de merito	Art. 604		
2.4 Delimitación de la controversia	Art. 604		
2.5 Acuerdos probatorios	Art. 604		
1.3 Etapa de juicio			
3.1 Resolución de fondo	Arts. 614-620		
3.2 Incidentes			
4. Procedimientos especiales			
4.1 Procedimiento abreviado	Art. 637		
4.2 Procedimiento directo	Art. 640		
4.3 Procedimiento expedito	Art. 641		
4.4 Procedimiento para ejercicio privado	Art. 649		
5. Salidas alternativas al juicio			
5.1 Archivo			Art. 587
5.2 Principio de oportunidad	Art. 413		
5.3 Conciliación	Art. 665		
6. Impugnación y recursos			
5.1 Apelación: admisión	Art. 654 #4		Art. 654 #2
5.2 Apelación: fondo	Art. 654 #4		
5.3 Casación: admisión	Art. 657 #3		Art. 657 #2
5.4 Casación: fondo	Art. 657 #3		
5.5 Revisión: admisión	Art. 660		Art. 659
5.6 Revisión: fondo	Art. 660		
5.5 Recurso de hecho	Art. 661		

La primera conclusión que arroja este cuadro es que en términos generales la normativa cumplió con el mandato constitucional, así que el análisis que sigue se centra en aquellos puntos problemáticos:

i *Decisiones escritas*. - El problema se presenta en el archivo que se produce con anterioridad a formular cargos. La naturaleza de esta figura permite comprender por qué se dio un trato excepcional. La opción de investigar una eventual infracción en un sistema dispositivo es una decisión exclusiva de la Fiscalía; por tanto, no necesariamente debería haber control judicial. Cuando el legislador optó por otorgar esta garantía adoptó un esquema basado en papeles, probablemente porque todavía hay quienes creen que es menos costoso. En resumen, existe una confrontación con el mandato constitucional; aunque no es un problema real para el esquema oral.

ii Decisiones que se deben tomar de manera oral y escrita. - Parece absurdo que de manera simultánea se regule dos trámites diversos; a pesar de ello así se consagra la admisibilidad de los recursos de casación, apelación y revisión, debido a que la ley manda a que lo haga por escrito el juzgador cuya resolución se impugna y en audiencia el superior. La interpretación más lógica y la que se ha impuesto es que el primer tamizado hace referencia a básicamente aspectos formales, en concreto a temas tales como que el pedido esté dentro del plazo; en tanto que ya temas como la fundamentación queda en manos del juzgador de instancia. Dado que el tema que se resuelve en base al acta es meramente formal no conlleva un problema real para el paradigma en estudio.

iii Trámite sin regulación. - Las medidas investigativas que requieren permiso judicial son las únicas que están en esta categoría. Resulta curioso que una legislación que fue tan rigurosa al momento de establecer el trámite, frente a este punto haya decidido mantener silencio. ¿Por qué no ha recogido la oralidad?, debido a un problema cultural que aparentemente vuelve incompatible esta metodología con el tipo de resolución. En Ecuador se entiende a una audiencia solo como un espacio adversarial y no se ha visualizado que como excepción pueden existir audiencias privadas, por tanto, cuando se uso la oralidad, se lo hizo en presencia de la defensa y obviamente la efectividad de estas diligencias se vio socavada. Lo que la ley hizo es dejar la ventana abierta para que los actores tengan márgenes de maniobra; a pesar de que por mandato constitucional y principios del propio COIP se sabía que debía ser un formato verbal, esta ambigüedad bastó para que hoy se haga por escrito. Es justo decir que la norma no viola el esquema procesal regulado y que en la práctica se han impuesto usos inadecuados.

El litigio en audiencias

En esta segunda esfera el primer nivel a constatarse es: ¿en la práctica se dan efectivamente audiencias controvertidas para adoptar las distintas resoluciones?, la respuesta es "sí". Uno de los logros de la reforma penal en Ecuador es que ha conseguido una mutación cultural real, hoy ya es un paradigma aceptado que una resolución que afecta a los derechos implica una de estas diligencias.

El segundo nivel demanda un estudio más complejo: ¿las audiencias son de calidad? Esta interrogante lleva a estudiar el litigio oral y la conducción de audiencias, la trascendencia de estos factores radica en que la realización de los derechos depende de las prácticas que se adoptan en los estrados.

Como antecedente es importante anotar que debido a los procesos fallidos de implementación es una debilidad transversal la falta de destrezas de todos los actores

(Fundación Esquel, 2003, p. 118-122). Se reconoce que existieron esfuerzos serios, por ejemplo, la Defensa Pública hasta antes de la crisis económica y la Fiscalía entre los años 2005 y 2006 hicieron esfuerzos para mejorar el nivel de litigio, mas la rotación de personal ha generado que tengan poco impacto y hoy los desajustes son preocupantes. El problema va más allá, en la esfera universitaria 18 años después de la reforma realizada son un número residual de Facultades han incluido en su malla esta materia. Para describir los efectos de esta flaqueza se ha dividido el análisis en dos:

Características generales. - El litigio en general se caracteriza por ser formalista y técnicamente deficiente.

i *Formalista.* - Se han arraigado prácticas ritualistas y poco útiles en el litigio, entre ellas se consideran tres: primero, se observa la tendencia a armar discursos sobre la base de la lectura de extractos de las constancias investigativas. Este uso está especialmente difundido en las audiencias previas; pero incluso en el juzgamiento, en particular entre los fiscales, se ven alegatos finales armados sobre la base de la verbalización secciones de distintos registros. El problema es que estos documentos no fueron elaborados para que con la lectura de una sección quede resumido su contenido y para tener concatenación unos con otros, además durante el juicio no son prueba.

El segundo aspecto a destacarse son las referencias innecesarias a la ley y la doctrina. Es perceptible que la norma todavía es un fetiche, se fuerzan los discursos en todo tipo de audiencia para conseguir exponer sobre la regulación. El perjuicio concreto que conlleva esta práctica es que impide un litigio estratégico, porque normalmente es un tópico donde no hay controversia, alarga la diligencia, complejiza su contenido y sacrifica la profundidad sobre los ítems que marcan la decisión. No se sostiene que en ningún caso se deba mencionar la norma, es tan absurdo imponer como proscribir su uso, la práctica que se critica es la inclusión como un elemento artificial. Igual distorsión se percibe respecto a introducir referencias a la doctrina o decisiones jurisprudenciales, hay argumentaciones que se una muestra de la capacidad del abogo para citar, de hecho, esta práctica ha sido impulsada por instructores del Consejo de la Judicatura, sostienen que este es un referente de una actuación competente.

Para terminar, se observan hábitos que aparentemente no parecen nocivos; pero que terminan por ser problemáticos. Por ejemplo: la reiteración una y otra vez de ciertos elementos, se observa desde en discursos circulares hasta de forma integral en una misma audiencia como cuando de se formula cargos se introduce los elementos de convicción recopilados y se los vuelve a hacer cuando se disputa la prisión preventiva respecto al supuesto material. El uso de terminología técnica, es una costumbre que termina por distanciar a los usuarios y al público en general del contenido de las audiencias, atenta contra los principios de publicidad y democrático.

ii *Técnica deficiente.* - El litigio como una actividad profesional posee ciertas características y metodologías diseñadas para alcanzar eficacia. Dentro de los problemas detectados se encuentran: falta de precisión, las argumentaciones son generales, no se especifica el punto preciso donde se juega la controversia y los argumentos que se exponen sobre el meollo de la disputa no son profundos. Escasa contradicción, en todo tipo de audiencia es visible que el nivel de debate y de depurado mutuo es deficiente, se percibe actuaciones destinadas a fundamentar su propia hipótesis; mas no cuestionamientos agudos respecto a la contraria.

Análisis por audiencia

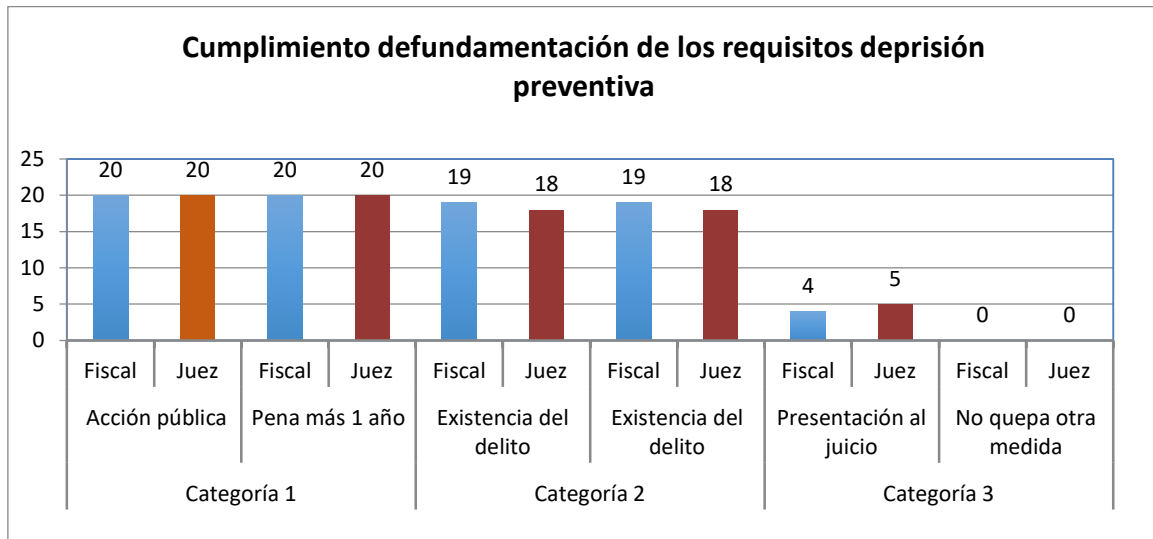
i *Debate del control de la detención.* - En general no es una una disputa común, de 20 audiencias de flagrancia cuyos videos se revisó para este informe, en dos hubo una real puja sobre este punto. En general no parece ser un problema preocupante las detenciones ilegales. En el par de casos donde hubo disputa se debió a que no fueron aprendidos en el mismo lugar. La fundamentación de los defensores se basó en proponer hipótesis alternativas respecto a una confusión; a pesar de ello no se vio una argumentación penetrante. Por ejemplo, dado que en la legislación ecuatoriana cuando se retiene a una persona inmediatamente luego, dispone que debe existir persecución ininterrumpida era posible armar ataques punzantes y no se lo hizo.

ii *Formulación de cargos.* - En términos generales se cumple con la razón de ser de esta diligencia, el fiscal informa de que delito se le investiga al procesado. Existe problemas de eficacia como la tendencia a que el discurso parta del parte policial, la narración incluye hechos innecesarios y por un problema legal a pesar de que muchas veces ya se ha mencionado se vuelve a repetir las evidencias que se dispone. La información sería más clara si se indicaría cuales son los hechos que realizo el procesado s y la norma que violó.

iii *Medidas cautelares.* - Este debate es el ejemplo de como la falta de destrezas de los litigantes puede afectar de manera profunda a las garantías individuales, existe una correlación entre el nivel de dificultad del litigio y los fallos ilegales.

Los requisitos legales de la prisión preventiva pueden ser clasificados por su dificultades en tres categorías: El primer tipo demandan una justificación elemental, se satisfacen con citar la infracción por la que se ha formulado cargos: el que el delito sea de acción pública y tenga una pena superior a un año. El segundo nivel hace requiere información propia de la investigación: elementos de convicción de la existencia del delito y responsabilidad de procesado. El tercer tipo demanda obtener sustentos propios para este debate, en concreto son dos: primero, la única causal de necesidad de cautela en

el Ecuador es el garantizar la presencia del procesado a juicio. Segundo, fruto de la excepcionalidad se necesita justificar que no caben otras medidas cautelares. Se tomó 20 audiencias de delitos flagrantes donde se dictó prisión preventiva 10 de Quito y 10 de Guayaquil y se obtuvo los siguientes datos.



Las cifras demuestran una clara correlación con las categorías anotadas: en la esfera donde el citar el tipo penal es suficiente no existe ningún inconveniente. En los requisitos que demanda anclarse en las evidencias del proceso prácticamente no hay problemas, existen descuidos puntuales en un caso por parte del y en dos del lado del, en ambas ocasiones se introdujo una frase sacramental “por hallarse cumplidos los requisitos del artículo 534” sin exponer las razones. El problema está la tercera esfera: en lo referente a justificar por qué el procesado no se va a presentar a juicio es necesario conjugar variables como: las razones para evadirse, el miedo generado por la intensidad de la pena; los motivos para quedarse en la comunidad, arraigo social, y los actos anteriores que revelen la intención de presentarse o fugarse (Vertiz, 2.011, pp. 289-294). Se reconoce que en la mayoría de casos se hace un intento de justificar esta exigencia; con todo no es válido porque se limitan a indicar que la defensa no ha justificado vínculos con la colectividad. Explicación ilegítima en razón de que la Fiscalía es quien tiene la carga de la prueba, además, que no existan razones para quedarse no implica que se haya demostrado que no se va a presentar juicio. La esfera más problemática es la referida a sustentar las causas por la que se sostiene que las restantes alternativas no son suficientes, esta labor demanda fundamentar la insuficiencia de cada una de ellas. Se reconoce que en cuatro casos hubo algún esfuerzo para intentar otorgar una

motivación; mas como se quedaban en indicar que todas las opciones no daban garantías en realidad no existió un sustento.

¿Por qué la dificultad del litigio genera que se dejen de lado los requisitos?, debido a que si los fiscales no son capaces de justificar una exigencia de manera sistemática, los jueces prefieren desentenderse de ella, porque es inviable que todos los procesados queden libres. De hecho, en la entrevista tenida con un juzgador salió a relucir esta realidad, cuando se le pregunto si consideraba que los abogados del Ministerio Público justificaban suficientemente que no quepan otras medidas cautelares, respondió: “la verdad no creo. Lo hacen someramente, muy por encima, deberíamos ser más exigentes; pero por mal que suene correríamos el riesgo que nos sancionen”.

Es justo anotar que hay una flaqueza ajena al litigio, existe una estructura administrativa para producir información procesal; en cambio no la hay para información como los vínculos con la comunidad. Un defensor de Quito reconoció que casi en el 90 % de los casos no llevan arraigos, cuando se lo hace es porque se ha pedido a los familiares y ellos los han conseguido. Esta debilidad en este momento implica encerrar a las personas sin saber siquiera quien es.

iv *Audiencias de salidas alternativas.* - En este tipo de audiencias al no existir controversia el tema clave es que los jueces constaten el cumplimiento de los requisitos, los abogados de manera oral no justifican de manera prolija las exigencias, como observador no es posible darte cuenta de si el juez constata o no las exigencias, porque lo que hace es revisar el expediente y como las fundamentaciones son deficientes quedan dudas.

v *Audiencia preliminar.* - En esta diligencia en general los debates son formales y superficiales en todos los temas; mas existen dos tópicos que suelen ser marginados y ambos tiene que ver con la precisión de la disputa: primero, los acuerdos probatorios normalmente solo se hacen referencias formales, simplemente se menciona que no hay acuerdos y no existe un intento real de negociación. Segundo, la delimitación de los temas por debatirse, lamentablemente como la ley regula en un artículo la finalidad de la audiencia y en otro la forma como se desarrolla, al no estar recogido de manera expresa en la segunda norma es simplemente olvidado.

Es justo anotar que en la primera debilidad no solo hay responsabilidad de los litigantes, también es fruto de la conducción de la audiencia. La labor propositiva de los jueces es clave, por ejemplo, es útil que introduzcan propuestas de aceptar como actuadas pruebas que en realidad no van a ser controvertidas, resulta clave para reducir el tiempo de las audiencias e incentivar un debate más profundo sobre la real discrepancia. En el segundo aspecto es simplemente una responsabilidad que debe ser cumplida por el juez y que ha sido marginada.

Otro punto que es ladeado es el referido a las pruebas nulas; mas al como oyente no hay referentes para saber si existen este tipo de violaciones, por rigurosidad no se caca conclusiones.

vi *Juicio*. - El litigio es una actividad eminentemente estratégica, así que el primer nivel de análisis es si existe un norte en la actuación de los juristas. En términos generales se nota que hay una táctica, el problema se suele ubicar en un segundo peldaño, las actuaciones no responden de manera adecuada a ella, el litigio todavía es genérico, se topan temas intrascendentes y no se otorga la relevancia que tienen los puntos claves. La tercera esfera es la forma como se ejecutan las actuaciones, existen problemas serios en materia técnica, es notorio la falta de destrezas profesionales específicas para realizar las distintas labores.

La deficiencia anotada que es común para todas las ejecutorias, se vuelve más palpable en los instrumentos propios del principio de contradicción. En específico se hace referencia a: primero, el contraexamen es una herramienta que normalmente se emplea; no obstante, se lo hace de manera ineficaz, la falta de técnica para sacar a relucir debilidades hace que lo más común es que sea una extensión del interrogatorio. Las objeciones son subutilizadas, el nivel de depurado de las actuaciones y en especial de las preguntas ilegítimas es visible, no se ha convertido en un filtro que salvaguarde el debido proceso. Incluso el alegato final es subutilizado en su esfera adversarial; a pesar de que se llega a ver posturas incluso agresivas con la otra parte, no se observa cuestionamientos efectivos a la prueba presentada por el contendor.

vii *Recursos*. - Existen dos problemas centrales: el primero referido al modelo de gestión, a pesar de que la ley establece esquemas donde la resolución es fruto de una audiencia, todavía el tiempo de los jueces de las altas cortes no es administrado con eficacia, la forma como se organizan básicamente queda confiado a su criterio y el resultado es un retardo judicial preocupante. Además, la forma como resuelven acumula los costos de los dos sistemas; en la práctica por un lado estudian el expediente y por otro practican la audiencia. Es urgente generar un marco conceptual de litigio y conducción de audiencias para estas diligencias, con actores capacitados es viable el que en esta instancia se adopte un esquema funcional adecuado para un diseño verbal.

El segundo punto es de carácter legal, en la región está pendiente el debate respecto a si los recursos en el fondo son compatibles con el paradigma oral. El problema se presenta en la apelación donde se permite valorar prueba y cambiar la decisión de quien presenció la producción de la totalidad de la evidencia.

Esta misma dificultad en la práctica también afecta a la casación, porque que a pesar de la proscripción de valorar la prueba con frecuencia la Corte Nacional lo hace; aunque es una distorsión fáctica y no legal. Además, este medio para revisar las resoluciones

presenta un déficit funcional alarmante: el número de casos que se aceptan y se varía la decisión es marginal, de la misma forma la creación de jurisprudencia que guíe el accionar a los jueces inferiores es prácticamente nula; sin embargo, los tiempos que duran los trámites y los costos para los ciudadanos de tener que litigar en Quito son exagerados. Quien escribe cree que es hora de revisar este esquema, hay otras alternativas como una corte de unificación de fallos.

Conducción de audiencias

El problema en esta esfera es más profundo, de hecho, es justo decir que ni siquiera hay consciencia en buena parte de los actores de esta esfera de habilidades, mucho menos un marco conceptual que oriente las prácticas. En términos generales la forma como los jueces dirigen los debates es formal y poco comprometida con los valores que defiende el sistema. Por ejemplo, en las diligencias anteriores al juzgamiento es visible que conceden la palabra a la una parte, luego a la otra y resuelven, no fomentan una real discusión.

Existe un problema con la definición de su rol, en ocasiones atentan contra el principio dispositivo al forzar la norma para asumir un papel demasiado activo, por ejemplo, en el juicio la ley establece que pueden pedir aclaraciones a testigos y peritos, sobre esta base se convierten en verdaderos interrogadores y contra examinadores. En cambio, en audiencias como la preparatoria, donde el proponer posibles acuerdos sería un aporte, adquieren una actitud contemplativa.

Protección de sistema de garantías del imputado

1. Actuación de los defensores

La Defensa Pública este momento al menos en caso flagrantes asume la representación (18 de 20 audiencias de revisión de la legalidad de la detención) y en este momento se halla desbordada, como se analiza más adelante, el haberles asignado obligaciones que exceden sus capacidades lleva a la improvisación, es común que los defensores hablen con los clientes antes de las audiencias. Por el momento un patrocinio activo, capaz de investigar y producir evidencia propia es un mito, las ocasiones que lo hace como regla general es por aporte de los interesados. Además, en materia de litigio técnico se reconoce que hasta hace unos cuatro años era la institución más sólida, la inversión que realizó en capacitación fue seria y dado el número de audiencias que pasaban consiguieron un nivel aceptable. Lamentablemente el flujo de funcionarios a otras instituciones con mejores remuneraciones, así como un gran concurso para entrar a la carrera llevo a una rotación en el personal, dada la crisis económica que ya se sufría no hubo un proceso de formación y esto golpeó su rendimiento.

Una fortaleza de esta institución es que se armó en un período donde ya se tenía claro lo importante que es la gestión. En un primer momento su esquema funcional se basó en unidades para cada tipo de audiencias, este modelo le permitió un nivel de especialización de litigio interesante; sin embargo, dos deficiencias obligaron a revisar este diseño: la primera se relaciona con la desazón e inseguridad de los usuarios al no tener un abogado fijo, la segunda tiene que ver con que el esquema era diseñado para cubrir audiencias, modelo que no incentivaba a una defensa activa. Hace aproximadamente dos años se varió la estructura, hoy los casos penales en ciudades grandes son atendidos por dos unidades: flagrancia y defensa judicial. El primer equipo pasa la audiencia inicial y se queda con los casos que van por procedimiento directo. Los restantes van a la última estructura donde se le otorga un abogado al procesado y sino media un cruce de audiencias es el quien lleva todo el trámite.

Lamentablemente estos esfuerzos chocan con la realidad, al momento la demanda ha superado su capacidad operativa, debido a dos decisiones ajenas: la primera, una regulación populista de los márgenes del servicio que presta, básicamente la Constitución recogió la obligación de brindar patrocinio a todas las personas sin limitación del tipo de conflicto, es cierto que se previó una cobertura progresiva que se esperaba que sea un amortiguador; mas las presiones políticas en ocasiones manifestada en ley y en otras en francas intromisiones le ha obligado a abarcar materias más allá de los recursos, en este momento se cubren en delitos tanto a infractores y víctimas, contravenciones, conflictos de familia, laboral e inquilinato. El segundo problema tuvo su origen en una regulación contradictoria, la norma suprema reconoció la autonomía; así y todo de forma paralela fijó que el órgano de gobierno de todas las instituciones de justicia es el Consejo de la Judicatura, este marco conflictivo basto para que en una época con déficit democrático esta última institución impusiese una franca sumisión a la Defensa, Fiscalía e incluso a los jueces. Dado que este órgano administrativo se dejo llevar por sus propios intereses impuso modalidades de trabajo desleales con el servicio, por ejemplo, tener un defensor presente en audiencias penales en las que hay defensor privado para que no se suspenda la diligencia si es que no llega; a pesar de que es obvio que por no conocer el caso debería aplazarse.

El escenario descrito ha convertido a la defensa activa en una meta lejana, en términos reales se litiga sobre la base la evidencia recabada por el Ministerio Público. Hay ciudades pequeñas donde la situación es dramática, un defensor público entrevistado llegó a reconocer que el esquema de gestión básicamente se limita a responder cada día a las boletas que les llegan.

2. Condiciones para ejercer los derechos

El modelo judicial otorga las condiciones básicas para que las garantías sean realizables, existen áreas donde no se ha detectado problemas como por ejemplo respecto al derecho a la contradicción y a ser oído; en contraposición hay otras donde existen un par de flaquezas: en materia de imparcialidad todavía hay actuaciones proactivas de los jueces referidas a la práctica de la prueba especialmente mediante preguntas a testigos y peritos que abren una duda sobre su neutralidad. En materia de publicidad en este momento prácticamente no hay posibilidad de que una persona no vinculada a un proceso pueda acceder a su contenido, debido a que la norma es problemática, no permite gravar ni difundir audiencias y si a esta realidad se suman factores una política de secretismo que se impuso los últimos años, se comprende porque los estudios independientes basados en datos se han vuelto inviables.

3. Paradigma restaurativo

La legislación ecuatoriana recoge la conciliación y por esta vía abre a la puerta para realizar mediaciones en: delitos con pena inferior a cinco años, así como infracciones de tránsito que no traigan como resultado muerte, incapacidad para el trabajo, y pérdida o inutilización de un órgano principal.

El mayor problema es que con la entrada en vigencia del COIP en agosto del 2014 fue derogada la suspensión condicional de procedimiento, se creyó que con la posibilidad de negociar que fue descrita y el procedimiento abreviado bastaba. El error consistió en no darse cuenta que así como es válido que acuerde el procesado con la víctima, también lo es que en otros supuestos que lo haga con la Fiscalía. De hecho, hay razones por las que ciertas respuestas recreativas de calidad se obtienen comúnmente por esta última vía, por lo general el ofendido está más interesado en una reparación patrimonial; en tanto que la Fiscalía al representar a la sociedad tiende a emplear obligaciones de hacer, las mismas que tienen mayor potencial para incidir sobre la conveniencia e incluso sobre ciertas capacidades del procesado para su vida. Concretamente experiencias internacionales como el los juzgados de droga o la imposición de tratamiento psicológico para casos de violencia intrafamiliar no se han ensayado. Uno de los aportes del Consejo de la Judicatura que acaba de ser cesado fue los centros de medición, la impresión que se tiene es que, si han tenido un cierto impacto, lamentablemente no existen cifras confiables respecto a su funcionamiento.

Reorganización del sistema penal

1. Defensa

Las personas en el Ecuador pueden acudir a un defensor privado o público, no existe la posibilidad que el Estado cancele por un abogado que no sea funcionario. En su creación hubo un sistema mixto, la institución pagaba por casos resueltos a profesionales en libre ejercicio, no obstante, no funcionó un tiempo suficiente para poder medir el potencial de ambos sistemas.

2. Función judicial

Respecto al esquema operativo de los juzgados y tribunales, existen dos realidades diversas: flagrancia y los ordinarios. Las primeras son unidades interinstitucionales que fueron diseñadas para poner a los actores al servicio del caso, para que desde el ingreso de la causa hasta el final exista una elevada coordinación que permita manejar de forma eficiente los recursos humanos y tramitar con efectividad. Es importante anotar que estas estructuras solo se quedan con los casos que se tramitan por procedimiento directo, al existir por mandato legal un lapso de 10 días entre la formulación de cargos y el juicio, las instituciones se han preocupado por la gestión. Se diseñaron servicios comunes para múltiples juzgados y lo más importante administradores que no solo se ocupan de los recursos materiales, sino que gerencian el recurso más preciado para la justicia las agendas de los jueces fiscales y defensores. Este proyecto al gozar de un alto prestigio por su desempeño ha recibido preocupación prioritaria, las altas cabezas institucionales hacen un seguimiento constante e incluso destinaron personal específico para levantar información, por ello su rendimiento se ha mantenido. El mayor problema que enfrenta es la sombra de dudas que hoy tiene la justicia por la injerencia política que ejerció hasta hace poco el Conejo de la Judicatura, Ministerio del Interior, de Justicia e incluso el propio abogado de la Presidencia respecto a conseguir fallos mediante la intimidación.

En los juzgados ordinarios la filosofía de liberar a los jueces de la carga de conseguir recursos materiales y gerenciar el trabajo de los restantes funcionarios, se puede decir que ha funcionado; si bien esta lógica no se ha impuesto al mayor valor para el sistema, el tiempo del propio administrador de justicia, todavía queda a su sana discreción. Por ejemplo, los márgenes se evidenciaron cuando se le preguntó a un juzgador si había algún horario en que prefiriese no poner audiencias, el respondió: “le he dicho al secretario que salvo emergencias los viernes no las fije, porque es un día que me gusta dedicar a despachar temas rezagados”. El nivel de arbitrariedad que muestra este extracto es incompatible con un sistema que asegure un servicio público de calidad.

3. Persecución penal estratégica y experiencias exitosas

El Ecuador se ha caracterizado por producir un número interesante de buenas prácticas a lo largo del proceso de reforma, no obstante, lamentablemente también se destaca por su incapacidad para mantenerlas vigentes, la falta de institucionalidad ha llevado a

que salvo las dos últimas experiencias que se describirán el resto se cayeron. La Fiscalía cuenta con la Dirección de Política Criminal que es la instancia administrativa destinada de cumplir con este objetivo, durante una cierta época lo hizo; aunque desde hace algunos años no existen proyectos concretos que haya impulsado. Los procesos que se describen fueron propulsados por esta instancia (2.003-2.008) y el Consejo de la Judicatura de Transición (2.011-2.013).

Respecto al manejo de mercados criminales: el órgano de dirección de la Función Judicial implementó el “sistema de control de receptación de bienes de dudosa procedencia”, proyecto que se desarrolló en Quito, Guayaquil y Cuenca (2.012) y que consiguió en 6 meses sacar del mercado 94.410 objetos de procedencia dudosa. En un segundo momento se comprendió que el mayor problema de seguridad ciudadana eran los asaltos y que el motivo central era el deseo de sustraer los celulares, cuando se centró los esfuerzos en este tipo de comercio en seis meses se consiguió bajar el 24% de las denuncias de pérdidas o robos efectuadas a las operadoras (Zalamea, 2014, pp. 311-326).

Otra política de naturaleza estratégica fue el plan para evitar la impunidad en tránsito. El problema consistía en que como la ley no preveía prisión preventiva para la mayoría de estos delitos, esta realidad generalizó el uso de no presentarse al juicio y conseguir la impunidad. Ante esta realidad se montó una estrategia para embargar los vehículos y no devolverles hasta que no concurren o lleguen a un acuerdo reparatorio. En su primera etapa la Dirección de Política Criminal (2.006-2.008) en la ciudad de Azogues consiguió otorgar respuesta al 32% del total de casos ingresados, lamentablemente los cambios políticos generaron que la experiencia se caiga. El Consejo de la Judicatura de Transición retomó la iniciativa (2012) y la implementó en 10 ciudades en esta ocasión se introdujo un nuevo indicador para medir su eficacia, se consiguió en 8 meses un pago de 1'574.772 dólares como reparación a las víctimas (Zalamea, 2014, pp. 357-369).

El mencionado organismo administrativo de la Función Judicial creó en la ciudad de Cuenca la “Unidad de evaluación, supervisión y seguimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva” (2013), cuya finalidad es realizar un diagnóstico del arraigo social de las personas que han sido sometidas a medidas no privativas de libertad con el fin de mejorar la calidad de las decisiones y realizar un seguimiento al cumplimiento de las condiciones establecidas. Tuvo una vigencia de 4 meses y consiguió que más de la mitad de los casos flagrantes el juez dicte medidas alternativas y de 3 casos que llegaron a juicio en todos ellos se presentó el procesado (Zalamea, 2014, pp. 388-395).

La Unidad de Delitos Flagrantes originalmente fue implementada por la Fiscalía (2006), si bien sus resultados fueron auspiciosos, sin embargo, no mostró todo su potencial por que el esquema investigativo por ley era escrito (Zalamea, 2007, pp. 354-359). En la

segunda etapa el Consejo de la Judicatura retomó en el año 2012 y con un nuevo proceso muestra toda su capacidad, el total de casos cerrados pasa del 8% al 51%, las sentencias condenatorias del 15% al 26%, los casos que llegaban a juicio se resolvían en 192 días con el nuevo esquema pasó a 42 días (Zalamea, 2014, pp. 349-355). En este instante los resultados deben ser aun mejores; por la entrada en vigencia del procedimiento directo, no obstante no existen datos confiables. Es el proyecto que mayor legitimidad ha alcanzado dentro de la Función Judicial y luego del proyecto de combate a los mercados ilegales también en la ciudadanía.

Diseño e implantación la Unidad de Depuración de Denuncias (2004), cuyo logro cuando se aplicó al total de causas fue del 37% y cuando se le aplicó de manera exclusiva a patrimonio ciudadano y soluciones rápidas llegó al 82% del total de denuncias, al separar las causas no investigables con aquellas con futuro es un pilar para el funcionamiento de la Fiscalía (Zalamea, 2014, p. 401).

En conjunto estas experiencias revelan una realidad, intervenciones puntuales bien dirigidas, han mostrado la posibilidad de conseguir logros importantes en la calidad de servicio e incluso en la convivencia en sociedad.

Conclusiones

La reforma ecuatoriana ha estado plagada de errores legales y de implementación; no obstante, ha conseguido un cambio real en el servicio público de administración de justicia e incluso tiene un mérito más relevante durante estas casi dos décadas ha sido un proceso vivo.

El litigio adversarial como motor del funcionamiento judicial es una realidad; sin embargo las deficiencias en materia de calidad de litigio son profundas y socaban su verdadero potencial. Es necesario relanzar un proceso integral de capacitación en materia de litigación oral y conducción de audiencias.

Han existido esfuerzos destinados a rediseñar las instituciones para adaptarlas a un sistema oral; mas no han conseguido enraizarse y todavía los desfases funcionales castigan de manera considerable el servicio público.

El no haber aprovechado los momentos de los grandes cambios legislativos para realizar una revisión institucional profunda se convirtió en un lastre pesado; pero intervenciones puntuales diseñadas de manera estratégica han permitido relanzar el proceso y

conseguir avances significativos. Para países donde la fuerza que se logra con la reforma normativa se ha agotado, esta parece ser la vía para alcanzar los objetivos pendientes.

El Ecuador ha mostrado una capacidad creativa relevante, lamentablemente también una falta de institucionalidad tan elevada que ha terminado por sepultar experiencias exitosas que mostraban logros importantes en la calidad del servicio.

Bibliografía

Binder, A. (2002), La reforma de la Justicia penal: entre el corto y el largo plazo, en *Sistemas Judiciales*, 2, 67-72.

Defensoría Pública del Ecuador (2011). Rendición de cuentas 2007-2011. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

Duce, M. La oralidad en etapas previas al juicio: la experiencia en la ciudad de Cuenca en Ecuador.

Fundación Esquel (2003). Evaluación de la Reforma Procesal Penal. Quito: Fundación Esquel-USAID.

Fundación Esquel (2006). Segunda evaluación del Sistema Procesal Penal. Quito: Fundación Esquel-USAID.

Riego, C. (2005). Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina, en *Sistemas Judiciales*, 8, 9.

Vargas, J. (2008). La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica, en *Urbio*. *Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana*, 3, 33-47.

Vertiz, C.. (2011). La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 casos en 7 distritos judiciales con el nuevo Código procesal Penal. En L. Lorenzo, C. Riego, D. Mauricio (Eds.), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas* (pp. 227-319). Santiago: CEJA.

Zalamea, D. (2007). La reforma procesal en Ecuador experiencias de innovación. Santiago: CEJA.

Zalamea, D. (2008). Reporte del estado de la Prisión preventiva en Ecuador (2008). En C, Riego y M. Duce (Dir.), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas* (pp. 267-341). Santiago: CEJA.

Zalamea, D. (2014). *Del Derecho Penal mínimo al Derecho penal estratégico, una propuesta político penal desde el Ecuador* (Tesis de doctorado). Recuperada de

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4098/1/TD048-DDE-Zalamea-Del%20derecho.pdf>

El Salvador. Por Dina Martínez Monles¹⁶⁹

Breve reseña de los antecedentes de la reforma procesal penal.

En este apartado se hace una breve reseña de los antecedentes más importantes sobre la reforma procesal penal en El Salvador.

Post-conflicto armado

169 Licenciada en Ciencias Jurídicas. Colaboradora técnica del Área de Justicia Penal y Seguridad Ciudadana. Órgano ejecutor de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, FESPAD.

La firma de los Acuerdos de Paz en enero de 1992, trajo muchos cambios en la institucionalidad del Estado. Se crearon instancias que contribuyeran a consolidar la democracia y garantizar el goce pleno de los derechos humanos de las y los salvadoreños. Es así que surge la Policía Nacional Civil (PNC), la Procuraduría de los Derechos Humanos, el Consejo Nacional de la Judicatura.

La creación de la institución policial fue el inicio para mejorar la capacidad técnica y científica para la investigación del delito. Desde que se fundó la PNC, tuvo presencia en todo el territorio salvadoreño, por lo que se facilitó la etapa de transición con los antiguos cuerpos de seguridad (Policía de Hacienda, Guardia Nacional), el cual estaba basado en un régimen estrictamente militar, a un nuevo cuerpo que fundamenta su trabajo en la garantía y respeto a los derechos humanos y la democracia en el país.

Ese mismo año de la firma de los Acuerdos de Paz, se crea al interior de la Fiscalía General de la República el Departamento de Prevención del delito, cuyo objetivo era investigar las causas, origen y antecedentes de los hechos delictivos. Se formula además una política institucional de prevención u se elaboraran planes que incluían programas y estrategias para que la población se concientizará sobre la importancia de la prevención de los crímenes. Posteriormente, se hacen una serie de evaluaciones por parte de las agencias que financiaban estos programas, encontrando deficiencias en la recolección de la información en el sistema de justicia.

Ante esto, en 1993, se reforma la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1952, la cual faculta a la Fiscalía General de la República a dirigir funcionalmente desde la etapa policial la investigación de los hechos criminales y la recabación de las pruebas que han de someterse a la jurisdicción penal, a fin de vela por el estricto cumplimiento de los procedimientos.

En 1994, se entrega a la Asamblea Legislativa los proyectos de ley de los Códigos Penal y Procesal Penal y la Ley Penitenciaria. Después de intensas consultas ciudadanas, el Código Procesal Penal fue aprobado en 1996, el Código Penal y la Ley Penitenciaria en 1997, el cual entró en vigencia en 1998, debido a deficiencia de recursos, especialmente en la FGR.

Además, se crea en el año 1996, la Comisión Coordinadora del Sector Justicia, la que se integró por el Presidente del Órgano Judicial, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General, la Procuraduría General y el Consejo Nacional de la Judicatura. Esta comisión a través de su Unidad Técnica Ejecutiva, diseñan planes formativos para capacitar el recurso humano por intermedio de la Escuela de Capacitación Judicial, instancia que hasta la actualidad desempeña ese mismo rol.

Como resultado de la transición al nuevo sistema penal, se dieron algunos problemas para lograr su aplicación de forma efectiva. La FGR no tenía presencia en todo el territorio nacional, la falta de conocimientos en su personal para aplicar la ley, se contrató aceleradamente agentes auxiliares. Por otra parte, se dio una descoordinación con la PNC, especialmente en la parte relacionada con la investigación del delito. Por parte de la judicatura, se dieron problemas de entendimiento con los jueces, falta de manuales operativos, escasos recursos financieros, entre otros.

Proceso Penal 2008-2011.

El nuevo Código Procesal Penal CPP fue aprobado el 22 de octubre de 2008 por medio del Decreto Legislativo 733¹⁷⁰, con la finalidad de ser una herramienta importante para fortalecer la capacidad de las instituciones del Estado para hacer frente a las necesidades de las personas que demandan justicia. Este mantuvo en un lapso de vacatio legis, en donde las instituciones integrantes del Sector de Justicia emprendieron acciones necesarias para preparar y fortalecer los recursos y mecanismos orientados a la efectiva aplicación de la nueva normativa procesal penal; pero tales acciones demandaban una importante inversión de tiempo y recursos que no pudieron completarse en el plazo inicialmente definido para la entrada en vigencia del mencionado Código

Por las razones anteriores, el Código Procesal Penal se prorrogó en la fecha de entrada en vigencia prevista para el 1 de julio de 2009, a fin de que las instituciones vinculadas a la administración de justicia penal desarrollaran eficazmente actividades tales como la definición de políticas públicas, la capacitación de funcionarios y colaboradores judiciales, fiscales, defensores públicos, policías y restantes operadores del sector justicia, así como cambios institucionales necesarios para ello. Finalmente entró en vigencia el 01 de enero de 2011, siendo el encargado de su implementación el Órgano Judicial a través de la Unidad Técnica del Sector Justicia. (UTE)

Con este se ha pretendido fortalecer el sistema acusatorio de juicio oral y cambiar el actual sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, (Código de 1998) en el que aún quedaban características de los sistemas inquisitivos, como la supuesta capacidad de investigación en poder de los jueces, por lo que con este nuevo código se instauró un Sistema Acusatorio Adversativo. Además, se le entregó un poder casi absoluto a la Fiscalía General de la República (FGR) ¹⁷¹basado presuntamente en los principios de autonomía fiscal de la persecución penal e imparcialidad judicial.

170 Decreto Legislativo No 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en Diario Oficial no20, Tomo No 382, del 30 de enero de 2009.

171 En el CPP se le restringió en un principio facultades a los jueces de Paz de dictar sobreseimientos definitivos de acuerdo al Art. 350 CPP y Art. 18 de la Ley contra el Crimen Organizado, invadiendo

A dos décadas de la reforma del Sistema, se han puesto en práctica dos códigos procesales penales (1998 y 2011) que han incorporado mecanismos y procesos especiales que pretenden facilitar el alcanzar la justicia de forma más expedita y transparente, sentando las bases del modelo acusatorio adversativo, se separan funciones de los principales intervinientes (Juez, Fiscalía General de la República, Defensa, víctima, imputados) se fundamentan principios del debido procesos, roles, derechos de imputados, víctimas y se busca despenalizar los procesos y brindar salidas alternas a través de la reparación del daño, suspensión condicional del procedimiento, conciliación, criterio de oportunidad y otros.

La reforma implementada desde el año 1998, establece también un manejo diferente de la prueba, especialmente se pretende darle relevancia a la prueba científica y que la prueba adultas y tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, así como principios esenciales con la dignidad humana y el acceso a la justicia.

Con el Nuevo Código Procesal Penal (NCP) se corrigen algunas deficiencias en cuanto a derechos y garantías como el derecho a un Recursos Efectivo (Art. 9 de la DUDH) ya que en el anterior proceso no se podía acceder escalonadamente a los mismos, se regulaba para las Sentencias Definitivas en Sentencia el Recurso de Casación, obviándose la Apelación, lo que hoy es del conocimiento de Cámaras de Segunda Instancia y para las resoluciones de estas se establece la Casación.

Se clarifican los medios de prueba documental, pericial y testimonial, se le da importancia también al a prueba de referencia, prueba de habito y de objetos, se crean nuevas figuras procesales como los Juicios Sumarios, la figura de los procesos abreviados donde el fiscal puede solicitar cualquier modalidad de penas consideradas aplicables a este mecanismo con el consentimiento del imputado y su confesión, así como con el consentimiento de la víctima. Se replantea además el criterio de oportunidad con el fin de utilizarlo para perseguir al cabecilla o dirigente criminal, siempre que la conducta del colaborador sea menor respecto de las de los otros partícipes.

Se transforman las salidas alternas cualitativamente en cuanto a la metodología y procedimiento, como en el caso de la conciliación y mediación que en el código de 1998 se implementa solo como conciliación, pero en la nueva reforma en su procedimiento e implementación se le da un contenido administrativo y jurisdiccional Art. 8 y 39 Cd Pr Pn a través de la FGR y Tribunales respectivamente.

Otro aspecto importante es que la prueba testifical ya no sea la reina de las pruebas. Además, se retoman muchos de los elementos ya vigentes por el Código Penal de 1998,

facultades de los jueces establecidas en el Art. 172 de la Constitución de la República, pero en reforma del 29 de febrero de 2012 se le devolvió esa facultad con la condición de que el sobreseimiento definitivo lo haya solicitado también la Fiscalía General de la República, invadiendo facultades jurisdiccionales.

en lo referente a los actos de investigación bajo control judicial, por lo que no se identifican mayores cambios en el modelo de investigación vigente.

La iniciativa del cambio de la normativa salvadoreña del año 1998 al 2011 respondía a tres objetivos: celeridad de los procesos, reestructuración del sistema penal para economizar recursos y lograr más eficacia en el marco del proceso penal; buscándose como resultado procesos con más celeridad, mejores sentencias y sobre todo tratar de eliminar la impunidad penal existente. Este Nuevo Código Procesal Penal (N CPP) como se conoce sigue manteniendo la esencia acusatoria y se definen en él, derechos a favor de las víctimas

Han pasado 7 años desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (N CPP) y se han generado amplias críticas al mismo, entre las que se encuentran: restricción de los derechos del imputado y de la víctima; reducción de los controles judiciales sobre la PNC y la FGR; aumento del nivel de discrecionalidad de la fiscalía; introducción de reglas de evidencia tasada; y la falta de audiencia inicial, entre otras. Influyendo además en dichas críticas, factores exógenos como la percepción mediática y factores asociados a la insuficiente o ineficiente asignación de los recursos, débil investigación o burocratización de esta, bajos niveles de denuncias y contradicciones en la aplicación de la ley penal, que ha llevado a la ciudadanía a no confiar en la capacidad de respuesta de las instituciones de investigación.

El aumento de la actividad delictiva, efectivamente ha sido entre otros, un factor que ha influido también en la forma que las instituciones del sector justicia tratan de aplicar la normativa penal en la práctica.

Por ello, la reforma penal desde su creación, ha tenido diferentes enfoques sobre su aplicación por parte de los diversos sectores sociales y algunos operadores de justicia, presentando mucha oposición desde una línea muy conservadora, que manifiesta que la reforma penal es muy garantista para los delincuentes y otra que busca la implementación de un sistema innovador para la participación activa de las partes. Es así, que el Código Procesal Penal no se ha salvado de la aprobación de reformas en cuanto a mejorar las garantías para la víctima dentro del proceso penal; dichas reformas fueron aprobadas a partir de marzo de 2012, mediante Decreto Legislativo 1010 del 23 de marzo de 2012¹⁷². Como resultado de resoluciones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 23 de diciembre de 2010.¹⁷³

172 Decreto Legislativo No 1010 del 23 de marzo de 2012, Diario Oficial No 58 . Tomo No 394.

173 *Procesos constitucionales acumulados 5/2001 (23 de diciembre de 2010) (Relación de sentencias 5.1). Conforme al principio de independencia y la colaboración entre órganos establecido en la Constitución, se recomienda a la Asamblea Legislativa efectuar una revisión del tratamiento procesal-penal que recibe la*

También la normativa ha sido objeto de reformas, en cuanto al trabajo de instituciones del sistema de justicia como el Ministerio de Seguridad Pública, Policía Nacional Civil y el Sistema Penitenciario que han puesto en marcha medidas extraordinarias en diferentes centros penales del país, con el fin de menguar las actividades delictivas provenientes de criminales que se encuentran recluidos en los diferentes centros de reclusión, dichas medidas se ha comprobado afectan las garantías contra los imputados y el trabajo del mismo sistema judicial, lo que no ha permitido se brinde un mejor servicio a los usuarios del sistema. En este punto el proceso de implementación de la normativa penal también ha sido difícil aplicarlo a cabalidad, ya que las instituciones involucradas en la misma, no cuentan con el presupuesto oportuno¹⁷⁴ y hay contradicciones claras entre instituciones del sector justicia¹⁷⁵ y resistencia al cambio.

En esta línea, para lograr una efectiva aplicación de justicia, deben tenerse en cuenta los roles establecidos constitucionalmente para cada órgano o institución estatal, respetando el principio de independencia, es decir, no existiendo ningún tipo de intromisión en las funciones correspondientes a cada uno; y sin perder de vista el respeto de los derechos y garantías fundamentales en las actuaciones que ellos realizan.

Y efectivamente se han evidenciado problemas importantes en preceptos procesales que afectan la aplicación de la normativa penal en los ejes de Oralidad y calidad de litigación; Protección del sistema y garantías del imputado y reorganización de instituciones del sistema judicial, así como en la parte normativa investigativa y procesal. Línea en la que ya se han pronunciado especialistas en el proceso penal salvadoreño como el Fiscal Puertorriqueño Héctor Quiñones Vargas.¹⁷⁶

víctima en relación con el proceso penal y su derecho constitucional de acceder a la tutela jurisdiccional mediante el proceso penal.

Particularmente, en relación con la no promoción de la acción penal mediante el respectivo requerimiento fiscal. En este sentido, el ordenamiento jurídico procesal penal vigente no estipula mecanismo alguno para acceder a la jurisdicción, ante el desinterés o negativa de investigar que puede mostrar el fiscal del caso o su superior, lo cual supone una clara desventaja y desprotección para la víctima; quien una vez vea imposibilitado su acceso a la justicia penal, tendrá que recurrir a la instancia contencioso-administrativa o constitucional para salvaguardar su derecho a la protección jurisdiccional, lo cual puede desembocar en una protección tardía e ineficaz.

174 <http://diario1.com/politica/2016/12/asamblea-se-fue-a-vacaciones-sin-aprobar-presupuesto-y-146-millones-en-prestamos/>

<http://www.presidencia.gob.sv/retraso-en-aprobacion-del-presupuesto-2017-pone-en-riesgo-programas-de-inversion-por-900-millones/>

175 Douglas Meléndez culpa a los jueces de casos perdidos por la FGR. Periódico El Blog. 17 de diciembre de 2017. <http://elblog.com/noticias/registro-48929.html>

176 “si alguien me preguntara cuál es el mayor problema del sistema procesal penal salvadoreño no vacilaría en responder que se trata de la poca y confusa reglamentación que existe en el CPP en todo aquello relacionado con la admisión, valoración y el uso y manejo de las pruebas...en el aspecto investigativo y procesal existen también problemas importantes de orden práctico”. QUIÑONES VARGAS,

Descripción de los tres ejes.

Tomando en cuenta las fuentes de esta investigación como entrevistas a funcionarios de los principales institutos claves del Código Procesal Penal y análisis realizados desde la instancia encargada de poner en marcha la reforma procesal penal en El Salvador, como es la Unidad Técnica del Sector Justicia en los ejes de Oralidad y calidad de la litigación; Protección del sistema de garantías del imputado y Reorganización de las instituciones del sistema penal, se han encontrado la siguiente información, según cada uno de los ejes de estudio.

Oralidad y calidad en la litigación

Oralidad. Las audiencias del proceso son Audiencia Inicial, Preliminar y Vista Pública y otras especiales, como de revisión de medidas cautelares, para la abertura de sobres de testigos se citan a defensores, siendo todas las audiencias orales. Obligatoria las 3 audiencias principales son orales y no en todas se cita a los imputados. Sin embargo, para una fuente entrevistada en materia penal juvenil es donde sí se dan las reglas de la oralidad, por ejemplo, en la vista pública, las pruebas son introducidas oralmente, en cambio en el proceso de adultos, el juez conoce anticipadamente las pruebas que serán aportadas durante el juicio.

En cuanto a la profesionalidad la PGR¹⁷⁷ depende de la experiencia de sus miembros y reglas generales de la oratoria, puesto hay defensores particulares que no cuentan con lo anterior y no defienden debidamente a sus clientes, no dicen mucho en las audiencias.

Sobre la calidad en la litigación, en una de las entrevistas realizadas, se informó que, tanto en la Fiscalía General de la República, como en la Procuraduría General, hay buena litigación, pero hay algunos defensores públicos y fiscales que no se esmeran por sus representados y muchas veces las o los la jueces acude a llamarles la atención o a informar a los superiores o jefes de Procuradores y Fiscales. También indicó que se evidencia la profesionalidad de los defensores particulares en la mayoría de los casos. Las fallas en las instituciones del Ministerio Público muchas se deben a que se encuentran muy saturadas y se crea mala representación. Los juzgadores piden fundamentar bien la teoría fáctica y jurídica a las partes dentro del proceso.

Indicadores para audiencias centrales

Plazos. Se cumplen, siendo más fácil dar seguimiento a los plazos del proceso sumario, donde se aplican causales de suspensión, se está más pendiente de los plazos de

Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. 1ª Edición, septiembre 2003, San Salvador. Pág. 57

177 Entrevista a la Licenciada Ivanova Quijano, Defensora del área penal de la Procuraduría General de la República. (PGR)

libertad. Dentro de los plazos del proceso se verifica apremios y derechos del imputado. En materia procesal de menores infractores se cumplen todos los plazos, esto se debe a que se da cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales.

Las y los jueces deben ver que la FGR lleve el requerimiento en el término de 72 horas, sino es detención ilegal, (por lo que podrían dejar en libertad al imputado) y señala fecha de audiencia. Según fuentes entrevistadas, eso corresponde a lo legalmente establecido, pero en la práctica no se hace, y recurren a recibir los requerimientos con fecha atrasada para no para no decretar la libertad del imputado.

En Audiencia Inicial por lo general no se cuestiona la relación de los hechos porque todavía se estudia el caso y en los grandes casos no se plantea en esta Audiencia hipótesis fáctica diferente a la de la Fiscalía General de la República, porque no se tienen medios probatorios todavía. El juez no cuestiona e interviene en la Audiencia porque en esta es un “pasapapeles”.

En el caso de menores infractores, el Art. 80 del Código Procesal Penal, establece que la Fiscalía tiene que decir, si ratifica, modifica o retira los cargos por los delitos por los que se acusa, hace relato de los hechos, y ofrece los elementos para establecer la existencia de los delitos. Todo esto lo hace de manera oral. Siempre se presenta documentación escrita de todo lo dicho, esto se hace al momento de presentar el dictamen, o también se puede hacer en el momento de la audiencia.

Sobre el papel de la defensa, por el tipo de audiencia, casi nunca interviene, aunque si podrían hacerlo, por ejemplo pueden pedir nulidad de la prueba por la forma que fue obtenida o por la calidad de la misma. En la mayoría de casos la defensa hace uso del principio de comunidad y contradicción de la prueba.

Medidas Cautelares. Se respeta discutir el supuesto material y después procesal y hay mecanismos de control, especialmente con menores de acuerdo al Art 54 de la Ley Penal Juvenil, en casos de lesiones. Se discuten 3 cosas personal, monto de la pena y delito, se exigen los arraigos, se ve si pena mayor de 3 años y el riesgo de fuga (fomuboni iuris y periculum in mora) En los casos de adultos es diferente, no hay mucho seguimiento a los mecanismos de control, no es obligación pedir cada 3 meses, no se hace un control.

El Código Procesal Penal establece que las medidas cautelares en el caso de los adultos son de 6 meses prorrogables. En el caso de menores infractores, son 60 días, con una prórroga de 30 días más.

Salidas Alternas.

En general jueces prohíben acercarse a la víctima y, a veces se exceden en este tema, por ejemplo, en los casos de conducción peligrosa, mandan al imputado a los Alcohólicos

Anónimos y se va más allá de la libertad. Sólo en los delitos de índole sexual, los jueces toman en cuenta los aspectos personales de los imputados. Aunque con la entrada en vigencia de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para la Mujeres, estos tipos de delitos no admiten ningún tipo de medida.

En el caso de los menores con las salidas alternas es obligatorio incorporarse al estudio y se ven aspectos personales en ello.

Etapa Intermedia.

No todos los jueces Instrucción discuten la pertinencia de la prueba, si la defensa no se opone a la introducción de prueba el juez de Instrucción la admite, considera toda información importante. En cuanto acuerdos entre las partes, cada día son menos los delitos en que se puede conciliar, solo en salidas alternas como procedimiento abreviado y suspensión condicional del procedimiento el Juez presiona al imputado, queriendo evitarla vista pública.

Algo relevante es que incluso antes de la audiencia de vista pública pueden darse acuerdos entre las partes.

Audiencia Vista Pública.

Se cumplen estrategias e interrogatorios, dependiendo de la experiencia del Juez de Sentencia, pero a veces llevan las audiencias jueces interinos sin experiencia en oralidad de los juicios, cuando vienen interinos que trabajan como jueces de paz es más difícil. Debe existir cuidado de nombrar jueces con experiencia en fundamentación de las resoluciones.

Además de los tribunales de sentencia, que están conformados por tres jueces, el Código Procesal Penal, en su artículo 52, establece los delitos en los cuales corresponderá al tribunal por jurados resolver. Estos son: las lesiones, lesiones graves y muy graves, lesiones agravadas, los delitos relativos a la autonomía personal y por daños y daños agravados. El jurado se integra por un total de cinco personas, sorteadas de la nómina del Registro Electoral. En caso de ser necesario se puede tener a disposición dos jurados suplentes, quienes pueden votar sólo cuando alguno de los miembros titulares se incapacite para seguir actuando.

Las vistas públicas, son presididas por alguno de los jueces de sentencia, según el artículo 410, del CPP, concluida la fase de producción de prueba, el juez podrá ordenar la disolución del jurado y absolver por falta de prueba de cargo.

En cuanto al dictamen del proceso, el artículo 414, del mismo cuerpo legal establece que si el veredicto del jurado es de inocencia, el juez da a conocer el fallo inmediatamente, convocando a la lectura de la sentencia dentro del término de tres días. En el caso que

el veredicto sea de culpabilidad, el juez debe conceder a las partes la palabra para que aleguen sobre la pena aplicable. Luego de esto, se declara clausurada la vista pública, fijando día y hora en el que se da lectura a la sentencia condenatoria. El veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción, si fuera procedente.

Como se dijo anteriormente, en los casos que procede, las partes pueden llegar a algún tipo de acuerdo alterno, hasta antes de la vista pública.

Recursos y ejecución.

Audiencias para recursos en menores si es obligación hacerlas orales, en la Cámara de Menores, pero en los adultos lo resuelve por escrito la Cámara Penal.

Protección sistema y garantías del Imputado.

Sobre la calidad de la defensa, hay que advertir algunas diferencias entre la de carácter pública, que es proporcionada por la Procuraduría General de la República y la defensa particular. En el primer caso, podría considerarse no muy efectiva, ya que en muchos casos los defensores se presentan a las audiencias sin tener conocimiento de los casos, o se cambian de una fase a otra dentro del proceso penal. El rol principal es llegar a las audiencias y procurar que no se impongan la medida de última ratio. Según una fuente consultada, esto podría considerarse una violación al derecho de defensa, incluso puede llevar a pedir una nulidad por la detención de una persona. La defensa particular es más activa en este sentido.

De manera general, la defensa debe realizar una primera entrevista al recién capturado buscando saber cómo sucedieron los hechos. Actualmente ésta se hace con familiares del imputado, por la limitante de las medidas extraordinarias¹⁷⁸. Se habla con la familia de los posibles testigos. En el mismo día de audiencias se hacen entrevistas controladas que no son funcionales para la defensa, En cambio en los menores hay accesos sin restricción y se dan problemas ya con centros intermedios. Se presenta la prueba cuando el imputado y familiares los ayudan con los testigos, pero antes la PGR contaba con investigadores para dar seguimiento a los casos, ahora es más difícil.

Sobre el cumplimiento de las garantías (condiciones de verificación o teoría del juicio), tenemos que la imparcialidad del juez está dada desde lo que determina la ley; aunque cuando se da la vista pública el juzgador ya conoce el caso, la prueba, porque esa información se presenta de forma escrita por parte de la Fiscalía General de la República,

178 Las medidas extraordinarias, es una estrategia implementada por el Ministerio de Justicia y Seguridad, implementadas desde el año 2015, con el objetivo de frenar la incidencia delictual y de violencia en el país. Entre otros aspectos regula las vistas a los internos, incluida la asistencia de los defensores.

por lo que se corre el riesgo que el juez pueda no ser totalmente imparcial a la hora de emitir la sentencia.

En cuanto a garantías, como la publicidad no se aplica en la investigación preliminar solo para la Vista pública, que supuestamente es así, pero algunas veces no se deja entrar a las personas, ni medios de comunicación. En la Audiencia de Sentencia es que el juez menciona algunos tecnicismos al imputado, pero en el caso de menores nunca. Imparcialidad y contradicción casi siempre se cumplen.

Dentro del proceso penal de adultos, existen excepciones el principio de publicidad, que pueden ser por el tipo de delitos que se ventila o a petición de parte. En este último caso, el juez determina si se concede o no la reserva del caso. Del expediente judicial tienen acceso únicamente las partes procesales.

Toda persona imputada por un delito tiene derecho a ser escuchada en las audiencias, en especial en la vista pública; Actualmente se discute una reforma a la Ley Penitenciaria, donde las audiencias pueden darse sin la presencia del imputado, y será luego de 72 horas que podrá emitir algún escrito al respecto de su caso, por lo que se estaría vulnerando el derecho a la defensa material.

Mediación y justicia restaurativa.

Solo se han regulado medidas alternas que no son restauración, pero en menores si se utiliza por ejemplo la figura de la conciliación, porque es más fácil en juzgados de menores citar a las personas, hay menos saturación y generalmente para un menor infractor, las víctimas consideran puede haber una oportunidad; aunque no todos los delitos permiten esta medida.

Anteriormente existían unidades de mediación en la Fiscalía General de la República, las cuales actualmente se ha convertido en Unidad de Selección Temprana. Sólo la Procuraduría General de República tiene este mecanismo alternativo de resolución de conflictos y se está trabajando en un Manual de Justicia Restaurativa, aunque como se dijo anteriormente, en algunos delitos como por ejemplo homicidios y agresiones sexuales en menores, lesiones muy graves, delitos cometidos por miembros de pandillas, no puede aplicarse.

La Ley Integral de Violencia contra las mujeres no se permite la mediación, prácticas restaurativas, etc.

Reorganizaciones de Instituciones del sistema judicial.

De acuerdo a los Artículos 172, 185, 186 y 187 de la Constitución de la República de El Salvador, la función de administrar justicia es una función jurisdiccional a cargo de los tribunales que integran el poder judicial y es este mismo, el encargado del juzgamiento

de los presuntos infractores de las leyes penales, así como el control y vigilancia de la ejecución de las sanciones penales, actuando con absoluta independencia con respecto de los demás. Así también, la Ley Orgánica Judicial en sus Arts. 59 y 62, establecen que generalmente los juzgados de primera instancia juez de instrucción y juez de paz están integrados por un solo juez; y los tribunales superiores cámaras de segunda instancia, sala de lo penal, entre otros administran justicia por medio de tribunales.

Ministerio Público¹⁷⁹: De acuerdo a los artículos 191, 192, 193 y 194 de la Constitución de la República de El Salvador, este lo conformaran la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH); la Procuraduría General de la República (PGR) y la Fiscalía General de la República (FGR), la primera se encargara de velar por la defensa y promoción de los derechos humanos de la población, la segunda (PGR) de asegurar la asistencia jurídica y el derecho de defensa de la población de escasos recursos en los procedimientos judiciales y penales a través de los defensores públicos, que ejercen funciones de asistencia y representación. Tales funciones comprenden el asesoramiento al imputado, la adecuada información sobre las particularidades de la causa, asistencia de defensor en actos investigativos y audiencias, control de legalidad y regularidad de los procedimientos. El Procurador General es la máxima autoridad (Art. 14 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, LOPGR) La Defensa Técnica según el Art. 95 del NCPP tiene que estar a cargo de un Abogado de la República. al cual corresponde velar por los derechos que la Constitución de la República, los tratados internacionales, y leyes que le han conferido a los imputados, especialmente el ejercicio de la defensa técnica, sin más límites para el cumplimiento de sus funciones que los establecidos en las mismas leyes. Si el imputado detenido no designa un defensor, se solicitará de inmediato el nombramiento de un defensor público a la Procuraduría General de la República, quien deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la solicitud, quienes serán los únicos facultados para ejercer el derecho de defensa Art. 194 No. 2 Cn. Siendo importante señalar acá, el desbalance que todavía existe entre el presupuesto de la PGR, respecto a otras instituciones del sector justicia, imposibilitando a la PGR de varias funciones para garantizar el debido proceso por falta de recursos.

De acuerdo a lo manifestado por Defensores Públicos, hay al menos 268 defensores penales para 60,000 casos en la Procuraduría General de la República, lo que equivale a 224 casos diligenciados por cada defensor público.¹⁸⁰

179 (Ossorio) Llamado así mismo ministerio fiscal, es la institución estatal encargada, por medio de sus funcionarios (fiscales) de defender los derechos de la sociedad y de Estado. Es, además, por lo menos en algunos países, el órgano de relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. En Argentina se ha discutido si el ministerio público era organismo integrante del Poder Judicial o dependiente del Poder Ejecutivo y subordinado a él. La diferencia es esencial, porque afecta a la independencia de la institución comentada. Integra también el ministerio público el denominado ministerio pupilar (v.).

180 Revista Factum. La defensoría de los pobres está ahogada. 22 de noviembre de 2016.

A la FGR le corresponde defender los intereses del Estado y de la sociedad; dirigir la investigación de los hechos punibles y los que determinen la participación punible; promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública, de conformidad con la ley; y desempeñar todas las demás atribuciones que el ordenamiento jurídico les asigne a ella Art. 2 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República (LOFGR).

En el NCPP en su Artículo 5 expresa el principio acusatorio, como un principio básico, en donde se manifiesta claramente la función que corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales correspondientes. Es la Fiscalía General de la República quien dictará la política de persecución penal, bajo los principios de objetividad, racionalidad, unidad de acción y dependencia jerárquica. Los fiscales formularán motivadamente sus resoluciones, peticiones y acusaciones.

Así mismo en su Art. 304 del NCPP corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación. El fiscal practicará las diligencias y actuaciones, así como los actos urgentes de comprobación que no requieran autorización o intervención judicial. Así mismo será la FGR a quien corresponderá de manera exclusiva la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolle la policía y las que realicen otras instituciones que colaboran con las funciones de investigación. Lo que implica un reto para el manejo de la prueba por parte de la FGR, que para algunos se ha vuelto a frustrar por el mal manejo de los testigos criteriados.¹⁸¹

Dentro de sus múltiples atribuciones, corresponde a la FGR, en el marco del proceso penal, el ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación del delito, la cual se realiza con apoyo de la Policía Nacional Civil, que depende del Ministerio de Gobernación. Por mandato Constitucional, la Policía Nacional Civil debe prestar colaboración a la FGR en las tareas de investigación criminal (Art. 159 Cn.) El último inciso del Art. 272 del NCPP expresa que la dirección de la investigación corresponderá a la FRG con ayuda de la PNC. También la Constitución otorga a la Fiscalía la facultad y mandato de dirigir la investigación del delito (Art. 193. 3° Cn.) Así mismo lo establece el Art. 15 de la LOFGR. Atribuciones que como se han mencionado han tenido cambios debido a resoluciones constitucionales.

Conclusiones.

De acuerdo a lo recogido, el estado actual de la reforma penal en El Salvador presenta la siguiente situación en su implementación:

<http://revistafactum.com/la-defensoria-los-pobres-esta-ahogada/>

181 Testigos criteriados, un mal necesario, pero... Diario El Mundo, 11 de julio de 2017. <http://elmundo.sv/testigos-criteriados-un-mal-necesario-pero/>

A veinte años de la implementación de la reforma penal en El Salvador, existe todavía enfrentamientos y división entre sectores conservadores que consideran excesivamente garantista los nuevos códigos Penal y Procesal Penal y señalan como una de las causales del incremento de la delincuencia a esta legislación, contra la opinión de implementar un proceso penal más expedito y garantista.

En cuanto a la reorganización institucional y atribuciones establecidas en la reforma penal, la Fiscalía General de la República, señalada como una institución excesivamente verticalista, fue designada con atribuciones que han limitado facultades jurisdiccionales y constitucionales, como el decidir en cuanto al sobreseimiento definitivo, el prescindir o no de la persecución penal Art, 18 CPP, oportunidad de negociar los criterios de oportunidad utilizándolos de manera inadecuada Art 23 CPP en lo que no participa el juez, la conversión de la acción pública a privada con autorización fiscal, así como decidir sobre el archivo de los casos por medio de un acto administrativo Art 29 y 293 CPP.

Continuas contradicciones entre instituciones encargadas de la implementación del proceso penal en El Salvador, algunas de ellas como la FGR, PNC y el Sistema Penitenciario excediendo y violentando derechos fundamentales, contando con los recursos necesarios para poner en marcha planes represivos; mientras otras, como la PGR y PDDH se encuentran siempre en desventaja presupuestaria para atender su quehacer diario, especialmente en investigar y diligenciar graves casos de violaciones a los Derechos Humanos y Constitucionales.

En esa vía, se continúan aplicando restricciones a derechos de los imputados y las víctimas; por medio de la reducción de controles judiciales a la PNC y FGR, discrecionalidad de la FGR, así como reglas de evidencia tasada y faltas de audiencias iniciales en la que los jueces no solo sean pasapapeles.

Se quiere hacer retroceder nuevamente el Sistema Penal de Garantías, encaminándose con ello a implementar un Derecho Penal del enemigo que suprime todo tipo de garantías para la defensa, con una Ineficiente aplicación de las garantías constitucionales que esta incidiendo en el índice de criminalidad del país; ya que no se aplican correctamente los principios del debido proceso, acceso a la justicia, seguridad jurídica, derecho de defensa, principio de defensa, igualdad de las partes, independencia judicial y control jurisdiccional de la persecución del delitos, así como garantías mínimas de libertad personal frente al Estado. Salvo la intervención de la Sala de lo Constitucional para garantizar derechos de las víctimas.

Políticas, medidas de seguridad y leyes cada vez más severas y represivas que atentan contra el Estado de Derecho y Garantías de los ciudadanos, que se traduce en más persecución a presuntos delincuentes, pero sin aumento de los procesos que son judicializados y objeto de condenas, esto por la falta de herramientas científicas para la

investigación del delito. Aunado también al rechazo de los procesos penales que simplifican la justicia reparadora como los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos RAC.

En cuanto a las principales reformas realizadas al proceso penal para solventar la falta de protección a las víctimas, posibilitando su intervención en los procesos por medio de representantes (querellantes), así como ampliándose los casos para la conversión de la acción penal en privada, enfrentan los obstáculos de la falta de recursos de los afectados para enfrentar dichos procesos.

La PGR de acuerdo a los hallazgos, institución que representa a personas de escasos recursos, se ha visto desmejorada en la aprobación de sus presupuestos o recursos, así como en la atribución de facultades investigativas para una mejor atención a los usuarios, como era el contar con investigadores para dar seguimiento a los casos penales que representan. Se conoce que hay al menos 289 defensores públicos para 60,000 casos.

Por parte de algunos jueces se manifiesta que por el control jerárquico de los tribunales superiores a jueces inferiores, es difícil poder aplicar la ley penal con libertad, no hay independencia judicial y los jueces que actúan conforme a la constitución (Juez constitucional de derecho) se sienten desmotivados por las actuaciones de los jueces legalistas, principalmente entre los jueces de paz, lo que ha llevado también a enfrentamientos con el Ministerio Público.

En cuanto a la justicia restaurativa, esta se aplica en el país, mínimamente, salvo en casos del conflicto armado que se está buscando aplicar y en los casos de procesos contra menores de edad, se busca la reintegración del joven y la reparación a las víctimas por medio de salidas alternas. Todavía esta se ve con desconfianza las salidas alternas al proceso como la Reparación Integral del daño y la conciliación.

Debe de mejorarse la ampliación de capacitación para Jueces, Policías y miembros del Ministerio Público, para que los procesos penales se adecuen al respeto de garantías constitucionales y principios establecidos en los tratados internacionales, respetando esencialmente el principio de inocencia mediado ante los jueces.

Debe de acelerarse la implementación del Manual de Justicia Restaurativa y demás leyes de reparaciones para las víctimas presentadas al Órgano Legislativo, puesto el proceso penal no está enfocado en justicia restaurativa y reparaciones. Así como, deben de implementarse y mejorarse en las instituciones del sector justicia las Unidades de Mediación.

Documentos consultados.

Legislación Nacional.

Constitución de la República

Código Penal

Código Procesal Penal

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Estudios.

CEJA, (CEPES-FESPAD). Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en El Salvador, 2002.

Guatemala. Por Elvyn Díaz¹⁸².

Reseña de la reforma procesal penal

Guatemala es el primer país en América Latina que asumió el desafío de implementar la reforma judicial (1992). Fue con la iniciativa de instalar el sistema procesal acusatorio en sustitución del inquisitivo, que a excepción de la vigencia de los códigos de Livingston (1834-1837), fue el modelo que imperó desde la época colonial.

El cambio de modelo procesal se realizó a través de la aprobación del Decreto número 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal (CPP), que con posteriores reformas sigue vigente hasta en la actualidad. El contexto en que se impulsó la reforma

182 Abogado. Presidente de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos. Cuenta con experiencia en las temáticas de Reforma Procesal Penal, Gestión Judicial, Persecución Penal Estratégica, Reorganización de Fiscalías, Derechos Humanos y Seguridad Democrática. Se ha desempeñado como investigador y consultor en temas de justicia penal y seguridad democrática para diversos organismos internacionales, entre los que se encuentran Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Unión Europea (UE).

procesal penal en el país, estaba marcado por la suscripción de los acuerdos de paz, que ponía fin a treinta y seis años de conflicto armado interno, caracterizado por graves violaciones a los derechos humanos de la población civil, dictaduras militares y un sistema penal que perseguía a todo opositor de los regímenes autoritarios que gobernaron durante esos años.

Con los acuerdos de paz se impulsa una agenda de reformas importantes para el fortalecimiento del estado de derecho. Uno de los programas principales era el sistema de administración de justicia, que se alcanzó con la reforma constitucional de 1993. Por ello, la reforma judicial en Guatemala se debe analizar de manera integral, pues con estos antecedentes el modelo acusatorio en su origen contó con pilares fundamentales: a) la separación de la función de investigación y juzgamiento, es decir, la titularidad de la acción penal a cargo del Ministerio Público (MP); b) Creación y delimitación de las funciones de los jueces de garantías; c) La regulación del principio de oportunidad, a través de la creación de salidas alternas al proceso penal, tales como criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal y procedimiento abreviado; d) La creación del Instituto de la Defensa Pública Penal para la defensa técnica de las personas sometidas a proceso penal y que no cuentan con recursos suficientes para financiar a un abogado de su confianza; y e) La oralidad como método para la litigación en los procesos penales.

Organización y gestión deficiente.

En la primera década de reforma judicial (RJ), se identificó que persistían resabios y prácticas propias del sistema inquisitivo. Los juzgados penales se caracterizaban por mantener una estructura y un modelo de trabajo burocrático, con predominancia de la escritura, diferenciándose únicamente del sistema anterior en virtud de que la instrucción ya no era responsabilidad del juzgador sino del fiscal, quien a partir del lineamiento de diferenciación de roles en el proceso penal es el encargado de la investigación y persecución penal.

Para aquel entonces, se afirmaba que “luego de más de 10 años de funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, existe una percepción generalizada respecto a que no se han podido plasmar los cambios y resultados que se esperaban. Las prácticas del sistema todavía están fuertemente vinculadas a las lógicas existentes con anterioridad a la reforma, particularmente en la etapa de investigación preparatoria. El expediente judicial se ha mantenido como la principal fuente de información y de toma de decisiones en el proceso penal y el fenómeno de delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios subalternos de los tribunales se conserva como una práctica extendida. A todo ello se suman demoras y altos promedios de duración de

procesos, poca capacidad de término de casos y un porcentaje elevado en el uso de la prisión preventiva.” (Duce, p345, xxxx).

Frente a esa situación, el modelo de gestión judicial por audiencias (MGJA) surge como una propuesta de política judicial impulsada por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) con el fin de responder a la problemática que presentaba la falta de una estructura, organización y método de trabajo orientado a las audiencias previas a juicio. Si bien, inicialmente el MGJA se constituyó como un plan piloto que permitió cambios en las prácticas del personal judicial sin que se reformara algún reglamento o ley, posteriormente, la experiencia exitosa recogió la estructura y lógica de trabajo en un reglamento del Poder Judicial. Dicha normativa, que aún mantiene vigencia y la constituye el Acuerdo número 24-2005 de la CSJ, Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales.

El MGJA tiene como principales postulados: a) todas las decisiones judiciales son tomadas en audiencia oral; b) erradicación del trámite del expediente como forma procesal; c) división de funciones del personal auxiliar en unidades específicas de atención al público, comunicación a los sujetos procesales y desarrollo de audiencias; d) incorporación de mecanismos de registro de audiencias en forma digital; e) facilitar las peticiones y comunicación para el desarrollo de audiencias o resoluciones, en forma oral, telefónica o fax; y f) notificación de resoluciones en audiencia.

En buena medida, era tener claro que “(...) el nuevo sistema busca que las decisiones judiciales (o la gran mayoría de ellas) se tomen en audiencias orales donde las partes litiguen y presenten cuando sea necesario y según el tipo de decisión, su prueba y sus argumentos. La sala de audiencias es el lugar de trabajo del juez y de las partes. Cuantas más audiencias se realizan, cuanto más se litiga en esas audiencias y cuando los jueces toman sus decisiones sobre la base de lo que se ha discutido delante de ellos en la sala de audiencias, más avanza la cultura adversarial y se deja atrás las prácticas inquisitoriales (...)” (Binder, p164, 2013).

A través de la implementación del MGJA, se lograron resultados notables, tales como: reducción de mora judicial, reducción de carga de trabajo, cumplimiento de plazos procesales, organización de la agenda de audiencias, publicidad y posibilidad de contradictorio, minimización del expediente escrito y mejor coordinación interinstitucional entre las agencias del sistema penal.

La experiencia exitosa MGJA, logró resultados notables en la instauración de un proceso penal oral con mayor sentido acusatorio y adversarial. Dicha experiencia fue evaluada por instituciones nacionales e internacionales, convirtiéndose así en un referente para los demás países de la región. El impulso de esta política judicial, provocó que los demás juzgados y tribunales penales que tienen competencia en el resto del territorio de la

República, transformaran sus despachos judiciales tradicionales por modelos de gestión judicial orales. Produjo cambios sustanciales en las prácticas del sistema de justicia y llegó a consolidarse con las últimas reformas al CPP del año 2,010 y 2,011, respectivamente.

De acuerdo con los Decretos Números 18-2010 y 07-2011, el proceso penal guatemalteco actualmente se fundamenta en principios de actuación, que permiten la gestión judicial eficaz y transparente, entre los principales se puede mencionar: audiencias orales, reorganización del despacho judicial, notificaciones y citaciones de forma oral y por medios expeditos, litigación técnica, ampliación de los procedimientos específicos y creación de la figura de jueces de sentencia unipersonal.

Impunidad y violencia

Otro factor que fue determinante en la implementación de la RJ eran los altos niveles de violencia e impunidad. En el caso muertes violentas, para el año 2009 se alcanzó la cifra de 6498 homicidios en toda la República, es decir una tasa de 46 muertes por cada 100000 habitantes. Aunado al incremento de la violencia, está el fenómeno de la impunidad, es decir, la ausencia de una sanción penal a un delito cometido, constituyendo una de las principales preocupaciones y reclamos ciudadanos. Muestra de ello es que la efectividad de la Fiscalía de Delitos contra la Vida, para aquel entonces presentó una tasa de efectividad del 5%, es decir, un 95% de impunidad en casos de homicidios.

No obstante, durante las últimas administraciones del MP se han impulsado medidas político criminales modernas que han permitido cambios trascendentales en la persecución penal y con ello mejorar la capacidad de respuesta, que en el caso de la fiscalía mencionada que para el periodo 2015-2016 pudo elevar su efectividad a una tasa del 38% (Díaz, p14, 2016).

Las medidas más destacadas son: a) Creación e implementación de nuevo modelo de organización y gestión para fiscalías; b) Fortalecimiento de la Dirección de Análisis Criminal; c) Empleo de métodos especiales de investigación (puntualmente las escuchas telefónicas); d) Cambio en el método de abordaje de la criminalidad, por medio de la persecución penal estratégica y la idea de fenómeno criminal; e) Expansión del Modelo de Atención Integral (MAI) a la víctima; y f) Reforma a la carrera profesional del MP. Aunado a ello, el sistema de persecución penal cuenta con el apoyo del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) como institución autónoma y especializada en los servicios forenses.

En el caso de la investigación criminal, si bien con el Decreto 15-2012, Ley de la Dirección General de Investigación Criminal (DIGICRI) se crea un cuerpo policial especializado en investigación criminal, que administrativamente pertenece a la estructura del Ministerio de Gobernación y funcionalmente tiene dependencia directa con el MP, a la fecha su implementación no ha sido posible. En buena medida, el trabajo de investigación sigue concentrado en la Policía Nacional Civil, a través de la División Especializada de Investigación Criminal (DEIC), que a pesar de limitaciones de presencia y cobertura, ha logrado fortalecer la coordinación con las fiscalías, sobre todo existen experiencias exitosas con fiscalías de sección (conocida como equipos espejos), para el caso de delitos contra la vida, extorsiones, secuestros y delitos sexuales.

En este recorrido, el sistema de administración de justicia ha contado con herramientas normativas importantes, como la Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley de Extinción Dominio, Ley del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Ley contra la violencia y explotación sexual, Ley de armas y municiones, Ley contra la Corrupción, entre otras. En buena medida, estas disposiciones buscan dar respuesta a fenómenos criminales que han tomado relevancia social en los últimos años y se caracterizan porque generalmente son cometidos por organizaciones criminales dedicadas a narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas y delitos de corrupción.

CICIG y lucha contra la corrupción

Por último, un factor tiene relevancia en la justicia penal es la actuación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Con fecha 12 de diciembre de 2006, el Estado de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas suscribieron un convenio para instalar en Guatemala una Comisión Internacional Contra la Impunidad. Dicho convenio fue ratificado por el Congreso de la República el 1 de agosto de 2007, con lo cual se instaló en el país en septiembre de ese mismo año la CICIG.

La CICIG es un ente conformado por expertos en materia de investigación criminal y persecución penal. Su mandato es colaborar con el Estado de Guatemala para enfrentar Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CIACS), grupos de criminalidad organizada con la capacidad de generar impunidad en sus acciones, a través de la amenaza de operadores de justicia, la corrupción, la pérdida de evidencia y otras formas de obstrucción de justicia. Asimismo, su mandato contempla recomendar la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.

En diez años de gestión, la CICIG ha desempeñado un rol importante en el sistema de justicia penal, destacando las investigaciones de casos paradigmáticos como el Expresidente Alfonso Portillo, el asesinato del abogado Rodrigo Rosenberg y el de ejecuciones extrajudiciales en centros de privación de libertad, denominado caso Pavo Real. No obstante, su mayor punto lo alcanzó en el año 2015, con los casos de corrupción tales como la línea, que es una estructura criminal dedicada a la defraudación aduanera, que involucraba al ex presidente Otto Pérez Molina, lo que repercutió en fuertes movilizaciones ciudadanas y logró su renuncia.

Durante estos años, los casos de corrupción ha continuado, por eso es que CICIG además de su aporte al sistema de justicia penal, ha dado un salto cualitativo en el contexto político. Ha conseguido posicionarse como un actor importante en la vida nacional, logrando el reconocimiento y apoyo de la ciudadanía; lo cual hace concluir que su papel es trascendental y debe conducirse hacia los procesos de cambio sociales y políticos que son necesarios para Guatemala.

A pesar de los avances obtenidos con CICIG, para agosto de 2019 se tiene previsto que el Presidente de la República no ratifique la renovación de su mandato, pues como es del conocimiento público, los casos de corrupción en los que se han visto involucrados integrantes de su familia, integrantes del partido político oficial y las investigaciones penales en su contra por el delito de financiamiento electoral ilícito, hacen pensar que la comisión finalizará con sus actuaciones el próximo año, lo cual vislumbra un escenario desfavorable para el país en el camino de continuar con el fortalecimiento del sistema de administración de justicia.

Oralidad y calidad de litigación

De acuerdo con la normativa vigente, el proceso penal guatemalteco se concibe como una de serie de audiencias de carácter general en las que se resuelve la situación jurídica de toda persona que se le imputa la comisión de un hecho delictivo. En ese sentido, cada audiencia se programa en función de los requerimientos efectuados por el fiscal, el juez vela por el cumplimiento de las garantías judiciales, se propicia la participación de la víctima y la defensa cuenta con el espacio y tiempo para contradecir la tesis acusatoria.

Una de las características de este proceso penal es la concatenación, pues una vez que se haya celebrado la audiencia preparatoria, las siguientes audiencias quedan debidamente programadas en la agenda del juzgado y del conocimiento de todos los sujetos procesales. Esto significa que el personal auxiliar del juzgado debe controlar y actualizar la agenda de audiencias, sin interferencia alguna, con el objeto de encontrar

eficacia en el manejo de los tiempos judiciales. Por ello, cada juzgado de primera instancia penal, una vez que se celebró la audiencia de ofrecimiento de prueba, fija el día y hora de la iniciación de los debates que se llevan a cabo en los Tribunales de Sentencia.

Una vez iniciado el proceso penal, se establecen plazos perentorios, los que tienen intereses en juego y en caso se cumplan a cabalidad, los sujetos procesales estarán imposibilitados de ejercer algunos derechos ante la autoridad judicial que conoce del caso. Por ejemplo, la solicitud de que la víctima de un hecho delictivo quiera constituirse como querellante adhesivo, solamente puede presentar su solicitud hasta antes de que el fiscal requiera la apertura a juicio, realizada esta circunstancia, el juez denegará la petición por encontrarse fuera del plazo legal (Artículo 118 CPP). En general pueden contemplarse cinco audiencias en el proceso penal guatemalteco:

Audiencia preparatoria.

Se establecerá la existencia o no de un hecho delictivo y individualizará a los posibles autores, por lo regular se inicia con una citación, prevención policial (en caso sea flagrancia) u orden de aprehensión. Su desarrollo está contemplado en el artículo 82 CPP, en buena medida, se resuelven tres situaciones: la posibilidad de la apertura a proceso penal; la medida de coerción que se impondrá al imputado; y la duración de la etapa de investigación a cargo del fiscal. La duración de la etapa de investigación para continuar con la audiencia intermedia, tiene como máximo tres meses, en caso se haya ordenado la prisión preventiva en contra del imputado, o bien, seis meses en caso sea medida sustitutiva.

Agotado el plazo acordado, el fiscal formulará el acto conclusivo, que puede ser la acusación y apertura a juicio, clausurar el proceso por la imposibilidad de desarrollar determinadas diligencias de investigación (clausura provisional) o la petición de que no existe delito o la persona no es responsable (sobreseimiento). Es importante tener claro, que las partes están notificadas de la fecha en que se presentará el acto conclusivo y la fecha en que se celebrará la audiencia intermedia, pues en ese mismo momento se programa en la agenda del juzgado.

Audiencia intermedia.

El objetivo es que las personas interesadas y legalmente aceptadas dentro del proceso, puedan oponerse o ampliar la petición formulada por el fiscal, la forma usual de iniciar esta audiencia es con la presentación de la acusación y finaliza con la resolución conocida como auto de apertura a juicio, por medio de la cual el juez autoriza la

realización del juicio y ordena a los sujetos procesales presentarse ante el tribunal de sentencia.

Es una audiencia con variadas intenciones, pues además de la apertura a juicio los sujetos procesales, en especial es interés de la defensa, deben discutir también la posibilidad de suspender el proceso de manera provisional o bien su cierre definitivo. En caso se emita el auto de apertura a juicio, se programan la audiencia de ofrecimiento de prueba en atención a la agenda del juzgado, y el juicio, conforme la agenda del tribunal de sentencia. En caso el fiscal requiera la clausura provisional, el juez resolverá indicando los medios de investigación pendientes de realizar y fijará día y hora en que debe realizarse la nueva audiencia intermedia y la fecha de presentación del requerimiento (Artículo 340 CPP).

Audiencia de Ofrecimiento de Prueba.

Una vez que se haya efectuado la apertura a juicio, se convocará a esta audiencia con el fin de que los sujetos procesales de forma oral y garantizando el contradictorio, propongan los medios de prueba, identificándolos y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el juicio. La audiencia finaliza con la resolución del juez en la que admite la prueba pertinente y rechaza la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

Juicio.

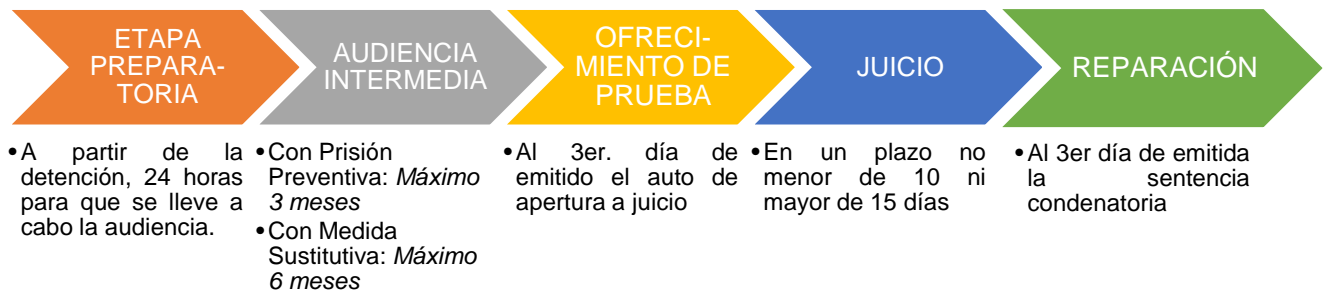
Es la principal etapa del proceso penal, en virtud de que en la misma se produce el encuentro personal de los sujetos procesales con los medios de prueba (testigos, peritos, documentos, etc.); se analizan y valoran los hechos, en palabras sencillas se podría afirmar que es la etapa del proceso penal en donde se manifiesta la reciprocidad intrínseca de los hechos enunciados en la acusación. El método con que se guía es de búsqueda de la verdad mediante audiencias públicas y orales, moderados generalmente por tres jueces, consistente en la contradicción de posturas sobre hechos, normas, pruebas y valoraciones. La etapa culmina con la deliberación y la sentencia, sea condenatoria o absolutoria.

Audiencia de Reparación.

Tiene lugar una vez que se haya dictado la sentencia condenatoria, en la cual, el órgano jurisdiccional convocará a todos los sujetos procesales para discutir sobre la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, o bien, la implementación de medidas para la reincorporación social de la víctima y su familia.

Es importante destacar que ante las resoluciones se pueden plantear los medios de impugnación contemplados en la normativa procesal penal, sobre todo el de apelación especial contra la sentencia, fase durante la cual los sujetos procesales solicitan ante órganos jurisdiccionales específicos la anulación o modificación de la sentencia, debido a que la misma les ha causado un agravio concreto.

Gráfica 1. Flujograma de las audiencias orales del proceso penal



Fuente: Elaboración propia

Ejecución de pena

La última fase procesal, es la ejecución de la pena, que se realiza ante el juez de ejecución penal, quien controla el cumplimiento de la sentencia firme y evita que se afecten otros derechos fundamentales de las personas condenadas. Además, por medio de la vía incidental, conocerá de las solicitudes que formulen los abogados defensores sobre la posibilidad de obtener un beneficio penitenciario a favor de los condenados. Todo esto se encuentra regulado en el decreto número 33-2006 del Congreso de la República, ley del régimen penitenciario.

Como puede apreciarse, existe una relación ineludible entre tiempo y proceso penal, pues a partir de que se inicia una fase procesal determinada, la legislación indica sus impulsos, la función de sus actores y la forma de finalización, encadenando el inicio de la siguiente fase de cumplimiento.

Organización del despacho y gestión judicial

Para garantizar la oralidad se ha transformado el despacho judicial y se separaron las funciones administrativas de las jurisdiccionales. Por ello, el Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales establece que los auxiliares judiciales se integren por medio de unidades básicas, con el fin de asumir las competencias administrativas.

De acuerdo al modelo de organización judicial, el secretario asume el rol de gerente del despacho, quitando del juez toda la carga administrativa. Los oficiales se convierten en asistentes y se reorganizan en unidades con funciones especializadas, siendo éstas: a) atención al público (para brindar información al usuario sobre sus causas); b) de comunicaciones (quienes reciben y realizan las comunicaciones administrativas y elaboran la agenda de trabajo), y; c) de audiencias, que apoyan al juez en la sala de audiencias: capturando y registrando el audio, elaborando el acta sucinta y entregando copia a las partes (García-Robles, P6, xxxx).

Queda claro que el personal auxiliar pierde el control sobre las causas que conocen en el juzgado penal al que están asignados (que era una práctica habitual en el modelo tradicional), y orienta sus atribuciones para apoyar el ejercicio jurisdiccional que realiza de forma oral y pública.

En la actualidad, la gestión judicial se guía por mecanismos ágiles para lograr la comunicación (correo electrónico, teléfono, fax), en especial, para que los juzgados penales puedan hacer de conocimiento de forma rápida a los sujetos procesales, de alguna incidencia o acto procesal relevante. No obstante, el principio de actuación consiste en que las notificaciones que conlleva el flujo del proceso, se deben efectuar preferentemente en las audiencias, eso quiere decir, que las partes conocen las decisiones judiciales de forma inmediata.

El tiempo que tarda en resolverse un caso penal constituye un indicador fundamental para medir la capacidad de respuesta del sistema de justicia. Otra de las prácticas que necesita ser combatida de un modo muy concreto es aquella según la cual la administración de justicia penal no cumple con los plazos impuestos por la ley y carece de todo tipo de control del tiempo.

Si bien se han demostrado avances significativos con las reformas normativas recientes y experiencias exitosas de gestión judicial, aún se encuentra cierto nivel de incumplimiento de los plazos procesales por parte de los órganos jurisdiccionales. Esta problemática se le conoce como mora judicial o mora procesal, la cual es concebida

como la dilación indebida de los procesos, el incumplimiento de los plazos legales en el trámite del proceso penal o el retraso respecto de la duración razonable del proceso en toda su amplitud temporal.

La moral judicial que padecen los sistemas de justicia, resulta siendo efecto de algunos obstáculos que persisten e interrumpen la actividad judicial, tales como: sistemas de registro y gestión de información limitados, ausencia de medidas administrativas eficaces para la celebración de audiencias, limitada litigación de calidad por parte de los sujetos procesales y cargas de trabajo inmanejables.

En el caso guatemalteco, la mora judicial debe ser abordada bajo dos vertientes. La primera es sobre los juzgados del orden penal común, pues según la legislación vigente, el proceso penal debe durar aproximadamente un máximo de 127 días cuando el imputado se encuentran en prisión preventiva y 217 días cuando el imputado se encuentra sujeto a una medida sustitutiva. No obstante, algunos estudios evidencian que a nivel república, la duración promedio del proceso oscila en 225 días cuando el imputado se encuentra en prisión preventiva y 293 días cuando se ordenó la aplicación de una medida sustitutiva, lo que evidencia una duración excesiva del proceso penal.

De acuerdo con información del Sistema de Gestión de Tribunales (SGT), durante el año 2017, los juzgados de primera instancia penal, a nivel república, programaron un total de 70,630 audiencias, de las cuales se celebraron de forma efectiva 41,415 audiencias, es decir que la tasa de suspensión osciló en 59%.

Tabla 1. Total de Audiencias en Juzgados de Primera Instancia Penal – 2017

Juzgado	Celebrada	Suspendidas	Total Audiencias
Juzgado De Primera Instancia Penal De Quetzaltenango	5,212	1,782	6,994
Juzgado De Primera Instancia Penal De Jutiapa	2,977	1,699	4,676
Juzgado De Primera Instancia Penal De Suchitepéquez	2,870	1,642	4,512
Juzgado De Primera Instancia Penal De Jalapa	2,830	395	3,225
Juzgado De Primera Instancia Penal De Salama, Baja Verapaz	2,712	2,051	4,763
Juzgado De Primera Instancia Penal De Zacapa	2,575	851	3,426
Juzgado De Primera Instancia Penal De Cuilapa, Santa Rosa	2,360	1,882	4,242
Juzgado De Primera Instancia Penal De Puerto Barrios, Izabal	2,350	877	3,227
Juzgado De Primera Instancia Penal De Chimaltenango	2,182	1,154	3,336
Juzgado De Primera Instancia Penal De Sololá	2,067	1,115	3,182
Juzgado Pluripersonal De Primera Instancia Penal De San Benito, Petén	2,044	885	2,929
Juzgado De Primera Instancia Penal De Coatepeque, Quetzaltenango	1,922	926	2,848
Juzgado De Primera Instancia Penal De Guastatoya, El Progreso	1,908	482	2,390
Juzgado De Primera Instancia Penal De Retalhuleu	1,787	1,819	3,606
Juzgado De Primera Instancia Penal De Huehuetenango	1,737	383	2,120
Juzgado Séptimo De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,663	929	2,592
Juzgado Primero De Primera Instancia Penal De Coban, Alta Verapaz	1,537	1,964	3,501
Juzgado Décimo De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,492	1,377	2,869
Juzgado Segundo De Primera Instancia Penal De Cobán, Alta Verapaz	1,462	2,161	3,623
Juzgado Undécimo De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,387	2,000	3,387
Juzgado Tercero De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,348	968	2,316
Juzgado Quinto De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,334	1,202	2,536
Juzgado Segundo De Primera Instancia Penal De Chiquimula	1,306	390	1,696
Juzgado Noveno De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,289	771	2,060
Juzgado Primero De Primera Instancia Penal De Chiquimula	1,247	182	1,429
Juzgado De Primera Instancia Ixcán De Quiché	1,213	443	1,656
Juzgado Duodécimo De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,210	155	1,365
Juzgado De Primera Instancia Penal De Totonicapán	1,169	417	1,586
Juzgado De Primera Instancia Penal De Santa Cruz Del Quiché, Quiché	1,104	689	1,793
Juzgado Sexto De Primera Instancia Penal De Guatemala	1,004	1,321	2,325
Juzgado Segundo De Primera Instancia Penal De Guatemala	961	1,224	2,185
Juzgado De Primera Instancia Penal De Santa María Nebaj, Quiché	946	637	1,583
Juzgado De Primera Instancia Mixto De La Democracia, Huehuetenango	914	576	1,490
Juzgado De Primera Instancia De Santa Eulalia, Huehuetenango	912	609	1,521
Juzgado Cuarto De Primera Instancia Penal De Guatemala	772	1,834	2,606
Juzgado Octavo De Primera Instancia Penal De Guatemala	748	1,261	2,009
Juzgado De Primera Instancia Penal De San Marcos	716	195	911
Juzgado Primero De Primera Instancia Penal De Guatemala Grupo C	284	168	452
Juzgado Primero De Primera Instancia Penal De Guatemala Grupo B	166	32	198
Juzgado Primero De Primera Instancia Penal De Guatemala Grupo D	116	28	144
Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia De Santiago Atitlan, Solola	108	29	137
Juzgado De Primera Instancia Penal, En Procesos De Mayor Riesgo De Quetzaltenango	46	11	57
Total general	70,630	41,415	112,045

Fuente: Elaboración propia con información brindada el 27 de junio del año 2018 por SGT. Solicitud realizada con respaldo de la ley de libre acceso a la información.

Es importante hacer una acotación sobre la tabla presentada: los juzgados de turno, no se tomaron en cuenta, dado que no se puede medir como un juzgado de primera instancia ordinario respecto a cumplimiento de audiencias, ya que por su naturaleza no son un juzgado contralor de la investigación per se, sino de resolución inmediata de la situación de jurídica de los imputados que fueron detenidos, con el fin de cumplir con el plazo procesal (B. García, entrevista, 13 de julio de 2018).

La segunda vertiente son los juzgados de procesos de mayor riesgo, que, mediante la aplicación de métodos especiales de investigación y persecución penal estratégica, ha demostrado que el sistema penal tiene capacidad para la desarticulación y procesamiento de organizaciones de criminalidad organizada. Además de ser delitos especiales, estos casos penales presentan dos aspectos a tomar en cuenta: la existencia de numerosos medios de investigación para formular la imputación y acusación; y que dichas organizaciones funcionaron y realizaron actividades criminales con la participación de varias personas (Ej. el caso conocido como “cooptación del estado”, donde figuran más de 50 sindicados).

Para una muestra, el Juzgado “B” de Mayor Riesgo en la actualidad conoce alrededor de 40 procesos penales, los cuales se caracterizan por contar con más de 20 sindicados y un amplio número de medios de prueba, en cada proceso. Algunos de esos procesos son de mayor connotación social, derivado del papel que ha desempeñado el sistema de justicia penal para perseguir la corrupción, siendo los más destacados el Caso “La línea”, Caso “TCQ”, Caso “Bufete de la Impunidad”, Caso “Cooptación del Estado”, entre otros; asimismo, en el juzgado se conoce de casos relacionados con maras, pandillas y organizaciones criminales responsables de narcotráfico, lavado de dinero y trata de personas.

En los juzgados de procesos de mayor riesgo, la situación de la mora judicial es más grave. Como ejemplo, en el caso denominado “La Línea” (por los delitos de asociación ilícita y defraudación aduanera), que inició el 16 de abril del 2015 para la presente fecha se encuentra en audiencia de ofrecimiento de prueba y la mayoría de imputados en prisión preventiva, es decir, que la duración hasta esta fase ha sido más de 1100 días, evidenciando una duración excesiva del proceso penal. Sin embargo, un aspecto que no puede ignorar es que parte de la “defensa técnica” en estos procesos carece estrategia de litigación y ausencia de teoría del caso, se litiga pensando en el retraso injustificado del proceso, mediante la interposición de recursos inadmisibles y recusaciones por motivos injustificados.

A pesar de los avances citados, el sistema penal se encuentra en una situación que debe considerar como prioritaria, es el hecho que toda persona sujeta a proceso penal debe resolver su situación jurídica en un plazo razonable y que no se afecten sus garantías fundamentales. Este tipo de casos penales, han demostrado que no se cuentan con mecanismos ágiles para el control del tiempo en que son juzgados los sindicados, así como la forma en que deben ser ventilados los medios de investigación, sobre todo para los imputados que tienen derecho a acceder al expediente de investigación a efecto de preparar su defensa técnica.

Litigación técnica

Con las últimas reformas al CPP se pretende transformar las técnicas de litigación penal, en el sentido de hacerlas más sencillas, ágiles y con celeridad. Es transformar el método de la litigación tradicional o defectuosa que se ha sostenido por la lectura de documentos, o bien, a través del cuestionado “informe in voce”.

Con el nuevo giro de la oralidad para las audiencias previas a juicio, los sujetos procesales deben realizar posiciones proactivas respecto a los medios de prueba y sostener su teoría del caso, que no es más que describir lo que pretenden establecer durante el desarrollo del proceso penal. Esto conlleva, romper con el esquema rigorista de la intervención de los sujetos procesales en las audiencias, donde su papel resulta más protagónico para la resolución del conflicto sometido al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, aún persisten debilidades en la litigación de las audiencias previas a juicio. En la audiencia preparatoria, la formulación de la imputación por parte del fiscal se realiza sin concentrarse en los hechos más importantes (la existencia del delito y probabilidad de participación del sindicado), cometen la falencia de desarrollar relatos extensos y discuten (incluidos los defensores) las actuaciones del expediente de investigación, por lo que en algunas audiencias persiste la lectura de documentos. (Ruiz, entrevista, 21 de julio de 2018)

En la audiencia intermedia, una de las quejas recurrentes de los jueces es que el fiscal desconoce el caso, por lo que es común la mala práctica de leer la acusación en la audiencia. Este problema es derivado del modelo de gestión de las fiscalías, en donde el fiscal que llevo a cabo la investigación no entrega a tiempo al fiscal de litigios y participará en la audiencia intermedia. En la audiencia ofrecimiento de prueba, se han identificado dos debilidades: que los jueces no generan la discusión sobre los medios de prueba por parte de la fiscalía y la defensa; y que regularmente, los sujetos procesales describen a detalle el objeto de la declaración de testigos y peritos, lo cual constituye un antecedente negativo para el tribunal de sentencia, por lo que es común la afirmación “la prueba llega contaminada” al juicio. (Ruiz, 2018)

Protección del sistema de garantías del imputado

Defensa técnica y material

El artículo 12 de la Constitución Política establece la inviolabilidad de la defensa, con carácter finalista y protector, de no afectar a persona alguna por medio del ejercicio de coerción jurídica con efectos procesales, si antes no ha sido citada, oída y vencida en juicio previo. Al existir la garantía de defensa descrita de forma amplia, debe entenderse que ésta incluye tanto la defensa material como la defensa técnica.

Esa norma se relaciona con la disposición contenida en el artículo 20 del CPP, pero desarrollada en el artículo 92 del CPP que describe el derecho de defenderse por sí mismo, como enfoque básico de la defensa material, siempre y cuando esto no perjudique la garantía de defensa. Tal extremo debe ser evaluado por el Juez, quien siempre debe evitar afectar al imputado.

Los artículos 92 y 93 del CPP, se refieren no sólo a la facultad inherente de la persona de ser asistida por un abogado para que lo defienda en juicio, sino a la obligación del Estado de proveerle un abogado defensor en caso de que éste no pueda o no quiera designar uno. Con ello, se establece que la defensa técnica puede ser de confianza o de oficio, según sea el caso concreto. En el primer caso es la persona quien elige a su defensor, a quien conoce o le refieren, depositando en él la facultad de ser defendido de manera profesional, pertinente y sobre todo eficiente, debiendo el mismo acusado o cualquier otra persona en su nombre, hacer el pago correspondiente de los honorarios respectivos. En el segundo caso, es el Juez quien debe designarle al acusado abogado defensor, siendo éste quien decide aceptar o no el nombramiento de oficio, ya que, a pesar de no poder contratar a un abogado particular, aún le asiste el derecho de decidir en cuanto al nombrado, puesto que es su situación jurídica la que está en juego y por ende corresponde a él la última palabra (ICCPG, p25, 2007).

Otro aspecto que merece especial atención, por la realidad multicultural y multilingüe que distingue al país, es que el imputado no puede ser informada de los hechos que se le imputan en otro idioma que no sea el materno, el que habla y entiende, por lo que tampoco se le puede exigir expresarse en el idioma español si no es su idioma materno. Los artículos 142 y 143 del CPP, establecen el respeto y promoción del idioma maya. La disposición viabiliza la garantía del respeto al idioma materno, cuando señala que los actos procesales deben también realizarse en idioma indígena.

El artículo 12 de la Constitución Política dispone que “debe citarse y oírse a una persona para ser condenada”, lo cual se interpreta como una facultad para la refutación de los hechos que pueda hacer el acusado y a la contra-argumentación jurídica, es decir que es factible inferir la facultad de participar en los actos de prueba. Esta disposición desarrollada en el CPP, cuando establece la exigibilidad de la participación del acusado en todos los actos probatorios; es así como el artículo 316 de dicho código, le concede al procesado y su abogado defensor la posibilidad de participar en los actos de

investigación que practique el MP. Esto, se amplía en la etapa de juicio, que es el momento esencial y funcional de la refutación de los órganos de prueba, en donde todo se transparenta, se tiene contacto con los órganos de prueba en su diligencia a través del medio pertinente, tal y como lo regulan los artículos 375 al 380 del CPP, señalando las facultades de los sujetos procesales en el diligenciamiento de la prueba (ICCPG, p27, 2007).

Uso excesivo de la prisión preventiva

En la actualidad uno de los aspectos que preocupa sobre la protección de las garantías del imputado es el uso excesivo de la prisión preventiva. Cabe recordar que la aplicación de las medidas de coerción (incluyendo la prisión preventiva) constituye uno de sus ejes principales de la reforma judicial y en el marco de las garantías que goza el imputado significa mantener la situación jurídica de inocencia hasta que una sentencia declare y razone en forma expresa la culpabilidad del acusado, lo cual se constituyó como una idea central para el contenido del CPP. Esto no se trata solamente tratar al imputado como inocente durante el proceso, al contrario, implica que la prisión preventiva constituya la excepción y no la regla.

Según la Dirección General del Sistema Penitenciario, la población penitenciaria ha crecido de manera exponencial. Para el año 2008, el total de la población penitenciaria era de 8613 privados de libertad, mientras que para el 2018, la población penitenciaria incrementó en 24107. La prisión preventiva ha presentado el mismo efecto, pues para el 2018 presentó una tasa del 52%.

Tabla 2. Población Penitenciaria

Año	Prisión preventiva	Condenados	Total	%prisión preventiva
2008	3028	5585	8613	35%
2009	3975	6348	10323	39%
2010	4189	7091	11280	37%
2011	5047	7755	12802	39%
2012	7507	7657	15164	50%
2013	8496	8158	16654	51%
2014	8606	9758	18364	47%
2015	9660	10258	19918	48%

2016	10083	10489	21031	48%
2017	11248	11248	22934	50%
2018*	12470	11637	24107	52%

Fuente: Elaboración propia con información publicada en la cuenta oficial de la DGSP.

*Información para el 03 de agosto del 2018

De acuerdo con Ramírez: “en el caso de la prisión preventiva, cuyo régimen no pretende la resocialización sino el asegurar la presencia del procesado en el juicio, el efecto negativo sobre la persona es más evidente. En primer lugar porque se carece de separaciones rigurosas entre condenados y procesados, por lo cual las condiciones de vida son similares a las descritas en el párrafo anterior, y además, porque la ansiedad en la espera de definir su situación jurídica, genera condiciones emocionales desequilibrantes” (Ramírez, p43, 2018)

Reorganización de las instituciones

Consejo de la Carrera Judicial

Para el año 2016, el Congreso de la República mediante el Decreto número 32-2016 aprobó la “Ley de la Carrera Judicial”, con el fin de separar las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), quien es la máxima autoridad del poder judicial. En buena medida, la ley persigue que instancias administrativas de la carrera judicial, tales como supervisión de tribunales, juntas de disciplina, evaluación de desempeño y capacitación estén bajo la administración del órgano que se conoce como Consejo de la Carrera Judicial (CCJ).

De acuerdo con el texto de la ley, la carrera judicial establece el sistema que regula el ingreso, permanencia, promoción, ascenso, traslados, prestaciones, capacitación y formación profesional inicial y continua, evaluación del desempeño, régimen disciplinario y mecanismos de exclusión, así como otras situaciones del sistema de carrera judicial de los jueces y magistrados, cualquiera que sea su categoría, con el fin de garantizar su dignidad, estabilidad, independencia, imparcialidad, responsabilidad y excelencia profesional en el ejercicio de su función jurisdiccional (Artículo 2).

El CCJ es el órgano rector de la carrera judicial y se integra por: a) Un representante titular y un suplente, electos por el Pleno de la CSJ, que no integren la misma; b) Un magistrado titular y un suplente, electos por la Asamblea General de Magistrados de la Corte de Apelaciones y otros tribunales colegiados de igual categoría; c) Un juez titular y un suplente electos por la Asamblea General de Jueces de Primera Instancia, d) Un juez

titular y un suplente electos por la Asamblea General de Jueces de Paz; e) Un titular y un suplente experto en administración pública; f) Un titular y un suplente experto en recursos humanos; y g) Un titular y un suplente con Licenciatura en Psicología (Artículo 5).

A pesar de contar con una normativa reciente, la situación actual de la carrera judicial es lamentable, pues se ha caracterizado por una débil conducción por parte de los integrantes del CCJ electos, intromisión en algunas funciones administrativas por parte de la CSJ, recursos insuficientes para el cumplimiento de sus funciones y sobre todo ante un proceso de selección de las jefaturas de órganos importantes como evaluación de desempeño, escuela de estudios judiciales, supervisión de tribunales y juntas disciplinarias, sumamente cuestionado por organizaciones de sociedad civil expertas en materia de justicia y por organismos internacionales. De hecho, para la presente fecha el proceso de selección ha sido objeto de impugnaciones y se encuentra detenido por resolución de acción de amparo otorgada por la Corte Suprema de Justicia, por vicios en convocatoria y carencia de reglamentos internos.

Aunado a la problemática que presenta el nuevo CCJ, es importante mencionar que durante los últimos procesos de selección de magistrados para corte de apelaciones y CSJ se ha cuestionado el modelo de selección vigente, que es conocido como Comisiones de Postulación y se regula en la Constitución Política. Prácticamente, el modelo ha permitido las negociaciones espurias y que la potestad de selección en buena parte dependa de los partidos políticos que ostentan representación en el Congreso de la República, lo que posteriormente tiene repercusiones fuertes en la independencia judicial.

Niñez y adolescencia víctima

El MP creó la Fiscalía de la Niñez y Adolescencia Víctima (FNA) en el año 2016 como una decisión político criminal para brindar respuesta a la situación de violencia contra la niñez y adolescencia y también por ser una obligación contenida en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la última reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). La creación de la fiscalía se fundamenta en la especialización e instaura un nuevo modelo de trabajo para casos de niñez y adolescencia víctima.

Un componente que merece especial atención en la explicación del método de persecución penal de la FNA, es que disponen del apoyo técnico de otras disciplinas científicas (psicólogos, trabajadoras sociales y pedagogos) para la comprender el fenómeno criminal contra la niñez y adolescencia. De hecho, el principio regulador es

que fiscales, investigadores policiales y equipos multidisciplinarios, mediante la planificación estratégica puedan generar equipos de trabajo y su intervención sea uniforme frente a las prioridades y objetivos trazados por la fiscalía, así como en la cotidianidad de cada caso que ingresa al MP.

Una de las intervenciones inmediatas que debe garantizar la FNA, en el marco de la atención brindada a NNA víctimas es protección, abrigo y medidas de seguridad, lo que significa que debe coordinar permanentemente con instituciones de la administración pública que tienen funciones asignadas en algunos procesos judiciales. Dicha coordinación debe ser efectiva, toda vez que se debe velar por los intereses y resguardo de los niños, niñas y adolescentes víctimas.

Por último, aspecto relevante para la FNA, a la luz de lo que disponen leyes penales especiales como son la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LPINA) y la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, es que se han creado órganos jurisdiccionales especializados para el juzgamiento de delitos cometidos contra la niñez y adolescencia y para otorgar medidas de protección en favor de este grupo poblacional.

Conclusiones

La Reforma Judicial en Guatemala, ha sido parte de la transición de los regímenes autoritarios hacia la democracia. Esto ha significado impulsar reformas estructurales en el sistema de administración de justicia y sobre todo la eliminación de las prácticas habituales del sistema inquisitivo, con el fin fortalecer su capacidad de resolver la conflictividad social y respetando el sistema de garantías constitucionales.

Los ejes fundamentales donde se ha guiado la Reforma Judicial son: la instauración de la oralidad en todas las audiencias del proceso penal; el principio acusatorio, es decir la separación de funciones entre el juez, como el contralor de garantías, y el Ministerio Público como responsable del ejercicio de la persecución penal; instalación del principio de oportunidad, para la promoción de salidas alternas y garantía de reparación; y la modificación sustancial de la prisión preventiva, como última ratio.

La implementación de la reforma judicial en Guatemala, se realizó sin tomar en cuenta aspectos estratégicos como la organización y gestión de las instituciones de justicia, por lo que la primera década de instauración se mantuvo con predominancia las prácticas habituales del sistema inquisitivo, como la idea central del expedientes escrito, que es

contrario a la realización de audiencias orales, lo que implicó como efectos negativos la duración excesiva e injustificada de los plazos procesales.

En materia de selección de magistrados y jueces, el diseño normativo vigente sigue siendo débil, pues aún con una reciente Ley de Carrera Judicial, la designación de las autoridades del poder judicial y magistraturas de mayor connotación siguen en manos de la clase política. Este problema se ha agravado en los últimos años, pues se han hecho de conocimiento público mediante casos penales, las negociaciones espurias que conlleva el modelo actual que se conoce como Comisiones de Postulación.

En materia de persecución penal se han alcanzado logros importantes, sobre todo con la capacidad de investigación y análisis criminal de organizaciones responsables de delitos graves. Asimismo, el apoyo de la CICIG ha sido estratégico en la lucha contra la corrupción y el desmantelamiento de estructuras ilegales y clandestinas incrustadas en la esfera estatal.

El incremento de la población penitenciaria ha sido permanente, teniendo un impacto negativo ante la capacidad real de los centros destinados para tal efecto. La situación es más grave al momento de abordar la prisión preventiva, pues más de la mitad de dicha población se encuentra en tal situación, es decir, que no se ha determinado su culpabilidad mediante sentencia condenatoria, lo cual representa afectación directa en las garantías que gozan los imputados.

Bibliografía

Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Jurídica Continental. 2014.

Duce, Mauricio. La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de Quetzaltenango, Guatemala.

García-Robles, Marlon. Anotaciones, Avances y Resultados del Modelo de Gestión Penal por Audiencias implementado en la Región de Occidente de Guatemala. El Observador Judicial No. 73. 2007

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG). El observatorio de Justicia Penal, primer informe, Guatemala. 2007

Ramírez. La Prisión Preventiva, estudio exploratorio: Guatemala y Paraguay. Conferencia de Ministerios de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB). Cyan, Proyectos Editoriales, S.A. 2018

Entrevistas:

Silvia Ruiz, jueza de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de la ciudad de Quetzaltenango

Brian García Santiago, Ex Jefe de la Unidad de Evaluación de Desempeño del MP (2009-2014)

Honduras, Por Ana Paola Hall183

183 Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Grado de Salamanca y premio extraordinario a la mejor tesina extranjera del año de la misma Universidad. Docente en Universidades hondureñas y extranjeras. Autora de diversas publicaciones en Colombia, Francia, España y Centroamérica. Actualmente es Asistente del Fiscal General de la República de Honduras.

INTRODUCCIÓN

La reforma procesal penal en Honduras se materializó en 2002, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (CPP), que reemplazó el procedimiento vigente desde 1984. La reforma respondió a la necesidad de cumplir la normativa procesal constitucional y construir un proceso que constituyera un mecanismo eficaz contra el delito (Cuéllar, 2004, pp. 75-76). En ese sentido, la reforma procesal en Honduras pretendía ajustar roles de jueces y fiscales y proporcionar mayor eficacia a la investigación al otorgar al fiscal la función de dirigir técnicamente la misma (Vivas, *et al.*, 2000, p. 228).

El CPP implicó la evolución de un modelo inquisitivo a uno de corte acusatorio, donde la acción penal pública y la investigación se ejerce por un sujeto procesal diferente al juez, el Juez respeta los extremos señalados por en ente acusador y, por ende, debe existir correlación entre acusación y sentencia; asimismo, el ente jurisdiccional dirige el proceso y es garante del mismo (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, CP-304-2010, p. 100).

Los cambios más importantes introducidos fueron la oralidad, publicidad, las manifestaciones del principio de oportunidad, la designación del Ministerio Público (MP) como el director técnico jurídico de la investigación y el nuevo papel del juez en el proceso penal.

La implementación de la reforma implicó un enorme esfuerzo de muchos sectores (instituciones como el Poder Judicial (PJ) y el MP, la cooperación internacional, la sociedad civil) que trabajaron de forma integrada a fin de dotar al sistema de los medios humanos y materiales necesarios para la entrada en vigencia del CPP, que se realizó parcialmente (Art. 446 CPP), pero de forma simultánea a nivel nacional.

Años después, puede afirmarse que la aplicación del CPP ha conllevado importantes logros. No obstante, factores como la adopción de ciertas prácticas en la administración de justicia, la falta de respuesta pronta de las instituciones del sector justicia (relacionada con factores como la falta de suficiente recurso humano y material), las diversas reformas realizadas al proceso penal, han desnaturalizado parte de la política procesal subyacente en el CPP originario. Por ello, puede afirmarse que si bien existe un espacio importante de logros, también debe reconocerse la existencia de grandes desafíos en el estado actual de aplicación del proceso penal hondureño.

EL PROCESO PENAL HONDUREÑO. IDENTIFICACIÓN DE ASPECTOS CENTRALES.

A efecto de realizar una descripción de los aspectos centrales del proceso, se han identificado algunos temas de especial relevancia que se comentan de forma breve a continuación.

Oralidad

El principio de oralidad guarda estrecha relación con otros principios del proceso penal, tales como la inmediación, concentración, contradicción y publicidad (Palacios y Fernández, *et al.*, 2000, pp. 20-25 y Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, CP-03-2010. P. 27)).

La oralidad permite que la comunicación entre las partes sea directa e inmediata, lo cual implicó un cambio de paradigma procesal en el país, donde con la vigencia del CPP la oralidad pasó a ser la regla general del proceso. De hecho, caracteriza la mayor parte de las audiencias (de declaración de imputado, audiencia inicial, audiencia preliminar, audiencia de proposición de pruebas, audiencia de juicio oral y público, audiencia de individualización de la pena y de ejecución).

No obstante, las técnicas de litigación oral suelen señalarse como una de las debilidades de los operadores de justicia hondureño. Se precisa mejorar el fondo y la forma de litigación, pues las dificultades identificadas con mayor énfasis en defensores y fiscales, van desde el manejo de teoría del caso, individualización de responsabilidad y grados de atribución de la misma, hasta problemas para la adecuada presentación del caso, la capacidad de síntesis de acuerdo al objetivo de las conclusiones, forma de realizar interrogatorios, entre otras.

Debe resaltarse que existe un importante espacio de oportunidad en el mejoramiento de análisis de los delitos que se imputan; pues, de las entrevistas realizadas y de la experiencia, se desprende que muchas veces no se evalúa suficientemente la concurrencia de los elementos del tipo penal objeto de proceso; ello incide en que el resultado de los casos no sea el esperado de acuerdo a la pretensión fiscal. Es más, por la mala práctica identificada en la audiencia preliminar -que debería busca racionalizar la administración de justicia, evitando someter inútilmente a un ciudadano al juicio oral (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, AP-28-2013, p. 36)- la misma ha ido dejando de constituir un filtro para que el caso llegue a juicio oral; pues, por diversas razones, se suele elevar a juicio un gran número de casos que luego son absueltos por falta de concurrencia de elementos del delito y/o ausencia de suficiente elementos de prueba que acrediten los mismos.

Detención y audiencia de declaración de imputado

Para realizar la detención o captura de una persona, la Policía Nacional debe cumplir ciertas reglas, dentro de las que se encuentra informar el motivo de la misma en el

momento realizarla, el derecho de la persona de hacer saber su situación a la persona de su elección, de ser asistido por un defensor, de guardar silencio, de no declarar contra sí mismo, entre otros (Art. 282 CPP). De ello se levanta un acta de lectura de derechos.

La existencia del acta referida es constatada primero por el fiscal que recibe la notificación de la detención. Posteriormente, el juez al momento de la audiencia de la declaración de imputado constata que se haya levantado el acta.

De las entrevistas realizadas se identifica que suele suceder el término de la detención se comienza a contar a partir de la hora en que consta esa lectura de derechos. Esta situación debe superarse a partir de las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) contenidas en la Circular N° 02-2018 (donde establece que la privación de libertad se contabiliza desde el momento en que al imputado se le priva de la misma).

En caso que el MP decida la presentación de un requerimiento (Art. 285 CPP), aplican las siguientes reglas:

Si el imputado se encuentra detenido, el plazo para ponerlo a la orden del juzgado competente es dentro de las 24 horas o incluso hasta los 6 días siguientes a su detención, cuando se trate de un delito de investigación compleja. Si el imputado no se encuentra detenido y el MP considera que concurren las circunstancias para que el Juez decreta detención judicial, solicita el libramiento de la orden de captura correspondiente.

Ya una vez que el imputado se encuentra en el juzgado, se recibe su declaración en una audiencia prevista a dicho efecto. Previo a que se rinda la misma, el juez informa al imputado los hechos que se le imputan en el requerimiento y los derechos que le asisten (regulados procesalmente y a nivel constitucional). Se prohíbe el empleo de métodos que coaccionen al imputado, así como toda medida que menoscabe la libertad de decisión del mismo. La declaración de imputado se presta siempre en presencia del defensor. Una vez rendida la declaración, el juez puede decretar detención judicial o medidas cautelares sustitutivas.

El juez y el fiscal controlan el cumplimiento de los plazos de detención. Al finalizar la audiencia, el juez fija día y hora de la audiencia inicial, tomando en consideración los plazos establecidos en el CPP. El mismo refiere en su Art. 292 que no debe exceder de 6 días si hay detención o de 15 días si no la hay.

Audiencia inicial

Durante esta audiencia, los fiscales formulan oralmente sus requerimientos y conclusiones y el defensor plantea lo que considera necesario a favor del imputado. Aunque, de acuerdo al Art. 294 CPP en la audiencia se debe efectuar una mínima actividad probatoria, con la finalidad de aportar indicios de la realización del hecho y probabilidad de participación del imputado; la experiencia demuestra que en la práctica se ha convertido en una especie de mini juicio (Ávila, 2015, PP. 80-81). Por ello, en esa

etapa le corresponde a las partes acreditar aspectos más allá de lo que requiere el CPP; ello comprende tanto al MP como a la defensa, cada uno en el rol que corresponde.

En algunos casos, si el juez no ha comprendido los hechos objeto de imputación, pide al MP que amplíe su exposición o describa algo concreto que no haya quedado suficientemente claro, previo a tomar una decisión.

En caso que el juez decida no decretar sobreseimiento, puede decretar auto de prisión y en tal caso, decidir si decreta prisión preventiva u otras medidas cautelares de acuerdo a las pruebas practicadas al respecto; consignando en acta la decisión procesal adoptada y su fundamentación.

El Art. 172 CPP establece que la finalidad de las medidas cautelares es garantizar la eficacia del procedimiento, garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba. A dicho efecto, para adoptar medidas cautelares limitativas de la libertad personal se requiere: indicios de la participación delictiva, fuga o peligro de fuga y peligro de destrucción o manipulación de las fuentes de prueba. En concordancia, ya en concreto en lo referente a la prisión preventiva, de acuerdo al Art. 178 CPP, se requiere que concurra alguna de las siguientes circunstancias (Barona, 2015, pp. 134-145): peligro de fuga; posible obstrucción de la investigación; riesgo fundado de que el imputado reincorpore a la organización delictiva a la que se sospecha que pertenece y aproveche los medios de la misma para entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados; riesgo fundado de que el imputado atente o tome represalias contra el acusador o el denunciante.

No obstante lo dispuesto en la norma, la praxis indica que generalmente el MP no acredita suficientemente la existencia de los presupuestos necesarios para las medidas cautelares, lo cual puede limitar al juez al momento de emitir su resolución, en la que debe consignar los presupuestos legitimadores y los indicios. Asimismo, el juez debe valorar la gravedad del hecho y de la pena y las circunstancias personales del imputado, a fin de seleccionar una medida idónea y proporcional, cuya duración no puede prolongarse más allá de 1 año o hasta 2 (cuando la pena del delito sea superior a 6 años); plazos que, a solicitud del MP, pueden ampliarse excepcionalmente hasta por 6 meses más por el grado de dificultad, dispersión o amplitud de la prueba que deba rendirse.

Las entrevistas refieren que, generalmente, en la práctica los riesgos procesales no se discuten y suele existir clamor social para que el juez dicte prisión preventiva con un fin distinto del que procesalmente le corresponde; pues, suele verse como una pena anticipada que cumple un fin más de prevención general y, por tanto, existe riesgo de que la medida se continúe desnaturalizando en la práctica. Esta situación se acentúa si se trata de los delitos comprendidos en el Art. 184 CPP¹⁸⁴, donde el juez dicta la prisión

¹⁸⁴El Art. 184 del CPP reformado establece que: "En ningún caso procede la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en los delitos de crimen organizado.

Sin perjuicio de que el órgano judicial en la etapa respectiva determine como criminalidad organizada las acciones delictivas, por la forma y modalidad como se ejecutaron las mismas, no procede la imposición

preventiva en todos los delitos del catálogo. De ese modo, en esos casos la prisión preventiva deja de ser la excepción y se convierte en la regla (Ávila, 2015, pp. 559-562). Los jueces suelen fundamentarse en la gravedad de la pena a imponer para privar de libertad al procesado; y en los demás casos, sólo se hacen exposiciones de ambas partes en los que se plantean alegatos. En la mayoría de los casos en los que el defensor es privado, se llevan elementos de prueba que básicamente son documentales para acreditar el arraigo del imputado.

Debe agregarse que no suelen establecerse tiempos máximos de la medida, la defensa debe estar al pendiente del plazo máximo de prisión. En la práctica no hay monitoreo del cumplimiento de medidas, la parte acusadora es la que está al pendiente del cumplimiento o no de las medidas, para pedir la modificación en caso de incumplimiento.

Audiencia de Salidas alternas

Según las entrevistas efectuadas, en la práctica el juez únicamente confirma que los requisitos formales concurren para autorizar la salida alterna. Y, en relación con los términos del acuerdo, el juez no ejerce mayor control, sólo verifica que el imputado conozca los alcances de la medida alterna y que esté de acuerdo con los términos de la reparación del daño. En los casos que aplican las reglas de conducta, si están asociadas al conflicto entre las partes.

No siempre se consideran los aspectos personales de las partes para fijar las medidas, eso depende en gran proporción del planteamiento y de los alegatos que formulan las partes, en caso de hacerlo.

Audiencia preliminar y audiencias previas al debate.

El Art. 265 CPP establece que la etapa intermedia comprende la formalización de la acusación, la contestación de cargos y el auto de apertura a juicio, lo cual se da en la audiencia preliminar.

de medidas sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos siguientes: 1. Homicidio: excepto en los casos donde después de valorada la prueba evacuada en la audiencia inicial, se determine que el imputado actuó en una causa de justificación, establecidas en el Artículo 24 del Código Penal; 2. Asesinato; 3. Parricidio; 4. Violación; 5. Trata de personas; 6. Pornografía infantil; 7. Secuestro; 8. Falsificación de moneda y billetes de banco; 9. Robo de vehículos automotores terrestres, naves aéreas, buques y otros bienes similares y, el robo de ganado mayor; 10. Magnicidio de Jefe de Estado o de Gobierno Nacional o Extranjero; 11. Genocidio; 12. Asociación ilícita; 13. Extorsión; 14. Delitos relacionados con Armas de Guerra; 15. Terrorismo; 16. Contrabando, en los casos de los Artículos 392-A y 392-B, en los numerales 1), 2), 5), 11), 13), 14), 15), 16), 17), 18), 19) y 21) del Código Penal; 17. Defraudación Fiscal en los casos tipificados en el Artículo 392-D, en los numerales 1), 2), 9), 10), 11), 12), 14), 15) y 19) del Código Penal; 18. Delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes; 19. Lavado de Activos; 20. Prevaricato; y, 21. Femicidio.”

La práctica indica que la audiencia preliminar se ha ido convirtiendo en una audiencia de mero trámite formal y no en el filtro que debería constituir para que solamente lleguen a juicio oral los casos que ameriten.

Tanto se ha acentuado esta situación que en los últimos años el mismo Poder Judicial ha planteado públicamente la posibilidad de eliminar la audiencia preliminar del proceso penal. Ello finalmente desembocó en una propuesta intermedia que en lugar de suprimir la referida audiencia, acortó los plazos para su señalamiento (diferenciando entre delitos graves y menos graves)

De dictarse auto de apertura a juicio, se remiten las actuaciones al Tribunal de Sentencia que (una vez recibidas las mismas) cita a las partes para que dentro de los 5 días siguientes examinen diligencias y planteen, en su caso, recusaciones, excepciones o nulidades basadas en hechos nuevos. Las mismas se resuelven en audiencia a celebrarse dentro de los 5 días siguientes a su presentación.

Dentro de los 10 días siguientes se realiza la audiencia de proposición de pruebas donde las partes presentan su lista de medios de prueba indicando los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada uno. El tribunal resuelve mediante auto la admisión de las pruebas que considere pertinentes, útiles o proporcionales con la finalidad pretendida.

En la práctica hondureña, el tribunal adopta un papel activo en el control de la prueba, admitiendo o denegando su admisión. La audiencia de proposición de prueba tiene mucha importancia en el proceso; pues, suele implicar discusiones jurídicas fuertes sobre la admisibilidad y licitud de las pruebas propuestas por las partes. En ocasiones, jueces y fiscales intentan abreviar los procesos afectando los principios que los rigen; esto porque de acuerdo a algunas entrevistas realizadas, en las audiencias de proposición de pruebas, es frecuente que los tribunales de sentencia no admitan todos los medios de prueba, a pesar que reúnan los requisitos de pertinencia, utilidad y proporcionalidad, procurando reducir al máximo el tiempo de duración del juicio oral.

Una vez que el tribunal notifica la resolución de esta audiencia (3 días después), se fija la fecha y hora del juicio oral y público (que debe realizarse entre 10 y 30 días siguientes, plazo máximo que puede ampliarse hasta por 15 días más).

Audiencia de Juicio oral

Los principios esenciales del juicio oral, de acuerdo a la jurisprudencia hondureña (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, SP-145-2011, p.25 y SP-318-2010, p. 26) son: defensa, presunción de inocencia, contradicción, intermediación, oralidad, concentración y publicidad

Durante la audiencia de juicio oral y público (presidida por el tribunal de sentencia, no existe sistema de jurados) las partes deben plantear en forma breve y sumaria las posiciones sostenidas en la formalización de la acusación y en la contestación de cargos. El fortalecimiento del planteamiento de la teoría del caso es un aspecto importante de cara a mejorar el proceso.

En el juicio sólo se reproducen los medios de prueba previamente admitidos en la audiencia de proposición, como excepción la prueba admitida en la etapa de incidentes del debate (Art. 320 CPP) o en el auto para mejor proveer (Art. 333 CPP).

La prueba testifical sigue siendo una de las más propuestas por las partes, por lo cual resulta preciso resaltar la necesidad de mejorar las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio; sobre todo frente a la regulación procesal del país que prohíbe la formulación de preguntas capciosas o sugestivas en los mismos (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, SP-336-2009, p. 31). Se requiere una técnica muy elaborada para que las partes puedan obtener la mayor cantidad de información que permita el fin ulterior de corroborar la verdad. Esta necesidad de reforzar la técnica de interrogatorio y contra interrogatorio de las partes, se refleja precisamente en que para superar los vacíos de información (debido a la falta de una técnica adecuada), los tribunales intervienen activamente formulando preguntas que consideren oportunas y que no se han realizado por las partes o se han realizado de forma incorrecta.

Una vez evacuados los medios de prueba y realizadas las conclusiones –cuyo planteamiento también debe mejorarse, ya que suelen prolongarse más allá de lo que resultaría proporcional con su finalidad (Ávila, 2015, p. 169)- el tribunal cierra el debate para deliberar. La deliberación no puede suspenderse, salvo fuerza mayor o caso fortuito. La decisión se adopta por unanimidad o mayoría de votos y se da a conocer por el tribunal, que difiere esta decisión para otro momento, sobre todo en los casos muy complejos. Algún autor (Ávila, 2015, p. 175) ha sostenido tener conocimiento de casos donde algunos jueces del tribunal de sentencia se han dirigido a la corte de apelaciones solicitando que designe un juez de letras para integrar el tribunal (sin que existan razones de incapacidad en el momento de deliberación, por ejemplo, para proceder a ello); petición que, según el autor, es concedida incluso llegando al extremo de nombrar jueces de letras por periodos de varias semanas para integrar juicios.

De forma general puede decirse que en etapa de juicio oral se encuentra muy limitada la posibilidad de llegar a acuerdos, lo cual se limita a algunos casos de delitos de acción privada; pero no es común utilizar ese momento procesal para llegar a acuerdos.

En caso que el tribunal decida absolver al imputado, la sentencia se redacta y firma tan pronto como haya sido votada (o en ciertos casos la redacción y firma puede hacerse dentro de los 5 días siguientes); cumplido esto el tribunal se presenta en la sala de audiencias de nuevo y verbalmente hace de conocimiento de las partes lo que ha resuelto.

De tratarse de fallo condenatorio, el tribunal se pronuncia sobre la culpabilidad, los hechos por los cuales se considera culpable, la calificación de los mismos, el mínimo y máximo de la pena aplicable y, a instancia de parte, ordena su detención o las medidas cautelares que deben aplicarse. Cumplido esto, el tribunal regresa al salón de debate y el presidente explica verbalmente y de forma clara la decisión de condenar al imputado y señala día y hora para reanudar el debate para la individualización de la pena (lo cual no puede exceder de los siguientes 15 días continuos a efecto de practicar las investigaciones sobre los elementos para determinar la pena concreta; en ese sentido, el órgano jurisdiccional podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar la práctica de investigaciones que estime oportunas).

En la audiencia de individualización de la pena el tribunal escucha a las partes y recibe las pruebas que propongan. La sentencia se emite posteriormente. La sentencia condenatoria fija con precisión las consecuencias jurídicas impuestas al reo y, en su caso, otorga la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Una vez que la sentencia condenatoria se encuentra firme, se envía certificación de la misma al juez de ejecución, a quien corresponde practicar el cómputo de las penas y poner en conocimiento del mismo al condenado. En audiencia oral, el MP, el condenado o la víctima pueden plantear al juez de ejecución, cuestiones sobre el cumplimiento y extinción de la pena, así como la libertad condicional. En esa audiencia se propone y evacúa la prueba presentada y el juez decide mediante auto motivado, contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación subsidiaria.

Recursos y ejecución

De acuerdo a la legislación hondureña, las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios, en los casos y condiciones de tiempo y forma establecidos legalmente¹⁸⁵.

La tramitación de los recursos es generalmente escrita, con algunas excepciones donde se realizan audiencias, como la de proposición y ejecución de pruebas en la apelación, la audiencia de casación y la oralidad que la corte de apelaciones de una ciudad del país

¹⁸⁵Los recursos previstos en el CPP son: 1. Reposición (Arts. 352 y 353). 2. Apelación (Art. 354), que procede contra las resoluciones de sobreseimiento provisional o definitivo, sobre incidentes o excepciones, auto de prisión o declaratoria de reo, la que ordene la prisión preventiva o imposición de medidas sustitutivas, sentencia de procedimiento abreviado y en el antejuicio, la resolución que declare la extinción de la acción penal o suspenda condicionalmente el proceso, la que deniegue la conmutación en el caso de faltas o la suspensión condicional de la ejecución de la pena y las demás expresamente autorizadas por el CPP. 3. Casación (Arts. 359 a 372), que procede contra las resoluciones definitivas emitidas por los tribunales de sentencia.

(San Pedro Sula) había impulsado en parte del procedimiento de este recurso (lo cual había incidido en la disminución significativa de la mora).

No obstante, mediante Circular 02-2018, la Sala de lo Penal de la CSJ fijó parámetros sobre varios temas (que son de obligatorio cumplimiento por parte de los entes jurisdiccionales). Dentro de ellos, la Sala refiere tener conocimiento que algunas cortes de apelaciones penales o seccionales han implementado celebrar una audiencia para que las partes oralmente expresen y contesten agravios (posteriormente de haberlo planteado por escrito ante el juzgado cuya resolución se impugna) y en la misma audiencia la corte resuelve oralmente. No obstante que la Sala reconoce que la finalidad de esta práctica es evitar la mora judicial y cumplir el principio de oralidad del CPP, considera que al no estar regulada en la ley, cuyo sentido era dividir los recursos en fase instructiva y decisoria, podrían darse casos donde se afecte el debido proceso y el derecho de defensa (por ejemplo, se podría decretar una deserción del recurso si no se personan las partes en el tribunal de alzada, si no se hacen presentes a la audiencia). Asimismo, refiere que la realización de esta audiencia conlleva un costo económico para las partes, pues deben trasladarse al asiento de la corte de apelaciones, que muchas veces se encuentra en otra ciudad.

Por todo lo anterior, mediante la Circular, la Sala instruye a las cortes de apelaciones para que no celebren ninguna audiencia para expresar y contestar agravios; esta instrucción no incluye la audiencia de admisión de prueba en segunda instancia (Art. 358 CPP), la cual debe celebrarse de acuerdo a lo establecido legalmente (Art. 357 CPP).

PRINCIPIOS DEL CPP Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO

El principio de libertad personal y el estado de inocencia

El estado de inocencia, el respeto a la dignidad y libertad se constituyen como derechos y garantías reconocidos constitucionalmente y que a su vez, son principios básicos del CPP.

No obstante, desde la reforma al Art. 184 del CPP, ha puesto en tela de juicio el respeto de estos principios; pues, además de los puntos señalados sobre la falta de suficiente discusión sobre el fundamento de la aplicación de las mismas, la redacción del Art. 184 referido pone en precario la posibilidad de considerar a la prisión preventiva como excepción y no como regla general.

Como se ha establecido, el Art. 184 establece que no proceden medidas sustitutivas de la prisión preventiva en un catálogo de 21 delitos (1. Homicidio 2. Asesinato; 3. Parricidio; 4. Violación; 5. Trata de personas; 6. Pornografía infantil; 7. Secuestro; 8. Falsificación de moneda y billetes de banco; 9. Robo de vehículos automotores y robo de ganado mayor;

10. Magnicidio de Jefe de Estado Nacional o Extranjero; 11. Genocidio; 12. Asociación ilícita; 13. Extorsión; 14. Delitos relacionados con Armas de Guerra; 15. Terrorismo; 16. Contrabando; 17. Defraudación Fiscal; 18. Delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes; 19. Lavado de Activos; 20. Prevaricato; 21. Femicidio).

La entrada en vigencia de esta disposición ha tenido un impacto en el crecimiento de la población penitenciaria. De acuerdo al World Prison Brief: En 2010 la población penitenciaria hondureña era de 11,846 personas; en 2012 se incrementó a 12,095. La reforma del Art. 184 ocurrió en 2013 y un año después, en 2014, la población se incrementó a 16,331 personas, número que subió a 17,253 en 2016, llegando a 18.950 en 2017 (de los cuales, según las cifras de World Prison Brief, el 53.1% estaban con prisión preventiva).

Han sido varios los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el referido artículo. En febrero de 2017 la Sala Constitucional se pronunció (en relación con el Recurso RI 882-15) estableciendo en su sentencia que: El Art. 184 no se contrapone al debido proceso ni a la presunción de inocencia: la actual situación requiere continuar adoptando medidas tendentes a garantizar la vida, la integridad física, libertad personal y la propiedad, entre otros bienes jurídicos protegidos de alta importancia para la colectividad, creando excepciones a las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva. Agregó que es imprescindible coadyuvar en la lucha contra la impunidad y se requiere fortalecer a las instituciones encargadas de la investigación, prosecución y juzgamiento mediante reformas al ordenamiento jurídico que garanticen la realización pronta y efectiva de la justicia penal.

En el Informe de CIDH de agosto de 2018 la Comisión estableció que la prisión preventiva en Honduras se aplica de manera contraria a la excepcionalidad de su naturaleza y que el aumento significativo de la población procesada derivaría principalmente de la reforma al CPP de 2013. Dentro de sus recomendaciones incluyó la siguiente: “El Estado debe promover, regular y aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva y debe derogar las disposiciones que ordenan la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito, en particular, el artículo 184 del CPP.”

La defensa en el proceso penal

El derecho a la defensa se reconoce tanto a nivel de derecho internacional, como a nivel constitucional y del CPP (a lo largo de cuyo texto se establecen varias disposiciones en ese sentido). La defensa puede ser material y técnica. La Sala Penal de la CSJ (SP-322-2007, pp. 9 y 10) ha desarrollado jurisprudencia sobre ambas, estableciendo que la defensa material implica el derecho a participar activamente en el proceso, de petición y de conocimiento; mientras que la técnica se refiere al derecho de ser asistido por un profesional del derecho.

El derecho del imputado de contar con un defensor comienza incluso desde la investigación preliminar (momento donde puede presentar los elementos probatorios de los cuales disponga) y en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba, hasta que la sentencia haya sido plenamente ejecutada. En ese sentido, una parte esencial del derecho a la defensa comprende la facultad de nombrar a un abogado que asista técnicamente a la persona sujeta a investigación o proceso (Arts. 15, 111 y sucesivos CPP) y que de esa manera salvaguarde su derecho a defenderse.

Es importante referir que, en la praxis, no es frecuente que durante la etapa de investigación la defensa presente planteamientos y materialmente en muchos casos, se ve seriamente restringido su accionar, en esa etapa; pues, generalmente no hay apertura del MP para ejercer la defensa en los casos que es planteada. Esto acontece a pesar que la jurisprudencia hondureña (Sala Penal, CSJ, SP-183-2009, p. 6) ya se ha pronunciado estableciendo que el derecho de defensa incluye la potestad del justiciable de presentarse al ente de investigación durante esa etapa, para proponer cuantas pruebas estime pertinentes en su defensa.

No obstante, en la práctica el acceso al expediente de investigación sigue siendo limitado (aspecto que ya ha sido señalado en el Informe de seguimiento de la reforma procesal penal en honduras de 2003 (Amaya y Montoya, 2003, p.46). En ese sentido, las diligencias en reserva se extienden, abarcando prácticamente todas, al margen de la valoración de si ponen o no en riesgo el éxito de la investigación.

Ya en relación con el derecho a contar con un defensor en las audiencias, el CPP refiere que la presencia del defensor es obligatoria en las mismas. Así, antes de rendir la declaración de imputado, el juez le hace saber sus derechos (Art. 278 CPP), dentro de los cuales se encuentra proponer que el MP en colaboración con su defensor, compruebe los hechos que exponga en su descargo y su derecho a consultar con su defensor sobre la actitud que debe asumir durante la audiencia. En la práctica, la defensa privada suele entrevistarse con el imputado antes de la audiencia de imputado; si se trata de defensa pública, no es común que se realice la referida entrevista antes de esa audiencia.

Respecto a la audiencia inicial, el defensor plantea lo procedente a favor del imputado. La intervención del defensor en la audiencia preliminar se da a continuación del fiscal y acusador privado (que formalizan acusación), con el fin de contestar los cargos formulados contra el imputado (Art. 301). Durante la apertura del juicio oral y público, exponen brevemente la posición sostenida en la contestación de cargos (Cuéllar, 2004, pp. 391-392) que, puede implicar la oposición a la acusación (por negar los hechos o su relevancia jurídico penal) o aunque improbable, puede existir conformidad con la misma (lo que puede darse por diversas razones, como detección de errores en la acusación, que resulten favorables a los intereses del imputado). Luego de la práctica de la prueba las partes expresan sus conclusiones y se cierra el debate.

Cumplimiento de las garantías (condiciones de verificación o teoría del juicio)

Durante las audiencias los jueces velan por guardar una actuación imparcial y aunque han existido excepciones, la mayoría lo intenta con buen suceso (en ocasiones el juez limita a las partes en sus exposiciones y no siempre en forma igualitaria). En relación con el principio de contradicción, las oportunidades del juez para contradecir la acusación suelen ser pocas.

Sobre el carácter público de las audiencias, únicamente las audiencias de juicio oral son públicas, con las restricciones procesalmente establecidas para salvaguardar otros derechos y/o evitar presión sobre los jueces (Ávila, 2015, p. 121); por ello también se restringe el uso de armas y medios audiovisuales.

Ya en relación al papel del juez respecto del imputado, puede decirse que los jueces invitan al imputado a ser escuchado y algunos jueces intentan hablar con términos claros y sencillos a los imputados, procurando que comprendan lo que ocurre en el proceso.

El paradigma restaurativo como una garantía del imputado.

La justicia restaurativa en el CPP se refleja en la regulación de las figuras de conciliación y reparación del daño; las mismas se aplican por el juez o fiscal que conoce de la causa, pues no existen unidades especializadas a dicho efecto.

Sobre la conciliación, se admite en ciertos casos (faltas, delitos de acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular y los que admitan suspensión condicional de la persecución penal).

La conciliación puede producirse en cualquier momento procesal, hasta antes de la apertura a juicio. Si las partes no lo han propuesto con anterioridad, el órgano jurisdiccional puede exhortarlas para conciliarse (a excepción de casos de delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, donde se precisa que la solicitud sea de la víctima o sus apoderados). Para facilitar el acuerdo, el juez incluso puede solicitar asesoramiento de personas o entidades especializadas o instar a los interesados para que designen un amable componedor.

Luego de realizarse la conciliación, el órgano jurisdiccional homologa los acuerdos y declara extinguida la acción penal (lo cual tendrá efectos desde el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado; para lo que se fija plazo de un año; de no cumplir las mismas, el procedimiento continúa como si no se hubiera conciliado).

En los casos de delitos de acción privada (perseguidos mediante querrela), el tribunal de sentencia convoca a las partes a una audiencia de conciliación, que se celebra dentro de los 10 días siguientes al auto de admisión. Si se logra la conciliación, se dicta

sobreseimiento definitivo. Si la misma implica que el querellado asuma deberes de conducta, se dicta sobreseimiento provisional, que será definitivo cuando acredite ante el juez que ha cumplido sus compromisos (antes de ello, el juez puede disponer la práctica de comprobaciones para acreditar el cumplimiento).

De no lograrse la conciliación, el tribunal ordena la continuidad del proceso común, en cuyo caso, el miembro de tribunal que intervino en la conciliación no integra el tribunal común (es decir, que no existe una unidad constituida especialmente a dicho efecto a nivel jurisdiccional).

En relación con la reparación del daño, el CPP lo establece como uno de los elementos para la aplicación del criterio de oportunidad y de la suspensión condicional de la persecución penal.

REORGANIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA PENAL

Sobre el Poder Judicial

La estructura del Poder Judicial se modificó en los últimos años con la creación del Consejo de la Judicatura en 2011. No obstante, mediante sentencia publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 15 de abril de 2016, se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Consejo y, a su vez, la nulidad del nombramiento de los consejeros, quienes posteriormente fueron imputados por delitos contra la administración pública.

La referida sentencia también establece que mientras se instala el Consejo de la Judicatura, el presidente de la CSJ tiene las facultades de seleccionar, nombrar y destituir a jueces, magistrados y personal administrativo (conferidas por el Decreto N° 5-2011).

Considerando que no se ha elaborado una nueva Ley del Consejo, la estructura del PJ deja al pleno de magistrados al mismo nivel del presidente de la CSJ. El resto de dependencias se encuentran en orden descendiente. Dentro de las mismas, cabe destacar la Dirección de Recursos Humanos y de administración y la Defensa Pública.

La Dirección de Recursos humanos y administración tiene como objetivo administrar la gestión del talento humano del Poder Judicial y los recursos económicos, materiales y de servicios asignados a las unidades del mismo.

La función de la Defensa Pública es representar a las personas que carecen de recursos económicos para contratar los servicios de un abogado privado. Esta representación legal se hace en materia penal, civil, familiar y de violencia doméstica. Asimismo, se emiten dictámenes sobre puntos legales por parte de personas de escasos medios u

organizaciones obreras, patronales y campesinas. Además, existen defensores de menores infractores cuyos casos llegan a instancia judicial.

Jurisdiccionalmente, por debajo de la CSJ existen las cortes de apelaciones, los juzgados de letras, tribunales de sentencia y ejecución y los juzgados de paz. Existe especialidad dentro de las cortes de apelaciones (penal, civil, del trabajo, contencioso administrativo, con competencia nacional en materia de corrupción y con competencia nacional en materia de extorsión); tribunales de sentencia (que conocen temas penales en general y existen algunos especializados en ciertos delitos como los de competencia territorial nacional, los de competencia territorial nacional en materia de corrupción y de extorsión); juzgados de letras (del trabajo, civil, inquilinato, de ejecución, familia, de niñez y adolescencia, contra la violencia doméstica, contencioso administrativo, mixtos, penal, de extinción de dominio de bienes de origen ilícito con jurisdicción nacional, de delitos tributarios, contrabando y defraudación fiscal con jurisdicción nacional, de jurisdicción nacional en materia de corrupción y de extorsión,) y juzgados de paz (civil, criminal y mixtos).

Resulta importante comentar que el Poder Judicial ha realizado acciones para erradicar la mora judicial (que constituye uno de los aspectos más señalados en distintos estudios sobre Honduras). En ese sentido, se han tomado algunas medidas legislativas (procedimiento expedito para delitos en flagrancia desde 2013) e institucionales. Dentro de estas últimas destaca el plan nacional de erradicación de la mora judicial presentado en 2016 por el Poder Judicial. Con ese fin, el Poder Judicial propuso las reformas (mismas que fueron aprobadas por el Congreso Nacional) al Código que incluyen acortamiento de plazos entre las distintas audiencias y la posibilidad de que el tribunal de sentencia se integre por un solo juez que conozca de los actos que integran el juicio oral y público, siempre que se trate de delitos menos graves, los de acción privada y los que merecen declaratoria de reo.

Sobre el Ministerio Público

La estructura del MP se ha fortalecido en los últimos años con la creación de varias dependencias. Debe destacarse especialmente la Agencia Técnica de Investigación Criminal (ATIC), la Dirección de Planificación Estratégica y Gestión de Calidad (DIPEGEC), el Módulo de Atención Integral Especializada MAIE, la Fiscalía Especial para la Protección de Defensores de Derechos Humanos, Periodistas, Comunicadores Sociales y Operadores de Justicia (FEPRODDHH), entre otras.

La DIPEGEC se eleva al nivel de División en 2018 (anteriormente se denominaba OPEGEC cuyo funcionamiento comenzó en 2015). Su objetivo central es impulsar y gestionar efectivamente los procesos de modernización y mejoramiento necesarios para el desarrollo de la planificación estratégica de la institución. De ese modo, se apoya el fortalecimiento de la estructura interna institucional.

Uno de los más importantes logros del MP en los últimos años ha sido la creación de la ATIC en 2014, cuya misión fundamental consiste en realizar la investigación profesional y científica de delitos graves y de impacto social, bajo la orientación técnico jurídica de los fiscales.

La ATIC se conforma por distintos Departamentos (de investigación de delitos contra la vida y la libertad sexual; de investigación de delitos contra la administración pública y patrimonial; investigación contra el crimen organizado y terrorismo; Departamento Técnico. Científico; de análisis estadístico y estudios criminológicos y de apoyo estratégico, operaciones especiales y comunicaciones).

El Departamento de análisis estadístico y estudios criminológicos se conforma por el grupo de análisis estadístico y el grupo de estudios criminológicos. Este último, tiene a su cargo el estudio y la expresión cualitativa del delito, sus efectos y en general el fenómeno criminal. Asimismo, elabora estudios criminológicos, causas y efectos, para presentar diagnósticos y, fijar bases de adopción de políticas objetivas de persecución criminal.

Recientemente el MP ha comenzado el proceso de evaluación y certificación de funcionarios y servidores, el cual se hará gradualmente y comprenderá distintas etapas previstas en el respectivo reglamento y el protocolo elaborado a dicho efecto.

CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo hasta aquí planteado puede concluirse que la reforma procesal penal de Honduras tuvo un buen devenir, sobre todo en los primeros tiempos, logrando en buena medida la finalidad planteada en sus inicios. Sin embargo, con el transcurso de los años algunos aspectos básicos de la reforma se han desnaturalizado, o bien por la adopción de malas prácticas generalizadas, o bien por la introducción de reformas con una naturaleza distinta a la inicialmente contenida en el CPP.

En ese sentido es necesario mencionar algunos temas, entre otros, 1. La finalidad de la audiencia inicial (como una etapa donde el objetivo es aportar material indiciario sobre la probable realización del hecho, su relevancia penal y la probable participación del imputado) se ha alterado al extremo de que en la práctica se ha convertido en una especie de mini juicio, que no sólo obliga a las partes a aportar mucho más que lo que legalmente se requiere, sino que deja sin parte de su sentido al juicio oral y público. 2. La audiencia preliminar, concebida como un filtro previo al debate, ha dejado de desempeñar un rol importante en ese sentido (al grado tal que, en opinión de expertos y operadores de justicia, se ha planteado su supresión). 3. La prisión preventiva, inicialmente concebida como una medida de excepción, ha pasado a ser la regla aplicada en muchos casos (sobre todo en los supuestos comprendidos en el Art. 184 CPP). 4. La celeridad procesal, que era una finalidad importante del nuevo proceso, se ha

cuestionado debido a la mora existente (aunque debe reconocerse los esfuerzos del PJ que ha implementado un plan para erradicar la mora).

Asimismo, aspectos como independencia judicial, el fortalecimiento de la carrera de los funcionarios y servidores públicos que integran el sistema de justicia, la transparencia y el acceso a la información pública, el número de operadores de justicia en relación con el porcentaje de casos a su cargo, los procesos especiales (flagrancia, procedimiento especial para altos funcionarios), la especialización de unidades fiscales y jurisdicciones deben analizarse detenidamente a fin de identificar todos los espacios de oportunidad existentes para mejorar o consolidar resultados. Ello requiere un estudio que trasciende la naturaleza del presente documento, que se limita a descripciones generales de temas macro, con el fin de esbozar brevemente su estado actual y algunas implicaciones prácticas.

En todo caso, finalmente, debe reconocerse que se hacen esfuerzos por parte del sector justicia para erradicar la mora; mejorar la investigación (a través de la creación y fortalecimiento de la ATIC); consolidar los procesos de selección de los funcionarios y servidores del sector justicia; implementar mecanismos para modernizar la gestión, entre otras. No obstante, como se ha referido, existen grandes desafíos en materia procesal penal cuya solución habrá de analizarse atendiendo a las particularidades del marco legal hondureño y de la realidad nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Amaya, E. y Montoya, V., (2015), Informe de seguimiento de la reforma procesal penal en Honduras, CEJA, INECIPH y FESPAD, recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5098/hon-informe-seg-final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ávila, F.A., (2015). Proceso Penal Hondureño. Código Procesal Penal. Comentarios, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I. Tegucigalpa, M.D.C., Honduras: Editorial Fénix.

Ávila, F.A., (2015). Proceso Penal Hondureño. Código Procesal Penal. Comentarios, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras: Editorial Fénix.

Barona, S., (2015). Medidas cautelares en el proceso penal, Prontuario de Derecho Procesal N° 3. Tegucigalpa, M.D.C., Honduras.: Editorial O.I.M.

Cuéllar, R., (2004). El significado de la reforma procesal penal en Honduras desde una perspectiva de política criminal: Una experiencia a compartir. Hall García (Dir.). Revista Jurídica Dos mil-Tres mil N°8. Ibagué, Colombia: Editorial: El Poira.

Cuéllar, R., Ferrera, D., López, J., Fernández, J. y Gómez, J., (2004). Derecho Procesal Penal de Honduras. (Manual teórico práctico). Tegucigalpa. M.D.C., Honduras: Editorial LITOCOM.

Palacios, J. y Entralgo J., (Coords.), (2000). Código Procesal Penal comentado de Honduras. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras: Editorial LITOCOM.

Sala penal, CSJ, (2007). SP-322-2007. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala penal, CSJ, (2009). SP-183-2009. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala Penal, CSJ, (2009). SP-336-2009. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala Penal, CSJ, (2010). SP-304-2010. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala Penal, CSJ, (2010). SP-318-2010. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala Penal, CSJ, (2011). SP-145-2011. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Sala Penal, CSJ, (2013). AP-28-2013. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras.

Vivas, G. (Coord.), (2003). Manual de Derecho Procesal Penal hondureño. Tomo I. Cinemática Procesal. Tegucigalpa. M.D.C., Honduras: Editorial ENAG.

Vivas, G. (Coord.), (2003). Manual de Derecho Procesal Penal hondureño. Tomo II. Cinemática Procesal. Tegucigalpa, M.D.C., Honduras: Editorial ENAG.

Introducción

Al igual que en los procesos de reforma en otros países de América Latina, la reforma procesal en México representó la oportunidad de democratizar un sistema penal que violaba sistemáticamente derechos humanos. Como bien se había documentado desde los procesos regionales, el sistema de justicia penal era un factor esencial para la democratización de los países en transición en tanto contribuía a enfrentar la violencia y los efectos de ésta en las instituciones políticas y legales (Álvarez, 1991).

La alternancia política del año 2000 y la percepción de cambio de un sistema autoritario a uno democrático fueron factores determinantes para que la academia y una sociedad civil fortalecida impulsaran la transformación del sistema penal.

A diferencia de otros países latinoamericanos, México ya contaba con una división de funciones de juzgamiento e investigación y persecución penal, y con la figura de “defensores de oficio”. No obstante, en la práctica, el debido proceso no estaba garantizado en lo absoluto; y otros derechos como la libertad y la integridad personales eran constantemente violentados a través de detenciones arbitrarias y tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El poder del Ministerio Público era prácticamente absoluto, con pocas oportunidades de contradicción, gracias a la fe pública que le concedía la ley y que tenía como consecuencia la presunción de verdad de todo lo actuado; es decir, sus actos de investigación tenían “valor pleno”. Todo esto además era llevado a un proceso donde los jueces pocas veces estaban presentes (WJP, 2018b). Además, a menudo, estas normas y prácticas fueron validadas y fortalecidas por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, “SCJN”).

La reforma entonces, parecía indispensable y urgente. Como bien lo señalan Galindo & Ramírez (2016, p. 10), la transformación del sistema penal era una deuda histórica con el sistema internacional de protección de derechos humanos.

Al ser México un país federal donde la competencia para legislar en materia penal estaba reservada a los estados; y sin demasiados incentivos para impulsar una reforma en todo el país, ésta se dio de manera gradual en algunos estados de la república en los primeros lustros del milenio, con cambios normativos que indicaban una reestructura total de sus respectivos sistemas de procesamiento penal.

186 Abogada. Fundadora y directora de proyectos del Instituto de Justicia Procesal Penal. Profesora de la Escuela Libre de Derecho y de la Universidad Iberoamericana.

Mientras dichos estados implementaban su propio proceso, en el nivel nacional se discutía la reforma constitucional que sería aprobada y entraría en vigor en 2008 y que actualizaría así el sistema de justicia penal para ser acusatorio, oral y contradictorio. El cambio también tuvo como consecuencia la reconfiguración del sistema de seguridad pública.

La reforma de 2008 dispuso un régimen transitorio que obligó a las entidades federativas a implantar el nuevo régimen constitucional en un plazo no mayor a ocho años a partir de la publicación de la reforma. Para este efecto se estableció un consejo nacional de implementación con asiento para todos los poderes y órganos responsables de la implementación y para representantes de la sociedad civil y de la academia. Este consejo tendría a su cargo la coordinación de los esfuerzos estatales y federal, con el apoyo de una Secretaría Ejecutiva popularmente conocida como SETEC.

Cada entidad federativa, así como la federación, podían establecer sus propios mecanismos de entrada en vigor, ya fuera por tipo de delito o bien por regiones. De forma paradigmática, la Ciudad de México, capital federal, estableció la entrada en vigor del sistema acusatorio por tipo de delito mientras que la mayoría de los estados y la federación optaron por la entrada en vigor por región.

Durante la vigencia del plazo constitucional para implementar el sistema acusatorio y oral se llevaron a cabo reformas constitucionales adicionales en 2013 que permitieron la emisión de un Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, "CNPP") en marzo de 2014. Este sería aplicable en todo el país una vez declarada su vigencia por cada estado y la Federación, dentro del plazo constitucional para implementar el sistema acusatorio.

La reforma procesal penal tuvo apoyos políticos diferenciados. Mientras que en el periodo presidencial de su aprobación recibió pocos recursos y poco apoyo político, para el cambio de gobierno de 2012 se dio un marcado impulso que permitió que el nuevo sistema fuera una realidad en todo el territorio nacional el 18 de junio de 2016.

A este cambio normativo se le deben sumar una serie de ordenamientos jurídicos aprobados en este periodo como la Ley General de Víctimas, la Ley Nacional de Ejecución Penal; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos; y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que retoma los principios del sistema penal reformado para el procesamiento de personas de entre 12 y menos de 18 años de edad.

A más de una década de iniciado el proceso de implementación en el país y a dos años de su entrada en vigor en todo el territorio mexicano, aún subsisten fenómenos que,

parafraseando a Zaffaroni (1998), constituyen realidades penales marginales que cobran vida en la selectividad, la impunidad y el populismo penal.

Más recientemente, las cifras de violaciones graves de derechos humanos como tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, relacionadas con esquemas de criminalidad organizada facilitada por la corrupción política y la impunidad derivada de ésta, han activado la demanda ciudadana de asistencia internacional para enfrentar la crisis de violencia y fortalecer las capacidades de investigación del sistema penal (OSJI, 2018).

Mientras que algunos estudios revelan resultados diferenciados que indican el aumento de la confianza en el sistema, especialmente en algunos estados pioneros en la implantación del nuevo sistema penal (México Evalúa, 2016 y 2017), otros, como la Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción de Seguridad Pública “ENVIPE” (INEGI, 2017) revela una desconfianza generalizada en el sistema penal. No en balde México ocupa el lugar 26 de 30 países a nivel regional y 100 de 113 a nivel mundial en el factor de justicia penal del Índice de Estado de Derecho (WJP, 2018a).

Es normal entonces, que exista cierta percepción de que el sistema de justicia penal reformado no ha cumplido sus promesas, pero también existe información que resalta aspectos positivos que no deben ser desdeñados.

De manera que a continuación sintetizo la situación y pendientes del ya implantado sistema penal acusatorio en México desde tres ejes de análisis: la oralidad y la calidad de la investigación; la protección del sistema de garantías de la persona imputada y de las víctimas; y, la reorganización de las instituciones del sistema penal. El contenido de las siguientes secciones está basado en la información que proporcionan múltiples reportes sobre la situación de proceso penal; en información de bases de datos concedida por el Instituto de Justicia Procesal Penal (en adelante, IJPP)¹⁸⁷ y en entrevistas con profesionales del sistema penal acusatorio y otros expertos.

Oralidad y calidad de la litigación

La oralidad como técnica o metodología del proceso penal es introducida por el artículo 20 de la Constitución al señalar en el preámbulo que “[E]l proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración,

¹⁸⁷ Agradezco al Instituto de Justicia Procesal Penal el acceso a las bases de datos de observación de audiencias iniciales en las ciudades de Cuernavaca, Ecatepec y Ciudad de México, y a Sebastián Arcos Robledo, investigador del instituto, el procesamiento de datos para este artículo.

continuidad e intermediación...”. Esta disposición es reproducida por el artículo 4º del CNPP.

Conforme a estas normas, todas las audiencias preliminares o preparatorias - audiencias inicial e intermedia, específicamente - y, desde luego, la de enjuiciamiento, se llevan a cabo de forma oral y pública. La publicidad, sin embargo, puede tener excepciones conforme a lo dispuesto tanto por la Constitución como por el CNPP por razones de seguridad nacional, seguridad pública, vida privada, entre otras razones (artículo 20, apartado B, f. V CPEUM).

La Constitución va más allá en el propio artículo 20 al señalar una serie de condiciones para que las audiencias se lleven a cabo. Por ejemplo, la necesaria presentación de argumentos y elementos probatorios “de forma pública, contradictoria y oral” (apartado A, f. IV); o, en consonancia con las distintas normas de orden convencional, la ley fundamental señala como derecho de la persona imputada el de ser juzgada en audiencia pública por juez o tribunal (apartado B, f. V).

Por su parte, el CNPP en el artículo 44 no sólo dispone la oralidad de las audiencias como una formalidad que deben cumplir los actos procesales, sino también una especie de recomendación al órgano jurisdiccional para que “propicie” que las partes no lean durante sus intervenciones salvo que se trate de apoyo de memoria o superación de contradicciones (segundo párrafo).

Dado que las audiencias orales son grabadas en audio y video, las partes gozan del derecho de solicitar una copia del registro (artículo 50, CNPP). El propio Código abre la posibilidad de proporcionar estos registros a terceros cuando se trate de actuaciones catalogadas como públicas. A pesar de esto, en la realidad los tribunales son reacios a proporcionar los registros audiovisuales a terceros bajo el argumento de que no tienen la tecnología adecuada para la protección de datos personales; aunque otros encuentran soluciones creativas para ello¹⁸⁸.

Las reglas anteriores, en principio, son aplicables para todas las etapas y audiencias del proceso que se llevan a cabo hasta la individualización de la sanción - en el caso de sentencia condenatoria. No obstante, el recurso de apelación que permite impugnar ciertas resoluciones del juez de control, así como las del tribunal de enjuiciamiento (arts. 467 y 468 del CNPP), se tramita por escrito mediante un documento en el que se expresan agravios. Las autoridades judiciales de alzada son las encargadas de resolver también por escrito, con la posibilidad de llamar a audiencia oral a petición de parte

¹⁸⁸ Por ejemplo, el estado de Yucatán accedió a una solicitud enviada por el IJPP y proporcionó los registros audiovisuales de audiencias iniciales siempre y cuando fueran revisadas en sus instalaciones y bajo un acuerdo de confidencialidad para la protección de datos personales.

para exponer alegatos aclaratorios, o si el Tribunal lo encuentra pertinente (art. 476 del CNPP).

En respuesta a una solicitud de información para los tribunales de todo el país sobre si la forma de tramitación de la segunda instancia de daba de forma oral o por escrito, éstos respondieron haciendo alusión a la norma mencionada arriba. No se tiene noticia de que exista una práctica institucionalizada diversa que haya introducido la metodología de la oralidad en esta fase procesal.

La etapa de *ejecución penal* está reglamentada por la Ley Nacional en la materia, que establece que el procedimiento jurisdiccional se lleva a cabo conforme a los principios del sistema acusatorio y oral (art. 120 y Primero transitorio). Expertos consultados mencionan que en la práctica persisten los expedientes escritos que constituyen la base para la toma de decisiones del juez de ejecución; por ello, a pesar de que las audiencias son públicas, la contradicción y oralidad quedan de lado.

Audiencia inicial

La audiencia inicial es la audiencia principal de la etapa de investigación del proceso penal (art. 307 CNPP) y concentra la discusión de cinco objetos procesales: el control de detención; la formulación de imputación; la vinculación a proceso; las medidas cautelares; y el cierre de plazo de investigación.

El control de detención se activa en el supuesto de que la persona haya sido detenida en flagrancia o por caso urgente (arts. 146-150 y 308 CNPP)¹⁸⁹. Durante la audiencia el juez se asegura de que la persona detenida tenga defensa y de que le han comunicado sus derechos. El debate inicia con la justificación de las razones de la detención y el control del plazo constitucional permitido - 48 horas - para restringir la libertad personal. Por criterio jurisprudencial el juez se debe asegurar de que la persona fue detenida sin restricciones indebidas a derechos fundamentales¹⁹⁰. El juez emite su resolución según se hayan justificado o no los elementos anteriores, una vez que ha escuchado el debate de las partes.

Por otro lado, la formulación de imputación es el momento en el cual el fiscal le comunica a una persona que existe una investigación en su contra por ciertos hechos

¹⁸⁹ Existe un criterio jurisprudencial no vinculante que admite el control de detención en caso de ejecución de órdenes de aprehensión (captura). Ver: TCC (TA); 10ª época; Gaceta S.J.F.; febrero de 2018; XXII.P.A.11 P. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN. COMPRENDE LA DERIVADA DE LA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE APREHENSIÓN, EN ARAS DE PREVENIR SU REALIZACIÓN ARBITRARIA, CON TORTURA Y/O MALOS TRATOS (SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO).

¹⁹⁰ SCJN (TA); 10ª época; Primera sala; Gaceta S.J.F.; Libro 6, mayo de 2014, Tomo I; pág. 545. 1a. CCI/2014. FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA.

considerados delitos (arts. 309 y 310 CNPP); igualmente le comunica la calificación jurídica preliminar de éstos, así como la fecha, hora, lugar de comisión y personas que la acusan. No es una etapa propiamente contenciosa y en este caso el juez sólo puede solicitar aclaraciones a través de la defensa o de la persona imputada (art. 311 CNPP). Una vez que concluye esta fase, el juez da oportunidad de declarar a la persona imputada, si así lo cree conveniente, una vez que lo ha consultado con su defensor.

La fase inmediata posterior a la formulación de imputación es la vinculación a proceso. Este momento procesal es característico del sistema mexicano y en opinión de varios expertos, un resabio del sistema mixto-inquisitivo. Es la etapa a través de la cual el juez analiza el mérito del caso - muy parecido a lo que en otras jurisdicciones se denomina el "supuesto material". De manera que el fiscal debe justificar que los hechos existieron y la probable participación de la persona imputada en ellos, con los datos de prueba existentes al momento. Una vez que esto ocurre, la defensa tiene la oportunidad de elegir responder de inmediato a la petición del MP o bien, solicitar un plazo de 72 o 144 horas para presentar medios de prueba a su favor. En cualquier caso, para vincular a proceso el juez de control debe asegurarse de que existen indicios razonables de que se cometió el hecho y de la probable participación de la persona imputada; además debe verificar que no se actualiza alguna causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito (art. 316 CNPP).

Estas características de la vinculación a proceso han provocado que se eleve el estándar de prueba durante esta fase, de manera que en muchas ocasiones se convierte en un verdadero juicio con el desahogo de medios de prueba. Algunos defensores entrevistados consideran que esta fase se ha convertido en un momento estratégico para la defensa en casos donde es aplicable la prisión preventiva de oficio, pues hacen su mayor esfuerzo para desvincular a la persona del proceso.

Una vez que se ha vinculado a proceso a una persona, la audiencia inicial continúa con el debate de medidas cautelares. En el caso mexicano, por la existencia de la fase de la fase previa, sólo se discute el riesgo procesal. De acuerdo con el CNPP éste puede ser de tres tipos, de sustracción, de peligro para la víctima, testigos o comunidad y de obstaculización del proceso. Para el debate las partes pueden tener a la mano - de haberlo solicitado - el informe de evaluación del riesgo procesal que emiten las Unidades de Medidas Cautelares (Servicios con Antelación al Juicio). Los jueces pueden tomar en cuenta el arraigo comunitario, el máximo de la posible pena a imponer y el comportamiento procesal anterior de la persona imputada para determinar si ésta representa o no un riesgo de sustracción (art. 168 CNPP). En el caso de riesgo de obstaculización pueden tomar en cuenta la probabilidad de que la persona modificará o destruirá pruebas, influirá en coimputados, testigos o peritos, o los intimidará (art. 169 CNPP). Finalmente, respecto del riesgo para la víctima, testigos o comunidad el juez

puede tomar en cuenta información relacionada con las circunstancias en las que se dio el hecho y la situación de peligro en la que potencialmente podrían estar las personas involucradas como víctimas o testigos (art. 170 CNPP). Una vez llevado a cabo el debate, los jueces imponen la medida cautelar necesaria, idónea y proporcional de acuerdo con la información provista por las partes, además de señalar los lineamientos para su aplicación y su vigencia (art. 159 CNPP).

Concluida esta etapa, el fiscal solicita el plazo para llevar a cabo la investigación complementaria respecto del cual la defensa tiene oportunidad de debatir. El plazo puede ser de hasta dos meses para delitos con una pena máxima de dos años y de hasta seis meses para el resto de los delitos; en ambos casos con posibilidad de prórroga hasta por los límites temporales mencionados (art. 321 CNPP). El juez fija el plazo de acuerdo a la información que sustentan las partes.

La experiencia derivada de la observación de audiencias en distintas jurisdicciones confirma que la detallada reglamentación del CNPP respecto del trámite de las audiencias iniciales, en general, se cumple. No obstante, los retos se presentan en términos de oralidad y calidad del debate.

Si bien en el papel no existe mayor problema para asegurar la oralidad y publicidad de esta audiencia inicial, la forma de introducción de información varía en la práctica; de ahí que pueda hablarse de distintos niveles de oralidad en las audiencias iniciales, que van desde la lectura de todos los registros de la carpeta de investigación por parte de fiscales y defensores, hasta la emisión de argumentos de las partes y de resoluciones judiciales de forma totalmente oral. Llama la atención que en la mayor parte de las jurisdicciones observadas muchos jueces hacen uso de computadoras laptop para anotar datos, lo que distrae constantemente su vista y atención del debate, de las partes y del público.

Para ilustrar lo anterior, el IJPP proporcionó datos derivados de la observación de audiencias iniciales y reportó que en la ciudad de Cuernavaca, en el 43.3% de las audiencias observadas el fiscal leía los registros de investigación; en el 40% leía ocasionalmente; y en el 16.7% su intervención era completamente oral. En cambio, la intervención de la defensa fue en el 39.3% de las audiencias completamente oral; en el 45.2% leía ocasionalmente, y en el 15.5% leía los registros por completo. Mientras tanto, en la ciudad de Ecatepec el fiscal leyó por completo los registros de investigación en el 57% de las audiencias observadas; leyó ocasionalmente en el 35.5% y sólo en el 7.5% de las audiencias su intervención fue completamente oral. La defensa por su parte intervino en el 50% de las audiencias de forma totalmente oral; en el 32.2% leyó ocasionalmente; y en el 14.8% leyó durante toda la audiencia. Finalmente, respecto de las audiencias observadas en la Ciudad de México, el fiscal intervino de forma totalmente oral en el

28.3% de las audiencias observadas; leyó ocasionalmente en el 38.9% y leyó siempre en el 32.7%.

De lado de los jueces, estos resolvieron los cinco objetos procesales de las audiencias iniciales de forma completamente oral en el 61% de las audiencias observadas en la ciudad de Cuernavaca; mientras que en Ecatepec resolvieron de forma completamente oral sólo en el 20% de las audiencias; y en la Ciudad de México resolvieron de forma totalmente oral en el 50%.

Audiencias de salidas alternas

Al igual que ocurre con las audiencias iniciales, este tipo de audiencias se llevan a cabo, en la práctica, conforme al trámite establecido por el CNPP, es decir, de forma oral y pública. Las salidas alternas son de dos tipos, el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. Es posible acceder a cualquiera de estos mecanismos hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio, pero la suspensión procede después de la vinculación a proceso; los acuerdos reparatorios pueden celebrarse también en sede ministerial antes de ésta última.

Respecto de los acuerdos y en relación con el rol del juez, éste, además de verificar que se cumplan los supuestos de procedencia de este mecanismo, se traduce en controlar la proporcionalidad de las obligaciones establecidas; y en verificar que el acuerdo sea producto de una negociación en condiciones de igualdad para ambas partes y que no ha existido coacción o intimidación para llegar a él (art. 190 CNPP). Mientras tanto, respecto de la suspensión condicional, además de verificar su procedencia, escucha a las partes para revisar el plan de reparación propuesto por la persona imputada y las condiciones que las partes propongan, respectivamente, para que aquél las cumpla durante el plazo que establezca el juez (arts. 194-196 CNPP).

Audiencia intermedia

Esta audiencia forma parte de la fase oral de la etapa intermedia, a la que precede la fase escrita durante la cual el ministerio público presenta la acusación formal y las partes descubren sus pruebas. Esta audiencia ha sido poco documentada por lo que existe información limitada sobre su tramitación en la práctica.

En caso de llevarse a cabo, se sigue el trámite señalado por el CNPP a partir del cual se determina si existe alguna excepción de previo y especial pronunciamiento; se definen los acuerdos probatorios y se depuran los medios probatorios que serán llevados a juicio. En este sentido, puede darse el debate para determinar la exclusión de algún medio probatorio ofrecido cuando se identifique algún efecto dilatorio (por sobreabundante, impertinente e innecesario) y sobre su licitud. El rol del juez es previsiblemente más activo que en las otras audiencias preliminares.

En opinión de algunos expertos, es un momento procesal complejo sobre el que existen ciertas confusiones de teorías probatorias, por lo que es necesaria mayor investigación sobre las consecuencias que esto acarrea en la práctica.

Audiencia de juicio oral

Aunque esta audiencia tampoco ha sido documentada desde una perspectiva empírica, es aceptado que los jueces o juez que conforman el tribunal de enjuiciamiento no deben intervenir activamente durante su desarrollo salvo por las facultades de dirección y disciplina que les confiere el Código.

En opinión de los expertos entrevistados, esta fase, por ser, estadísticamente, una de las que menos se llevan a cabo, dista mucho de cumplir con los estándares de calidad requeridos. Un juez mencionó que en su jurisdicción los fiscales son los que más fallan. Por ejemplo, mestran una falta de pericia importante para evidenciar contradicciones, objetar oportunamente o introducir la prueba material. Incluso mencionó que los alegatos de clausura muchas veces no coinciden con lo que ocurre durante la audiencia.

Así, a pesar de que las audiencias preliminares y de juicio cumplen con los requisitos formales de tramitación y, en general, son conducidas con respeto a los principios de inmediación, publicidad e igualdad de armas, existe la percepción entre las personas expertas entrevistadas de que la falta de incentivos profesionales y de recursos para formar continuamente a fiscales y defensores ha impactado negativamente el debate y las competencias para preparar y elaborar teorías del caso. Sin que sea posible generalizar, lo anterior parece reflejarse muchas veces en la mala calidad de la información que introducen y en el bajo nivel de oralidad con el que lo hacen.

Resulta de interés mencionar que un fiscal entrevistado dio noticia de que en la procuraduría estatal para la que trabaja existe la práctica de crear pautas de litigación para cada caso, de manera que ésta esté disponible para los fiscales que intervienen en las audiencias y sirva de guía para la introducción de información de calidad por fase y etapa del proceso.

Un reto adicional relacionado con la oralidad y la publicidad es el lenguaje utilizado por los profesionales que intervienen en el proceso. En una encuesta realizada a personas que habían tenido contacto con el sistema mixto-inquisitivo y con el sistema acusatorio, respectivamente, el IJPP (2015) encontró que las personas en contacto con el segundo entendían mejor en qué consistía el proceso penal, a diferencia del sistema escrito. Sin embargo, persistía la confusión sobre los términos utilizados y muy poca comprensión del lenguaje jurídico en ambos casos.

Los datos recabados a través de la observación de audiencias realizadas por el IJPP también indican el uso excesivo de términos jurídicos poco entendibles para el público.

Destaca que el lenguaje de los jueces en la ciudad de Cuernavaca fue reportado como completamente entendible en el 56% de las audiencias observadas, mientras que en Ecatepec sólo el 20.2% fue considerado entendible; y, en la Ciudad de México sólo en el 33.9%.

En cuanto a las partes, en Cuernavaca, el lenguaje utilizado por el fiscal fue calificado como completamente entendible sólo en el 34.8% de las audiencias observadas, mientras que el del defensor lo fue en el 54.8%. En Ecatepec, las intervenciones del fiscal y del defensor fueron completamente entendibles sólo en el 11.8% y en 36.2% de las audiencias observadas, respectivamente. Finalmente, en la Ciudad de México, el lenguaje utilizado por fue calificado como completamente entendible en el 23.9% de las audiencias observadas en el caso del fiscal y en el 30.1% en el caso del defensor.

En las entrevistas realizadas es una constante la mención de las deficiencias de la defensa privada. Todas las personas entrevistadas mencionaron la baja calidad de ese tipo de defensa, cuestión que ha ocasionado que los jueces recomienden a las personas acusadas que cambien a su defensor. El artículo 121 del CNPP prevé esta situación y en aras de garantizar la defensa técnica permite que el juez prevenga a la persona imputada para que cambie de abogado; si no lo hace, la norma prevé la designación de un defensor público para asistir a la defensa. Ello indica, por lo tanto, que con el sistema procesal acusatorio y oral la posición de la defensa pública dio un giro de ciento ochenta grados, y en general es percibida como una defensa de mayor calidad que la privada (Aguilar & González, 2015). Este último punto permite conectar la tramitación de las distintas fases del proceso con la protección de los derechos de las personas imputadas y víctimas. A esto me referiré en la próxima sección.

Protección del sistema de garantías de la persona imputada y de la víctima

La violación sistemática a los derechos de libertad, seguridad e integridad personales y, desde luego, el derecho a un juicio imparcial, fue una de las razones principales para impulsar la reforma al proceso penal mixto inquisitivo.

Este cambio constitucional conllevó por un lado el reconocimiento de derechos inéditos para las personas acusadas, pero por el otro, la caracterización de enemigos de todas aquellas personas acusadas de ciertos delitos - como por ejemplo de aquellos relacionados con delincuencia organizada. Ello dio como resultado un régimen penal diferenciado según se tratara de delitos comunes o de los considerados de alto impacto (Zepeda, 2011). Así, la reforma trajo consigo su propia contrarreforma en la constitucionalización de medidas extraordinarias como la prisión preventiva

automática, medida prevista para un catálogo de delitos señalados en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución¹⁹¹.

Con todo y sus contradicciones, esta transformación fue acompañada y complementada con una reforma constitucional de gran calado que situó a los derechos humanos, independientemente de su fuente, como el parámetro de regularidad constitucional. Así, los derechos en tratados internacionales se convirtieron en derechos constitucionales y los jueces podrían llevar a cabo un control convencional ex officio. La SCJN además consideró que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tendría el carácter de vinculante (CT 293/2011).

Igualmente, durante el plazo para que entrara en vigor la reforma procesal penal en todo el país, se dio una acuciosa reglamentación de los derechos de las víctimas que incidió directamente en el proceso penal. La Ley General de Víctimas (en adelante "LGV") garantizó, entre muchos otros derechos, la asistencia jurídica mediante el establecimiento de la obligación estatal de proporcionar asesores victimales gratuitos para el proceso penal.

El CNPP - publicado con posterioridad a la LGV - previó también esta posibilidad pero de forma más matizada. No obstante, la aplicación de la LGV ganó un fuerte impulso entre quienes empezaron a considerar como una necesidad la presencia del asesor jurídico en audiencia. Hoy en día existen distintas interpretaciones de esta obligación que van desde la asistencia jurídica para todas las víctimas, incluso para personas morales, hasta interpretaciones que permiten que la víctima decida si requiere o no asesoría. En cualquier caso, hoy es común ver litigando al fiscal, a la defensa y a los asesores jurídicos en las audiencias.

Otro ordenamiento aprobado en aquel periodo y de gran importancia para el sistema penal en su conjunto fue la Ley Nacional de Ejecución Penal, que establece las normas, principios y derechos que reglamentan el internamiento de personas en prisión preventiva y en ejecución de sanciones, así como el sistema de reinserción social.

Además, en 2017 entraron en vigor dos leyes en materia de tortura y desaparición forzada, respectivamente. Ambas son producto de las demandas legítimas de víctimas que sufren los altos índices de impunidad en estos temas.

¹⁹¹ Artículo 19 Constitucional.- ... El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Así, el marco jurídico relevante para la protección del sistema de garantías de las personas imputadas y víctimas es indudablemente detallado y, por lo menos en el papel y en general, cumple con estándares internacionales. No obstante, persisten grandes áreas de oportunidad, por lo que en adelante haré referencia a información que denota algunos avances y retos en el cumplimiento efectivo de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos del proceso penal.

Integridad personal

Respecto del derecho a la integridad personal, la Encuesta Nacional de Personas Privadas de Libertad 2016 (en adelante, "ENPOL") reporta que al menos 40% de los entrevistados mencionó haber sido detenida sin una orden de captura. El 75.6% reportaron haber sido víctimas de algún tipo de violencia psicológica y el 63.8% de algún tipo de agresión física.

Aunque la ENPOL no distingue entre personas privadas de libertad en sistema mixto o acusatorio, lo cierto es que existen datos derivados de informes y entrevistas a profesionales del sistema que indican la persistencia de la tortura como técnica de investigación para extraer información incriminatoria.

Lo anterior fue confirmado por el Relator Especial Sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas que en su informe especial de diciembre de 2014 consideró que la tortura era generalizada en México (OACNUDH-IBANET, 2015, p. 19). Es de resaltar que el hecho de ser mujer aumenta los riesgos de maltrato y violencia sexual durante las detenciones (p. 27); asimismo, el informe del Relator hace notar que el perfil de las víctimas de tortura corresponde a personas en situación socioeconómica vulnerable (p. 28).

Si a esto último agregamos que la ENPOL reportó que el 72% de la población penitenciaria había estudiado hasta el nivel básico de educación, puede concluirse razonablemente que el fenómeno de selectividad del sistema penal prevalece y resulta en una afectación directa a la integridad personal.

Presunción de inocencia

En cuanto a la presunción de inocencia existen varios obstáculos para hacerla efectiva. El primero y más obvio es la existencia de la prisión preventiva oficiosa que se mencionó párrafos arriba. Desafortunadamente, el desarrollo jurisprudencial de la reforma de derechos humanos de 2011 impide el control convencional de esta medida pues la SCJN considera que las restricciones de derechos señaladas en la Constitución prevalecen sobre cualquier norma convencional¹⁹². Adicionalmente, un criterio reciente de

¹⁹² SCJN (J); 10ª época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; pág. 202. P./J. 20/2014

tribunales federales parece ser interpretado en el sentido de que las entidades federativas pueden ampliar el catálogo constitucional, algo desde luego debatible y no deseable¹⁹³.

De acuerdo a datos oficiales (CNS, 2017), para enero de 2016 había un total de 209,309 personas privadas de libertad en México; de ellas el 5.4% eran mujeres. El 81% de la población total correspondía a personas procesadas por delitos del ámbito estatal mientras que el resto al fuero federal. De las personas procesadas por delitos del fuero estatal el 35% estaban en prisión preventiva mientras que en el ámbito federal lo estaban el 50%.

La medición de otro indicador de prisión preventiva como lo es la tasa por cada cien mil habitantes ha permitido identificar resultados diferenciados en los estados. Interesa para este texto mencionar que la tasa de esta medida cautelar excepcional aumentó entre 2012 y 2015 en algunos estados donde el sistema penal reformado ya era vigente, como, por ejemplo, Chihuahua, Zacatecas, Durango, Guanajuato, Estado de México, entre otros. Asimismo, disminuyó en los estados de Baja California y Nuevo León (México Evalúa, 2016, p. 87).

Otro obstáculo que enfrenta la presunción de inocencia es la percepción que los propios profesionales del sistema tienen sobre la finalidad de las medidas cautelares, especialmente de la prisión preventiva. Espinosa (2016) reporta que un porcentaje importante de ellos opina que las medidas cautelares sirven para abatir la impunidad, es decir, como “pena anticipada” (p. 64); mientras que otros les asignan además fines preventivos (p. 66). Resalta que actores de la rama judicial consideran que algunos factores extra procesales como la presión social o la violencia inciden en el dictado de dichas medidas (p. 68); además, el tipo de delito o la posible pena a imponer prevalecen como las principales razones que influyen en la decisión judicial (p. 72).

Una última barrera para la efectiva protección de la presunción de inocencia es la calidad de la defensa penal. El más reciente informe del Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia (OCSJ, 2018) explora la relación entre prisión preventiva y defensa adecuada desde el estándar interamericano que exige la introducción de información de calidad y una argumentación articulada de parte de los abogados defensores (CIDH, 2013, p. 79).

A partir de información obtenida a través de observación de audiencias en tres ciudades, el informe del Observatorio concluye que los fiscales siguen haciendo un uso

¹⁹³ TCC (TA); 10ª época; Gaceta S.J.F.; Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III; Tesis: II.2o.P.64 P; pág. 2741. El rubro de este criterio establece lo siguiente: “PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. EL LISTADO DE DELITOS POR LOS QUE DEBE ORDENARSE OFICIOSAMENTE LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LIMITA LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DE LOS ESTADOS O LA FEDERACIÓN PARA CONSIDERAR APLICABLE ESA MEDIDA CAUTELAR A OTROS ILÍCITOS.”

generalizado de la prisión preventiva pues la frecuencia con la que la solicitan es todavía muy alta. En Ecatepec, una de las jurisdicciones observadas, prácticamente el 100% de las peticiones fueron de prisión preventiva con una casi nula oposición de la defensa (p.32). No obstante, el reporte indica, en contra de la percepción de algunos actores del sistema, que en la Ciudad de México - otra jurisdicción observada- la prisión preventiva oficiosa es impuesta con menos frecuencia por el juez ante la presencia de debate de la defensa (p. 31). Esto es interesante pues en principio esta medida se dicta en automático por cierto tipo de delitos, por lo que es posible que algunas conductas estén siendo encuadradas como tales sin fundamento, situación que probablemente provoca el debate durante la audiencia.

Dado que la información que se introduce en la fase de medida cautelar es fundamental para justificarla o debatirla, una de las buenas prácticas que debe hacerse notar y en lo que México es pionero a nivel regional, es en la existencia del modelo de Servicios Previos o con Antelación al Juicio, institucionalizado en las Unidades de Medidas Cautelares (conocidas coloquialmente como UMECA). Estas instituciones fueron concebidas para cumplir con dos fines. Uno, llevar a cabo una evaluación del riesgo procesal con base en información obtenida a través de una entrevista con la persona detenida o investigada, y verificada a través de investigación de campo. Una vez elaborado el reporte de riesgo, este es enviado a las partes para que tengan información para debatir la medida cautelar.

El segundo fin de las UMECA es supervisar las medidas cautelares en libertad, las condiciones impuestas a través de la suspensión condicional del proceso, e incluso también los acuerdos reparatorios de cumplimiento diferido. Datos del IJPP indican altos índices de cumplimiento de medidas cautelares en libertad en casi todos los estados, muchos por encima del 90%, por lo que distintas voces pugnan por la consolidación de estas oficinas. En el largo plazo se considera que pueden ayudar a bajar efectivamente los índices de prisión preventiva, e incluso, ser el impulso que requiere una reforma que expulse la prisión preventiva oficiosa de la Constitución.

Defensa adecuada

El sistema de defensa penal en México está fundado en el derecho irrenunciable a contar con un abogado público o privado. La defensa gratuita en materia penal es proporcionada por las instituciones de defensa pública y deben prestar sus servicios independientemente de la condición socioeconómica de las personas que lo soliciten. Asimismo, existen despachos y abogados privados, clínicas jurídicas en universidades, áreas pro-bono en bufetes privados y organizaciones de la sociedad civil que prestan servicios legales sin costo (Aguilar & González, 2015, p. 347).

Al igual que otros derechos, la reglamentación de la defensa adecuada es consistente con estándares internacionales. No obstante, como se menciona en párrafos anteriores, la prisión preventiva de oficio y la subsistencia de la tortura constituyen trabas que afectan la defensa adecuada de las personas.

Igualmente, existen otras barreras de carácter sistémico que impiden hacer efectivo este derecho desde las etapas más tempranas del proceso. Aguilar & González (2015) identifican la persistencia de prácticas que impiden la transmisión efectiva de información a las personas desde el momento de la detención y el acceso a abogado defensor. Los abogados privados reportaron la constante obstaculización para hacer su trabajo en la etapa de investigación inicial (p. 384). Esto es confirmado por la ENPOL que señala que a nivel nacional sólo el 19.8% de las personas encuestadas pudieron contactar a un abogado al momento de ser presentados ante el Ministerio Público.

En muchos estados los defensores públicos han ganado una buena reputación por sus capacidades técnicas, pues se beneficiaron de los recursos de capacitación disponibles durante la etapa de implementación. Por el contrario, existe un déficit de preparación importante en la defensa privada que ha tenido que subsanar la falta de capacitación a través de otras opciones de formación, generalmente con costo.

Esto ha provocado, sin embargo, que la mayor parte de la carga de trabajo del sistema recaiga sobre los defensores públicos. Hay estados que reportan incluso una carga de más del 90% de las causas del sistema. En la observación de audiencias en distintas jurisdicciones es común ver que los abogados públicos conocen a la persona que defenderán unos minutos antes de las audiencias iniciales.

Esta práctica no es negada por los defensores y por el contrario, admiten que ello se debe al cúmulo de casos y audiencias que tienen que atender. Más aún, los actores entrevistados coincidieron en que esto afecta de manera importante los derechos de la persona imputada pues la defensa pública, a pesar de que en general puede acceder a la carpeta de investigación sin restricción, casi siempre ofrece los mismos medios de prueba que los fiscales por la falta de tiempo y recursos para llevar a cabo su propia investigación. Desde luego, ello denota la ausencia de una teoría del caso propia.

Un defensor entrevistado reconoció que la falta de recursos humanos en las defensorías ha derivado incluso en situaciones de conflicto de interés pues un mismo defensor puede llegar a representar los intereses de varios coimputados. Esto ocurre sin consecuencias en términos de ejercicio de la profesión; y tal como lo mencionan Aguilar & González (2015), la defensa adecuada encuentra en la falta de estándares obligatorios y de mecanismos de control del ejercicio de la abogacía uno de los grandes pendientes por atender para hacerla efectiva (p. 386).

Miscelánea de aspectos positivos

Recientemente el World Justice Project publicó un informe (WJP, 2018b) que señala que, a pesar de los múltiples retos que persisten en el sistema acusatorio, existen aspectos positivos que hay que rescatar y defender para consolidar el sistema penal acusatorio.

Entre otros, identifica la existencia de una mejor infraestructura en los tribunales para tramitar las audiencias orales. A diferencia del sistema mixto inquisitivo, las salas de audiencia y el registro del debate en audio y video constituyen una mejora de ciento ochenta grados en el acceso a la justicia (p. 3). Igualmente mencionan que los jueces emiten sus resoluciones con mayor claridad y están más atentos a las partes en comparación con los jueces del sistema escrito (p. 4). Finalmente, destacan que los procesos judiciales son más eficientes y expeditos gracias a las salidas alternas y al procedimiento abreviado. En este sentido, los casos se procesan en promedio cuatro meses más rápido que en el sistema anterior (p.6).

De igual manera es importante resaltar que existe evidencia de que las víctimas confían más en los sistemas de justicia reformados. El sistema de recepción de denuncias ha sido clave en ello y México Evalúa (2016) reporta la coincidencia de buenos niveles de confianza en el sistema con el trato satisfactorio a las víctimas, especialmente en entidades como Chihuahua, Baja California y Nuevo León (p. 71).

Otro aspecto positivo es el funcionamiento de la justicia alternativa. Ésta está reglamentada por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante "LN Masc"), legislación única en la materia aplicable en todo el país. Este ordenamiento reglamenta "las condiciones para la remisión de los asuntos, las pautas para la gestión de casos después de las sesiones, las calificaciones y capacitaciones de los facilitadores y las normas de competencia y reglas de conducta que rigen los programas de justicia alternativa" (CIDAC, 2016, p. 22).

De acuerdo al artículo 6º de la LN Masc, los mecanismos alternativos pueden ser utilizados desde el inicio del proceso penal hasta el dictado del auto de apertura a juicio. La ley nacional reenvía la definición de los delitos por los que pueden activarse a la legislación procesal aplicable. De manera que de la lectura del CNPP se puede interpretar - conforme al artículo 187 que reglamenta los acuerdos reparatorios - que los mecanismos proceden en casos de delitos culposos, de delitos de querrela o que admitan el perdón de la víctima y delitos patrimoniales cometidos sin violencia. La misma disposición prohíbe específicamente la utilización de los mecanismos alternativos en casos de violencia familiar; en casos donde el imputado haya celebrado anteriormente acuerdos por los hechos que corresponden a los mismos delitos dolosos;

y en casos en los que haya incumplido un acuerdo reparatorio previamente. También están prohibidos en casos de delitos de naturaleza sexual.

Para febrero de 2016 las 32 entidades federativas ya contaban con al menos un centro de justicia alternativa, con un total de 314 en todo el país (CIDAC, 2016, p. 29). Si bien los centros pueden existir tanto en fiscalías o procuradurías como en los poderes judiciales, en general los dedicados a materia penal están en las primeras.

Los resultados son positivos y se tiene noticia de que hasta 2016 el 84% de los casos tramitados en justicia alternativa concluyó con un acuerdo reparatorio, de los cuales el 87% fueron cumplidos (CIDAC, 2016, p. 50). Asimismo, las mayoría de las personas que han pasado por este sistema expresan algún grado de satisfacción con el resultado (CIDAC, 2016, p. 70).

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Como bien lo señala el informe “Hallazgos 2016” (CIDAC, 2017a), la implementación del sistema penal acusatorio en México “se caracterizó por la improvisación y por una dinámica de prueba y error, que, en muchos casos, tuvo éxito, pero también significó acciones aisladas, desarticuladas y que, en última instancia, ha tenido poco impacto en la operación efectiva del sistema de justicia penal.” (p. 6). Esto ha tenido consecuencias indudables en la reorganización de las instituciones del sistema de justicia. De manera que a continuación presento de forma muy breve algunos de los avances y retos relacionados con la organización y gestión de las instituciones de justicia penal.

La procuración de justicia

No existe un debate más actual en México que la reconfiguración necesaria e indispensable del sistema de procuración de justicia. La ruta de la impunidad inicia aquí y es generalizada, como bien lo refleja la cifra negra de 93.6% reportada por la ENVIPE (INEGI, 2017).

Hoy sabemos que la implantación desordenada y poco planeada del sistema puso poca atención en el rediseño institucional de las fiscalías o procuradurías, instituciones que tienen el mando de la investigación y de la persecución penal. Esto incluye la carencia de un modelo de investigación criminal que permita investigar y perseguir el delito estratégica y efectivamente (CIDAC, 2017a, p. 62).

A pesar de la tendencia a transformar las procuradurías en fiscalías autónomas que las proteja de las presiones de los poderes políticos y fácticos, lo cierto es que esto varias veces ha derivado en un mero cambio de nombre sin ocuparse de una transformación operativa y orgánica que permita la introducción de controles internos y externos. Una

de las carencias más sintomáticas es la de un servicio profesional de carrera real que impulse el trabajo comprometido y profesional del personal (CIDAC, 2017a, p. 64).

Además, no existe una visión sistémica entre seguridad y justicia que asegure acciones coordinadas y eficaces entre las autoridades competentes; y dado que no existe una política criminal nacional, las políticas de persecución penal brillan por su ausencia. De igual manera, la violación sistemática de derechos de las personas imputadas y víctimas es una constante que mina la confianza ciudadana en la procuración de justicia (CIDAC, 2017b, p. 6-8).

La efectividad de la investigación a nivel estatal es muy baja en general; Zepeda (2017) reporta que el porcentaje promedio de efectividad es de 18.1%. A este respecto, existen tres obstáculos cotidianos para que la investigación sea eficaz: falta de coordinación institucional e interinstitucional; competencias pobres para investigar; y, ausencia de mecanismos de evaluación que correspondan con el sistema acusatorio (CIDAC, 2017b, p.16).

A pesar de lo anterior, existen algunas buenas prácticas documentadas como el modelo innovador de la procuraduría del estado de Guanajuato. Ésta se organiza en unidades especializadas que al interior trabajan de forma horizontal y coordinada con fiscales investigadores, fiscales de litigación y un grupo de la agencia de investigación criminal. De acuerdo a un acuerdo publicado en febrero de 2014¹⁹⁴, la estructura de esta agencia está conformada por una coordinación de policía ministerial, una coordinación de servicios periciales, una dirección de análisis de información, una dirección de tecnología de la información y un centro de atención y servicios; además cuenta con unidades administrativas que auxilian a las áreas mencionadas.

La Agencia es el área encargada de combatir estratégicamente el delito a partir de análisis de patrones de criminalidad y el apoyo de recursos tecnológicos, científicos y forenses (CIDAC, 2017b, p.17). No existe información empírica que proporcione evidencia sobre su funcionamiento pero el índice de impunidad de la procuraduría de Guanajuato es el más bajo del país con una cifra negra de aproximadamente el 60% , que en gran medida se debe al alto porcentaje de determinación de sus investigaciones (México Evalúa, 2018, p. 104). Es posible entonces, que el área de análisis criminal esté cumpliendo un rol efectivo en la persecución penal.

La defensa pública

La implantación del sistema acusatorio trajo consigo un fuerte impulso por el fortalecimiento de las defensorías públicas y ello ha resultado en el cambio positivo de

¹⁹⁴ Acuerdo 1/2014 emitido por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, disponible en <https://portal.pgjuanajuato.gob.mx/PortalWebEstatal/Archivo/normateca/81.pdf>

percepción sobre el trabajo de los defensores (Aguilar & González, 2015, p. 349). En gran medida, gracias a la buena capacitación inicial que recibieron, como lo confirman los expertos entrevistados.

Si bien la igualdad de armas procesal es una realidad, las instituciones de defensa pública siguen en desventaja institucional respecto a las procuradurías o fiscalías. La reforma de 2008 estableció en el artículo 17 constitucional la obligación de igualar los salarios de fiscales y defensores, pero en la práctica esto ocurre sólo con el sueldo base, pues los primeros gozan de otras prebendas y bonos que aumentan su salario.

Las instituciones de defensa pública siguen luchando por más recursos humanos para enfrentar la carga de trabajo y proporcionar una defensa de calidad no sólo más efectiva pero también más estratégica para defender los intereses de las personas que asisten. Por ejemplo, cuentan con pocos medios para llevar a cabo sus investigaciones y muchas veces terminan por ofrecer las mismas pruebas de la fiscalía o solicitan dictámenes a los servicios periciales que dependen de ésta (Aguilar y González, 2015, p. 349; Fix-Fierro & Suárez, 2015, p. 170).

Institucionalmente, la consecuencia de la falta de equidad en los recursos ha ocasionado que la carga de trabajo aumente sin que lo haga el número de defensores necesarios para hacerle frente. De acuerdo con el testimonio de un defensor entrevistado, esto ha ocasionado que algunas defensorías hayan cambiado al sistema de trabajo por etapa procesal.

Algunas oficinas de defensa pública se han esforzado por la mejora continua de sus procesos. Sin embargo, todavía existen retos importantes en términos de diseño institucional. Muchas defensorías públicas carecen de modelos de gestión profesional para la organización del trabajo y en consecuencia, carecen también de mecanismos de evaluación del desempeño (CIDAC, 2017a, p. 78-79).

En cuanto a adscripción institucional, algunas de las defensorías públicas de los estados son instituciones con algún grado de autonomía, otras se mantienen como un órgano dentro del Poder Ejecutivo y otras dependen del Poder Judicial (Fix-Fierro & Suárez, 2015, p. 180). Finalmente, Fix-Fierro & Suárez (2015) confirman que el proceso de implementación desordenado e irregular de la reforma de 2008 ha afectado la reglamentación orgánica de las defensorías pues muchas de ellas todavía están alejadas de las exigencias normativas que impone el sistema penal acusatorio (p. 196).

El poder judicial

El nuevo proceso penal exige también una reorganización de la judicatura que pasa por la reflexión sobre la independencia judicial, sobre los modelos verticales de funcionamiento y sobre la reconfiguración del despacho judicial.

La implantación del sistema acusatorio y oral, sobre todo, se ha concentrado en la separación formal de las facultades administrativas de las jurisdiccionales. En este sentido, la federación y la mayor parte de las entidades federativas cuentan con Consejos de la Judicatura encargados de las primeras y concretamente en el contexto del sistema penal acusatorio, cuentan con oficinas de gestión judicial. Varios tribunales estatales cuentan con manuales y protocolos administrativos que guían su gestión desde la atención al público, notificaciones, programación de audiencias, entre otras actividades. (CIDAC, 2017a, p. 76).

Lo cierto es que, en la práctica, todavía existen importantes retos en la gestión judicial. Así, gracias a la observación de audiencias en varias jurisdicciones y a testimonios de personas que litigan en el sistema, fue posible documentar que en algunos estados existe un importante rezago. Uno de los defensores entrevistados mencionó que en su estado hay causas listas para juicio oral desde 2015, sin que se haya señalado fecha para la audiencia de enjuiciamiento. En otros casos ha sido posible constatar que los periodos vacacionales del personal afectan la agenda judicial, muchas veces al punto de impactar en los plazos del proceso o asignar a un juez a dos audiencias a la misma hora. Y en otra jurisdicción fue posible ver que la programación del área de gestión, aunada a la carga de trabajo de los defensores públicos, provoca que éstos soliciten el aplazamiento¹⁹⁵ de las audiencias iniciales para asistir a la siguiente audiencia programada el mismo día.

Por otra parte, el diagnóstico “Diálogos por la justicia cotidiana” (2014) - en materia civil y mercantil, aunque desde mi punto de vista también aplicable en materia penal- reconoce que existe poca independencia política de los poderes judiciales pues no existen suficientes medidas para “asegurar su autonomía política y financiera” (p. 161). El mismo documento menciona la necesidad de asegurar que las leyes que prevén la carrera judicial sean efectivamente aplicadas para evitar prácticas indebidas en el nombramiento de jueces - que en voz de algunos expertos se deben a las estructuras verticales que mantienen los poderes judiciales. Es sabido que muchos de ellos, tanto a nivel estatal como federal, no tienen las garantías de estabilidad laboral que les permita desarrollar su trabajo adecuadamente. De hecho, muchas veces están sometidos a presiones políticas desde el propio poder judicial que incluso han resultado en el inicio de procesos disciplinarios en su contra.

¹⁹⁵ Por aplazamiento me refiero plazo constitucional de 72 o 144 horas que tiene la defensa para presentar medios de prueba en la fase de vinculación a proceso.

Por último, vale la pena mencionar que existen retos importantes desde la justicia constitucional frente al dinamismo del sistema penal reformado. Tanto los criterios que emiten como los tiempos en que lo hacen han generado cuestionamientos y voces que demandan una revisión de los principios y procesos de aquella.

Otras instituciones relevantes

Existen otras instituciones fundamentales para el sistema de justicia que por razones de espacio no es posible desarrollar aquí. Entre ellas están las comisiones ejecutivas de atención a víctimas reglamentadas en la LGV y en leyes estatales en la materia cuya función, entre otras, es garantizar la asistencia jurídica de las personas víctimas en el proceso penal. Asimismo, vale la pena mencionar también que en los movimientos de víctimas existen voces que demandan servicios periciales que funcionen de manera independiente a otras instituciones de justicia, debido a que en muchos casos reproducen los vicios del viejo sistema penal.

En relación con grupos en situación de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad o pertenencia a un grupo indígena, existen protocolos para juzgar a las personas que correspondan con éstos en condiciones de igualdad.

Es relevante mencionar que existe un sistema integral de justicia para adolescentes que sigue las pautas del proceso penal acusatorio desde un enfoque especializado. Es decir, se reproducen las estructuras del sistema penal para adultos con operadores jurídicos capacitados para ejercer sus funciones con una perspectiva de derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Conclusiones

El sistema penal acusatorio y oral sigue en construcción. Hoy en día existen diferentes niveles de consolidación entre las entidades federativas y entre éstas y la federación; pero todavía con un camino largo por recorrer. El proceso de implementación de la reforma, a pesar de haber sido desordenado e improvisado, tuvo oportunidad de recoger el conocimiento acumulado en la región con buenos resultados en lo normativo. La introducción de la oralidad en todas las etapas procesales es un ejemplo de ello.

Sin embargo, la falta de articulación del proceso local y federal de reforma ha tenido impacto en múltiples aspectos del sistema. La baja calidad del debate sólo se puede entender si conocemos la situación organizacional de las fiscalías y de las defensorías; cuestión que impacta invariablemente la protección efectiva de los derechos humanos del proceso penal.

Hoy más que nunca existe la expectativa de que es posible una mejor procuración de justicia, siempre y cuando el marco normativo sea actualizado para hacerlo compatible con el sistema acusatorio, y exista voluntad por reorganizar los modelos de gestión e investigación criminal. Pero también es fundamental hacer un llamado a no descuidar la defensa penal y a apoyar procesos paralelos de autonomía. Igualmente, la consolidación del sistema reformado debe evolucionar hacia discusiones sobre independencia judicial y ajustes a la justicia constitucional. Sin estos elementos difícilmente podremos hablar de un sistema penal democrático.

Es patente que a pesar de las buenas intenciones para coordinar los esfuerzos de implementación todavía carecemos de una adecuada visión sistémica que permita articular a todas las instituciones de justicia y a éstas con otros actores relevantes. Quizá el problema está, en realidad, en que no existe una verdadera política criminal que indique la ruta a seguir. Mientras subsista esta realidad, seguiremos documentando buenas prácticas aisladas y malas prácticas generalizadas.

Referencias

Aguilar, A. & González, G. (2015). México. En Defensa penal efectiva en América Latina (339-392). México. Disponible en: http://ijpp.mx/images/def_penal_AL.pdf

Álvarez, J.E. (1991). Promoting the rule of law in Latin America: problems and prospects. The George Washington Journal of International Law and Economics, Vol. 25, num. 2, pp. 280-331.

CIDAC (2016). La otra justicia. Reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México. México: CIDAC-Tinker Foundation Inc. Disponible en: <http://cidac.org/wp-content/uploads/2016/03/tinker.pdf>

_____ (2017a). Hallazgos 2016. Seguimiento y Evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México. México: CIDAC-Friedrich Naumann Stiftung.

_____ (2017b). Lineamientos para un modelo homologado de investigación criminal. México: CIDAC-MacArthur Foundation.

CIDH (2013) Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 13 de junio, 2017, de Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

CNS (2017). Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional. 13 de julio de 2018, de Comisión Nacional de Seguridad - Secretaría de Gobernación.

Espinosa, C. (2016). Pena sin delito. Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México. Washington, D.C.: DPLF-IJPP. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/penasindelito_dplf_finaldigital.pdf

Fix-Fierro, H., & Suárez Ávila, A. (2015). Hacia una defensa pública de calidad. El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 1(32). doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.006>

Galindo, C.A. & Ramírez, S. (2016). Reforma a la justicia penal. Del silencio de los expedientes a los juicios orales y públicos. México: Senado de la República - Instituto Belisario Domínguez.

IJPP (2015). ¿El sistema de justicia penal necesita un lenguaje democrático? 6 de julio de 2018, de Instituto de Justicia Procesal Penal. Sitio web: <http://ijpp.mx/acervo/infografias/item/1220-el-sistema-de-justicia-penal-necesita-un-lenguaje-democratico>

INEGI (2017) Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. Disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2017/doc/envipe2017_presentacion_nacional.pdf

México Evalúa (2016). Justicia a la medida. Siete indicadores sobre la calidad de la justicia penal en México. México: México Evalúa. Centro de análisis de políticas públicas. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/2016/06/21/justicia-a-la-medida/>

México Evalúa (2018). Hallazgos 2017. Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México. México: México Evalúa-Friedrich Naumann Stiftung.

Natarén, C. F. (2014). Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014.

OACNUDH-IBANET (2015). La tortura en México: una mirada desde los organismos del sistema de naciones unidas. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas - International Bar Association's Human Rights Institute. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/Tortura_IBA_ONUDH_WEB.pdf

OCSJ (2018). Prisión preventiva y defensa de calidad. Un indicador de justicia. México: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia. Disponible en: http://www.ocsjjusticia.org/images/DocsPDF/PrisionPrev_informe.pdf

OSJI. (2018). Corrupción que mata. Porqué México necesita un mecanismo internacional para combatir la impunidad. México: Open Society Foundations.

S/A (2014). Diálogos por la justicia cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones. México. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidian_a.pdf

WJP. (2018a). Rule of Law Index 2017-2018. 13 de julio de 2018, de World Justice Project Sitio web: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf

WJP (2018b). La nueva justicia penal en México. Avances palpables y retos persistentes. México: World Justice Project. Disponible en: https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2018/06/wjp_nueva_justicia_penal_MX.pdf

Zepeda, G. (2011) "Seguridad ciudadana y juicios orales en México", en García Ramírez, S. & Islas, O. La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas de Justicia Penal, México. Pp. 261-273.

_____ (2017). Ranking de fiscalías y procuradurías estatales en México. México: Impunidad Cero. Disponible en <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/49/archivo/1526575583R54.pdf>

Zaffaroni, E.R. (1998). En busca de las penas perdidas. Buenos Aires: Ediar.

Introducción con breve reseña de los antecedentes de la reforma procesal penal

Antecedentes

El estado de Nuevo León destacó como pionero en tomar acciones para transformar sus instituciones de justicia penal bajo un enfoque acusatorio-adversarial. El 28 de julio de 2004, se publicó un decreto emitido por el Congreso del estado de Nuevo León que reformó al Código Penal del estado de Nuevo León (CPNL) y al Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León (CDPPNL). Con base en este decreto, se estableció que los delitos culposos no calificados como graves debían tramitarse mediante un procedimiento que sería “predominantemente oral” (PO 118, 2004). Esto marcó el inicio de la transición del sistema de justicia en el estado¹⁹⁷.

Reforma constitucional de 2008

El 18 de junio de 2008, se publicó el decreto de la reforma constitucional con base en la cual el Estado mexicano transitaría a un sistema de justicia penal acusatorio. Este decreto modificó diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y estableció lineamientos temporales para la entrada en vigor de la reforma, la cual no podría exceder de ocho años a partir de dicha publicación. Para ello, la Federación, los estados y el -en ese entonces- Distrito Federal, debían adoptar medidas legislativas necesarias a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio (SPPA).

Implementación de la reforma constitucional de 2008

En atención al mandato constitucional, el 5 de julio de 2011, se publicó el Código Procesal Penal del estado de Nuevo León (CPPNL), el cual entraría en vigor a partir del 1º de enero de 2012. El artículo transitorio primero del CPPNL estableció una programación gradual y sucesiva de su implementación, la cual atendía al tipo de delito¹⁹⁸; de tal forma que por periodos se adicionaban tipos penales al catálogo de

¹⁹⁶ Consultora Especialista en materia de justicia y derechos humanos.

¹⁹⁷ De acuerdo con el experto entrevistado, esta reforma mantuvo intacta la parte de la investigación y sólo se desarrolló, de forma oral, la audiencia de juicio, sin realizar un análisis profundo sobre los derechos y principios que debían garantizarse en la audiencias previas al juicio. En este sentido, esta reforma presenta claroscuros con relación a la reforma de 2008. Por un lado, resultó benéfica porque la oralidad no era ajena al estado; existía infraestructura para el desarrollo de las audiencias y los operadores se habían desempeñado en audiencias orales. Por otro lado, debido a que las reglas de la investigación no habían cambiado, para los operadores que se habían desempeñado bajo las reglas de la reforma de 2004 resultó difícil comprender la exigencia de la reforma de 2008 (I. de la Garza, comunicación personal, julio 9 de 2018).

¹⁹⁸ Ver Anexo. El Vicefiscal explicó que se optó por este modelo de implementación, principalmente, por

delitos sobre los cuales era procedente su procesamiento conforme a este nuevo ordenamiento. Esta programación tuvo como propósito que, a partir del 1º de abril de 2015, el CPPNL fuera aplicable a todos los delitos tipificados por el CPNL y a delitos especiales previstos en otros ordenamientos legales.

Sin embargo, ya avanzado el proceso de implementación de la reforma constitucional de 2008, se identificó la necesidad de unificar la legislación procesal penal ante las dificultades provocadas por la diversidad y falta de uniformidad de criterios adoptados por los estados sobre el contenido de la reforma¹⁹⁹. En consecuencia, se adoptaron las medidas legislativas necesarias que dieron origen al Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), publicado mediante decreto el 5 de marzo de 2014.

La expedición del CNPP tuvo como consecuencia que las entidades federativas, las cuales ya contaban²⁰⁰ con un ordenamiento procesal penal estatal a fin de incorporar el SPPA de conformidad con la reforma del 2008, operaran con hasta tres sistemas procesales penales vigentes en su territorio.

De conformidad con la declaratoria de inicio de vigencia del CNPP en Nuevo León, la implementación del sistema penal acusatorio con base en dicho ordenamiento tuvo lugar a inicios del año 2016, en todo el territorio del estado y respecto de todos los delitos regulados en el CPNL y leyes especiales.

Adicionalmente, con relación al marco jurídico que rige el sistema procesal penal acusatorio, cabe destacar la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC) y la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP), publicadas el 29 de diciembre de 2014 y el 16 de junio de 2016, respectivamente²⁰¹.

Organismo encargado de la implementación de la reforma

dos razones: la experiencia de la reforma de 2004 que había considerado el tipo de delito y la situación de violencia que se vivía en el estado. Sobre la segunda razón, comentó que, en 2011, en atención al pico de inseguridad, se pensó que la fórmula de implementación por delitos aseguraba el procesamiento de los delitos de más alto impacto por un sistema que era ya más conocido por los operadores como un sistema inquisitivo-mixto; mientras que los delitos de menor impacto pudieran tramitarse conforme la reciente reforma. También explicó que este modelo de implementación trajo problemas, particularmente en aquellos casos donde convergían delitos de distintos sistemas, donde la regla era que para el trámite del caso se consideraba el delito de mayor pena (L. Orozco, comunicación personal, junio 15 de 2018).
199 Senado. Diario de los debates. Núm. 20. Exposición de motivos del CNPP, abril 4 de 2013.

200 A excepción de Nayarit, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí y Sinaloa.

201 Otros ordenamientos a considerar son la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; la Ley General de Víctimas, y la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Asimismo, cabe precisar que, sobre la tipificación de los delitos, cada uno de los estados cuenta un código penal que determina los tipos penales y las penas vigentes en su territorio.

A nivel federal

En cumplimiento del artículo transitorio noveno del decreto de reforma de 2008, el Estado creó el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal²⁰², cuyo objeto fue “establecer la política y la coordinación nacionales necesarias para implementar, en los tres órdenes de gobierno, el Sistema de Justicia Penal en los términos previstos en la Constitución” (DOF s/n, 2008). Al Consejo lo acompañó una Secretaría Técnica (SETEC), creada para operar y ejecutar los acuerdos y determinaciones del Consejo; así como para apoyar, a solicitud de las instituciones locales y federales, en la implementación del SPPA²⁰³.

Los tres poderes federales suscribieron un acuerdo que estableció la disolución del Consejo una vez cumplido su objeto o, en su caso, al vencimiento del plazo constitucional para la implementación del SPPA, es decir hasta el 18 de junio de 2018²⁰⁴. En virtud de la extinción del Consejo, se acordó crear una instancia que funcionara como enlace operativo y como integrante de la instancia tripartita coordinadora de la consolidación. De esta manera, el 30 de agosto de 2016, el Consejo Nacional de Seguridad Pública, en su cuadragésima sesión ordinaria, aprobó el acuerdo para que el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública fuera el enlace operativo, integrante de la instancia tripartita coordinadora del SPPA y representante del Poder Ejecutivo Federal ante el órgano responsable de la coordinación de la consolidación del sistema a partir del 15 de octubre de 2016²⁰⁵.

A nivel estadual

El 12 de febrero de 2010, se publicó el Decreto por el que se crea la Comisión Ejecutiva para la Reforma del Sistema de Justicia Penal del Estado de Nuevo León (SIJUPE) como un órgano, con autonomía técnica y de gestión con el objeto de llevar a cabo las acciones conducentes para la implementación del SPPA (PO 21, 2010). La SIJUPE contó con una

202 El Consejo se integró por representantes del Ejecutivo –el Secretario de Gobernación, el Secretario de Seguridad Pública y el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal; del Legislativo –un Senador y un Diputado–; del Poder Judicial de la Federación –dos representantes designados por la Suprema Corte–; el Procurador General de la República; un representante de la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública, de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, de la Conferencia de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, así como un representante de organizaciones académicas y civiles.

203 (DOF s/n, 2008)

204 Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para dar cumplimiento al mandato constitucional para instalar la instancia de coordinación prevista en el artículo Noveno Transitorio del Decreto de reforma constitucional publicado el 18 de junio de 2008. DOF. 05 de agosto de 2009.

205 Acuerdo 04/XL/16. Aprobación para que el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública funja como enlace operativo e integrante de la instancia tripartita coordinadora de la consolidación del Sistema de Justicia Penal. Disponible en línea: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5452136&fecha=09/09/2016>

Coordinación Interinstitucional, integrada por: i) El Secretario General de Gobierno; ii) el Procurador General de Justicia; iii) el Secretario de Seguridad Pública, y iv) el Consejero Jurídico del Gobernador, y se acordó la integración de cuatro grupos de trabajo técnico²⁰⁶.

De conformidad con la Cláusula Sexta del Fideicomiso No. 2236 del Estado de Nuevo León para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, se creó un Comité Técnico²⁰⁷ con facultades para verificar el cumplimiento del calendario de obras y acciones de la dependencia y entidades ejecutoras; y conocer y aprobar los avances en la ejecución penal, y adoptar las medidas para la debida conclusión de los mismos. Las instancias federales y locales celebraron diversos convenios de coordinación para llevar a cabo la implementación del SPPA.

Sobre el trabajo de la SIJUPE vale la pena destacar la organización de conversatorios interinstitucionales y el impulso al poder judicial y la defensoría para generar modelos de gestión que permitieron que el esfuerzo de la, en ese entonces, Procuraduría de contar con modelos de trabajo definidos se mantuviera por años (de la Garza, 2018).

Descripción de los tres ejes, utilizando las preguntas guías señaladas.

Para el desarrollo de este apartado, se realizó la observación de audiencias mediante dos métodos, de forma presencial en salas judiciales y visualización de videos. Con el primer método se realizaron 17 evaluaciones, y con el segundo 8. Dando un total de 25 audiencias evaluadas²⁰⁸. El periodo de observación de audiencias comprendió del 23 de mayo al 12 de junio del 2018. Posteriormente, se efectuaron las entrevistas con el objetivo de conocer el proceso reformista en Nuevo León y contestar interrogantes surgidas de dicha observación.

Eje temático 1: Oralidad y calidad de la litigación

206 El Grupo de Trabajo Técnico para la Reforma al Marco Constitucional y Legal; el Grupo de Trabajo Técnico para la Implementación Organizacional, de Funcionamiento y Capacitación de las Instancias Gubernamentales; el Grupo de Trabajo Técnico para el Estudio de la Infraestructura Física, Tecnológica y Financiera, y el Grupo de Trabajo Técnico para la participación de la sociedad civil.

207 Integrado por integrado por: El Titular de la Secretaría de Finanzas y Tesorería General del Estado de Nuevo León; El Titular de la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Finanzas y Tesorería General del Estado de Nuevo León; El Titular de la Secretaría General de Gobierno del Estado de Nuevo León; El Director General de la Comisión Ejecutiva para la Reforma del Sistema de Justicia Penal del Estado de Nuevo León, y El Titular de la Unidad de Fomento al Financiamiento de Proyectos de la Secretaría de Finanzas y Tesorería General del Estado de Nuevo León

208 Lo anterior tomando en consideración que la audiencia inicial incluye: control de la detención, formulación de imputación, vinculación a proceso, medidas cautelares, y cierre de investigación.

El sistema penal acusatorio regulado en el CNPPP

En términos generales, el procedimiento penal puede describirse de la siguiente manera:

La investigación inicial comienza con una denuncia, la cual puede presentarse ante cualquier oficial de policía o agente del Ministerio Público con la capacidad técnica y jurídica para ello. En caso de que la denuncia sea presentada ante un oficial de policía, éste tiene la obligación de notificar al Ministerio Público. Esta misma obligación debe observarse en los casos en que se detenga a una persona²⁰⁹.

Durante la investigación inicial, el agente del Ministerio Público puede hacer uso de facultades discrecionales para resolver los asuntos. Estas facultades consisten en dictar un archivo temporal, abstenerse a investigar, determinar el no ejercicio de la acción penal o aplicar un criterio de oportunidad. De igual forma, durante esta fase inicial de la investigación se puede promover el uso de mecanismos alternativos entre la víctima y el imputado para resolver el asunto. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el agente del Ministerio Público dará por terminada la investigación mediante la solución alterna del acuerdo reparatorio.

En caso de que el imputado haya sido identificado y el Ministerio Público considere que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, solicitará una audiencia inicial al juez de control. Durante esta audiencia, si la persona fue detenida en flagrancia o con motivo de un caso urgente, lo primero que se debatirá será la legalidad de su detención. Si el juez resuelve que la detención fue ilegal, es decir, que no se realizó de conformidad con el mandato constitucional ni del CNPP, dejará al detenido en libertad. En estos el agente del Ministerio Público podrá solicitar una nueva audiencia para formular imputación.

En caso de que el juez de control resuelva que la detención fue legal, o cuando el imputado haya sido convocado a la audiencia, el agente del Ministerio Público formulará imputación al imputado, es decir, le comunicará los hechos que se le imputan.

Posteriormente, el agente del Ministerio Público solicitará la vinculación a proceso del imputado expondrá los datos de prueba con que cuenta para demostrar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el

209 Tal como puede advertirse, el Ministerio Público interviene en la investigación desde una etapa muy temprana del procedimiento y esto se debe a que el modelo de investigación de delitos de nuestro país no permite investigaciones autónomas por parte de las instituciones policiales o, al menos, no sin hacer del conocimiento del Ministerio Público sobre dichas investigaciones. Este es un aspecto importante para comprender la relación que existe entre el Ministerio Público y las instituciones de policía en México.

imputado participó en su comisión. El debate sobre esta causa probable puede realizarse en esa misma audiencia o en una distinta dentro del plazo de setenta y dos horas o de su duplicidad.

Si el juez considera que existen suficientes datos de prueba para demostrar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado participó en su comisión, dictará un auto de vinculación a proceso. Esta figura de la vinculación a proceso es importante tenerla en consideración para comprender el funcionamiento del sistema penal acusatorio. Con el dictado del auto de vinculación a proceso, comenzará la fase complementaria de la investigación.

Concluida la investigación complementaria, el agente del Ministerio Público puede presentar una acusación con lo cual se da inicio a la etapa intermedia del procedimiento. En la audiencia intermedia se discuten acuerdos probatorios y el material probatorio.

Posterior a la audiencia intermedia, sigue la audiencia de juicio oral. El imputado puede evitar el juicio oral mediante un procedimiento abreviado. En él, el acusado acepta la responsabilidad de los cargos presentados y el fiscal propone al juez los términos de la pena de prisión.

En este sentido, el CNPP prevé como principales audiencias orales: la audiencia inicial (control de detención, formulación de imputación, vinculación a proceso, medidas cautelares), la audiencia intermedia y la audiencia de juicio oral. Adicionalmente, se prevén audiencias orales para la modificación de medidas cautelares, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, procedimiento abreviado, ampliación de cierre de investigación, explicación detallada de sentencia, acumulación de carpetas judiciales, quejas en la investigación, las que resuelven recursos, entre otras.

*Control de la detención*²¹⁰

El/la juez/a, en todos los casos, verificó la presencia del imputado, de su defensa y de la fiscalía; explicó la metodología de la audiencia; controló el cumplimiento de plazos legales y se cercioró de que el imputado conociera sus derechos. La fiscalía, en todos los casos, expresó los principales momentos y circunstancias de la detención; identificó el supuesto de flagrancia aplicable a los hechos, e incluso expuso datos de prueba.

²¹⁰ Se observaron 10 audiencias iniciales, en 7 casos se llevó a cabo un control de la detención por existir personas detenidas en flagrancia y las 3 audiencias restantes estaban programadas para comenzar directamente con la formulación de imputación.

En 4 de 7 casos observados, la defensa debatió la legalidad de la detención. El debate versó: 1 sobre la existencia de apremios ilegales en contra del imputado²¹¹; 1 sobre la posible manipulación de los hechos, y 2 sobre la constitucionalidad del control provisional preventivo²¹² realizado por los elementos captores. En 6 de 7 casos, el/la juez/a declararon legales las detenciones; en 1 caso, el juez declaró ilegal la detención dada la inconstitucionalidad de dicho control provisional preventivo²¹³.

Formulación de imputación²¹⁴

La fiscalía, en todos los casos, relató los hechos señalando: fecha y hora, lugar, forma, participación y calificación jurídica de los hechos imputados. En 2 de 7 casos observados, la defensa cuestionó la descripción de los hechos expuestos por la fiscalía. En ambos casos, el juez intervino para solicitar las aclaraciones respectivas. Fuera de estos casos, no devino necesaria la intervención del juez por no existir una deficitaria descripción de los hechos por parte de la fiscalía.

Vinculación a proceso (formalización de la investigación)

La fiscalía, en todos los casos, realizó una exposición clara de los argumentos y datos de prueba para solicitar la vinculación a proceso. En 2 de 7 audiencias observadas, la defensa contraargumentó lo expuesto por la fiscalía; sin embargo, en ninguna presentó prueba propia. En ningún caso, la defensa solicitó el plazo constitucional para resolver la vinculación a proceso²¹⁵.

211 Al imputado se le identificó hematomas en varias partes del cuerpo, si bien no fue suficiente para declarar ilegal la detención, el juez llamó la atención al fiscal por no tener datos de prueba que demuestren que esto no es atribuible a los policías. Asimismo se ordenó investigar esta circunstancia.

212 De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), “para que se justifique la constitucionalidad de un control preventivo provisional es necesario que se actualice una sospecha razonada y objetiva de que se está cometiendo un delito y no solo una sospecha simple que deriva de un criterio subjetivo del agente de la autoridad” (Amparo en revisión de la Primera Sala de la SCJN 3463/2012, de 22 de enero de 2014).

213 Los hechos de la detención consistieron en que el imputado iba caminando por el centro de la ciudad, en la madrugada, y, al ver a los elementos de la policía, comenzó a correr. Los elementos de policía llevaron a cabo un control preventivo provisional en grado superior pues realizaron un registro en su persona (ropas y pertenencias) y encontraron droga en su pantalón. La jueza determinó que no se actualizaba una sospecha objetiva de que se estaba cometiendo un delito que justificara la detención del imputado. Es decir, no hubo una condición fáctica suficiente que permitiera establecer que se estaba cometiendo un delito y que el imputado estuviera tratando de evadir la justicia.

214 De las 10 audiencias iniciales observadas, en 7 se formuló imputación, ya que en 1 de 7 audiencias de control se declaró ilegal la detención, y 2 de 3 audiencias programadas para la formulación de imputación se difirieron, una por ausencia del investigado y otra por ausencia del defensor.

215 El antecedente del auto de vinculación a proceso es la figura del auto de formal prisión del sistema tradicional. Antes de la reforma, para el dictado del auto de formal prisión era necesario que el Ministerio Público acreditase el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado. El auto de formal prisión se resolvía sobre una presunta responsabilidad y justificaba la imposición de la prisión preventiva

Medidas cautelares

En 6 de 7 casos en que se dictó el auto de vinculación a proceso, la fiscalía solicitó la imposición de medidas cautelares. En 3 de 6 casos se respetó la estructura de discutir primero las cuestiones fácticas y luego la necesidad de cautela. En 1 de los 6 casos, se advirtió un cumplimiento parcial, dado que era una audiencia con tres imputados y se respetó este parámetro al realizar la solicitud sólo de un imputado.

En 3 de 6 casos, la defensa debatió la medida cautelar propuesta por la fiscalía: 2 de prisión preventiva, y 1 de prisión preventiva respecto de un imputado y presentación periódica respecto de los otros dos. En 1 de 3 casos, la defensa presentó pruebas para contraargumentar la medida solicitada (prisión preventiva); pese a que fue el único caso en que se presentó medios de prueba, también fue el único en el cual se impuso prisión preventiva.

En 5 de 6 casos, el/la juez/a impuso medidas cautelares sin especificar su duración; sólo se limitó a expresar que aquéllas tendrían vigencia “durante el procedimiento”²¹⁶. Sobre

como medida cautelar. Una vez puesto a disposición de la autoridad judicial, debía resolverse la situación jurídica del imputado dentro de un plazo de 72 horas; plazo que podía duplicarse a solicitud del imputado o su defensa para presentar elementos probatorios que desvirtuasen lo pretendido a acreditar por el Ministerio Público.

Sin afán de ahondar sobre las diferencias entre ambos autos de procesamiento -tema debatido en la consolidación de la reforma- se pretendió que con ésta el auto de vinculación a proceso exigiera un nivel probatorio menor al prever que sólo era necesaria la exposición de datos de prueba y no la presentación de elementos probatorios como tal. Ahora, para resolver la situación jurídica del imputado sobre la solicitud de vinculación a proceso realizada por el Ministerio Público, aquél puede elegir que se le resuelva en esa misma audiencia o en una audiencia distinta dentro del plazo de las 72 horas o de su duplicidad.

Por lo anteriormente expuesto, el hecho de que en ningún caso se haya solicitado el plazo constitucional llama la atención y, dependiendo del contexto, puede ser interpretado como algo positivo o negativo. Sobre este asunto, el Juez y Coordinador de Gestión Judicial considera que cada vez se tienen más claras las reglas de la vinculación a proceso y su muy baja exigencia probatoria (A. Carlin, comunicación personal, junio 15 de 2018). Lo anterior puede ser interpretado como positivo, ya que en atención al bajo estándar probatorio los operadores buscan no dilatar la decisión del juez. Mientras que desde el lado negativo, puede interpretarse que los defensores no están haciendo uso de todas las herramientas disponibles para la defensa de los imputados, particularmente en los casos de prisión preventiva (de la Garza, 2018). El defensor entrevistado explicó que esta situación puede deberse a una visión estratégica por parte de la defensa; dado que es complicado tratar de resolver un asunto en menos de seis días, la mejor opción es no dilatar la decisión del juez y preparar un buen caso para el futuro. De igual forma, precisó que es importante analizar caso por caso. Por ejemplo, en los casos de violación donde aplica la *prisión preventiva oficiosa*, de conformidad con el artículo 19 de la CPEUM, suele solicitarse el plazo constitucional debido a que es frecuente que la fiscalía no presente datos suficientes (sólo el dicho de la víctima o un dictamen pericial que dice que el dicho de la víctima es confiable) y de no controvertirlos, el imputado estaría privado de su libertad por una denuncia sin existir sustento científico. (P. Siller, comunicación telefónica, julio 10 de 2018).

216 De acuerdo con el artículo 159, fracción III, del CNPP la resolución que establezca una medida cautelar debe contener la vigencia de la medida. A este respecto, el Juez y Coordinador de Gestión Judicial percibe como inadecuada la falta de establecimiento de un plazo de las medidas cautelares en atención a lo dispuesto por el CNPP y explica que esto puede deberse a que los/as jueces/zas interpretan que las medidas tendrán vigencia mientras el asunto no sea resuelto de alguna forma (Carlin, 2018). De igual

los mecanismos de control, en los casos de las 4 presentación periódicas, el/la juez/a fijó los días que tenían que acudir al Tribunal a estampar su firma; en 1 de 2 casos de prohibición de acercarse a la víctima y/o su domicilio, se estableció el seguimiento por parte de la Unidad de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (UMECA); en el caso del resguardo domiciliario, no se mencionó expresamente su revisión por parte de la UMECA. En el caso de la prisión preventiva, no se fijó algún mecanismo de forma expresa. Esto último puede deberse a que la autoridad penitenciaria custodiará al imputado.

Modificación de medidas cautelares

Se asistió a 3 audiencias de modificación de medidas cautelares, sin embargo, en 1 audiencia no se presentó la defensa ni el imputado por lo que no desahogó. En ninguna de las audiencias la fiscalía respetó la estructura de discutir primero las cuestiones fácticas y luego la necesidad de cautela. En ambas audiencias la defensa presentó pruebas para solicitar la variación de la medida cautelar (prisión preventiva) y se impusieron las siguientes medidas: presentación periódica en el Tribunal y prohibición de acercarse a la víctima y/o domicilio. Sólo en 1 se fijó expresamente como mecanismo de control la supervisión por parte de la UMECA. En ningún caso se mencionó la duración de la medida cautelar.

Soluciones alternas

Suspensión condicional del proceso

Se asistió a 4 audiencias; 1 de ellas no se desarrolló dado que se advirtió que al imputado no se le había vinculado a proceso aún, y, de acuerdo con el artículo 193 del CNPP, es un requisito para realizar la solicitud de suspensión condicional del proceso (SCP)²¹⁷.

En 2 de 3 casos, la defensa realizó la solicitud, justificó su procedencia y expuso información que acreditaba que el imputado no ha incumplido con una SCP en los últimos cinco años. En el caso restante, dichas circunstancias fueron expuestas por la fiscalía. En 1 caso, la fiscalía se opuso a la solicitud de SCP argumentando un interés

forma, el experto interpreta que dicha situación de incumplimiento a lo señalado al CNPP puede deberse a una cuestión de practicidad, sobre todo en los casos en los que se solicita el plazo constitucional o su duplicidad (de la Garza, 2018).

217 Tanto el defensor como el experto coinciden en que la solicitud de la SCP previo dictado del auto de vinculación se explica por una interpretación del artículo del 232 del CPPNL que establecía que “*La suspensión del proceso a prueba podrá solicitarse, ante el Juez o Tribunal de Control, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. Si efectuada la petición aún no existe acusación, se estará a los hechos precisados en la formulación de imputación o en el auto de vinculación a proceso si éste ya fue decretado*” (CPPNL, 2011) y que puede tratarse de una práctica que sigue replicándose. Aunque, de acuerdo con el defensor, aquélla ya no es tan frecuente.

público por continuar con la persecución penal. El juez resolvió que su oposición no era fundada.

En todos los casos el/la juez/a resolvió considerando aspectos personales de las partes para fijar las condiciones. Entre las condiciones impuestas destacan: i) someterse a tratamiento psicológico, ii) tener un trabajo; iii) abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas; iv) abstenerse de poseer droga. En 1 caso, por la naturaleza del delito no hubo plan de reparación del daño (delitos contra la salud, posesión de droga).

Acuerdo reparatorio

Se observó 1 audiencia en la que quedó acreditado el cumplimiento del acuerdo reparatorio por reparación del daño. En consecuencia, se declaró la extinción de la acción penal y el sobreseimiento de la causa. El delito motivo de la audiencia fue el de robo.

Etapas intermedias

De las 5 audiencias intermedias observadas ninguna se desahogó como tal. El resultado de éstas fue: 1 diferimiento por ausencia justificada de imputado (falta de notificación)²¹⁸; 1 diferimiento por ausencia injustificada del imputado (declaración de sustracción de la justicia); 2 solicitudes de audiencia de suspensión condicional del proceso; 1 audiencia sin materia por estar pendiente un recurso de revisión en materia de amparo. A este respecto, el Juez y Coordinador de Gestión Judicial comentó que es bajo el porcentaje de las audiencias intermedias agendadas que se celebran como tal²¹⁹ (Carlín, 2018).

Con relación a los porqués las audiencias intermedias no se celebran, el experto llama la atención sobre diferenciar los relacionados con la gestión judicial y otro con el uso de la SCP. La falta de notificación del imputado es imputable a la gestión judicial, ya que esto debió verificarse antes del desahogo de la audiencia. Mientras que la solicitud de la SCP llegada a la audiencia intermedia, se debe a la falta de un uso oportuno de dicha solución alterna (de la Garza, 2018).

Si bien las solicitudes de SCP son procedentes en esta etapa del procedimiento²²⁰ y debe promoverse el uso de soluciones alternas, el hecho de que aquéllas se realicen llegada

218 Sobre este tema, el juez destacó que aun y cuando el CNPP no establece como requisito la presencia del imputado para desahogar la audiencia, estimó fundamental que esté presente. Esta postura es compartida por el Juez y Coordinador de Gestión Judicial (Carlín, 2018).

219 Derivado del análisis de la respuesta a la solicitud de información 1051218 realizada, en el mejor de los casos sólo el 18% de las audiencias intermedias celebradas concluyeron con un auto de apertura a juicio oral (septiembre de 2016 a abril de 2018).

220 De acuerdo con el artículo 193 del CNPP, es procedente solicitar la SCP una vez dictado el auto de

la audiencia refleja una falta de coordinación por parte de los operadores del sistema y genera problemas para la gestión judicial.

Sobre este asunto, el Vicefiscal considera que esta situación se debe a la inexistencia de procesos que generen plazos de trabajo y a la falta de un sistema efectivo de alertas y controles sobre el estatus de los casos que permitan adelantar o acelerar el uso de soluciones alternas. A este respecto, nos mencionó que la Fiscalía está trabajando en la generación de dichos procesos y controles (Orozco, 2018).

Audiencia de juicio oral

Se asistió a 5 audiencias de juicio oral. Sin embargo, 1 de ellas no se desarrolló como tal, dado que la fiscalía solicitó la resolución del caso mediante procedimiento abreviado (PA). Es importante señalar que el CNPP establece que la procedencia del PA es después del dicato del auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral. No obstante, el juez permitió el desarrollo del procedimiento abreviado con base en una interpretación del artículo 20 constitucional²²¹.

Respecto de las 4 audiencias de juicio oral, la fiscalía solicitó la suspensión de 1 caso dado que no había podido contactar a los testigos suficientes. El tribunal resolvió que se desarrollaría la audiencia con los testigos que existían hasta el momento y en una posterior los demás.

La fiscalía, en sus alegatos de apertura, expuso los principales medios de prueba para acreditar los hechos. En 3 de 4 casos, expresó los hechos materia de la acusación y su calificación jurídica, mientras que en el restante se remitió a lo expuesto por el Tribunal previamente. La fiscalía realizó 26 interrogatorios²²² y 10 incorporaciones de prueba material²²³. Expuso 3 alegatos de clausura, dada la suspensión de una audiencia. En 1 caso, el alegato de clausura fue integral al incluir perspectiva de género y normativa internacional.

La defensa, en 3 de 4 casos expresó hechos materia de la defensa y, en ningún caso, expuso medios de prueba adicionales a los presentados por la fiscalía. La defensa realizó

vinculación a proceso y hasta antes de dictar el auto de apertura de juicio.

221 La interpretación consiste en declarar procedente el PA aun habiéndose aperturado el juicio por considerarse que se trata de un derecho constitucional del imputado. Sin embargo, la misma CPEUM señala que la ley debe establecer los beneficios que se podrán otorgar al imputado cuando acepte su responsabilidad.

222 En 24 de 26, la fiscalía realizó preguntas conformes a las reglas para formular preguntas en juicio previstas por el artículo 373 del CNPP. En 23 de 26 interrogatorios se considera que la fiscalía no cumplió con los objetivos de su interrogatorio, ya que: el testigo no había presenciado los hechos; otro testigo recordaba pocas cosas y la víctima se negó a declarar.

223 En 2 ocasiones, la fiscalía solicitó la incorporación de la prueba una vez agotado el tiempo para interrogar.

17 contrainterrogatorios; en 1 caso no hubo exámenes ni contraexámenes por su parte. En todos los contrainterrogatorios, las preguntas fueron realizadas en un orden lógico y conformes a las reglas del artículo 373 del CNPP. También expuso 3 alegatos de clausura, dada la suspensión de una audiencia. En 2 de 3 casos, refutó la teoría de la fiscalía y se hizo cargo de las debilidades de ambas partes²²⁴. El restante se limitó a mencionar “se solicita que se resuelva conforme a Derecho”.

El tribunal en todos los casos realizó preguntas para aclarar ciertos aspectos del desarrollo de la audiencia. En 1 caso, el tribunal no respetó en dos ocasiones el derecho de objetar de la defensa. En los 3 casos, posterior a un receso, dictó el fallo inmediatamente.

Recursos

Según el artículo 456 del CNPP sólo se admiten los recursos de revocación y apelación en el procedimiento penal. El primero procede contra resoluciones de mero trámite que se resuelven sin sustanciación. El segundo procede contra resoluciones emitidas por el juez de control o el tribunal de enjuiciamiento a fin de que el tribunal de alzada confirme, modifique o revoque la resolución impugnada, u ordene la reposición del acto que dio lugar a la misma.

Asimismo, el CNPP reconoce el derecho de la víctima u ofendido a impugnar por sí o a través del Ministerio Público las resoluciones que versen sobre la reparación del daño causado por el delito, cuando estime que dicha reparación se ve perjudicada por la decisión judicial.

Ejecución

En la fase de ejecución de penas, las acciones y recursos judiciales se sustancian conforme a un sistema adversarial y oral, según lo dispuesto por el artículo 120 de la LNEP. La LNEP reconoce como partes procesales, de acuerdo con la naturaleza de la controversia, a la persona privada de libertad, al/la defensor/a, el Ministerio Público, la

224 Cabe destacar 1 caso en el que el defensor tuvo un buen desempeño, en un caso de concurso de delitos, entre ellos el de violación, ya que destacó las principales debilidades de la teoría de la fiscalía, a saber: i) el hecho de que existía una medida de protección a favor de la mujer, sin embargo ella permitió que se quedara en su casa por más de 4 horas; ii) la blusa que se dice que se rompió al momento de la violación no se presentó a juicio; iii) no quedó evidencia de la penetración; iv) no fueron testigos suficientes; v) no existió un dictamen psicológico que acredite la afectación de la mujer, así como que su dicho era confiable. Logró la absolutoria.

autoridad penitenciaria, la víctima o su asesor jurídico y el promovente de la acción o recurso.

Las controversias ante el juez de ejecución pueden versar sobre: condiciones de internamiento; el plan de actividades de la persona privada de libertad; los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario como visitantes, defensores, u observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil; la duración, modificación y extinción de la pena y de sus efectos, o de la duración, modificación y extinción de las medidas de seguridad.

La LNEP admite dos recursos: el de revocación y el de apelación. El primero se interpone en contra de determinaciones de mero trámite y el segundo tiene por objeto la revisión de la legalidad de la resolución impugnada por parte de un tribunal de alzada.

Protección del sistema de garantías del imputado

Actuación de la defensa en el proceso penal

El defensor explicó que la defensa se entrevista con el imputado de forma previa a la audiencia de control de detención; le explica sus derechos y le informa sobre la investigación que se sigue en su contra. El objetivo de la entrevista es conocer la versión de los hechos por parte del imputado y resolver sus dudas. Acerca de planteos sobre el acceso a la carpeta de la fiscalía durante la investigación, el defensor considera que este es un asunto superado en Nuevo León (Siller, 2018).

Cumplimiento de las garantías

En 2 casos de control de detención el/la juez/a se mostró parcial. En 1 caso, se le comentó al imputado frases no conformes al derecho a la presunción de inocencia²²⁵, y, en el otro, el juez mostró preferencia a lo expuesto por la fiscalía al repetir sus manifestaciones²²⁶.

Sobre la publicidad de las audiencias iniciales de control de detención, en cada una de ellas se cuestionó al imputado sobre la reserva de datos personales. En 6 de 7 casos observados se solicitó su reserva. En todos los casos se respetó la solicitud. Se observó que en todos los casos el/a juez/a utilizó un lenguaje asequible para el imputado.

El paradigma restaurativo como una garantía del imputado

225 El juez le dijo al imputado que “se portara bien” y que “cumpliera con todo” para no terminar mal.

226 El juez, durante sus intervenciones, mencionó en múltiples ocasiones “conforme lo mencionó la Fiscalía”.

Los MASC y las soluciones alternas

Llegados a este punto es importante destacar la diferencia entre los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) y las soluciones alternas al proceso penal. Los MASC en materia penal “tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad” (LNMASC, 2014). La LNMASC reconoce y regula tres tipos de procedimientos: la mediación, la conciliación y la junta restaurativa.

A diferencia de las soluciones alternas, los MASC no constituyen una forma de terminación temprana del proceso, sino que son técnicas que permiten lograr dichas soluciones. En este sentido, los requisitos de procedencia para los MASC y para las soluciones alternas pueden ser diferentes, de modo que puedan proceder las soluciones alternas y no los MASC y viceversa. Por ejemplo, el caso del delito de violencia familiar, para el cual resulta procedente la solución alterna de suspensión condicional del proceso, ésta no puede resolverse mediante un MASC²²⁷.

Regulación normativa de los MASC y las soluciones alternas

El marco jurídico que regula el uso de los MASC en materia penal se integra por la CPEUM²²⁸, la LNMASC²²⁹; el CNPP²³⁰; la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV)²³¹, y la LNEP²³². Por lo que refiere a las soluciones alternas,

227 La Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) establece que “Los modelos de atención, prevención y sanción que establezcan la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios, son el conjunto de medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos. Para ello, deberán tomar en consideración (...) IV. Evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima” (LGAMVLV, 2007, art. 8, f. IV).

228 Establece en su artículo 17, párrafo tercero, que las leyes deben regular la aplicación de los MASC en la materia penal de tal forma que se asegure la reparación del daño.

229 El objeto de la LNMASC, es “establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los MASC en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas” (LNMASC, 2014, art. 1º).

230 Reconoce como derecho de la víctima u ofendido el participar en los MASC durante el procedimiento penal. Asimismo, establece como obligación del defensor y del Ministerio Público promover la aplicación de los MASC o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables, en sus artículos 109, fracción X, y 131, fracción XVIII, respectivamente.

231 Véase supra nota 33.

232 La LNEP establece que “en la ejecución de sanciones penales podrán llevarse procesos de justicia restaurativa, en los que la víctima u ofendido, el sentenciado y en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participan de forma individual o conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con el objeto de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como a coadyuvar en la reintegración de la víctima u ofendido y del sentenciado a la comunidad y la recomposición del tejido social” (LNEP, 2014, art. 200). Adicionalmente,

el CNPP establece los requisitos de procedencia para el acuerdo reparatorio²³³ y la suspensión condicional del proceso²³⁴.

La figura del facilitador/a

El facilitador es el profesional certificado adscrito a los órganos especializados en MASC en materia penal (OEMASC) cuya función es facilitar la participación de los intervinientes en los MASC, de acuerdo con el artículo 3, fracción V de la LNMASC.

Entre las obligaciones de los facilitadores se encuentran: mantener el buen desarrollo de los MASC; vigilar que en los MASC no se afecten derechos de terceros, intereses de menores, incapaces, disposiciones de orden público o interés social; asegurarse de que los acuerdos a los que lleguen los intervinientes sean apegados a la legalidad; cerciorarse de que los intervinientes comprenden el alcance de los acuerdos, así como los derechos y obligaciones que derivan de aquellos, y mantener la confidencialidad de la información a la que tengan acceso en el ejercicio de su función (CNPP, 2014, art. 51, fs. X, IV, XI, VIII, XIII).

La intervención del facilitador comienza una vez que se ha determinado la procedencia del uso de MASC y es distinta dependiendo del tipo de MASC que facilite. A este respecto, en el caso de la mediación, el facilitador únicamente propicia la comunicación y el entendimiento mutuo (LNMASC, 2014, art. 21), mientras que, tratándose de la conciliación, el facilitador cuenta con mayor grado de participación dado que puede

la LNEP regula la *mediación penitenciaria*. Esta es entendida como el “proceso de diálogo, auto-responsabilización, reconciliación y acuerdo que promueve el entendimiento...” y la es procedente “en todos los conflictos interpersonales entre personas privadas de libertad o entre ellas y el personal penitenciario derivado del régimen de convivencia” (LNEP, 2014, art. 206).

233 “Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes: I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido; II. Delitos culposos, o III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas. Tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto” (CNPP, 2014, art. 187).

234 “La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes: I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años; II. Que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido, y III. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso. Lo señalado en la fracción III del presente artículo, no procederá cuando el imputado haya sido absuelto en dicho procedimiento.” (CNPP, 2014, art. 192)

presentar alternativas de solución con base en criterios objetivos (LNMASC, 2014, art. 25).

En el caso de las juntas restaurativas, el facilitador debe realizar sesiones preparatorias con cada uno de los intervinientes y durante la junta debe seguir un guión de preguntas previamente establecidas en el orden que indica la ley²³⁵, y, posteriormente coadyuva a encontrar formas de para reparar el daño sobre la base de las propuestas de los intervinientes (LNMASC, 2014, art. 28).

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Defensoría

El Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio y autonomía financiera, técnica, operativa y de gestión, a través del cual se brinda el servicio de defensoría pública en el estado (Ley de Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León, 2009, arts. 2 y 3).

Para el préstamo de servicios profesionales en materia penal, la defensoría está dividida en cuatro áreas, en atención a las etapas del proceso penal: área de investigaciones; área de proceso penal; área de segunda instancia, y área de ejecución²³⁶. Además, se consideran los tipos de delito; por ejemplo, el defensor entrevistado se desempeña en una unidad de delitos de alto impacto (Siller, 2018).

Sobre la división de funciones de la defensoría, el área de investigaciones conoce desde el momento de la detención o imputación hasta antes de la etapa intermedia. Una vez presentada la acusación por parte de la fiscalía, el área de investigaciones cuenta con ciertos días para remitir el caso al área de proceso penal. Para realizar esta remisión, existe un área de gestión al interior de la defensoría. Es importante señalar que el poder judicial no conoce del cambio de defensor, sino hasta que el defensor de proceso penal realiza la contestación a la acusación. En consecuencia, el juzgado notifica al defensor de investigaciones para que él reconozca al defensor de proceso penal como parte de la defensa, pues de lo contrario el defensor de procesos no cuenta con personalidad en el proceso (Siller, 2018).

235 Las preguntas deben dirigirse primero al imputado, luego a la víctima u ofendido, posteriormente, y en su caso, a otros intervinientes afectados por parte de la víctima u ofendido y del imputado respectivamente, y, por último, a miembros de la comunidad que hayan participado en la sesión (LNMASC, 2014, art. 28).

236 Al momento, se está realizando una reestructuración sobre esta división; sin embargo, el defensor entrevistado desconoce cuál será la nueva organización de la defensoría (Siller, 2018).

El defensor destaca que dicha división es desacertada dado que genera diferencias de estrategias de defensa y teorías del caso entre los defensores del área de investigaciones y los defensores que van a juicio. Adicional a los retrabajos, resulta difícil tanto para la defensa como para el imputado el tener que familiarizarse y empatizar nuevamente con una persona distinta a la que había llevado su caso desde un inicio (Siller, 2018).

Judicatura

El Juez y Coordinador de Gestión Judicial explicó que, a partir de la reforma de 2011, en Nuevo León, las funciones de los jueces se dividieron entre los jueces de control y los jueces de juicio. El año pasado, se estableció que los jueces puedan realizar ambas funciones, es decir de control y de juicio (tribunal de enjuiciamiento²³⁷). Sobre este asunto, se busca que quien conoció de la carpeta en la etapa preliminar no intervenga en juicio. En los casos de prisión preventiva oficiosa, por acuerdo del Consejo de la Judicatura de Nuevo León, los juicios se llevan a cabo de forma colegiada (Carlín, 2018).

Hoy por hoy, los jueces se distribuyen en regiones (norte, centro y sur) y rotan de forma semanal. El objetivo de esta rotación es la distribución de la carga de trabajo entre los jueces, ya que en la región centro se concentra una mayor cantidad de casos y de mayor complejidad. Además, la rotación permite garantizar que los jueces de control no intervengan en los juicios de los asuntos que trataron con anterioridad; por ejemplo, en un caso de la región centro, la etapa preliminar es tramitada por un juez de control de dicha región y el juicio por un juez que estaba antes en la región sur (Carlín, 2018).

Ministerio Público

Con motivo de la implementación de la reforma penal en Nuevo León, en 2012, la entonces Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León (PGJNL), diseñó un concepto de atención integral primaria para las víctimas y ofendidos del delito denominados Centro de Orientación y Denuncia (CODE). La estructura organizacional de cada CODE incluye a un agente del Ministerio Público orientador, a un facilitador, a un asesor victimológico y a un delegado del Ministerio Público Tradicional.

Adicionalmente, la PGJNL diseñó un modelo de gestión para su operación y del proceso de reorganización institucional; éste incluyó la creación de unidades de atención y resolución temprana de casos y la especialización de unidades de investigación del Ministerio Público. Asimismo, desarrolló uno de los primeros sistemas de indicadores de evaluación del desempeño realmente utilizados en el país. Por lo anterior, la SETEC

237 Según el glosario del CNPP, se entiende por tribunal de enjuiciamiento “el Órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común integrado por uno o tres juzgadores, que interviene después del auto de apertura a juicio oral, hasta el dictado y explicación de sentencia” (CNPP, 2014, art. 3, f. XV).

calificó a la PGJNL como una de las mejores instituciones del país por lo que hace a su proceso de implementación.

En marzo de este año, con la finalidad de dotar de autonomía a la institución del Ministerio Público en el estado, se publicó la Ley Orgánica de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Nuevo León (LOFGJNL), conforme a la cual “la Fiscalía General, es un organismo autónomo del Estado, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía financiera, presupuestal, técnica y de gestión para el cumplimiento de sus atribuciones, objetivos y fines” (LOFGNL, 2018, art. 8), a diferencia de la PGJNL que dependía del Poder Ejecutivo²³⁸.

Según el artículo transitorio quinto del decreto que expide la LOFGNL, el Fiscal General está obligado a presentar un Plan Estratégico de Transición (PET), y contará con un plazo de hasta un año para su implementación y la expedición del Reglamento Interior de la Fiscalía, dada la capacidad normativa del Fiscal. En tanto se expide el reglamento, el Fiscal debe emitir un lineamiento provisional para la organización interna de la Fiscalía. A este respecto, cabe señalar que el PET fue presentado en el mes de mayo del presente año. Entre las metas a mediano plazo se encuentra la implementación del “Modelo de Tres Pisos” (Orozco, 2018).

Conclusión

El proceso de implementación del sistema procesal penal acusatorio ha representado grandes retos, los cuales responden a las exigencias de la reforma penal. En el caso de Nuevo León, se reconoce que lo relativo a la oralidad y calidad de las audiencias es considerablemente bueno. En la mayoría de los casos, las partes demuestran tener una estrategia propia y sus exposiciones son claras y con un orden lógico, además de cumplir con lo requerido por la ley. Los jueces procuran el cumplimiento de las garantías del debido proceso y un lenguaje asequible para las partes. Esto podría explicarse por la experiencia que se ha tenido con la oralidad desde el año 2004.

Sin embargo, y en atención al título que lleva el informe, aún quedan asignaturas pendientes sobre la implementación de la reforma penal. Acerca de esta afirmación, identifiqué que existen, por lo menos, dos categorías de asignaturas pendientes en este caso: una de tipo jurídico y otra de tipo institucional.

238 La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León (LOPGJNL) establece que “La Procuraduría es una dependencia del Poder Ejecutivo del Estado de Nuevo León, con autonomía técnica y de gestión para el cumplimiento de sus atribuciones, objetivos y fines” (LOPGJNL, 2012, art. 2).

Sobre la categoría jurídica, hay dos problemáticas. La primera se relaciona con la existencia de la figura de la prisión preventiva oficiosa, ya que ésta es contraria a los fines del sistema procesal penal acusatorio y el principio de presunción de inocencia, y ello significa un obstáculo para una efectiva consolidación de un sistema acusatorio. Este asunto requiere de una reforma constitucional. Acerca de este último punto, vale la pena señalar que se presentó una iniciativa al Senado de la República con la propuesta de eliminar esta figura.

La segunda tiene que ver con malas prácticas derivadas de interpretaciones jurídicas, tales como la solicitud de la suspensión condicional del proceso sin existir un auto de vinculación a proceso y la procedencia del procedimiento abreviado ya habiéndose dictado el auto de apertura de juicio oral. En el primer caso, se sigue por incertidumbre una interpretación de legislación no vigente y su permisividad desincentivaría el debate de la vinculación a proceso en incumplimiento a lo dispuesto por el CNPP. En el segundo caso, el admitir la procedencia de los procedimientos abreviados una vez dictado el auto de apertura a juicio incentiva un uso inoportuno de dicha forma de terminación de la investigación.

Este último punto, se relaciona con la categoría institucional de asignaturas pendientes. Ello debido a que uno de los aspectos de esta categoría es la evidente falta de procesos y controles de los casos y su repercusión en un uso inoportuno o falta de uso del abanico de posibilidades que otorga el CNPP para resolver asuntos (formas de terminación de la investigación con base en las facultades discrecionales del Ministerio Público, las soluciones alternas y el procedimiento abreviado).

A este respecto, resulta plausible que la Fiscalía tenga como meta de mediano plazo la implementación del Modelo de Tres Pisos. La base del modelo es la clasificación de los asuntos que ingresan a las procuradurías o fiscalías en atención a su relevancia y complejidad, mediante una representación orgánica en tres niveles distintos de la institución que consisten en unidades especializadas para la atención y decisión temprana, la tramitación masiva de casos y la investigación. Ello permite la eficiencia en la forma de trabajo y la eficacia en la responsabilidad de resolución de los asuntos.

Otro aspecto de la categoría institucional tiene que ver con la eficacia de las formas de trabajo existentes. Sobre este asunto, resaltan las problemáticas que devienen de la división de funciones de la defensoría por atender la etapa procesal.

Asimismo, acerca de la categoría institucional debe considerarse la cantidad de recursos, ya que tanto el Juez y Coordinador de Gestión Judicial, el Vicéfiscal y el defensor coinciden en que no hay recursos suficientes para atender las cargas de trabajo actuales, puesto que la planeación de las instituciones atiende a cifras de incidencias delictivas de años pasados, inclusive de inicios de la implementación de la reforma.

Bibliografía

Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 05 de marzo de 2014. Última reforma 17 de junio de 2016.

Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León. Periódico Oficial, Monterrey, Nuevo León, 05 de julio de 2011. Última reforma 24 de diciembre de 2014.

Decreto 118 Por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Estado de Nuevo León y del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León. Periódico Oficial. Monterrey, Nuevo León, 28 de julio de 2004. Disponible en línea: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC-F0107-04-C0100425-01.pdf

Declaratoria de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales en las entidades federativas. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 25 de septiembre de 2015. Disponible en línea: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/declara/cnpp/fed/05_Decla_22sep15.pdf

Decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal como una instancia de coordinación. Diario Oficial de la Federación. Ciudad de México, México, 13 de noviembre de 2008. Disponible en línea: < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5063719&fecha=13/10/2008>

Decreto por el que se crea el órgano administrativo desconcentrado denominado Comisión Ejecutiva para la Reforma del Sistema de Justicia Penal del Estado de Nuevo León (SIJUPE). Periódico Oficial, Monterrey, Nuevo León. Disponible en línea: < http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2009/Archivos/SGG_0001_0019_20100211_V00_00006.pdf >

Ley de Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León. Periódico Oficial, Monterrey, Nuevo León, 06 de febrero de 2009. Última reforma: 14 de noviembre de 2016.

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 01 de febrero de 2007. Última reforma: 13 de abril de 2018.

Ley Nacional de Ejecución Penal. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 16 de junio de 2016.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 29 de diciembre de 2014.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Nuevo León. Periódico Oficial, Monterrey, Nuevo León, 09 de marzo de 2018.

Introducción

En la República de Nicaragua se produjo una reforma profunda a la Constitución Política en el año 1987 iniciando un proceso de modernización normativa, encaminado al fortalecimiento de un Estado Democrático de Derecho. En ese espíritu renovador se crean el Código de la Niñez y la Adolescencia, “Ley Número 287 del 24 de marzo de 1998, vigente desde el mes de noviembre de ese mismo año”, igualmente la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua “Ley Número 260 que entró en vigencia en enero de 1999”.

Un antecedente relevante es que previo a la reforma, el presidente y vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, Procurador General de Justicia, Director Nacional de la Policía Nacional, Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional, miembros de la Comisión de Justicia, conformaron una Comisión de Alto Nivel, en agosto de 1999, con la finalidad de coordinar esfuerzos para apoyar la creación e implementación de las leyes necesarias para la transformación de la justicia penal. Uno de los acuerdos alcanzados, por esta Comisión, fue la elaboración de un borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal que se encomendó al Proyecto de Reforma y Modernización Normativa del Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de la Florida.

De esta Comisión de Alto Nivel constituido para el Proyecto de Reforma y Modernización Normativa, se elaboró en el año 2000 el Anteproyecto de Código Procesal Penal que sustituiría al centenario Código de Instrucción Criminal. Al efecto se realizaron consultas en las que participaron más de 600 operadores nacionales del sector justicia a quienes fue presentado el Anteproyecto para su conocimiento, discusión y aportes, dando como resultado su perfeccionamiento en el cual prevalecieron las condiciones, necesidades y características de la realidad nacional. En fecha trece de noviembre del año 2001, habiendo transcurrido cuatro meses que la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional

239 Graduada como Maestra de educación primaria, Licenciada en Derecho. Graduada en Psicología Clínica. Con estudios de Postgrados en: Derecho Internacional, Derecho Penitenciario, Derecho Procesal, Delitos de Crimen Organizada. Postgrados en Administración y Políticas Públicas, así como en Criminalística y Cadena de Custodia. Master en Derecho Penal y Procesal Penal. En el Poder Judicial de Nicaragua desde hace 20 años, Juez Penal, ha sido Coordinadora departamental de la Comisión Interinstitucional para el Sistema de Justicia Penal y Coordinadora Docente de Comisión Nacional Interinstitucional Penal. Docente universitaria en las cátedras de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Penitenciario e Internacional Público.

dictaminara favorablemente, se continuó ante el plenario el proceso de formación de ley, siendo sometida a debate en lo general y en lo particular; aprobando el Proyecto de Ley. Esta ley entró en vigencia doce meses después de su publicación, a excepción de las normas contenidas en el Capítulo Único, Título II del Libro Cuarto, porque el legislador ordena en el artículo 426 la labor inmediata de la comisión interinstitucional a partir de la publicación de la ley.²⁴⁰

La reforma se publicó en el diario oficial la Ley número 406 Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, "Gaceta No. 243 del 21 de diciembre y No. 244 del 24 de diciembre del 2001". Entró en vigencia de forma parcial el año 2002 primero para los Juzgados de Distrito Penal con competencia para delitos graves, que son aquellos con penas de prisión de 5 años a 30 años que es la pena máxima. Luego en el año 2004 entró en vigor para los Juzgados Locales Penales que tramitan delitos menos graves. En el primer año de vigencia de la Ley la Corte Suprema de Justicia emitió acuerdo número 110, constituyéndose seis judicaturas denominadas de audiencia y se cerró el año con dieciocho juzgados. En ese periodo ingresaron en esta instancia 2476 causas, se aplicó también los nuevos procesos penales en 28 juzgados de Juicio, donde ingresaron 4802 causas. En el año 2005 se mantienen los mismos juzgados, pero se agrega la aplicación de reforma en 29 juzgados locales, para este periodo se aplica totalmente.

El Código ha sido reformado principalmente en lo relativo al Jurado ya que se ha reducido los delitos en que estos actúan, igualmente en lo relacionado con las medidas cautelares debido a que en una gran cantidad de delitos se estableció la prisión preventiva como única medida cautelar mientras dure el proceso hasta que se dicte sentencia

Para la implementación de la Ley se creó la Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal de la República de Nicaragua, integrada por: Presidente de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Penal, Fiscal General de la República, Presidente de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Procurador

240 Artículo 416 CPP. Atribuciones. En plena observancia y respeto a la independencia y autonomía de cada una de sus instituciones integrantes, son atribuciones de la Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal de la República las siguientes: 1. Coordinar acciones institucionales encaminadas a garantizar la implementación del proceso de reforma procesal penal, la efectiva capacitación de los operadores del sistema y facilitar los medios para el desempeño de sus respectivas funciones. 2. Intercambiar criterios acerca de propuestas de políticas institucionales que demande la modernización del sistema de justicia penal y mejore la eficiencia del servicio que prestan al país. 3. Evaluar periódicamente las acciones institucionales referidas en el inciso primero e informar a la ciudadanía, en conjunto o por separado, acerca de los resultados obtenidos. 4. Formular recomendaciones en materia de política criminal. 5. Cualquier otra que contribuya con la realización efectiva de la justicia penal.

para la Defensa de los Derechos Humanos, Director de la Defensoría Pública, Director Nacional de la Policía Nacional, Director de la Auditoría Militar, Director del Instituto de Medicina Legal, Director del Sistema Penitenciario. Se ordenó por ley la creación de comisiones departamentales y municipales, las que se integraron por representantes de instituciones del Sistema de Justicia Penal. En un informe de esta Comisión se reveló que esta había organizado comisiones a nivel departamental con el fin de que coordinaran e informaran de los progresos y dificultades de la aplicación del nuevo Código, entre las actividades que realizaron están: capacitaciones de todos los operadores de justicia penal, talleres o curso acerca de litigación oral, balística, trata de personas, entre otros temas. Así mismo en este informe se comunicó acerca de dificultades que se presentaron en la aplicación del nuevo proceso, tales como: Falta de acuerdo entre las Instituciones en cuanto a qué institución le correspondía la entrega de citas para testigos, víctimas y peritos ya que todas manifestaban falta de recursos económicos y humanos, clausuras anticipadas de juicios por falta de testigos, ausencias de peritos policiales y forenses en los juicios orales, inadmisibilidad de acusaciones por falta de requisitos de forma, práctica inadecuada de plazos y términos, entre otras.

Oralidad y calidad de la litigación.

La Oralidad como principio del proceso penal vigente se cumple en tribunales, que en su mayoría se localizan en instalaciones modernas (con sistema de grabación, micrófonos; espacios particulares de trabajo en sede judicial). A pesar que la mayoría de litigantes han iniciado sus funciones en materia penal con la promulgada norma, la destreza en oralidad aun arrastra resabios inquisitivos; por esta razón consideramos que debe insistirse porque mejore la calidad de la litigación. Existe un real interés de superación principalmente del Poder Judicial quien ha sido rector en la capacitación en Cursos de especialización sobre litigación oral, en un plano secundario también la institución fiscal. Sin embargo, aún prevalece la lectura de memoriales, generalmente las Defensas usan limitada y/o erróneamente las técnicas de oralidad, a saber: en los alegatos iniciales, ambas partes en las objeciones, y muy frecuentemente al realizar los alegatos de cierre o conclusivos. En un número limitado de Jueces se observa cierta pasividad por la creencia que tiene roces con la imparcialidad, estimado que debe existir también empoderamiento de las técnicas de oralidad, sobre todo al momento de dar apertura a audiencias, y en la etapa del juicio al momento de objeciones, interrogatorio y conainterrogatorio.

Audiencias orales previstas en la ley.

Se enuncian literalmente Audiencias Preliminar, Inicial, Preparatoria de Juicio (a solicitud de parte), de Juicio Oral y Público, para debatir pena, y de notificación de sentencia. También se realizan audiencias especiales para resolver peticiones de las partes, donde se oponen incidentes, excepciones, anticipo jurisdiccional de prueba; de acumulación de causas. Así mismo la audiencia especial privada de develación de identidad de testigos protegidos; entre otras. “Artículo 76, último párrafo de la Ley de Prevención, Investigación y persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados.” (Ley Número 735,2010).

Audiencias que efectivamente se realizan con debates orales y públicos.

Todas las audiencias se realizan con debates orales y públicos, las partes tienen la posibilidad de plantear solicitudes, de las que se manda a oír a la contraparte y el Juez resuelve en la misma audiencia. La publicidad se restringe o limita excepcionalmente de conformidad con los supuestos de ley, por ejemplo, en procesos de adolescentes, donde se ventilan los delitos sexuales ante la declaración de niño, niña o adolescente, por razones de orden público (connotación social y relevancia de los hechos que afectan la tranquilidad pública). De manera excepcional la audiencia especial privada de develación de identidad de testigos protegidos, que se realiza por disposición de ley sin la presencia de las defensas.

Audiencias que efectivamente se realizan y calidad de la litigación en las audiencias.

En la Audiencia de *Control de detención*, tanto el Juez, Jueza como Defensa Técnica, con el fin de garantizar el goce y respeto de los derechos constitucionales y procesales, verifican el cumplimiento del plazo de presentación de la persona ante autoridad competente, que en nuestro caso es de 48 horas. Si se constatará que el plazo se encuentra vencido, una vez escuchada las exposiciones de las partes el Juez o la jueza, resuelve en la misma audiencia. Se realiza revisión si hubo apremios ilegales en contra del imputado, se cumple en la *audiencia preliminar* como parte del control de legalidad, porque esta es precisamente una de las finalidades; verificando si el imputado o la imputada, fue sujeto a detención o apremio, si este se ejecutó bajo parámetros de ley o contrarios a las normas, y mayoritariamente se cumple con la presentación de acusación y acusado/a detenido/a en el plazo legal. De no cumplirse suceden dos situaciones: que la autoridad judicial resuelva no proceder al estudio para admitir la acusación y ordenar la inmediata libertad o bien que revise acusación la admita, sin embargo, en caso que la medida cautelar ordenada en ley sea prisión preventiva, imponga una alterna.

En la primera comparecencia del acusado o acusada ante la autoridad judicial, es informado sobre sus derechos y garantías, con arreglo a la “Constitución Política de la República de Nicaragua Art. 34, que han sido retomados particularmente en el “Código Procesal Pena, 2001, Art. 95.2”. Valido acotar que en esta última ley en el artículo 94 de la misma se conceptualiza a quién se considera imputado y acusado.²⁴¹

A criterio de Defensoría Pública, la revisión de la lectura de derechos, en la práctica al momento de la detención policial no se realiza adecuadamente porque en ocasiones se limitan a indicarle porque se le detiene o captura, casi nunca se le hace conocer quien lo denunció, agregando que los acusados cuando son entrevistados siempre alegan que no se les hizo saber del derecho de ser asistidos por abogado. Opinando que se cumple cabalmente cuando es puesto a la orden del Juez o Jueza competente objetiva y funcionalmente.

Audiencia de formalización de la investigación o formulación de imputación.

En la legislación nacional, aunque se trate de llevar a la instancia judicial la investigación (que preside el Ministerio Público apoyado por la Policía Nacional), bajo el entendido que la entidad fiscal realiza un proceso de descarte sobre la información recabada en la etapa de investigación, realiza con estos la formulación de imputación al ejercer la acción penal. Fiscalía generalmente realiza una lectura íntegra del contenido en el escrito acusatorio, cumple con exigencias de ley, porque identifica al o los acusados y la calidad en que acusa; identifica a víctima-s, a continuación, relata los hechos engloba los mismos en una calificación probable de o los delitos; finalmente ofrecen elementos de convicción (indicación de pruebas con las que cuenta en ese momento, sin ampliar mucho el material probatorio) únicamente reseña el compromiso de probar. En caso que la Defensa técnica detecte que la descripción de los hechos carece de requisitos legales cuestiona ese aspecto como cualquier otra parte de la acusación, solicitando la no admisión de la misma, y en caso de que la autoridad judicial no admita su pretensión, pide al Juez dejar asentada protesta en el mismo acto- salvaguardando el derecho de recurso de la resolución emitida.

El rol del o la jueza/a juez/a, en caso de que la fiscalía presente una deficitaria descripción de los hechos, se produce como indicamos en la denominada audiencia preliminar, luego de escuchar a las partes, en el ejercicio de su función de administrar

²⁴¹ Designación. Tiene la condición de imputado toda persona que ha sido detenida por las autoridades o contra quien el titular de la acción penal solicite al juez su detención como posible autor o participe de un delito o falta o citación a audiencia inicial, según el caso. Se denominada acusado la persona contra quien se presenta la acusación. En el procedimiento por delitos de acción privada el acusado se denomina querellado. La condición del acusado o querellado cesa en el momento en que adquiere firmeza el sobreseimiento o la sentencia de absolución o condena.

justicia, razonada y fundadamente en razones de hecho y derecho resuelve rechazando la acusación; pudiendo conceder un plazo generalmente de cinco días para la mejora o rechazándola de plano.

Audiencia de Medidas Cautelares.

En el desarrollo de la audiencia oral y pública, sea en la preliminar, inicial o especial convocada a instancia de partes u oficiosamente, se debate sobre el supuesto material del hecho para luego analizar el procesal. Este análisis se hace sobre la base de la gravedad de los hechos, naturaleza del delito, magnitud del daño causado y los procesales cuando se recibe el aporte de pruebas por las partes, si existe o no peligro de evasión; obstaculización y/o reiteración delictiva. Ya que así lo establece la carta magna, normas procesales penales y Ley Orgánica del Poder Judicial. (Ley N° 260, 1999, Art.14).

Para efectos de la imposición de medidas cautelares la fiscalía sustenta su solicitud de los riesgos procesales sobre la base de la acusación, gravedad de los hechos y la posible pena a imponer, la naturaleza del delito. En tanto la defensa técnica motiva la ausencia de riesgos procesales en las condiciones personales del imputado (a) aportando información, tales como: situación laboral, condición económica, familiar, nivel académico, condición de salud, entre otras.

Existen delitos que por imperio de Ley deben ser tramitados bajo la medida cautelar de prisión preventiva, así lo dispone el artículo primero de la Ley número 952- la cual Reforma el artículo 565 del Código Penal, cuando la pena se considere grave por su naturaleza. Se enlistan los siguientes: delitos contra la libertad o integridad sexual, lavado de dinero, bienes o activos; delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, terrorismo, financiamiento al terrorismo, cohecho, tráfico de influencias, peculado, malversación de caudales públicos, fraude, exacciones, robo con violencia, asesinato, Femicidio, parricidio, homicidio, homicidio imprudente bajo condiciones establecidas en el párrafo segundo de artículo 141 CP, tráfico de migrantes, tráfico de órganos, tejidos y células humanas, tráfico ilícito de vehículo delitos contra el sistema bancario y financiero, estafa agravada, corte, aprovechamiento y veda forestal, delitos de tenencia tráfico y depósito de armas, municiones, explosivos y otros materiales peligrosos.

No se fija literalmente un tiempo de duración de las medidas cautelares impuestas al acusado (a), de conformidad con lo que establece el artículo 167 del Código Procesal Penal; sin embargo en la práctica forense se ha estimado que el tiempo de duración de la medida cautelar, equivale al plazo máximo de duración del proceso que regula el artículo 134 del CPP, mismo que determina que el plazo máximo de duración del proceso

con acusado bajo medida cautelar de prisión preventiva en delitos graves es de tres meses, y que si no recae fallo o resolución en ese plazo debe ordenarse la libertad del acusado y continuar el proceso por los tres meses de plazo previstos para delitos graves. En el caso de delitos menos graves la prisión preventiva es de treinta días. De igual forma si no ha recaído resolución en el citado, se continúa el proceso por un mes más. Es oportuno asentar que la ley Procesal Penal determina que la medida cautelar puede ser sustituida por una más o menos gravosa, cuando las condiciones que motivaron la imposición originaria hubiesen variado.

Excepcionalmente el artículo 135 del CPP establece que el Juez (a) a solicitud de parte, resolverá debidamente fundamentada y motivadamente podrá declarar la tramitación compleja de la causa (si encuentra mérito a la pretensión de la parte acusadora), en cuyo caso la medida cautelar de prisión preventiva tendrá duración máxima de doce meses y una vez recaída sentencia condenatoria hasta un máximo de seis meses.

El Código Procesal Penal contiene las normativas pertinentes para dar el adecuado seguimiento y control a las medidas cautelares impuestas a toda persona sometida a proceso penal. En Nicaragua se han creado oficinas de apoyo a esta labor judicial que permiten obtener información fidedigna sobre el cumplimiento de las medidas cautelares, por ejemplo, la Oficina de Control de Procesados, donde diariamente se recibe a las y los acusados, quienes llegan a firmar una ficha de control de presentación periódica, según la frecuencia señalada por el juez (a) en la resolución. Así la autoridad judicial competente primeramente al igual que las partes intervinientes en el proceso penal, verifican el cumplimiento de la medida impuesta a través de la consulta directamente del sistema informático- denominado Sistema Nicarao.

Otro mecanismo de control de las medidas cautelares impuestas por la autoridad judicial, es el que se realiza por dependencia administrativa llamada oficina de cauciones económicas, encargada de llevar el registro de los montos depositados en cuentas bancarias habilitadas para tal fin.

En el caso de los Juzgados Especializados en Violencia, el equipo interdisciplinario, una vez ordenado por la autoridad competente, realiza visita de campo para verificar el cumplimiento de las medidas aplicadas, luego se presenta un informe y este se notifica a las partes del proceso, se fija una audiencia y se toman las medidas pertinentes en caso de incumplimiento de las medidas cautelares, según la Ley Integral Contra la Violencia, se pueden aplicar otras más gravosa (Decreto 4214-2014, Art. 30).

Audiencia de salidas alternas.

Ante el supuesto de la adopción de salidas alternas para solucionar la controversia entre las partes, la autoridad judicial ejerce dentro de su rol el control de legalidad de los acuerdos asumidos por las partes, pudiendo citar a audiencia oral a las partes o mediante resolución debidamente motivada. El procedimiento específico para la solución del conflicto existente entre las partes, se basa en el principio de autonomía de voluntad de las partes que debe de existir entre las mismas para su consideración y aplicación; generalmente las reglas de conducta que constituyen la sustancia de los acuerdos son de carácter moral o patrimonial cuyo cumplimiento puede o no sujetarse a plazo. Por ejemplo: De carácter moral, que no existan amenazas ni agresiones verbales o físicas entre las partes; de carácter patrimonial, el resarcimiento económico por daños o perjuicios causados o de someterse a tratamiento desintoxicantes de alcohol, droga y asistencia psicológica. Mayoritariamente las reglas de conducta ya mencionadas están asociadas a los conflictos primarios entre las partes. En los casos de la jurisdicción especializada de violencia hacia las mujeres, se utilizan otras reglas considerando las particularidades del caso, como por ejemplo en el supuesto de lesiones psicológicas, se establece el acuerdo de asistir terapia cognitiva conductual.

La autoridad judicial para efectos de garantizar la eficacia de la aplicación de salidas alternas analiza y considera las condiciones, características y aspectos personales de las partes al ejercer el control de legalidad; decretando medidas en la búsqueda de obtención de la justicia material; en esa labor se auxilia de equipos interdisciplinarios donde interactúan trabajadores sociales, psicólogos, que previo al trabajo de campo le suministran al juez o a la autoridad información relevante sobre aspectos personales de las partes a fin de que la autoridad imponga, fije o establezca las medidas pertinentes. (Ley 406, 2001, Arts. 63/68).

Etapa intermedia

La autoridad judicial en la etapa intermedia donde se presenta la teoría probatoria, con la pretensión de acreditar la acusación - que contiene la teoría fáctica; una vez que escucha a las partes adopta un papel activo en el análisis previo o inicial de la prueba sin entrar a su valoración, para efecto de determinar si el proceso penal debe de trascender hacia la siguiente etapa procesal. El juez/a en caso de considerar que no existen elementos probatorios suficientes para elevar la causa a juicio oral y público, teniendo la potestad de conceder un plazo máximo de cinco días a la Fiscalía a fin de presentar nuevos elementos de prueba, convocando nuevamente a las partes a audiencia oral y pública.

Ante el supuesto de que en la nueva vista los elementos probatorios ofrecidos por Fiscalía continúen siendo insuficientes para remitir la causa a audiencia de juicio oral y

público la autoridad judicial ordenará el archivo de las diligencias por falta de mérito y la inmediata libertad del acusado, en el caso de encontrarse en estado de detención. Nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé en la etapa intermedia, que a solicitud de parte se realice la realización de audiencia preparatoria a juicio con la finalidad de excluir pruebas por razones de ilegalidad, repetitividad, impertinencia o inutilidad; en menor proporción los Jueces programan la audiencia oficiosamente cuando estiman han abundancia en la prueba ofrecida.

En esta etapa sobre la base de la inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, se discute ampliamente la relevancia y legalidad de la prueba, inclusive la legislación Nicaragüense establece la posibilidad de hacerlo en dos momentos en la audiencia inicial y en la audiencia preparatoria a juicio, esta última que se produce a petición de parte. En ambas audiencias se permite hacer planteamientos en relación a la relevancia, legalidad, pertinencia e inutilidad de la prueba presentada por las partes, para efectos de determinar cuál será el universo bajo el principio de unidad de prueba, que permitirán su reproducción en el contradictorio. La audiencia no es la última instancia para alcanzar acuerdos, porque el Código Procesal Penal de Nicaragua establece que las partes pueden celebrarlos hasta antes de la emisión de sentencia o veredicto; en consecuencia, estas y otras etapas se utilizan por las partes para llegar a acuerdos que resuelvan de manera alternativa el conflicto.

Audiencia de juicio oral y público

El juez (a) advierte a las partes al momento de concederles la palabra que expongan sus alegatos de apertura en los que deberán delinear su estrategia sobre el caso. Conforme la teoría del caso tanto la parte acusadora como la defensa técnica están en la obligación de trazar su estrategia y fundarla en medios probatorios, los que se intercambian de previo a la vista pública en la audiencia inicial para la parte acusadora y en los plazos previstos en el artículo 274 CPP para la defensa técnica, cinco días en delitos menos graves y 15 días en delitos graves, pudiendo duplicarse si se trata de casos de tramitación compleja, además conforme el artículo 275 CPP ambas partes pueden ampliar su información si sobreviene algún elemento probatorio nuevo. En esta etapa cada una de las partes tiene definida su estrategia. En los juicios se observa que los exámenes y contra exámenes cuentan con cierta calidad (con la limitante de mal uso de técnicas de oralidad o desconocimiento de alguna de ellas). En esas condiciones finalmente sustentan las estrategias del caso y al juzgador (a) le es posible cumplir la finalidad del proceso penal como es la averiguación de la verdad y la determinación o no de responsabilidad penal del acusado/a.

En general los jueces (as) cumplen con el principio acusatorio, asumiendo un rol pasivo aunque excepcionalmente realizan preguntas aclaratorias, siendo algunos casos en que testigos se expresan en un lenguaje ambiguo, sustituye la palabra con gestos, es cuando la autoridad judicial insta al o la declarante que responda con claridad porque lo que se graba es su voz (no se filma en video la comparecencia). Esto en ocasiones se cuestiona por las defensas, procediendo el o la jueza a explicar que no causa perjuicio, que es necesario la indicación al declarante por transparencia en la administración de justicia, para que al momento de valorar la prueba esta se haya formado congruente y claramente.

Intervención de Jurado en el juicio oral y público.

El ordenamiento penal de la República de Nicaragua establece y regula el juicio por jurados para una serie de delitos debidamente nominados de manera taxativa, tales como: lesiones graves, lesiones gravísimas, hurto agravado, exposición y abandono de personas. De igual forma se regula y reconoce el derecho que tiene el acusado/a a ser juzgado por un tribunal de jurado. (Ley 641, 2008, Art. 565) (Ley 952, 2017 Art. 565). Se exceptúan los casos en que se hubiese calificado el hecho acusado en aquellos que existe prohibición legal en la Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal. (Ley 745, 2011, Art. 44).

La existencia del juicio por jurados tiene su fundamento en la Constitución Política a través de la participación ciudadana en la administración de justicia en materia penal. En relación al funcionamiento de esta institución el Código Procesal Penal tiene una cantidad significativa de normas que regulan entre otras el proceso de selección aleatoria con ciudadanos que integraran el Tribunal, extrayendo a los potenciales integrantes (datos) del padrón electoral conforme requisitos establecidos. (Ley 406, 2001, Arts. 20,41-50, 293-302, 316- 320). Se realiza en vista pública con presencia de las partes procesales; aunque en la realidad es escasa la presencia de estos y casi nunca se cuestiona la legitimidad del acto. Se establecen a su vez prohibiciones, causas de inhibición o recusación, excusa, derechos, deberes, obligaciones y sanciones de los integrantes del tribunal de jurado. Ya resueltas las anteriores se conforma por seis personas, cinco propietarios y un suplente, quienes una vez electos se juramentan por autoridad judicial; deben designar un portavoz y reciben toda la información necesaria con la finalidad de que conozcan en qué sentido y para que administrarán justicia. Se brindan instrucciones sobre la forma en que deben valorar la prueba, las reglas del criterio racional, lógica y sentido común. Así mismo el procedimiento de deliberación conjunta del tribunal y la votación secreta e individual, también del impedimento de abstención. Finalmente, se les hace saber sobre la votación que conlleva a una decisión

o veredicto por mayoría simple que puede ser culpabilidad o no culpabilidad, el cual es inimpugnable (salvo que se demuestren nulidades en la emisión).

En los últimos años cinco años la participación de los ciudadanos ha disminuido para la integración de Tribunales de Jurados, y a los que se presentan se les entrevista, respondiendo diversos criterios para no presentarse: que el hecho de que la prueba no se reciba en una sola audiencia, para en la misma fecha emitir veredicto, les obliga a aplazar gestiones personales; les gustaría conocer sobre qué caso dictarán decisión, pero al tener roces con la imparcialidad y no regularse legalmente esta inquietud o planteamiento no tiene mérito. A su vez alegan sentir temor por los hechos sobre los que se pronunciarán y/o que no desean responsables de enviar a nadie a la cárcel. Por estos motivos se ha emprendido en Nicaragua una labor de publicidad sobre la responsabilidad ciudadana de impartir justicia, iniciando un programa radial desde hace siete años- denominado una hora con la Justicia, éste se transmite una vez por semana, a este acuden Jueces, abogados litigantes, facilitadores judiciales. Recientemente se hizo una revisión a la temática del Jurado, haciéndose una valoración de aspectos como: alta incidencia de algunos delitos, complejidad en el hecho y en la valoración de prueba, motivando una iniciativa legal; produciéndose una reforma de ley quedó eliminada la competencia del Jurado para algunos delitos (Ley número 846 de modificación al artículo 46 y de adición a los artículos 30, 31 y 32 de la Ley número 779, Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres, y de Reforma a la Ley número 641, Código Penal).

En el desarrollo del juicio oral y público una vez que se reproduce la prueba y han sido expuestos los alegatos conclusivos por las partes, el juez/a procede inmediatamente a dictar su decisión o fallo (condenatorio o absolutorio) sobre la base de la valoración realizada de la prueba reproducida en juicio que lo lleva a un estado de certeza en relación a la acreditación o no de los hechos imputados en la acusación. Una vez que la autoridad judicial se pronuncia mediante su decisión o fallo de condena o absolución procede a fijar dentro del plazo establecido en la ley fecha y hora para notificar sentencia. La audiencia de juicio oral y público es una etapa procesal en la que las partes pueden llegar a acuerdos como salida alterna al conflicto, en virtud de que el Código Procesal Penal establece la mediación, la cual puede tener lugar en cualquier etapa del proceso hasta antes que la autoridad judicial dicte sentencia.

Sustanciación de los recursos en las distintas fases del proceso penal.

En materia de impugnaciones, se respetan los principios del sistema acusatorio, siendo importante resaltar que la legislación nacional contempla la posibilidad de plantear incidente o protestar directamente en las audiencias, en la mayoría de situaciones de lo que se resuelve las partes tiene la posibilidad de recurrir de apelación, con escucha de

la parte contraria, lo que es resuelto por el superior respectivo. Proceden los recursos contra sentencias o autos dictados en instancia ordinaria por los Juzgados Locales Penales se conocen en apelación por los Juzgados de Distrito Penales de Juicio. Siendo un requisito de procedibilidad la manifestación que la parte impugnante/agraviada exprese su pretensión con claridad y su base legal. Luego se examina por la autoridad judicial analizando/valora las razones del recurso de parte agraviada, admitiendo o no el mismo, luego manda a oír a la contraparte, pudiendo darse dos situaciones: la primera que la contraparte responda reservándose derecho de hacerlo en audiencia pública, por lo que en este caso la autoridad judicial señala audiencia pública y en esta ambas partes deberán argumentar sus pretensiones; segundo, que responda la contraparte por escrito fundamentando sus razones, ante esta situación el Juez generalmente no convoca a audiencia pública, y luego dentro del término de ley emite sentencia. Las Sentencias y autos resolutivos dictadas por los Juzgados de Distrito Penales de Juicio son conocidas en apelación por las Salas Penales de los Tribunales de Apelación de las diferentes circunscripciones en que se divide el Poder Judicial en el territorio nacional (Ley número 260, 1999, Art. 38).

Sobre el alcance de los Recursos, las partes pueden producir prueba en esta audiencia, pero solo se practicará prueba que no haya sido recibida en primera instancia sin culpa de recurrente, la que se ignoraba en la instancia del apelante y la que indebidamente se negó al impugnante.

Las resoluciones del Tribunal de Apelaciones, en caso de dar lugar al recurso, se caracterizan por revocar y reformar las sentencias; en ocasiones ordena el reenvío y mandan a realizar un nuevo juicio, en pocos decretan algún tipo de nulidad. El Código Procesal Penal establece que la sentencia se debe dictar en un plazo de cinco días (art. 385 CPP). En un porcentaje menor de los casos- en opinión de la defensa entrevistada, se resuelven mayoritariamente en un plazo mayor, el que se justifica porque en ocasiones se regresan al juzgado de origen cuando hay omisiones que subsanar (comprobante de notificación a las partes, solicitudes de las partes incumplidas, error en la numeración de folios). A nuestro criterio se justifica la demora para el salvaguardo de derechos y garantías de los sujetos y partes procesales; aunque por ejemplo si la notificación se registra en el Sistema Nicarao pero físicamente no se posee la hoja de respaldo, el tribunal de Apelaciones puede verificar la existencia del acto supuestamente omitido, no debiendo regresarse al juzgado de origen por esta causa porque abona a la retardación. Existe un alto porcentaje de apelaciones en las que el día en que debe remitirse al tribunal de Apelaciones la parte interesada realiza cambio de Defensa (puede interpretarse como dilatoria), en ocasiones el Juez/a no se percata de tal situación remitiéndolo porque los actos procesales ya se habían cumplido.

En el caso de los Juzgados de Distrito Especializados en Violencia de la ciudad de Managua, conformados en número de 6, existiendo una Sala Penal Especializada en Violencia y Justicia Penal de Adolescentes, con competencia para conocer las apelaciones de sentencias y autos resolutive dictas por los y las jueces y juezas especializados en violencia; el trámite es idéntico a la justicia ordinaria.

La sustanciación de los procesos en la fase de ejecución de pena, es similar a las anteriores porque existen Jueces y Juezas de Distrito de Ejecución y Vigilancia Penitenciaria encargados de la ejecución penal, y en esta fase se tramitan por medio de incidentes, debiendo convocarse a audiencia. Aquí la autoridad judicial debe resolver sobre la pretensión de forma motivada y fundadamente. Excepcionalmente de manera oficiosa el juez/a puede emitir una resolución sin citar a las partes, y como corresponde toda resolución es impugnabile.

Sobre los recursos de Casación, el recurrente interpone el escrito, admitido el mismo se manda a la oír a que conteste la contraparte; si esta lo hace por escrito no se realiza audiencia pública, pasándolo directamente a estudio por la sala penal. Estimamos que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es exigente respecto al correcto encasillamiento de las causales de forma y de fondo, en caso de que se case la sentencia, el máximo tribunal de justicia /sala penal, en su resolución manda a revocar y reformar las sentencias. Existen casos en que se declaran nulidades y en pocos casos ordenan el reenvío al tribunal competente para realizar un nuevo juicio (en primera instancia). El Código Procesal Penal establece que la sentencia debe de dictarse en un plazo de treinta días (art. 396 CPP), sin embargo, los casos en que no se realiza audiencia se resuelven en periodo mayor, porque a partir de que llegan los autos a la Sala Penal, se elige aleatoriamente al Magistrado ponente. Consideramos además la carga de trabajo del tribunal de carácter nacional, lo que prevalece es notificar a las partes sobre las razones del incumplimiento (igual que con las apelaciones prevalecen de forma similar las mismas justificaciones). Los casos en que se realiza audiencia se resuelven en termino de ley mayoritariamente, a excepción de los casos relacionados a Crimen Organizado por las audiencias con terceros de buena fe, y por las audiencias que solicitan otros interesados (aunque la ley no los contempla los Magistrados han preferido esta práctica), no habiendo oposición de partes. En caso de estar el acusado/a bajo el régimen carcelario, la Sala Penal ordena que autoridad penitenciaria presente al mismo a las audiencias públicas.

Sobre la Acción de Revisión, la Defensoría Pública está autorizada a formular la misma. Una vez que es presentada la acción, la Sala Penal dicta un auto donde la admite y en caso de estar solicitada la audiencia pública, en ese mismo auto convocan a la celebración de la audiencia, siempre citando a la contraparte. Luego se sigue el procedimiento y en caso que se haya ofrecido prueba puede recibirse por la sala en la

misma audiencia. Dentro de los diez días a la celebración de la audiencia el tribunal rechazará la revisión o anulará la sentencia (art. 343 CPP), en la práctica pasa un periodo mayor a los diez días que establece la norma para que se realice la audiencia y consecuentemente el periodo para el dictamen de sentencia se sobrepasa hasta un veinte por ciento del plazo.

Protección del sistema de garantías del imputado.

La actuación del/a defensor/a:

En el proceso se realiza dentro de los tecnicismos, siendo activa durante todas las etapas del proceso penal. Diremos que la Defensa pública posee mayor calidad en el manejo de técnicas de oralidad, en cambio la oficiosa y privada en sus intervenciones aún tienen resabios del sistema inquisitivo: Hacen mucha lectura de memoriales, peticiones mayoritariamente escritas, y por supuesto esperan resoluciones escritas; desaprovechan las oportunidades que brindan las audiencias públicas, donde pueden y deben plantear sus pretensiones con inmediación, concentración y publicidad, y en la misma la autoridad judicial resuelve.

Las Entrevistas que se realizan en las audiencias se producen con límite de tiempo con el/la acusado/a de forma previa a la audiencia de control de detención; se presenta prueba propia en la audiencia de medidas cautelares; se cuestiona de ser procedente la relevancia de la información aportada por el/la fiscal en la etapa intermedia. De igual manera realiza planteamientos sobre cierto límite al acceso a la carpeta de la fiscalía, adopta una teoría del caso propia en el proceso; entre otros. Además de los ya mencionados, hace su argumentación sobre las finalidades de cada audiencia. En los procesos en que procede aplicar la Mediación, explica a su defendido en qué consiste este principio de oportunidad, y plantea a la parte acusadora propuestas de acuerdos preparatorios. Sobre las medidas cautelares hace propuestas de medidas menos gravosas, se opone al decreto de prisión preventiva, y en donde considera que no son necesarias lo argumenta a la autoridad judicial. Opone excepciones, incidentes, y aporta elementos probatorios de descargo, refuta la prueba de cargo. En el caso de la aplicación del Acuerdo procura penas proporcionales.

Cumplimiento de las garantías

En opinión de la Defensa, en nuestra práctica los jueces (as) se muestran preocupados por ser percibidos como imparciales respecto al juzgamiento. Durante las audiencias asume un rol de garantizar las reglas del juego, sin gestionar intereses a favor de una u

otra parte, puesto que el juez/a vela por que el proceso sea ágil transparente, oportuno, procurando la tutela judicial efectiva. Asimismo, el/ la juez garantiza que se materialice el principio de contradicción, permitiendo/favoreciendo a las partes para el debate, refutación, que se contradiga y cuestionen los planteamientos de la parte contraria en todas las etapas del proceso penal, las que son resueltas en audiencia oral. A través de este principio procesal las partes analizan, valoran y comprueban que exista ese control público en la gestión de los jueces/as y los miembros de Tribunal de Jurados, es decir el grado de publicidad es determinante no solo para las partes procesales (Acusado, Víctima, Defensa o Fiscalía), sino para los medios de comunicación y la comunidad en general, porque cualquier ciudadano puede observar la actuación judicial así mismo escuchar y analizar aquellos razonamientos de hecho y de derecho, como las evidencias consideradas para emitir un fallo o veredicto.

El hecho de que se restrinja de manera excepcional la publicidad por razones de moral y orden público cuando declare niño, niña o adolescente; aunque implique limitación, siempre la autoridad judicial fundamenta las razones que motivan la adopción de esa medida, quedando siempre el derecho de protesta y/o impugnación de la misma. También se ordena el carácter reservado de las actuaciones y datos de identificación de las partes procesales de oficio o a petición de partes.

En relación al cumplimiento de la garantía constitucional y procesal que goza cada acusado (a) de ser oído, estos se presentan voluntariamente acompañados de un defensor de su elección en cualquier etapa del proceso; la idea fundamental o central de garantizar a través del derecho de defensa que el acusado sea oído radica o reside en la posibilidad de expresar libremente lo que estime importante para desvirtuar la imputación fáctica (acusación), inhibir la persecución penal o aminorar aquellos efectos jurídicos que suceden a un juicio de reproche. Durante el proceso se asegura que el acusado/a comprenda utilizando un lenguaje sencillo, fácilmente comprensible sobre los hechos por los cuales se le acusa, en determinadas situaciones se manifiestan algunos tecnicismos en relación a las instituciones de la misma ley. Al Juez/a no le es permitido instar/invitar al acusado/a que participe activamente en las audiencias, porque le corresponde a la defensa solicitar a la autoridad que le concede el derecho de ser escuchado por el juez/a o tribunal en relación a la imputación fáctica. De acuerdo a la Ley Procesal Penal y en la práctica de tribunales, se permite al acusado brindar su declaración en calidad de testigo, sometiéndose al procedimiento aplicado a la prueba testimonial- valorarla por el /la Juez como cualquier medio de prueba de las que llegan y se reproducen en juicio oral y público.

El Paradigma Restaurativo como una garantía del imputado o acusado

A partir de la publicación y entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Republica de Nicaragua, se introduce como un pilar fundamental el Principio de Oportunidad y sus distintas manifestaciones las cuales permiten abrir las posibilidades de encontrar soluciones al conflicto de naturaleza penal distintas al juicio común que permitan reestablecer la paz jurídica y social vulnerada mediante la convivencia armónica. En nuestro sistema se regula no solamente la mediación previa y durante el proceso, sino como justicia restaurativa la prescindencia de la acción penal, el acuerdo, la suspensión condicional de la persecución penal. Teniendo asidero legal en las siguientes leyes: Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287, 1998, Arts. 146/150); Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y reformas al Código Penal. (Ley 846, decreto 42/2014).

Existen en nuestra normativa procesal penal regulación concreta para delitos en los que se prohíbe realizar mediación, es el caso delitos los graves de: Femicidio, Homicidio, Asesinato, Violación, Robo con Violencia o Intimidación en las Personas, Lesiones Graves, Estupefacientes, Psicotrópicos y otras Sustancias Controladas. De manera excepcional se utiliza la mediación para delitos cometidos en contra del Estado o con ocasión del ejercicio de sus funciones, por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza. También existen excepciones para mediar en aquellos delitos graves donde exista un perjuicio patrimonial cometido entre particulares sin mediar violencia o intimidación, tales como Hurto y Estafa. El Código Penal en el artículo 181 prohíbe la Mediación cuando el delito sexual sea cometido en contra de niños, niñas y adolescentes. Oportuno asentar que, en los delitos referidos a Violencia hacia la Mujer, no se permite la mediación cuando no reúne los requisitos o si posee antecedentes en delitos regulados en la Ley 779 (según constancia del Juzgado donde el acusado haya tenido su domicilio en los últimos tres años).

Para el caso de reincidentes si existen límites que están determinados por la voluntad de cumplimiento de los acuerdos suscritos, es decir si una de las personas incumple en el tiempo establecido entre ambos deben de analizarse aquellas causas concretas que motivaron el incumplimiento y si es voluntad de la otra parte otorgar por voluntad propia un nuevo plazo así se establece de lo contrario el limite será reanudar la persecución a través de la reapertura del proceso penal al reincidente. En los casos de la Justicia Especializada contra las Mujeres en delitos de Incumplimiento de Deberes Alimentarios, el límite es que solo una vez se puede realizar la mediación durante el proceso.

Las Instituciones del Sistema de Justicia Penal, cuentan con unidades especializadas de mediadores en cada estación policial, las que están adscritas a la Dirección Alterna de

Resolución de Conflictos de la Corte Suprema de Justicia. También se encuentran en las comunidades, barrios, comarcas, distritos la oficina de mediación de conflictos integradas por un sinnúmero de líderes comunitarios denominados bajo la figura de facilitadores judiciales quienes se encuentran ubicados por todo el territorio nacional en los diversos sectores sociales, económicos, políticos, así como en los mercados populares. Una novedad es que en el sector de trabajadoras sexuales, comunidad lésbica, gay, transgénero, así como en las personas con capacidades diferentes, han recibido capacitación y están autorizados para ejercer la función de mediadores ante conflictos que se susciten en estos diversos sectores, además de esa labor tienen la misión de coadyuvar con la administración de justicia aplicando la justicia restaurativa. También en el sector social muchos profesionales del derecho están acreditados para ejercer esa meritoria labor.

Los defensores públicos realizan mediaciones previas a la presentación de la acusación, emiten luego certificado, orientando a las partes interesadas a acudir ante el Ministerio Público para que éste autorice y luego acudan ante la autoridad judicial para su inscripción y control de legalidad.

Los fiscales realizan mediaciones durante el proceso en los casos que el Código autoriza, de ahí que las partes acudan ante el Ministerio Público, solicitando trámite de mediación y de lograrse acuerdo se presenta acta correspondiente ante la autoridad judicial para que realice el control de legalidad. Es un requisito indispensable que se realice de previo a la presentación de acusación: en caso de que la realice el Ministerio Público el querellante, si víctima interviene en causa propia también está permitido por ley; también puede realizarlo el imputado –pretendiendo un acuerdo total o parcial (Ley 406, 2001, Arts. 57/58).

En los delitos de Violencia de Género tipificados en la Ley Integral contra la Violencia hacia la Mujer, el Juez o jueza de Distrito especializado/a en violencia realiza mediaciones durante el proceso.

Reorganización de las instituciones del sistema penal.

Existen tres tipos de *sistemas de defensa*, pública, la defensa privada y la defensa de oficio. La primera es un servicio gratuito brindado por el Estado a través de la Defensoría Pública, la segunda es la que realizan los abogados particulares en el ejercicio libre de la profesión –cuyos honorarios deben ser sufragados por el procesado-, y por último la defensa de oficio que es una función social que realizan los abogados litigantes privados de manera gratuita a favor del procesado -aunque la ley prevé una tasación a posteriori de los honorarios de los abogados de oficio que surtirá efectos con cargo al impuesto

sobre la renta. Las facultades del defensor, independientemente de su modalidad – público, privado o de oficio-, se concretan desde el momento mismo de la detención (si fuera el caso), e implican libertad de comunicación privada y personal con su defendido, así como intervención en todas y cada una de las etapas del proceso, proposición e intercambio de material probatorio y derecho a recurso de todos los actos que lo ameriten.

En el caso de la Defensa Pública, sus facultades en el ejercicio de la defensa están contenidas de manera sistematizada en Manual de Organización y Funciones de la Defensoría Pública, el cual fue aprobado por el Consejo de Administración y Carrera Judicial, mediante Acuerdo No. 75, del 8 de marzo del año 2012. Entre las funciones de los defensores públicos están las de representar legalmente a personas que no tengan la capacidad económica para costear un abogado particular, analizar la documentación del caso, investigar las fuentes de prueba, visitar los centros de penitenciarios o estaciones de policía con el fin de verificar las condiciones del privado de libertad, entre otras. La ubicación institucional de la Defensoría Pública en el Poder Judicial, lo establece el artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como un órgano dependiente y autónomo, de la Corte Suprema de Justicia.

No existen sistemas de defensa especializados por etapa procesal ya que el Defensor que asume la representación de un procesado, la ostenta en todas las etapas procesales. No obstante, sí existen sistemas especializados de defensa por grupos vulnerables, tales grupos son: los niños, niñas y adolescentes, familia, violencia de género, afrodescendientes y grupos originarios. Los defensores públicos que atienden la materia penal, están ubicados por despachos judiciales y especialidad, así tenemos la Unidad de Audiencias, Unidad de Distrito Penal Adulto, Unidad Local Penal, Unidad de Violencia hacia las Mujeres, Unidad de Adolescente, Unidad de Ejecución de Pena y Unidad de Impugnaciones.

Cambios en la organización de la judicatura

La administración de justicia penal en Nicaragua ha experimentado cambios significativamente positivos y relevantes, generándose cambios en la judicatura, a consecuencia del CPP, surgen los Juzgados de Ejecución de Penas y Vigilancia Penitenciaria como una autoridad exclusiva para dar seguimiento a los privados de libertad en cuanto a sus derechos humanos y fundamentales, así mismo se les dio competencia a los Juzgados de Audiencia Penal, con el fin de adoptar las medidas necesarias que aseguren la aplicación efectiva del Principio de Celeridad Procesal, dispuesto en Código Procesal Penal; emitiéndose por la Corte Suprema de Justicia el Acuerdo Administrativo número 147 del año 2003. También se generaron cambios en el

año 2012, al crearse los juzgados especializados en violencia y la sala especializada en violencia y justicia penal de adolescentes del Tribunal de Apelaciones (Acuerdo número 40, Corte Suprema de Justicia, 23 marzo del 2012).

El sistema de administración de justicia penal, está organizado de manera vertical, en la base, los juzgados de primera instancia sean juzgados locales, para enjuiciamiento de delitos menos graves y faltas o juzgados penales de distrito -para los procesos por delitos graves; estos son de carácter unipersonal. Los recursos de apelación que se presenten son resueltos por los jueces de distrito ante apelación de sentencias emitidas por los juzgados locales o por salas penales de tribunales de apelaciones colegiados, que resuelven sobre impugnaciones a sentencias dictadas por Juez de distrito. Existe también existe una sala especializada en violencia de género y justicia penal de adolescentes (solo para el departamento de Managua). Los recursos extraordinarios de casación, resueltos por Sala Penal de la C.S.J.

Oficinas judiciales o estructuras a cargo de la parte administrativa

Las actividades de carácter administrativo dentro del sistema de administración de justicia en Nicaragua han sido delegadas a un nuevo modelo de gestión de despacho judicial integrado por instancias administrativas a las cuales se asignan funciones especiales, permitiendo que jueces/as y magistrados/as se enfoquen en su función y competencia objetiva y funcional. Como consecuencia no tienen dentro de sus funciones o responsabilidades administrativas. Se implementó gradualmente hasta estar funcionado casi en todo el país el Sistema de Gestión de Despachos; cuenta con una estructura que facilita su trabajo, conformada primeramente por el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial (integrada por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia), director a cargo de Secretaria General Administrativa, Subdirección y un Asesor. A su vez se fragmenta en 4 divisiones: infraestructura jurídica, control y seguimiento, implantación y apoyo judicial.²⁴² Como parte del nuevo modelos de gestión de despachos judiciales (que no es solamente utilizado para la instancia penal) se implementó un Sistema de Control de los procesos en el denominado Sistema

242 Inició con un pilotaje el 19 de Junio del 2007 en el Tribunal de Apelaciones y el 19 de Noviembre del 2008 ambos ubicados en la Capital Managua. Finalmente se aprueba la implementación del diseño de modelo de gestión de despacho judicial e implementación de experiencia piloto (Acuerdo Número 11 del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial del 15 de Febrero del 2011). Actualmente el modelo se encuentra implementado en los departamentos de: Managua, León, Bluefields, Matagalpa, Granada, Estelí, Somoto, Puerto Cabeza, Jinotega, Rivas, Juigalpa, Chinandega. Igualmente en los municipios de Ciudad Sandino (Managua) y San Carlos (Río San Juan).

Nicarao, lo cual permite introducir toda la información de los procesos: Actas de audiencias especiales, de juicio oral y público y todo tipo de resoluciones, incluyendo sentencias, fase y estado en que se encuentran los procesos. En materia penal es importantísimo por la publicidad, la eliminación del clientelismo porque se realiza sorteo aleatorio para la radicación de los procesos. Este mismo programa (Nicarao) evita la inversión de tiempo para recibir y cotejar escritos (función realizada por personal auxiliar).

Órganos especializados para niños, niñas y adolescentes

A partir de la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia se crean los Juzgados de Distrito Penal de Adolescentes, son órganos especializados para tratar la justicia penal de niños, niñas y adolescentes, estos juzgados deben estar conformados por un Juez especialista en la materia y además contar con equipo multidisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, médicos forenses, etc.) para auxiliar al Juez. Así mismo la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante acuerdo del 26 de abril del año 2009, creó la Oficina de Ejecución y Vigilancia de las Sanciones Penales a los Adolescentes la cual está adscrita al Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, y que se encarga de controlar y supervisar la ejecución de medidas impuestas al adolescente a través de informes, a como lo establece el Acuerdo número 68 de la Sala Penal. La Oficina da a conocer mediante informe al Juez cuestiones relativas al progreso, rehabilitación del adolescente, cumplimiento o no de las medidas impuestas, modificación, sustitución o cese de dichas medidas.

Nuestro ordenamiento jurídico una vez que se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia “Ley Número 287 del 24 de marzo de 1998, vigente desde el mes de noviembre de ese mismo año”, implementó el modelo de justicia penal restaurativo a niños, niñas y adolescentes. De acuerdo al artículo 195 del CNA, se aplica a las y los infractores medidas socio educativas, de orientación, supervisión y privativas de libertad. Comprendiendo la Justicia Restaurativa una respuesta al crimen respetuosa de la dignidad y equidad de cada persona, a través de la aplicación de métodos alternos para la solución de conflictos, en este caso, en la Justicia Penal de niños, niñas y adolescentes solo se estipula la Conciliación como método para aplicar, y se aplica solamente en delitos que no impliquen medidas privativas de libertad. En cambio, en la Justicia Penal de Adultos el Código Procesal Penal establece en su artículo 55 y siguientes, manifestaciones de la Justicia Restaurativa.

En línea con lo anterior, es meritorio destacar que la Corte Suprema de Justicia, a través de la Oficina Técnica para el Seguimiento al Sistema Penal de Adolescentes, desde el año 2016 ejecuta el Proyecto denominado “Fortalecimiento al Sistema de Justicia Penal

Especializado de Adolescentes en Nicaragua”, auspiciado por la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo de la Junta de Andalucía (España), cuyo objetivo fundamental es fortalecer los procesos de reinserción social de las y los jóvenes y adolescentes en conflicto con ley. En el marco de este proyecto, uno de los resultados esperados es la mejora de la atención mediante el desarrollo de las capacidades de las diferentes instancias del Poder Judicial participantes en las atenciones a los jóvenes, niñas y adolescentes. (Acuerdo de Sala Penal C.S.J, -número 68. mayo 2009. Pags. 7, 8 y 33).

A nivel nacional están constituidos dieciocho juzgados de adolescente, quienes se encargan de aplicar e implementar las distintas modalidades o enfoques restaurativos que tienen un ámbito nacional y cada uno de estos juzgados cuenta con oficinas de carácter administrativo que se encargan de vigilar el cumplimiento y la ejecución de estas medidas restaurativas. Cada judicatura se apoya en equipos interdisciplinarios, adscritos como oficinas auxiliares de la administración de justicia, integradas por psicólogos (as) y trabajadores (as) sociales; entre sus funciones están las visitas de campo tanto para la aplicación de la medida como para el cumplimiento ejecución y vigilancia de esta. Los informes que emite este equipo de carácter bio-psicosocial se elabora de previo a que la autoridad judicial dicte las medidas restaurativas.

Análisis criminal para estudio de los mercados o fenómenos criminales e iniciativa relacionada con persecución penal comunitaria por parte del Ministerio Público.

La actuación del Ministerio Público a lo largo de estos años, como uno de los principales actores del Sistema Acusatorio, ha evidenciado la necesidad de contar con equipos especializados para el enfrentamiento de determinados delitos, que por su naturaleza, afectan sensiblemente a nuestra sociedad. A partir de esto, el Ministerio Público empezó a crear unidades especializadas en determinados delitos con el fin de garantizar una mayor coordinación en las acciones procesales que realizan y así alcanzar un mejor resultado en cuanto al ejercicio de la acción penal. De ahí que se creara la Unidad Especializada Anticorrupción y Contra el Crimen Organizado, la cual fue producto de la fusión de la Unidad Especial contra el Crimen Organizado y la Unidad Especial Anticorrupción, esta Unidad se encarga de investigar delitos en los que intervenga un grupo organizado, red local nacional o transnacional. La UEACO se encuentra bajo la dependencia directa del Fiscal General de la República y su competencia se extiende a todo el territorio nacional, cuenta con 7 Fiscales Especializados a nivel central y posee, al menos, un fiscal especializado en cada uno de los departamentos del país.

Teniendo como fuente la opinión de unos de entrevistados, memorias alusivas, además de la verificación, existe un proyecto para la armonización del Sistema de Justicia Penal

de Centroamérica en el ámbito del Crimen Organizado coordinado con la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países de Iberoamérica, con el fin de garantizar una justicia penal más eficaz en casos de delincuencia organizada, ayudando a reducir los espacios de impunidad lo que redundará en una mejoría de la seguridad ciudadana. Esta iniciativa regional, trata de hacer frente a la creciente inseguridad que impera en la mayor parte de los países de la región, de manera pues que impulsados por el proceso de integración regional, los Jefes de Estado de Centroamérica aprobaron inicialmente la Estrategia de Seguridad de Centroamérica (ESCA) el 8 de abril del 2011. Derivada de la estrategia mencionada, se definieron una serie de componentes para orientar y coordinar las políticas de seguridad y justicia, nacionales y regionales de combate al delito, prevención de la violencia, rehabilitación, reinserción y seguridad penitenciaria, fortalecimiento institucional y coordinación de la estrategia regional, lo cual dio lugar al proyecto “Armonización de la Legislación Penal contra el Crimen Organizado en Centroamérica”. Dicho proyecto, inició formalmente en febrero del 2011, cuando las máximas autoridades del sector justicia de los países de la región tales como: Ministros de Justicia y de Seguridad, Presidentes de Cortes Supremas de Justicia, Fiscales Generales, Diputados, se reunieron para definir un conjunto de tipos penales e instrumentos procesales relacionados con la lucha contra el Crimen Organizado que deberían ser armonizados para dotar de más eficacia a sus actuaciones.

El Marco Normativo Armonizado, aprobado por las máximas autoridades del sector justicia en octubre de 2012 y respaldado por los Jefes de Estado de Centroamérica en junio de 2013, definió los criterios de armonización de los delitos de asociación ilícita, lavado de dinero/legitimación de capitales/blanqueo de capitales, tráfico de drogas y precursores, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, cohecho, peculado, tráfico de influencias y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el ámbito propiamente procesal se propuso unificar criterios entorno a las investigaciones encubiertas; equipos conjuntos de investigación; persecución actual; entrega vigilada; protección de testigos, peritos y otros intervinientes; videoconferencia; decomiso; levantamiento de secreto bancario, financiero o comercial; extradición u orden de detención; transferencia de pruebas; centros de inteligencia e información; jurisdicción y competencia; prueba científica; registros judiciales y régimen procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El documento “Marco normativo armonizado en la lucha contra el Crimen Organizado”, sirvió de base para iniciar un proceso de adaptación y adecuación de las diferentes normativas nacionales al mismo. En el caso de Nicaragua, la Comisión Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal, asumió la responsabilidad de liderar el proceso de adaptación, desde la preparación de los borradores de trabajo, proceso de discusión y aporte de jueces, magistrados, fiscales, defensores y demás operadores del sistema de justicia penal, hasta la presentación de inicia de Ley ante la Asamblea Nacional en enero del 2015; actualmente se encuentra

en discusión para dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Jurídicos, conforme el proceso de formación de la Ley que debe cumplir ese Poder del Estado.

Conclusión

La reforma procesal penal en Nicaragua es producto de la modernización del Estado en procura de desarrollar una cultura de paz y de seguridad jurídica, cumpliendo con altos estándares en materia de promoción, protección y resguardo de los derechos humanos.

Se ha cumplido con el objetivo de las reformas legislativas, porque se trazó el fortalecimiento de las instancias jurisdiccionales, donde la oralidad en los procesos prevaleciera, por ser el medio idóneo para lograr una justicia expedita y transparente. Así mismo se ha producido modernización en los procesos de gestiones judiciales, fortalecimiento a la Defensoría Pública y garantizar el principio de igualdad entre las partes; en el mismo sentido la Transversalización de Género a través de la implementación de la Política de Igualdad de Género del Poder Judicial, procurando un acceso a la justicia con equidad y en reales condiciones de igualdad material para mujeres y hombres, incidiendo en la construcción de la cultura de paz y armonía social.

La primera reforma trascendental para lograr el cambio no solamente a nivel legislativo sino a nivel de la sociedad en su conjunto fue la aprobación y entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del año 2002, pues no sólo permitió abolir un sistema inquisitivo desgastado, que lejos de ajustarse a las nuevas formas de criminalidad producto de la evolución constante de los agentes sociales, la globalización y los avances tecnológicos, generaba desconfianza en el sistema de justicia penal por su secretividad, percepción de falta de imparcialidad y carente de celeridad. Es el primer instrumento procesal regido por el principio de oralidad. El establecimiento del principio acusatorio, como paradigma del nuevo proceso penal, garantiza la imparcialidad del órgano jurisdiccional es frente a las partes lo cual se materializa a través de los siguientes postulados: 1. No es posible que se inicie proceso penal sin una acusación formulada por persona distinta al juzgador. 2. No es posible condenar o absolver por hechos distintos a los que constan en la acusación. 3. La estricta separación de la actividad investigativa y la jurisdiccional es un medio para garantizar un debido proceso, evitando la vulneración del Principio de Presunción de Inocencia. 4. Control de la justicia penal ejercido por juez/a o tribunal colegiado. 5. La división de funciones entre los actores del proceso penal genera la credibilidad y confianza en las instituciones del sector justicia, y contar con un juzgador imparcial, una Policía que investiga profesionalmente y un Ministerio Público que ejerce la función acusatoria sin tener el monopolio de la misma.

Este conjunto de principios y garantías que pretenden salvaguardar los derechos de los imputados y acusados, rigiéndose por la publicidad de los procesos, porque la sociedad debe conocer cómo funciona su sistema de justicia, salvo en aquellos casos en los que se restringe por razones taxativas, entre ellas la salvaguarda de los derechos de las víctimas o la protección de algunos testigos. A través de este principio se cumple con la garantía de transparencia vinculada estrechamente a la imparcialidad del juzgador. También el principio de contradicción a través del cual las partes están en condiciones de equidad, teniendo los mismos derechos, con excepción de la carga probatoria exclusiva del acusador. La Inmediación es otro de los principios torales del proceso penal nicaragüense, disponiendo presencia obligatoria de Juez/a y partes en las etapas procesales.

Además, la ley procesal penal establece y regula mecanismos alternos a la resolución de conflictos, permitiendo el descongestionamiento de los despachos judiciales, destacándose la Mediación Previa y durante el proceso en delitos menos graves y faltas penales como un medio efectivo de reparación y restablecimiento de la convivencia social armónica, simplificando la administración de justicia y enfocándola en los casos de mayor gravedad.

Destacable la participación de la víctima a quien se tiene como parte activa en cumplimiento normativa constitucional que prevé la tutela judicial efectiva, y en condiciones de igualdad la defensa técnica de la parte acusada desde la etapa de investigación. De similar importancia ha sido la creación de Juzgados de acuerdo a la etapa del proceso, así están creados los Juzgados de audiencias (en otros sistemas conocido como Juez de garantía). Juzgados de Juicios (que es el sentenciador) y Ejecución de pena y Vigilancia Penitenciaria, éstos últimos para brindar la debida atención a toda persona sobre la cual ha recaído sentencia condenatoria, garantizando la humanización de la sanción y el desdoblamiento Juez/administración penitenciaria.

En lo que respecta a la limitación al máximo de la prisión preventiva, como principio general de los nuevos sistemas procesales, el CPP establece un abanico de medidas cautelares reales y personales, entre ellas, la presentación periódica al tribunal, la prisión domiciliaria, la prohibición de salida, las cauciones y fianzas. El Código también fomenta la participación ciudadana en la administración de justicia a través de la institución del Jurado. Por medio de la legislación Procesal Penal, se ofrece contribución a una justicia expedita, por la eliminación de formalismos y nulidades (reales obstáculos de acceso a la justicia), al crearse controles con los plazos de duración del proceso. Impera también la obligación/ el deber de fundamentación de las autoridades judiciales haciendo que las sentencias y todo tipo de resolución emanada de tal autoridad cumpla con su finalidad educativa.

La calidad de la exposición y litigación oral de los intervinientes en las audiencias orales y públicas, tiene un aceptable nivel pero solo con los operadores públicos, debiendo equilibrarse las destrezas, porque en las evaluaciones periódicas que realiza a nivel nacional la Comisión Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal, y particularmente la Comisión Técnica, para superar debilidades ha propuesto y facilitando soluciones al programar procesos sistemáticos de capacitación que los mismos operadores facilitan (Jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y profesionales del derecho que ejercen de manera independiente). Deben realizarse esfuerzos para mejorar las técnicas en la formulación de alegaciones iniciales y finales en los juicios, así como al momento de realizar objeciones.

Habiendo transcurrido más de quince años de vigencia del Código Procesal Penal y de otras normas complementarias, podemos concluir que la transición de un sistema penal escrito y tardío a un proceso penal acusatorio regido por una diversidad de principios, ha permitido que los procesos penales se inicien y concluyan antes del vencimiento de término (en plazos sumamente cortos); lo que igualmente aplica en la preservación de los términos en que se admite y resuelven los distintos tipos de recursos, existiendo garantía de que los sujetos y partes procesales tienen una intervención de acuerdo a ley, administrada por jueces competentes objetiva y funcionalmente. Consecuentemente al contar con una protección efectiva de los derechos y bienes de las personas y una forma eficaz de resolver los conflictos penales para restablecer la convivencia pacífica, se permite el crecimiento económico y el desarrollo de una cultura cívica.

Anexos.

Tabla N° : Leyes

Número	Nombre	Publicada	Vinculo
Ley 854	Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la Republica de Nicaragua.	10 Febrero 2014	Asidero legal para la aplicación de leyes ordinarias en materia penal. Requisitos mínimos del debido proceso penal. Tutela judicial efectiva.
Ley 287	Código de la Niñez y la Adolescencia.	Mayo 1998.	Protección integral Niñas, Niños, Adolescentes. Rol de la familia, sociedad, Estado e instituciones privadas. Deber hacia niñas, niños y

			Adolescentes, al igual que el CPP. Surge en período de modernización normativa.
Ley 260	Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua.	Enero 1999.	Asegura el pleno respeto de las garantías constitucionales, Principios para aplicación de las leyes en la Administración de Justicia y la actividad del Poder Judicial.
Ley 641	Código Penal.	Noviembre 2,007.	Delitos y faltas, en los que se basan acusaciones (de acuerdo al Procedimiento determinado en CPP.
Ley 735	Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados.	Septiembre 2,010.	El Crimen Organizado, tiene atención primordial del Estado: prevenir, investigar, procesar y sancionar. Trámites especiales, administración y decomiso de bienes.
Ley 745	Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal.	Enero 2,011.	Control jurisdiccional de la ejecución de las sanciones penales y garantiza la finalidad reeducativa de la imposición de la pena.
Ley 779	Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres.	Febrero 2,012.	Cambio de cultura de violencia hacia la mujer, dotándola de una normativa especial en cuanto a sus propios delitos.
Ley 846	Ley de modificación al artículo 46 y De adición a los artículos 30,31 y 32 de la ley número.	Sept 2,013.	Mejor aplicación de la Ley número 779, necesarias modificaciones acorde a

	779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, "Código Penal".		normativa Constitucional Política y a Ley Orgánica del Poder Judicial.
--	---	--	--

Tabla N° : Acuerdos

Número	Publicado	Vinculo
Acuerdo 110 CSJ	Mayo 2003	Se constituyeron seis juzgaduras denominadas de audiencia y se cerró el año con un total de dieciocho juzgados.
Acuerdo Administrativo número 147.	2003	Determina competencia a los Juzgados de Audiencia Penal, con el fin de adoptar las medidas necesarias que aseguren la aplicación efectiva del Principio de Celeridad Procesal, dispuesto en Código Procesal Penal.

Acuerdo número 68 de la Sala Penal	Mayo 2009	Creación de la Oficina de Ejecución y Vigilancia de las Sanciones Penales a los Adolescentes la cual está adscrita al Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, y que se encarga de controlar y supervisar la ejecución de las medidas impuestas al adolescente a través de informes.
Acuerdo Número 11 del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial	Febrero del 2011	Implementación del diseño de modelo de gestión de despacho judicial e implementación de experiencia piloto.
Acuerdo No. 75 del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial	Marzo 2012.	En el caso de la defensa pública, sus facultades en el ejercicio de la defensa están contenidas de manera sistematizada en Manual de Organización y Funciones de la Defensoría Pública.
Acuerdo número 40 CSJ	Marzo del 2012.	Crea los juzgados especializados en violencia y la sala especializada en violencia y justicia penal de adolescentes del Tribunal de Apelaciones

Bibliografía.

Constitución Política de la República de Nicaragua.

Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia, mayo 1998.

Ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, enero 1999.

Ley 641, Código Penal, noviembre 2007.

Ley 735, Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados Decomisados y Abandonados, septiembre 2010.

Ley 745, Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal, enero 2011.

Ley 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres, febrero 2012.

Reglamento a la Ley 779, Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres de Reformas a la Ley Número 641 "Código Penal", decreto número 42-2014.

Ley 846, Ley de modificación al artículo 46 y De adición a los artículos 30,31 y 32 de la ley número.

Acuerdo 110 de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, mayo 2003.

Acuerdo Administrativo número 147, 2003.

Acuerdo número 68 de la Sala Penal, mayo 2009.

Acuerdo Número 11 del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, febrero 2011.

Acuerdo número 75 del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, marzo 2012.

Acuerdo número 40 de la Corte Suprema de Justicia, marzo 2012.

Aguilar, Marvin. Magistrado Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, Ponencia del 8 de julio de 2003 evento: A 6 meses de aplicación del CPP.

Poder judicial. (2011), Plan Estratégico 2012 – 2021.
http://www.poderjudicial.gob.ni//pjupload/noticia_reciente.

Introducción²⁴⁴

En atención a los diversos cambios que se venían dando en la región latinoamericana en materia de procedimiento penal, la República de Panamá adecuó su legislación en distintas ocasiones, con el propósito de reconocer derechos a los imputados²⁴⁵, facilitar la intervención de la víctima en el proceso penal²⁴⁶, producir mayor celeridad e inmediación,²⁴⁷ e inclusive optimizar la función del Ministerio Público en dirección a la selección de las causas que deben llegar a los tribunales²⁴⁸.

En su momento, tales mecanismos permitieron avances en materia de administración de justicia a pesar de no contar en muchas ocasiones con las herramientas que permitieran implementar cada uno de esos cambios normativos adecuadamente. No obstante, la exigencia de un mejor servicio de justicia para la ciudadanía, condujo al país a un cambio aún más profundo: el de las instituciones que participan de la administración de justicia y la forma de desarrollar el proceso.

En el año 1998 se presentó al entonces Presidente de la República, un anteproyecto de Código Procesal Penal en el cual se destacaba que: "La principal característica del nuevo modelo procesal es que abandona el viejo modelo inquisitivo por uno de tipo acusatorio, donde si no hay acusación no se puede enjuiciar al sujeto y donde la prueba de la acusación, que sirve para fundamentar la condena del procesado, debe necesariamente, salvo contadas excepciones, practicarse en la audiencia oral de la causa, por lo que sólo el juzgador que presidió el debate oral o juicio puede dictar la sentencia que corresponda."²⁴⁹ Este documento, al ser finalizado en las postrimerías del mandato presidencial, no llegó a ser aprobado.

Con posterioridad, Alianza Ciudadana Pro Justicia se ocupó de realizar una Auditoría Ciudadana de la Justicia en Panamá, la cual fue publicada el 7 de junio de 2004. Su

243 Fiscal Superior. Coordinadora de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación y Directora de la Escuela del Ministerio Público.

244 Especial referencia al Plan de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Ministerio Público de Panamá, sección elaborada por Delia A. De Castro D.

245 Incorporación de las medidas cautelares personales distintas a la detención preventiva mediante la Ley 3 de 22 de enero de 1991.

246 Ley 31 de 28 de mayo de 1998 de la Protección a las víctimas del delito.

247 Introducción de la audiencia preliminar a través de la Ley 1 de 3 de enero de 1995.

248 Ley 39 de 26 de agosto de 1999, que otorgó a los Agentes del Ministerio Público la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción penal mediante la aplicación del principio de oportunidad reglado.

249 Presentación de los anteproyectos del Código Penal y Código Procesal Penal. En: Cuadernos de Ciencias Penales. Instituto Panameño de Ciencias Penales. Año I. Enero – Diciembre 1998. No. 1. p. 212.

enfoque central fue la justicia penal y se alcanzaron una serie de interesantes conclusiones, entre las cuales destacaban que nuestro sistema de justicia penal:

Era lento y ritualista

Presentaba dificultades para lograr la efectividad de las garantías fundamentales

Con poco uso de medios alternativos para la solución del conflicto penal

Insuficiente atención a víctimas e imputados

Limitado acceso a la justicia para personas de escasos recursos

Deficiencias en la selección y evaluación del personal del Órgano Judicial y del Ministerio Público

Éstos, entre otros factores, llevaron a la suscripción de Pacto de Estado por la Justicia (año 2005), con el cual se creó la Comisión de Estado por la Justicia que definiría una agenda de reforma judicial y orientaría de forma sistemática los esfuerzos permanentes dirigidos a la ejecución de dicha agenda.

En ese contexto, se incluyó la creación de un nuevo Código Procesal Penal compatible con la lógica del sistema acusatorio. Para ello, se trabajó en distintas comisiones (técnica y de codificación), dando como resultado el Anteproyecto de Ley 256 presentado a la Asamblea Nacional (año 2006), el cual entre otras cosas, mostraba como ideas rectoras: *“...la efectiva igualdad de las partes en el proceso, una justicia restaurativa, respetuosa de los derechos humanos, de la dignidad humana, con fines propios de la paz jurídica, la resocialización efectiva de los delincuentes, la tutela de las víctimas, sobre todo las indefensas; que el debido proceso responda a las ideas lógicas de dos partes – de allí siempre su carácter dual- que contienden respecto a un mismo bien de la vida, en condiciones de plena y absoluta igualdad, ante un tercero, independiente, imparcial e imparcial llamado Juez; la vigencia eficaz de la oralidad en los juicios que permitan procesos inspirados en la economía procesal sin que por ello se desmerite la eficacia y la eficiencia procesal...”*²⁵⁰

Surtidas amplias consultas ciudadanas y discutido ante la Asamblea Nacional en los tres debates que manda la Constitución Política panameña, fue finalmente aprobado el Código Procesal Penal mediante la Ley 63 de 28 de agosto de 2008.

Con el propósito de lograr una implementación adecuada, la entrada en vigencia de este nuevo instrumento procesal se diseñó de forma progresiva conforme lo dispone su artículo 556.

²⁵⁰ Exposición de motivos del Proyecto de Ley 256 que adopta el Código Procesal Penal.

Originalmente se programó dar inicio a la puesta en marcha de la reforma procesal penal el 2 de septiembre de 2009, pero por mandato de la Ley 48 de 1 de septiembre de 2009, esta se aplazó hasta el 2 de septiembre de 2011, fecha en la que efectivamente empezó a aplicarse el Código Procesal Penal en el Segundo Distrito Judicial integrado por las provincias de Coclé y Veraguas. Luego continuó el Cuarto Distrito Judicial integrado por las provincias de Herrera y Los Santos, donde empezó a regir el Código Procesal Penal desde el 2 de septiembre de 2012.

Los pioneros en la aplicación del sistema fueron dándole cuerpo a las prácticas concretas, moldeando las referencias y experiencias internacionales y transformándolas en prácticas del territorio panameño. Los primeros resultados fueron positivos (aun cuando las dificultades naturales de un cambio como este), se demostró que una reforma procesal penal en Panamá sí era posible.

No obstante, cuando se acercaba la entrada en vigor del Código Procesal Penal en el Tercer Distrito Judicial integrado por las provincias de Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngäbe Buglé, entró en el escenario el desafío de trabajar en áreas de mayor nivel delictivo, con fronteras y en las que por primera vez había que sumar a la población indígena al cambio. En adición, el país atravesaba por un nuevo proceso electoral. La reforma procesal penal entonces se aplazó una vez más con la emisión de la Ley 8 de 6 de marzo de 2013 que fijó la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio para el 2 de septiembre de 2015 y, afortunadamente, la nueva fecha se cumplió.

Quedaba en ese momento pendiente una etapa más, la más complicada y demandante: el Primer Distrito Judicial integrado por las provincias de Panamá Oeste, Colón, Darién y la capital del país, Panamá. Además, las comarcas indígenas Guna Yala, Guna de Madugandi, Wargandi y Emberá – Wounaan, también se incorporaban.

La labor decidida de los actores responsables de cada una de las instituciones permitió, a pesar de los múltiples desafíos presupuestarios, de infraestructura, de selección de personal y de capacitación, cumplir con la puesta en marcha el 2 de septiembre de 2016, complementando así el ciclo de implementación previsto para el país.

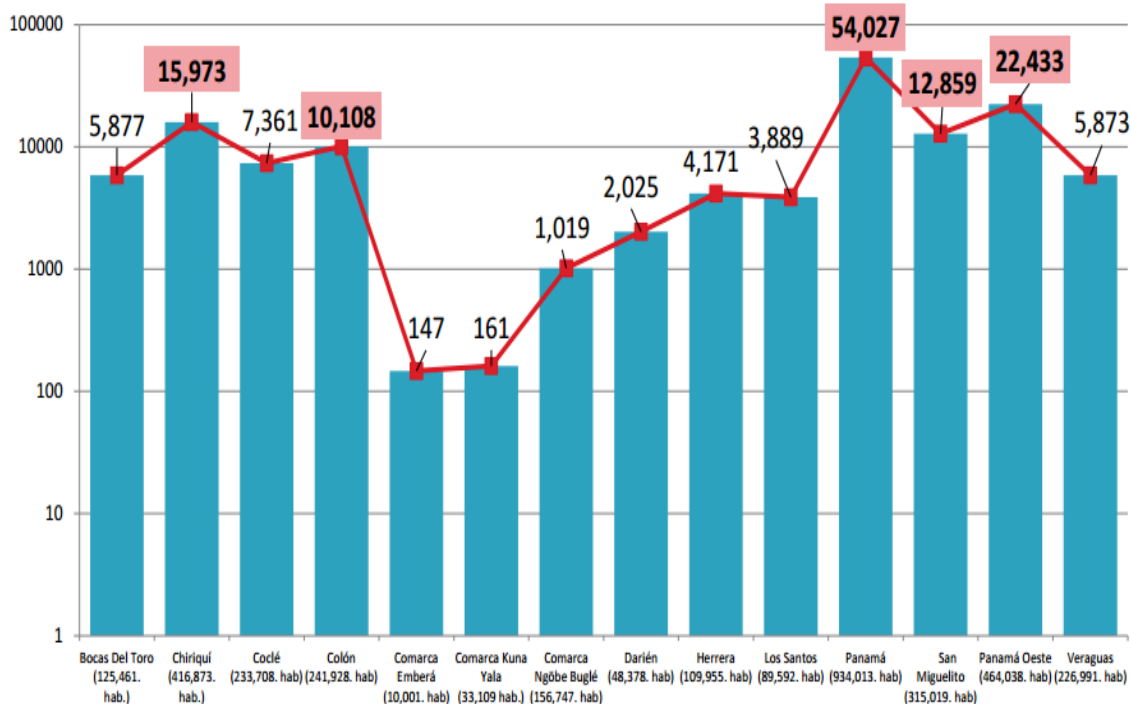
Si bien el Código Procesal Penal establecía que el nuevo procedimiento se aplicaría para casos que se dieran a partir de su entrada en vigencia por Distrito Judicial, ya instalado el sistema en todo el territorio nacional, se hizo evidente que el sistema mixto se mantendría por muchos años en vigencia si no se ponía un límite a ello. Fue así como el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento histórico de 5 de junio de 2017, dispuso, entre otras cosas, fijar el 31 de diciembre de 2017 (hasta las 11:59 de la noche) como fecha límite para iniciar de oficio o presentar denuncias o querellas para ser tramitadas con las normas del Libro Tercero del Código Judicial por hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en los respectivos Distritos

Judiciales. También estableció que a partir del 1 de enero de 2018 todos los procesos penales que se iniciasen, independientemente de la fecha de ocurrencia de los hechos, se deberían tramitar con las normas del Código Procesal Penal.

A partir de ese momento, todo caso de nuevo ingreso independientemente de la fecha de su ocurrencia ha iniciado su trámite bajo las reglas del Sistema Penal Acusatorio y cuando corresponde ha sido sometido a los controles de legalidad de la investigación ante los Jueces de Garantías.

En el siguiente gráfico podemos observar el nivel de ingreso de casos que se ha presentado por provincia desde que el sistema entró a regir a nivel nacional y cómo la provincia de Panamá se posiciona en primer lugar, seguida de Panamá Oeste, Chiriquí, el Distrito de San Miguelito²⁵¹ y Colón.

Gráfico 1. Noticias criminales ingresadas al Ministerio Público por provincia desde el 2 de septiembre de 2016²⁵² hasta el 12 de julio de 2018 (p)²⁵³



Oralidad y calidad de litigación

251 El Distrito de San Miguelito forma parte de la provincia de Panamá pero por su tamaño, población y nivel de incidencia delictiva tiene asignada una Fiscalía Regional de forma similar a otras provincias.

252 El 2 de septiembre de 2016 se completó la implementación del Sistema Penal Acusatorio a nivel nacional.

253 Nota: (P) Se refiere a los datos preliminares tomados del 02 de septiembre 2016 al 12 de Julio 2018, de la Plataforma del SPA. Fuente: Centro de Estadísticas del Ministerio Público. Instituto Nacional de Estadística y Censo de la Contraloría General de la República de Panamá.

Con el cambio de sistema mixto (inquisitivo reformado como le denominan algunos) hacia el sistema penal acusatorio, el nivel de audiencias se incrementó significativamente, pues la mayoría de las actividades procesales que antes quedaban en manos del fiscal y que se decidían por escrito, hoy día están en manos de los jueces de garantías y se deciden en oralidad. Entre ellas: la legalización de aprehensión, la formulación de imputación, las medidas cautelares personales, la de autorización para intervención corporal, control posterior de allanamientos realizados por urgencia, operaciones encubiertas, incautación de datos, entre otras.

El Código Procesal Penal permite la realización de más de 40 tipos de audiencias distintas en fase de investigación, a lo que se suman las audiencias innominadas y aquellas de afectación de derechos fundamentales que se han popularizado entre víctimas e imputados que consideran que tienen algún derecho afectado y que no está prevista una audiencia especial para ello.

Todos estos temas se ventilan en oralidad por mandato de los artículos 128²⁵⁴ y 278²⁵⁵ del Código Procesal Penal, además de aquellas previstas en la fase intermedia dirigida a la sustentación y control de la acusación, así como para la revelación de evidencias; en la fase del juicio oral para el debate de fondo sobre culpabilidad o inocencia y las audiencias en sede de cumplimiento cuando como consecuencia del juicio se impone una sanción, ya sea privativa de libertad o no.

Uno de los aspectos más relevantes a destacar es que en Panamá, por regla general,²⁵⁶ los jueces deciden de conformidad con la información planteada por las partes en el debate oral y no en base a documentos que conoce previamente.

Desde una perspectiva de litigación, refiriéndonos a las habilidades de las partes, si bien se ha avanzado mucho en cuanto al planteamiento de los hechos jurídicamente relevantes, todavía existen momentos y audiencias en las que llega a recurrirse (dentro del planteamiento de los hechos) a la denuncia de la víctima, al informe policial, entre otros elementos de convicción en lugar de describir típicamente cuál fue la situación fáctica que se dio que tiene relevancia penal, a quien afectó, quién la cometió, en qué

254 Artículo 128. Oralidad. Los actos procesales serán orales. Los asuntos debatidos serán resueltos en la misma

audiencia, y los presentes se considerarán notificados por el pronunciamiento oral de la decisión judicial.
255 Primer párrafo del artículo 278. Audiencias ante el Juez de Garantías en la fase de investigación. Las decisiones, actuaciones y peticiones que el Juez de Garantías deba resolver o adoptar en la fase de investigación se harán en audiencia, salvo las actuaciones que por su naturaleza requieran de reserva para sus propósitos.

256 Referimos que por regla general porque no han faltado casos, sobre todo en altas esferas, en las que quien ha sido designado como juez de garantías se pronuncia en las causas en función del uso de documentos de la investigación que las partes no necesariamente han aludido. Pero esta, ha sido realmente una excepción.

lugar se suscitó, en qué fecha ocurrió y a qué hora se cometió, sin mayores complementos jurídicos.

Las audiencias que más se realizan a nivel nacional son aquellas relacionadas con legalización de aprehensión, formulación de imputación e imposición de medidas cautelares.

En la primera, se discute, en los casos que así lo permiten, situaciones que puedan estar relacionadas con la afectación de los derechos del sospechoso al momento de su aprehensión incluyendo las circunstancias en que se dio esta privación temporal de la libertad (es decir, si se configura o no alguno de los supuestos de flagrancia descritos en el artículo 233 del Código Procesal Penal;²⁵⁷ en caso de no ser una situación de flagrancia si existía o no una orden del fiscal; si se dio la lectura de derechos de la persona aprehendida y hasta se procesa una constancia de buen trato que tiene como presupuesto una visita previa a un centro hospitalario del Estado en el cual se verifica la condición física en la que se encuentra la persona que será presentada ante el Juez de Garantías). Según las estadísticas correspondientes al mes de mayo de 2018, 55% de las aprehensiones se dio por flagrancia y 45% por orden del fiscal.

Cabe destacar que en Panamá, los fiscales tienen el deber de realizar dentro de las primeras 24 horas luego de producida la aprehensión de una persona un control inicial que les permite ordenar la libertad de la persona aprehendida por las unidades policiales si estiman que no se cumplen los supuestos de flagrancia o que no hay suficientes elementos para luego imputarle la comisión de un hecho delictivo.²⁵⁸ Esto no ha constituido impedimento para que, con el transcurso del tiempo y luego de avanzada la investigación, los fiscales puedan girar una orden de aprehensión contra la misma persona – en este nuevo momento- con mayores elementos de convicción.

En la mayoría de las ocasiones (porcentaje que supera el 95%), las aprehensiones resultan legalizadas.

257 Artículo 233. Aprehensión policial. Los miembros de la Policía Nacional podrán aprehender a toda persona,

aun sin orden judicial, en los siguientes casos: 1. Cuando haya sido sorprendida en flagrante delito o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión. 2. Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. En caso de flagrancia, cualquiera persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el delito produzca consecuencias. La persona será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana...

258 En estos casos si la persona aprehendida estima que se dio algún tipo de violación a sus derechos al momento de privarle temporalmente de libertad igualmente puede acceder a los Jueces de Garantías para que se pronuncien sobre el asunto en lo que se ha denominado en la práctica “audiencia de control de afectación de derechos”.

Gráfico N° 2 Cantidad de aprehensiones en el Primer Distrito Judicial, según resultados. 1 al 31 de mayo de 2018.

Audiencia de legalización de aprehensión	Cantidad	Porcentaje	Panamá	San Miguelito	Panamá Oeste	Colón	Darién
TOTAL...	431	100%	240	47	57	78	9
LEGAL	420	97%	234	45	54	78	9
NO LEGAL	11	3%	6	2	3	-	-

En cuanto a la formulación de imputación, ese acto en el cual el Ministerio Público comunica a una persona específica, identificada e individualizada que mantiene una investigación en su contra por determinados hechos que encajan en una norma penal, a la vez que le transmite los elementos de convicción con que cuenta para ello, algunos de los temas más álgidos hoy día se concentran en lo siguiente: ¿Tiene el defensor la posibilidad de debatir la imputación que formula la fiscalía? ¿Puede el Juez de Garantías dar por no formulada la imputación? Veamos lo que ha sucedido en la práctica del sistema.

En torno a la formulación de imputación, la defensa tiene posibilidad de realizar cuestionamientos a la fiscalía dirigidos a que se le realicen aclaraciones tanto sobre el aspecto fáctico enunciado, el aspecto jurídico o el probatorio. El propósito esencial no era solamente que su cliente (el imputado) quedara más claro sobre la información que plantea el fiscal sino demostrarle al juzgador los vacíos o debilidades del planteamiento de la fiscalía para preparar un mejor escenario al momento de debatir la medida cautelar. Sin embargo, con el tiempo, algunos jueces²⁵⁹ empezaron a permitir la argumentación de la defensa dirigida a cuestionar directamente la imputación formulada por la Fiscalía. Algunos refieren que se trata de una especie de objeciones. Sobre este aspecto aún no hay unificación nacional.

Esto nos lleva entonces a dar respuesta a la segunda pregunta que formulamos. Por regla general, a inicios del sistema, se tenía la idea de que la formulación de imputación era muy propia de la fiscalía, que se trataba de la comunicación que hacía el fiscal al imputado sobre los hechos, el derecho (tipo penal) y los elementos de convicción que tenía hasta ese momento, sin importar su fortaleza. Poco a poco esto ha ido cambiando y algunos jueces han rechazado o dado por no presentada la imputación²⁶⁰, sin perjuicio

259 Decimos algunos porque este es un debate que se está surtiendo aun hoy día y no hay una posición uniforme a nivel nacional.

260 En estos casos usualmente la Fiscalía ha presentado Amparo de Garantías Constitucionales, en

de que, a futuro, mientras la acción penal no haya prescrito pueda fortalecerse la investigación y volver a presentarse.

En nuestro país se presenta una particularidad sobre la fijación del plazo de investigación, pues si bien en algunos países esta discusión se surte luego de la imposición de la medida cautelar, en nuestro medio, de conformidad con el artículo 281 numeral 2 del Código Procesal Penal²⁶¹ esta discusión se da inmediatamente el Juez de Garantías anuncia que se tiene por formulada la imputación tal como la ha expresado el fiscal, definiéndose inmediatamente si se sujeta al plazo legal, si se limita el mismo o si se extiende de acuerdo al nivel de complejidad que pueda tener la investigación.

En cuanto a la intervención de los Jueces de Garantías en lo que atañe al contenido fáctico de la imputación, si el fiscal lleva una buena narración y contenidos adecuados a los parámetros legales, no hay necesidad alguna de intervenir. La fiscalía no debe forzar imputaciones. Si hay falta de información, confusión o se presenta información poco clara, los jueces deben dar la oportunidad para que la defensa pública o privada haga el control horizontal (aunque en ocasiones abogados con poca experiencia no tienen claro qué debatir en el momento por lo que no precisan cuál es el defecto que tiene la descripción de los hechos que hace la fiscalía y que afecta su adecuación con la norma penal).

En la práctica, en ocasiones, algunos jueces intervienen sin que exista necesidad de hacerlo. No obstante, en caso de que no se solucione el tema, es decir, que se mantenga la confusión o la falta de claridad, es opinión de los conocedores del sistema que el Juez de Garantías interviene para tratar que la fiscalía dé una explicación clara sobre los hechos, pues al final es deber del juzgador cerciorarse de que el imputado haya comprendido la imputación que se le formula.

En las audiencias de medidas cautelares se respeta el planteamiento relacionado con la existencia del supuesto material, pues como tradicionalmente se realizan en audiencias multipropósito, de solicitudes múltiples o “combo”, como se le han conocido popularmente, y minutos antes se formuló la imputación usualmente se hace alusión a los mismos elementos antes enunciados. Con posterioridad se entra en la discusión del riesgo procesal velando por la selección de una exigencia cautelar específica sobre la cual se realiza la argumentación.

algunos casos se han concedido y en otros casos no.

261 El artículo establece en su numeral 2 que desde la audiencia de formulación de imputación comienzan a contarse los plazos previstos en los artículos 291 (plazo legal de 6 meses) y 292 (plazo judicial discutido en audiencia y fijado por el juez), que tiene el Ministerio Público para declarar cerrada su investigación y comunicarlo así a las partes

Panamá no cuenta con servicios de antelación al juicio, pero tanto la Fiscalía como la Defensa Pública cuentan con equipos de investigadores. Una práctica a destacar, por ejemplo, es que en la provincia de Colón²⁶² los fiscales desde la Sección de Atención Primaria en la cual se prepara la carpeta para las labores de litigación que posteriormente realizará la Sección de Decisión y Litigación Temprana envían comisión a la Dirección de Investigación Judicial para que se verifique si el imputado tiene residencia fija o no, si labora, si tiene familia, vínculos con la comunidad (todos los temas de arraigo), cuál es su historia médica, entre otros. Esta información la utilizan para seleccionar de inicio la medida cautelar que estiman idónea. Lo propio puede hacer la Defensa Pública o Privada en caso de haber sido convocada.

No es ajeno al proceso que los defensores se presenten a la audiencia con certificaciones de buenas conductas emitidas por una Corregiduría (hoy día Jueces de Paz), con recibos de matrículas de la universidad, reporte de calificaciones, certificado de nacimiento de los hijos del imputado, informes médicos, entre otros documentos que les puedan resultar útiles para el debate. En el escenario de la audiencia, estos documentos deben ser conocidos por la contraparte para que se pueda pronunciar sobre su contenido, veracidad, entre otros.

Luego del debate, por regla general el Juez se pronuncia sobre las medidas cautelares solicitadas por las partes en la medida que estén acordes con lo discutido en audiencia. La decisión es susceptible de recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Apelaciones.

Los jueces suelen ser amplios al momento del debate, ofrecen flexibilidad y permiten que fluya la información. Suelen comprender el poco tiempo que hay entre la aprehensión y la audiencia de medida cautelar en los casos de flagrancia y la diferencia que se genera entre el tiempo con que cuenta el Ministerio Público cuando llega a un debate de esta naturaleza después de haber investigado por meses versus el tiempo con que cuenta la defensa para obtener información. Un aspecto que surgió como preocupante en la entrevista realizada a la consultora fue la influencia que están teniendo las redes sociales y los medios de comunicación en el escenario de los casos que se conocen en el Sistema Penal Acusatorio, lo que se adiciona a la posible afectación de la condición de independencia judicial por la falta de estabilidad al no haberse implementado aún la carrera judicial.

El control o seguimiento de las medidas cautelares queda en manos del Ministerio Público que, a través de su Oficina de Seguimiento de Medidas Cautelares, lleva los registros de notificación, hace visitas domiciliarias a quienes están privados de libertad

²⁶² Se da de igual manera en la mayoría de las provincias del país, pero se destaca esta provincia producto de algunas experiencias referencias obtenidas en el área.

en su residencia y mantiene los pasaportes de las personas a las que se le ha ordenado impedimento de salida del país. Sobre otras medidas cautelares el sistema aun no cuenta con los recursos suficientes para dar un seguimiento efectivo.

A continuación, se muestra el nivel de audiencias que se realiza en un mes en el Primer Distrito Judicial que es el de mayor actividad procesal en el país.

Gráfico No. 3. Número de audiencias realizadas en el Primer Distrito Judicial por Circuito Judicial. 1 al 31 de mayo de 2018.

Tipo de audiencias	Cantidad	Porcentaje	Panamá	San Miguelito	Panamá Oeste	Colón	Darién
TOTAL...	3649	100%	1884	438	656	541	130
Audiencia de Control Posterior	323	9%	188	26	78	24	7
Audiencia de Disposición de Evidencia	118	3%	63	28	15	12	-
Audiencia de Legalización de Aprehesión	431	12%	240	47	57	78	9
Audiencia de Formulación de Imputación	733	20%	335	95	131	129	43
Audiencia de Solicitud de Medida Cautelar	393	11%	200	60	59	60	14
Audiencia de Reemplazo de Medida Cautelar	12	0%	3	4	0	5	-
Audiencia Medidas de Protección	51	1%	23	7	9	10	2
Audiencias de Sobreseimiento	7	0%	6	-	-	1	-
Audiencia de Validación de Acuerdo	228	6%	143	21	29	25	10
Audiencia de Acusación	82	2%	26	13	29	11	3
Audiencia de Suspensión del Proceso Sujeto a Condiciones	159	4%	52	19	24	62	2
Audiencia de Sentencia	186	5%	127	19	21	6	13

Audiencia de Derivación a Mediación	77	2%	41	12	17	4	3
Audiencia de Desistimiento	30	1%	14	1	10	2	3
Audiencia de Revisión de Cumplimiento de la Sentencia	3	0%	3	-	-	-	-
Audiencia de Verificación del Proceso Sujeto a Condiciones	101	3%	64	2	-	35	-
Audiencia de Apelación	70	2%	39	11	8	8	4
Audiencia de Fase Intermedia	47	1%	19	9	17	2	-
Audiencias innominadas	267	7%	110	17	98	36	6
Audiencia de Juicio Oral	44	1%	22	5	7	8	2
Audiencia de Incautación de Datos	39	1%	-	16	11	12	-
Audiencia de Acumulación de Casos	5	0%	-	4	-	1	-
Audiencia de Prueba Anticipada	7	0%	-	4	-	3	-
Audiencia de Revisión de la Medida	23	1%	-	6	15	1	1
Audiencia de Criterio de Oportunidad	0	0%	-	-	-	-	-
Audiencia de Afectación de Derechos	13	0%	-	4	6	2	1
Audiencia de Secuestro Penal	0	0%	-	-	-	-	-
Audiencia de Control de Legalidad	2	0%	-	2	-	-	-
Audiencia de Revisión de archivos	0	0%	-	-	-	-	-

Audiencia de Solicitud de Cumplimiento	28	1%	28	-	-	-	-
Audiencia de Verificación de Cumplimiento	82	2%	82	-	-	-	-
Audiencia de Revocatoria del Proceso Sujeto a Condiciones	2	0%	-	-	-	-	2
Audiencia de Validación de Acuerdo de mediación	74	2%	44	6	15	4	5
Audiencia de Revisión de Acuerdo de mediación	0	0%	-	-	-	-	-
Audiencia de Verificación de Medida Cautelar	12	0%	12	-	-	-	-

En cuanto a las salidas alternas, las de mayor uso son: acuerdos de pena, suspensión del proceso sujeto a condiciones y mediación.

Gráfico N°4. Cantidad de Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos aplicados en el Primer Distrito Judicial. 1 al 31 de mayo de 2018.

Tipo de salida alterna	Cantidad	Porcentaje	Panamá	San Miguelito	Panamá Oeste	Colón	Darién
TOTAL...	480	100%	248	53	71	93	15
Acuerdo de Pena	200	42%	121	21	20	28	10
Criterio de Oportunidad	20	4%	20	-	-	-	-
Desistimiento	30	6%	14	1	10	2	3
Mediación y Conciliación	73	15%	41	12	17	3	-
Suspensión del Proceso	157	33%	52	19	24	60	2

Sujeto a Condiciones							
-------------------------	--	--	--	--	--	--	--

En estas audiencias el Juez se asegura de que la persona haya comprendido la decisión que toma de optar por una salida distinta al juicio oral, sobre todo en el caso de los acuerdos de pena. En estas audiencias se explora la existencia del consentimiento del imputado, se verifica que la decisión que está tomando tenga fundamento en información de calidad ofrecida por su defensor, que haya comprendido los hechos, que esté claro en la pena que se le va a imponer y que implica tener antecedentes penales, entre otros aspectos.

En los casos de suspensión del proceso sujeto a condiciones, en la práctica nacional no se considera directamente que la pena mínima que tenga el delito fijada en la ley sea de 3 años de prisión o menos, sino que los litigantes y, en su caso, el Juez hacen un anticipo de la posible pena que se impondría si la persona resultara condenada, analizan posibles agravantes y atenuantes y si el cálculo de la eventual pena se mantiene en el límite de lo señalado por la norma, se procede con la suspensión.²⁶³

En cuanto a las condiciones, por ser un sistema oral y tener a la persona presente en el acto de audiencia suele existir un intercambio interesante sobre los parámetros de esas reglas de conducta. Inclusive en múltiples oportunidades los defensores las solicitan de forma anticipada para que se considere el interés del imputado y su real posibilidad de cumplir.

Las condiciones que establece la Ley procesal penal en su artículo 216 son:

Residir en un lugar señalado y someterse a la vigilancia ante la autoridad que el Juez determine.

Prohibirle frecuentar determinados lugares o personas.

Abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas.

Cumplir con los estudios completos del nivel de educación básica.

Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución determinado por el Juez de Garantías.

²⁶³ Lo anterior pese a la oposición en su momento del Ministerio Público. Sobre este aspecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia al resolver recurso de apelación dentro de la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales propuesta por una "Fiscal Jefa de Unidad" de la provincia de Veraguas contra la decisión dictada por un Juez de Garantías de la provincia de Veraguas en la cual se aceptaba esta salida alternativa en un caso de violación sexual.

Prestar trabajo voluntario y no retribuido a favor del Estado o de entes particulares de asistencia social, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario.

Permanecer en un trabajo, empleo, oficio, arte, profesión o industria o adoptarlo en el plazo que el Juez de Garantías determine, si no tuviera medios propios de subsistencia.

Son pocos los delitos que conforme a la Ley admiten la mediación como salida alterna²⁶⁴. En nuestro caso, el Centro de Métodos Alternos de Solución de Conflictos se ubica en el Órgano Judicial y la norma no es clara en la posibilidad de recurrir a la mediación o a la conciliación sin necesidad de una imputación.

Por ello, para que un caso se derive a mediación es necesario que el Fiscal haya imputado. Tanto el Ministerio Público en sus primeros contactos con las partes como el Órgano Judicial a través del Juez de Garantías que preside la audiencia, suelen informar a las partes sobre la posibilidad de negociación que existe. Usualmente las partes acceden y alcanzado el acuerdo se le da seguimiento para su cumplimiento. Si se cumple se procede con la extinción de la acción penal. Si no se cumple, se reactiva el caso.

Seguidamente pasamos a abordar un poco lo relacionado con la Fase Intermedia, dado que el sistema se ha implementado a nivel nacional podríamos encontrar tantas prácticas como jueces existen.

Una buena práctica implementada para procesos comunes es que el Juez de Garantías que dirige la audiencia de acusación en la Fase Intermedia no puede ser el mismo que haya intervenido durante la Fase de Investigación controlando la legalidad de los actos realizados por el Ministerio Público y pronunciándose sobre la violación o no de los derechos de las partes. Partiendo de este punto, tenemos jueces que conocen por primera vez el caso y que sí cuentan, al menos, con un escrito de acusación en el cual el Fiscal, cumpliendo los requisitos del artículo 340 del CPP ha hecho alusión a:

Los datos que sirvan para identificar al acusado o a los acusados.

La relación precisa y circunstanciada del hecho o de los hechos punibles y de su calificación jurídica.

264 Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas; Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque; Incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad; Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado; Contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública; Calumnia e injuria; Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto; Falsificación de documentos en perjuicio de particulares.

La participación que se atribuya al acusado, con la expresión de los elementos de convicción que lo vinculan.

La pena cuya aplicación se solicite.

El anuncio de la prueba, presentando la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre, la ocupación y el domicilio, salvo en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 332, en los cuales se deberán acompañar esos datos de individualización de testigos y peritos en sobre sellado; no obstante, la identidad podrá ser del conocimiento de la defensa.

También se acompañarán los documentos o informes y se anunciarán las evidencias materiales que serán presentadas en el juicio ...

Ahora bien, así como hay jueces que adoptan un rol activo no en el sentido de afectar la teoría del caso de los intervinientes sino de ocuparse de controlar que lo que llegue a juicio sea realmente lo necesario, otros jueces mantienen un rol activo que puede ser estimado como limitante para los litigantes excluyendo pruebas que por el ejemplo la fiscalía estima necesaria y que la defensa no objetó. Asimismo, podemos encontrar jueces más pasivos que si la defensa no presenta objeción, no excluyen elementos probatorios de la acusación. Reporta la defensa que hay poco uso de las convenciones probatorias a pesar del ofrecimiento de estas a la fiscalía.

Desde una mirada externa al sistema se expresa que aún hace falta mayor avance y control para que los jueces en esta fase cumplan adecuadamente su rol de hacer un verdadero examen y balance de los elementos probatorios que realmente deben pasar a juicio.

En la provincia de Panamá nos hemos encontrado con causas que revisten mayor complejidad que aquellas que se verifican con regularidad en el interior de la República. Por ello, se ha dado el fenómeno (aun por ajustar) consistente en que audiencias intermedias han tomado días para que se defina qué elementos pasarán a juicio.²⁶⁵

Cabe destacar, que además la exclusión de prueba por ilícita en la fase intermedia admite apelación y si bien no es una audiencia común, antes la norma establecía que solo el Fiscal podía apelar, pero a raíz de dos demandas de inconstitucionalidad, una contra el artículo 169 numeral 3 del Código Procesal Penal y otra contra 347 del mismo texto normativo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en decisiones de 9 de febrero de 2017 y 12 de octubre de 2017, respectivamente, declaró inconstitucional la

²⁶⁵ Usualmente ha ocurrido esto en casos con múltiples imputados representados por abogados distintos.

referencia que se hacía al fiscal, permitiendo que también la defensa apele si algún elemento probatorio propuesto se le excluye por ilícito.

En cuanto al juicio oral, el sistema por el momento cumple con estándares ideales, ya que solo un mínimo porcentaje de las causas llega a juicio.²⁶⁶ No obstante, no parece que esto sea sostenible a largo plazo si no se incrementa el uso de los procedimientos alternos para la solución del conflicto penal.

Una práctica del sistema ha decantado en la posibilidad de que se lleguen acuerdos “en la puerta del juicio oral”, esto es, antes de iniciarse los alegatos. Esto ha generado amplias críticas, pero es una práctica que persiste.

En el escenario del juicio oral los jueces suelen ser enfáticos en solicitar a los litigantes hacer uso de la técnica para interrogar, contrainterrogar, introducir evidencias, refrescar memoria y destacar inconsistencia. Para hacer un adecuado control es importante que también la sepan utilizar.

Como buena práctica se presenta que son celosos en el uso del tiempo, les gusta conocer cuál es la teoría del caso de los litigantes y no suelen introducir preguntas al testigo pues no buscan reemplazar al litigante.

La ley dispone un espacio de 24 horas una vez cerrado el debate y en sesión permanente para que los jueces deliberen y tomen una decisión definitiva sobre el caso que les permita dictar el sentido del fallo. En este aspecto no suele haber demora. De igual manera se cumple con la citación de las partes para lectura de sentencia en un plazo no mayor de diez (10) días luego de concluido el debate y conocido el sentido del fallo.

Una de las dificultades más comunes que se presentan en esta fase es la citación de testigos, peritos, tiempo y orden de su práctica, pues no se ha logrado coordinar para que cada interviniente sepa en qué momento específico le correspondería presentar su testimonio o explicar su peritaje, sino que todos son citados para la misma fecha y hora, y se mantienen en el tribunal, incomunicados, mientras se evacúa su testimonio, con las incomodidades que ello conlleva.

Por su parte, los recursos se sustancian en oralidad. La regla del Tribunal Superior de Apelaciones en el Primer Distrito Judicial es que los litigantes tienen 15 minutos para transmitir la información concreta que los llevó a recurrir en caso de apelación, por ejemplo. Cuando se trata de recursos como el de anulación la norma sí exige una sustentación formal por escrito y, en ocasiones, el Tribunal inadmite también por escrito si no se cumplió con los parámetros para que se proceda a analizar el fondo del asunto.

²⁶⁶ Los datos más recientes demuestran que, en términos generales, el 5% de las causas que se imputan son las que luego llegan a juicio.

El tribunal es colegiado, por lo que al concluir la audiencia se retiran a deliberar sin un límite preciso de tiempo. En ocasiones puede ser media hora como algunas horas adicionales, pero usualmente se conoce la decisión el mismo día.

Este tribunal es móvil y suele desplazarse a las provincias de Darién, Colón, Panamá Oeste cuando así se requiere, aunque actúan principalmente en su sede de Panamá.

En la fase de cumplimiento o de ejecución de pena, de igual manera se sustancian las causas en audiencias. Los jueces de cumplimiento conocen de la ejecución de la pena en ambos sistemas procesales.

Protección del sistema de garantías del imputado

En Panamá, la Defensa Pública atiende más del 70% de las causas a nivel nacional conforme se deriva de las estadísticas del Órgano Judicial y suelen cuestionar activamente la labor que realiza el Ministerio Público, en los casos que lo amerita.

El porcentaje de intervención que mantienen en los procesos les ha valido uno de los mayores cuestionamientos por parte de la defensa privada o particular que ha sentido un desplazamiento con la implementación del nuevo sistema; no obstante, constituye un deber del Estado proveer la asistencia letrada y mantener la disponibilidad de defensores pues de lo contrario los procesos no podrían avanzar.

Los defensores suelen tener una entrevista previa con el imputado que les ha sido asignado si son defensores públicos o con su cliente en caso de haber contratado un abogado como apoderado particular. Esto se da, ya sea en el centro transitorio en el cual se encuentre la persona aprehendida o en la propia oficina judicial. Dependiendo del contacto, enlace con los familiares, disponibilidad de investigadores puede llevar elementos de convicción propios o sujetarse a aquellos que están en la carpeta de investigación penal del fiscal.

Dado que las causas se registran en una Plataforma Tecnológica del Sistema Penal Acusatorio, es posible hacer la vinculación de los Defensores Públicos y Privados para que tengan acceso a la carpeta de investigación penal por esa vía, pero no siempre los documentos se logran ubicar allí. De lo contrario, pueden tener acceso a ella físicamente o a través de copia obtenida en fiscalía. Sobre este tema, los debates no cesan. Aspectos como el tiempo con el que cuenta el defensor para prepararse para las audiencias iniciales cuando los casos son extensos, quién debe asumir el costo de las copias, el nivel de acceso que tienen a la información que ha generado la fiscalía, suelen ser motivo de constante intercambio entre las partes. Aunque en términos generales se cumple con brindar acceso a la carpeta de investigación penal, existen situaciones en las que se

presentan temas que llegan a ser elevados al Juez de Garantías a través de audiencias de vulneración de derechos y que han motivado en una que otra ocasión llamados de atención o suspensión momentánea de audiencias para permitir la preparación de la defensa.

La defensa pública cuenta en la actualidad con un equipo de investigadores y aunque es más usual que traten de debilitar la teoría del caso de la fiscalía, no es extraño que en algunas circunstancias presenten su propia teoría y procuren acreditarla ante los tribunales.

En cuanto al cumplimiento de las garantías el sistema funciona bastante bien y cuando se percibe algún tipo de violación al procedimiento se suele recurrir tanto a los medios de impugnación como a los amparos de garantías constitucionales.

Las audiencias son públicas. Se han dado experiencias de transmisión de audiencias por medios televisivos y redes sociales en vivo, principalmente aquellos que por razón de la calidad de las partes corresponden al conocimiento de la Asamblea Nacional o de la Corte Suprema de Justicia. En diversas sedes de oficina judicial a nivel nacional el público puede ingresar a las salas sin más limitaciones que aquellas relacionadas con el espacio físico o la reserva de las actuaciones.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

La *Defensa Pública* se ha fortalecido con la implementación del Sistema Penal Acusatorio. En el sistema anterior, era posible que los imputados fuesen indagados sin la presencia de un defensor, mientras que en el nuevo sistema toda persona tiene la garantía que será representada por un abogado, sea este público (asignado) o privado de su elección.

La Defensa Pública forma parte del Órgano Judicial y depende presupuestariamente de este, pero cuenta con sus propias autoridades y un importante nivel de independencia para su gestión.

El Modelo de Gestión de la Defensa Pública en el Sistema Penal Acusatorio establece que cuentan con un Coordinador Distrital, que es la máxima autoridad en el Distrito Judicial y debe ocuparse de dar las directrices a los Coordinadores Circuitales para monitorear, darle seguimiento y propender a que el servicio prestado sea de calidad y que sea brindado utilizando los recursos públicos con alto grado de eficiencia y eficacia.

Cuentan también con un Coordinador Circuital General por cada Circuito Judicial, quien además de ejercer sus funciones como Defensor Público, perteneciendo a uno de los grupos de trabajo, es el encargado conjuntamente con el Defensor Distrital, de realizar

reuniones para el diseño de las estrategias de Defensa. Coordina además al Equipo Multidisciplinario y a la Unidad de Apoyo.

Por otro lado, los Coordinadores Circuitales se encargan particularmente de cada grupo de trabajo A, B o C, como veremos más adelante.

La estructura incluye además a los Defensores Públicos propiamente, y al Equipo Multidisciplinario que estará conformado, al menos, por un Psicólogo y un Trabajador Social.

Conforme al modelo de gestión descrito, en la Defensa Pública existen tres grupos de trabajo:

Grupo A. Se ocupa de la defensa en fase de investigación hasta que la causa se resuelva por métodos alternos o pase al siguiente grupo (plazo limitado a un mes).

Grupo B. Se ocupa del resto de la fase de investigación, de la representación en fase intermedia y de juicio oral.

Grupo C. Lo integran los defensores que actúan en la fase de ejecución de la pena, verificación y control de procesos suspendidos.

Los grupos estarán conformados por Defensores Públicos y contarán con la colaboración del Equipo Multidisciplinario y la Unidad de apoyo. Cada grupo de trabajo se reunirá para discutir la estrategia a desarrollar en la defensa de sus casos, jurisprudencia y las gestiones de investigación y pericias que se deban realizar. El Coordinador Distrital, Circuita o Coordinador de Trámite de Grupo, se reunirá periódicamente con cada grupo de trabajo para discutir asuntos propios del desarrollo de la gestión de defensor. La asignación de las causas se hará utilizando un método de reparto equitativo con relación a la carga de trabajo. De estimarlo la Coordinación, se asignará tantos defensores como sea necesario para el juicio oral.

Por otro lado, existe la denominada Defensa Pública de Víctimas que está integrada por un Coordinador General que es la máxima autoridad del Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas del Delito a nivel nacional, quien se encargará de velar por la organización, buen funcionamiento y coordinación de sus actividades. Además de ejercer sus funciones como Defensor Público de la Víctima.

Conforme a su reglamento, cuentan también con un Coordinador Circuita que además de su función procesal, da seguimiento a las directrices impartidas por el Coordinador General del Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas del Delito, procura que el servicio brindado sea de calidad, utilizando los recursos públicos con alto grado de eficiencia y eficacia, entre otros.

Los Defensores Públicos de Víctimas tendrán como función hacer efectivos cada uno de los derechos y garantías de la víctima, contemplados en los Convenios Internacionales, Constitución Política Nacional y leyes, en especial los derechos a la asesoría legal, a ser informada, a la verdad, participación en el proceso, a la justicia y a la reparación integral, vigilando el debido proceso y la objetividad de la investigación.

El Defensor Asistente de Víctimas apoya en la gestión de los Defensores Públicos de Víctimas, realizando funciones de apoyo a este.

De igual manera cuentan con personal de apoyo administrativo.

Una de las novedades que ha generado el sistema de justicia es la creación de las *oficinas judiciales*. Con ello se rompió el esquema de juzgados celda, relevando a los jueces de funciones administrativas y permitiéndoles ocuparse de forma integral de su labor de conocer casos y decidirlos.

De conformidad con el Modelo de Gestión para la Oficina Judicial del Sistema Penal Acusatorio 2015, son funciones de la Oficina Judicial:

Organizar las audiencias que se desarrollen durante las distintas etapas del proceso.

Elaborar durante la primera quincena del mes de octubre de cada año, la lista de personas domiciliadas en la sede de los Tribunales de Juicio que cumplan los requisitos para prestar el servicio de Tribunal de Jurado;

Realizar los sorteos en Juicios con Jurados y garantizar la asistencia de los mismos a tiempo para la realización de la audiencia;

Resolver las diligencias de mero trámite;

Gestionar afianzamientos;

Ordenar las comunicaciones, citaciones y notificaciones, llevando un registro de las mismas en coordinación con el Centro de Comunicaciones Judiciales;

Llevar adecuadamente los registros de trámites y estadísticas de las causas, con la finalidad de brindar una información real;

Informar a las partes y al público en general, sobre el estado de los procesos;

Conservar copia de las decisiones, de las audiencias y otras piezas procesales en soportes tecnológicos disponibles para ello;

Elaborar un informe de gestión anual, conforme a las metas establecidas;

Elaborar el anteproyecto de plan presupuestario anual;

Colaborar en todos los trabajos de oficina y apoyo logístico conforme a las necesidades de los Jueces o los Tribunales, que no implique delegación de funciones.

Además de la Dirección, cuentan con una Unidad de Trámite, dividida a la vez en las siguientes secciones:

La Sección de Causas: encargada de la gestión previa a los actos de audiencia y otros actos procesales.

La Sección de Salas: encargada del apoyo logístico en la sala de audiencias.

La Sección de Atención al Público: será la responsable de otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al tribunal, a la víctima, al defensor, al imputado y al querellante si lo hubiere.

La Sección de Atención de Testigos y Peritos: será la responsable de atender y salvaguardar el bienestar de los testigos y peritos que tengan participación en las audiencias.

La Sección de Acciones y Recursos: será la responsable de gestionar las acciones de hábeas corpus y los recursos que se anuncien dentro de las causas.

La Sección de Cumplimiento: será la encargada de gestionar las audiencias y actos procesales de los Jueces de Cumplimiento en su función de vigilar la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.

Finalmente, la Unidad de Gestión Administrativa: Apoyará toda la labor administrativa correspondiente al Tribunal, esto incluye asuntos relacionados con la infraestructura, informática, recurso humano, aprovisionamiento de materiales, seguridad, logística de audiencias con jurado de conciencia, preparación de informes de gestión y seguimiento de indicadores, entre otros.

Conclusión

Desde nuestra perspectiva, resulta muy positivo que la reforma procesal penal se haya logrado implementar a nivel nacional. Es un gran avance, una quimera que en el año 2008 cuando se aprobó el Código Procesal Penal, se veía casi imposible de alcanzar.

A diez años de ello, todas las instituciones que integran el sistema de justicia penal crearon nuevos modelos de gestión, incrementaron los recursos destinados a su operación, incrementaron el recurso humano asignado y se preocupan de dar una respuesta de mejor calidad a la ciudadanía.

Todavía falta mucho por avanzar. Para lograr una mayor efectividad del sistema se requiere mejorar la metodología de investigación para que sea mucho más operativa en áreas donde esto aún no se ha logrado. Potenciar el uso de herramientas complementarias como el análisis delictivo (que en Panamá resulta todavía poco conocida) y fortalecer el sistema de seguimiento de medidas cautelares, se presentan como desafíos en nuestro medio.

Hacer una mejor selección de las causas que se perseguirán y se llevarán hasta juicio oral, así como promover y lograr efectivamente un mayor uso de procedimientos alternos para la solución del conflicto penal se presentan como fundamentales para contar con un mejor sistema de justicia penal.

Fuentes consultadas

Informes estadísticos del Ministerio Público. Departamento de Estadísticas. Mayo 2018.
<http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2018/07/Informe-SPA-Mayo-2018-Primer-Distrito-Judicial-Panam%C3%A1-San-Miguelito-Panam%C3%A1-Oeste-Dari%C3%A9n-Col%C3%B3n.pdf>

Plan Estratégico de Implementación del Sistema Penal Acusatorio para el Primer Distrito Judicial. Ministerio Público, Panamá. 2016.

<http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/Plan-Estrategico-de-Implementacion-del-SPA-Primer-Distrito-Judicial-2016.pdf>

Órgano Judicial. Modelo de Gestión para la Defensa Pública. Sistema Penal Acusatorio. 2016

<http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2009/07/Modelo-de-Gesti%C3%B3n-de-la-Defensa-P%C3%BAblica-V2-2016.pdf>

Órgano Judicial. Modelo de Gestión para la Oficina Judicial. Sistema Penal Acusatorio. 2015.

<http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2009/07/Modelo-de-Gesti%C3%B3n-para-las-Oficinas-Judiciales-Validado-junio-2015.pdf>

Órgano Judicial. Reglamento del Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas del Delito en el Sistema Penal Acusatorio. 2016.

<http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2009/07/Reglamento-de-V%C3%ADctimas-Versi%C3%B3n-Final.pdf>

Entrevistas

Frank Torres Ruiz – Juez de Garantías de Panamá/Magistrado suplente del Tribunal Superior de Apelaciones del Primer Distrito Judicial.

Janina Muñoz de Aparicio – Fiscal Superior Coordinadora de la Sección de Decisión y Litigación Temprana de la Fiscalía Metropolitana.

Dania Díaz – Defensora Pública de San Miguelito.

Aida Jurado Zamora – Consultora sobre Reforma Procesal Penal.

Introducción

A 20 años de la promulgación de la Ley N° 1286, de 8 de julio de 1998, que puso en marcha el Código Procesal Penal de corte acusatorio, la transformación de la cultura procesal paraguaya es notoria, a pesar de la persistencia en la práctica tribunalicia de modelos de actuación propios del sistema inquisitivo, en las que la ley no concretó sus fines. Concomitantemente, a pocos años de su implementación operó una contra reforma, que terminó desarticulando determinadas garantías penales y procesales y deformó ciertos institutos, provocando también la reaparición de vicios propios del sistema inquisitivo, tales como la escrituración de ciertos actos, la excesiva demora en la resolución de las causas judiciales, la superpoblación penitenciaria de presos sin condena²⁶⁹, y la ficcionalización de audiencias, en las cuales a pesar del mandato legal de presencia del magistrado, los mismos están ausentes y firman las actas como si estuvieran presentes. Además, el sistema penal continúa sin alcanzar de un modo sistemático a quienes detentan poder, centrándose en la punición de quienes sufren factores de exclusión social.

Así mismo, el proceso de implementación del Código Procesal de 1998 implicó la profundización de estudios de las normas del sistema penal paraguayo reflejándose en acciones de distintos actores, públicos y privados, en la difusión y análisis de las nuevas leyes y roles previstos. La Corte Suprema de Justicia estableció un Tribunal Modelo, con el objetivo de brindar herramientas teóricas y prácticas a los operadores de justicia; se llevaron a cabo foros de discusión y estudio con gremios, profesionales y servidores públicos. Las universidades e institutos crearon cátedras de Litigación Penal Adversarial, y hubo un resurgir de publicaciones técnicas y académicas sobre materia penal y procesal penal.

Ciertamente, el nuevo Código Procesal Penal supuso la superación teórica de más de 400 años de cultura procesal inquisitiva y escrita, así como la redistribución de poder

267 Doctor de la Universidad de Barcelona (UB). Máster en Criminología, política criminal y de seguridad por la UB. Becario del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Desde 2014, investigador categorizado por el Consejo Nacional de Ciencias y Tecnologías (CONACYT). Nivel I. Director Académico de la Maestría en Garantismo Penal y derecho Procesal, Sedes Asunción y Pilar.

268 Abogado. Docente investigador de la Universidad Nacional de Pilar (UNP). Docente de la Escuela Judicial de la República del Paraguay. Fundador e investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP-Paraguay). Co redactor del Código Procesal Penal vigente y de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Cordinador de la Oficina Técnica para la implementación de la Reforma del sistema penal de la Corte Suprema de Justicia.

269 A junio de 2018, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) reportó que el 78% de los privados de libertad están en esta situación.

entre los actores del sistema penal, despojando a algunos (policías principalmente), y potenciando a otros (ministerio público, jueces), lo que originó una disputa en este campo a medida que iba entrando en vigencia. La Ley N° 1444, de 25 de junio de 1999, estableció un modelo de entrada en vigencia de manera escalonada de las nuevas instituciones, estableciéndose un periodo de transición entre el 9 de julio de 1999 al 28 de febrero de 2003 para que concluyan las causas del sistema anterior, por las formas establecidas en la ley vigente al tiempo del inicio de las mismas²⁷⁰. De igual modo, para estas causas, entró en vigencia el nuevo CPP en lo referente a las salidas alternativas al proceso penal y a la prisión preventiva. Esta misma Ley dispuso un sistema de cierre de procesos, con o sin extinción de la acción penal, en los casos en los cuales no se demostrase interés en el impulso procesal²⁷¹. De esta manera, el nuevo CPP entró en vigencia plena el 1 de marzo de 2000, para las causas iniciadas a partir de esa fecha.

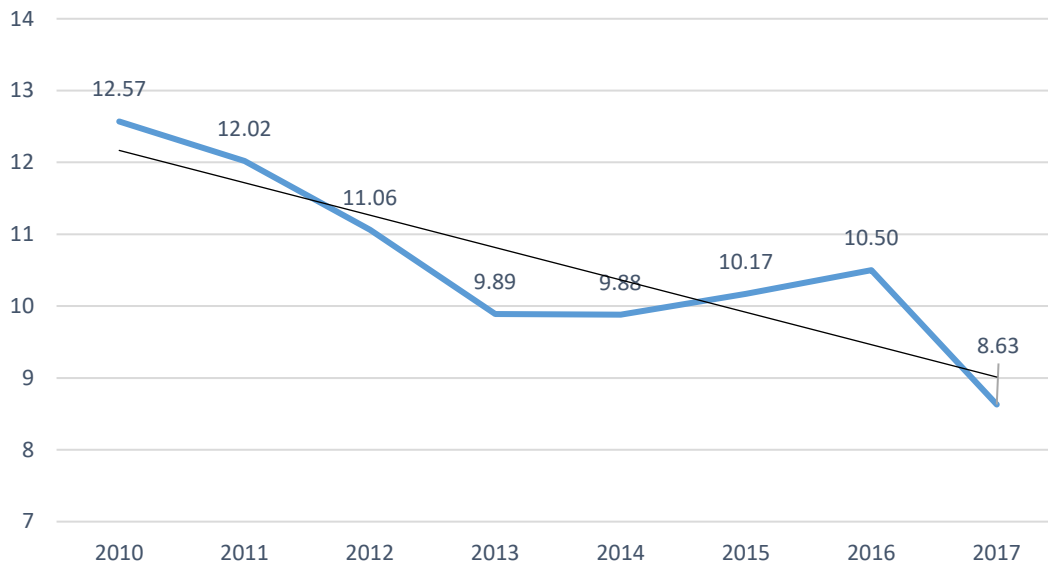
Por otro lado, el proceso de reforma se insertó en un ambiente social agitado por una creciente sensación de inseguridad, a pesar de los índices de violencia relativamente bajos de Paraguay, que presentó a las garantías procesales como un premio a los delincuentes. Es que a pesar de la tendencia decreciente de la tasa de homicidios y de los delitos contra la propiedad en los últimos 20 años, el 97% de la población cree que la delincuencia aumentó, ubicando a Paraguay como uno de los países con mayor miedo al delito en la región (INECIP, 2018). Específicamente, la tasa de homicidios por cien mil habitantes pasó de 12,57 en 2010, a 8,63 en 2017, lo que significa una disminución del 31,3%, como se ve en la figura número 1. Si se toman los datos entre 2000 (18,6) y 2017 (8,63), la reducción es del 53,6% (INECIP, 2018; UNODC, 2014).

En este mismo sentido, la eficacia del nuevo modelo procesal en aumentar el índice de condenados, en los tres primeros años de vigencia del CPP, no fue percibido como un logro del estado de derecho, sino como una amenaza para la seguridad ciudadana, y el decrecimiento de personas en prisión que sólo se dio entre 1999 y 2000, fue usado como un dato negativo en contra del Código Procesal (Orrego, 2017).

Ilustración 1: Tasa de homicidios 100 mil hab. 2010-2017

270 A través de las formas escritas del Código de Procedimientos Penales de 1890.

271 Estaban previsto el archivamiento (art. 7), sobreseimiento y extinción (art. 8), y la destrucción de expedientes (art. 10).



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la Policía Nacional 2010-2017.

De esta manera, la contrarreforma fue cobrando fuerza y apenas a tres años de la vigencia plena del Código Procesal ya se realizaron los primeros cortes de garantías, extendiendo el plazo de duración del proceso penal fijado originariamente en tres años.

La ley N° 2341, de 31 de diciembre de 2003, impulsado por el senador Emilio Camacho y conocida actualmente como Ley Camacho, no sólo extendió a cuatro años el tiempo de duración del proceso, sino que previó causas de suspensión del plazo, aún en casos de legítimo ejercicio del derecho de defensa²⁷². En la práctica, esta ley abolió la garantía del plazo razonable.

Esta primera modificación normativa dio pie al inicio de sucesivos reclamos contra el sistema penal que desembocó en la sanción de la Ley N° 2403, de 17 de junio de 2004 por el cual se estableció una “Comisión Nacional para el Estudio de la Reforma del Sistema Penal y Penitenciario, a fin de elaborar propuestas de modificación de la Ley N° 1.160 del 26 de noviembre de 1997 “Código Penal”, de la Ley N° 1.286 del 8 de julio de 1998 “Código Procesal Penal” y de la Ley N° 210 del 2 de octubre de 1970 “Del Régimen Penitenciario”. Esta norma fue nuevamente modificada por Ley N° 5140, de 30 de diciembre de 2013 de manera a permitir la modificación del Código Penal, con su modificación por medio de la ley 3440/08. Además, integró a la comisión a representantes de la defensa pública. Así, “la comisión estará compuesta por tres senadores, tres diputados, dos representantes de la Corte Suprema de Justicia, dos representantes del Poder Ejecutivo, dos representantes del Ministerio Público y dos

272 Todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes, suspenden automáticamente el plazo, que vuelve a correr una vez se resuelva lo planteado o el expediente vuelva a origen.

representantes del Ministerio de la Defensa Pública”. Producto del trabajo de esta Comisión existe en el Parlamento un proyecto de ajuste integral del CPP.

Oralidad de las audiencias

La oralidad como instrumento preferencial en el desarrollo del proceso penal logró su consolidación en la etapa del juicio oral y público, en todo el país; sin embargo, en las etapas preparatoria e intermedia dependen de la voluntad o pericia del juez, existiendo escasos magistrados que lo implementan. Con relación a los recursos, la oralidad está ausente, a pesar de iniciativas ciudadanas y de gremios de abogados que lo requirieron a la Corte Suprema de Justicia.

Las audiencias orales previstas en la ley son las de aplicación de medidas cautelares (art. 242); eximición de medidas cautelares (art. 249); excarcelación y revisión de medidas cautelares (art. 250 y 251); suspensión condicional del procedimiento (art. 308); procedimiento abreviado (art. 310); conciliación (art. 311); sanciones a las partes (art. 114); audiencia preliminar (art. 342); juicio oral y público (art. 382); y fundamentación de recursos ante las Cámaras de Apelación y la Corte Suprema de Justicia (art. 472, art. 480 y art. 484). No existe una audiencia de control de la detención, salvo que se requiera prisión preventiva u otra medida, ni de control de la imputación e inicio del proceso.

En este mismo sentido, la doctora Carolina Llanes²⁷³ sostuvo que “las audiencias orales propiamente se realizan únicamente en la etapa del juicio. En la preparatoria e intermedia, no se implementan. En cuanto a las fases orales del sistema recursivo, sencillamente no existen. No tengo conocimientos de que alguna vez se hayan realizado audiencias en la Sala Penal de la Corte, ni en los tribunales de apelación”.

Como se desprende del párrafo anterior, en el texto normativo existe una serie de audiencias orales en todas las fases del proceso, aunque en la práctica sean muy escasas las que efectivamente se realizan. Coincidente con esto, el fiscal René Fernández²⁷⁴ manifestó cuanto sigue:

“en general, la audiencia de juicio oral y público, y con excepciones, son orales las audiencias de imposición y revisión de medidas cautelares, y la audiencia preliminar”.

273 Co-redactora del Código Procesal Penal. Profesora de la Escuela Judicial. Ex jueza de la garantías. Integrante del sistema de capacitación *Tribunal Modelo* de la Corte Suprema de Justicia. Autora de publicaciones especializadas en materia procesal penal. Profesora de la Escuela Judicial y de la Maestría en Garantismo Penal, INECIP-Universidad Nacional de Pilar (UNP).

274 Fiscal Especializado en delitos económicos desde 2004, pero fiscal desde 1999. Docente de la Escuela Judicial y de la Maestría en Garantismo Penal y Derecho Procesal Penal. INECIP- UNP.

A principios de la implementación del nuevo Código, los operadores iban sumándose de un modo creciente a la oralización de varios institutos procesales, sin embargo, tal como lo aclara el fiscal Fernández, hubo un momento en que se estancó, e incluso retrocedió en el uso de la oralidad. El mismo identifica como un momento crucial para el estancamiento de la instalación de la oralidad “la desarticulación de la acordada que organiza la competencia y procedimientos de los magistrados de la etapa intermedia, que corresponde a un esfuerzo importante para la vigencia efectiva de la oralidad en la audiencia preliminar”²⁷⁵.

Calidad de las audiencias

En cuanto a la calidad de las audiencias efectivamente realizadas existen deficiencias profesionales y normativas, que dificultan la calidad de la litigación adversarial. En este sentido, el juez Pedro Mayor Martínez²⁷⁶ sostuvo que:

“En cuanto a la calidad de las audiencias hoy, de uno al diez, le daría tres. Que implicaría prácticamente un aplazo en cuanto a la forma de llevarse a cabo las audiencias. Reitero, que uno de los problemas más típicos es la ausencia del magistrado en el debate y en el contradictorio, y otro es la falta de decisión inmediata posterior a la audiencia, en caso que participare de la misma”. Explicó que basa esta calificación en su experiencia de magistrado, así como profesor de la Escuela Judicial, donde recoge experiencias de distintos operadores del sistema, como jueces, fiscales, defensores públicos y privados.

Coincidente con el juez Pedro Mayor, el también magistrado y ex defensor público, Juan Pablo Mendoza²⁷⁷, explicó que la calidad de las audiencias se ve afectada, entre otras cosas, por la deficiencia en la formación en técnicas de litigación de los centros de enseñanza, y las deficiencias normativas que restringen el debate, principalmente, en la etapa del juicio oral y público. Así mismo, la amplitud de las competencias que tiene el Tribunal para hacer preguntas contribuye a restar calidad al debate y a la pericia que las partes alcanzan en esta habilidad.

Otro aspecto que resta calidad a las audiencias que resaltó Mendoza es la deficiencia en la capacidad de los litigantes, tanto públicos como privados, para concretar la expresión de agravios al tiempo de alegar nulidades, por ejemplo.

275 Esta acordada reglamentaba un modelo aleatorio de asignación de jueces para la realización de las audiencias preliminares sin que estos tuviesen contacto previo con el caso. Esta reglamentación obligaba a los mismos a resolver el caso asignado para ocuparse del siguiente.

276 Miembro del Tribunal de Apelación de Asunción. Ya ejercía la magistratura al tiempo de entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. Profesor de la Escuela Judicial, de la Universidad Católica y de la Maestría en Garantismo Penal, INECIP-UNP.

277 Miembro del Tribunal de Sentencia de Asunción. Profesor de la Escuela Judicial y la Maestría en Garantismo Penal y Derecho Procesal Penal, INECIP-UNP.

Protección del sistema de garantías del imputado

El sistema de garantías previsto en el nuevo Código Procesal Penal fue cercenado por medio de sucesivas reformas. En un primer momento se extendió el plazo de duración del proceso, por medio de la Ley 2341, de 31 de diciembre de 2003²⁷⁸, tal como ya se comentó en la introducción de este trabajo, y posteriormente se prohibió el otorgamiento de medidas alternativas y substitutivas a la prisión preventiva por Ley Nº 2493, de 20 de octubre de 2004, “cuando el hecho sea tipificado como crimen, que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad física de la persona como resultado de una conducta dolosa; tampoco se podrá modificar la prisión preventiva cuando el imputado esté incurso en los presupuestos previstos en el numeral 3, del artículo 75 del Código Penal²⁷⁹ o cuando el sindicado esté imputado en otras causas por la comisión de crímenes que lleven aparejado la vulneración de la vida o la integridad física...”. Esta modificación fue un claro avance de la contra reforma que convirtió de nuevo a la prisión preventiva en regla antes que la excepción, tal como exige el artículo 19 de la Constitución Nacional de 1992²⁸⁰, privando a los jueces de la facultad de analizar las circunstancias del caso y poder optar por una medida menos lesiva que la privación de libertad.

Otra modificación de este mismo artículo por Ley Nº 4431, del 15 de septiembre de 2011 dificultó aún más la libertad durante el proceso penal ya que agregó como prohibición para el otorgamiento de medidas alternativas “cuando el sindicado esté imputado en otras causas, cuya expectativa de pena sea superior a cinco años de privación de libertad”.

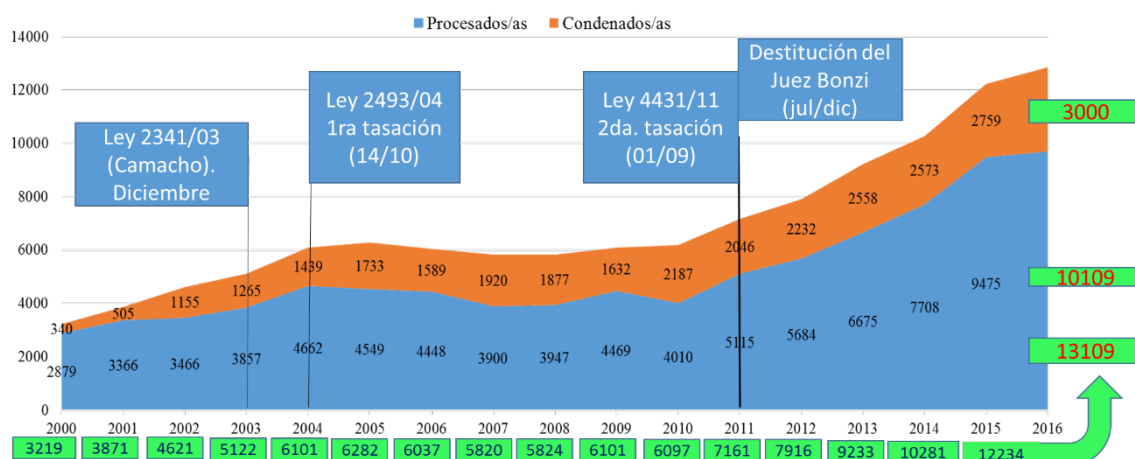
Estos cambios normativos incidieron de manera directa en el aumento de la población penitenciaria tal como se ve en el gráfico número 2. Este fenómeno se facilita con el fracaso de los distintos mecanismos de control officiosos del encierro preventivo para evitar abusos, previstos en el CPP y el Código de Ejecución Penal.

278 Esta ley fue modificada nuevamente por Ley Nº 4669, de 20 de julio de 2012 para descontar del plazo el tiempo de duración de las audiencias. En realidad lo que buscan estas leyes es que los procesos no tengan una plazo razonable definido de manera que las causas no se extingan a pesar de la ineficiencia de los operadores de justicia.

279 Reclusión en un establecimiento de seguridad. Inc. 3) Junto con una condena por un crimen que conlleve peligro para la vida se ordenará la reclusión, independiente de los presupuestos señalados en el inc. 1, cuando sea de esperar que el condenado realice otros crímenes iguales o similares.

280 La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo.

Ilustración 2: Evolución de personas privadas de libertad 2000-2016



Fuente: Elaboración propia con base a los datos del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y del Parte Diario del Ministerio de Justicia de fecha 22 de noviembre de 2016.

A pesar de estas restricciones, la aprobación de una Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública, por Ley N° 4423, de 25 de agosto de 2011, con autonomía normativa, funcional y autárquica supuso una oportunidad para la protección de garantías del imputado, más aún en un contexto donde más del 80% de los privados de libertad cuentan con un defensor de oficio.

En este sentido, el defensor público Oscar Cazeneuve²⁸¹, manifestó que a partir de la vigencia de esta Ley adquirieron mayor protagonismo dentro del sistema penal y tuvieron más herramientas y posibilidades para la defensa de las garantías del debido proceso. Tanto jueces como fiscales miran de otra manera y respetan más a los defensores públicos, explicó. “Es que ya no somos un apéndice del Poder Judicial, sino una institución autónoma y con mayores recursos”, reflexionó.

En general, los defensores, tanto públicos como privados, ejercen sus facultades sin mayores dificultades, salvo que se trate de casos de mucha envergadura social, política o económica, principalmente, en los casos de drogas, secuestros y los vinculados a las acciones de grupos insurgentes²⁸², en los que incluso el acceso a las copias de las

281 Cumple funciones en Concepción, capital del Departamento homónimo, a unos 450 kms al noroeste de Asunción. Es defensor público desde 2007.

282 En el noreste de la Región Oriental operan grupos que reivindican cambios y sociales a través de métodos violentos. Para mayor información ver: Aproximaciones a la naturaleza del EPP desde la perspectiva de la insurgencia. Revista Novápolis N°12, Diciembre de 2017, disponible en: http://novapolis.pyglobal.com/pdf/novapolis_ns_12.pdf

actuaciones registra dificultades. Una rémora inquisitiva en el ejercicio de la defensa es la dificultad para conocer los actos investigativos cuando no existe formalización de la imputación. De este modo, personas que ya han sufrido allanamientos de moradas e incluso secuestro de objetos personales tales como teléfonos móviles y computadoras portátiles se encuentran imposibilidades de conocer los motivos que originan estas medidas.

Por otra parte, en las audiencias, el poder jurisdiccional tiende a no examinar los argumentos de descargo expuestos por los procesados por medio de sus defensores, beneficiando al Ministerio Público con interpretaciones normativas, según las cuales las decisiones que toma no permiten argumentaciones defensivas, ya que consideran que tienen imperativos legales de cumplimiento automático.

Con relación la actuación jurisdiccional, los jueces de la República cumplen sus funciones en un contexto de miedo e inseguridad lo que les impide actuar con imparcialidad. Temen ser destituidos por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM) o no ser confirmados por la Corte Suprema de Justicia.

Esta situación se agravó a partir de la destitución arbitraria del juez Gustavo Bonzi, en 2012, a quien el JEM separó del cargo por haber aplicado principios constitucionales y reglas procesales vigentes que prohibía abrir un juicio oral y público, en un caso en el que en la acusación no constaba una imputación fáctica concreta y verificable. Según una investigación de la Universidad Nacional de Pilar este hecho acrecentó el temor al enjuiciamiento en caso de discordancias con requerimientos del Ministerio Público, principalmente, en los casos de repercusión pública.

En este sentido es relevante lo manifestado por un representante de la magistratura, quien solicitó resguardo de su identidad, quien contextualizó el momento que viven de la siguiente manera:

“Todos nosotros pensamos en el Jurado de Enjuiciamiento antes de tomar una decisión. Pero no sólo en el Jurado, sino en sus posibles repercusiones periodísticas. Llegamos a esta situación ante la suspensión o destitución de colegas que han hecho bien su trabajo. Llegamos al colmo que tenemos magistrados suspendidos sin goce de sueldo por haber otorgado la libertad en un caso donde no existía relato de hechos. Es realmente preocupante nuestra situación²⁸³”.

En cuanto a la contradicción en las audiencias de las etapas preparatorias e intermedias, esta se ve impedida por la ausencia de los magistrados en las mismas. Igualmente, en la etapa intermedia existe una interpretación distorsionada del Código, promovido desde el interior del JEM, en el que se considera inapropiado que el juez examine la

283 Entrevista realizada por los autores el 11 de julio de 2018.

admisibilidad de la acusación. Cualquier razonamiento judicial vinculado a la pertinencia de la prueba para su admisión se piensa como un adelanto del juicio oral y público.

La publicidad de las audiencias no es impedida en los casos en que se lleven a cabo.

Con relación al derecho a ser oído, persiste una falta de pericia en la exposición de la imputación fáctica de un modo concreto y bajo las condiciones que permite el derecho de defensa. Así mismo, las intimaciones no son llevadas a cabo por las autoridades previstas en la ley, se delegan a funcionarios de secretaría. Al ser un país bilingüe con predominio de guaraní parlantes, existen dificultades de comunicación entre magistrados y las partes, cuando estos no manejan este idioma, incumpliendo la ley de bilingüismo. Se da generalmente en los casos en los cuales los operadores de la capital son nombrados en jurisdicciones distintas a esta. De igual manera, en el relato de los hechos imputativos se incorporan palabras técnicas y expresiones no denotativas de una realidad concreta que permita la comprensión al proceso, dificultando su defensa material.

En cuanto a la mediación penal, la misma no está regulada en el Código Procesal Penal, en donde sí aparece la figura de la conciliación (art. 311). Sin embargo, la misma fue introducida por una acordada de la Corte Suprema como instrumento para obtener la conciliación de las partes y lograr la extinción de la acción en los casos permitidos por el artículo 25, tales como en los hechos punibles contra la propiedad y en los hechos punibles culposos.

El procedimiento especial previsto para los delitos de acción penal privada exige una audiencia de conciliación previa a la realización del juicio. En esta se utiliza la mediación como instrumento, existiendo en el país una estructura de apoyo a la gestión jurisdiccional.

La justicia restaurativa tiene vigencia sólo en la jurisdicción de menores infractores y únicamente en tres juzgados, uno del área metropolitana y dos del Departamento de Guairá. Inició como un plan piloto en el 2014 en el Juzgado de Lambaré²⁸⁴, con competencia en cuatro ciudades periféricas a la capital. En el 2016 se convirtió en un programa que pretende extenderse a nivel nacional, según explicó el juez Camilo Torres, promotor de esta iniciativa. Actualmente, es únicamente aplicable en delitos, y con sólo un 8% de reincidentes.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

²⁸⁴ Reglamentada por Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 917, de 7 de octubre de 2014.

El nuevo sistema penal generó un crecimiento institucional sin precedentes en la historia del país con relación al Ministerio Público, desde el inicio del proceso de implementación de la reforma. De igual modo, el Ministerio de la Defensa Pública fue acrecentando sus posibilidades intervención lo que culminó con la promulgación de su primera ley orgánica, en 2011.

Con relación al Ministerio Público, el mismo cuenta con diversas fiscalías especializadas por temas de intervención como la defensa de los derechos humanos, medio ambiente, delitos económicos, trata de personas y antisequestro; laboratorios forenses; sistemas de protección y servicios dirigidos a víctimas y testigos. Igualmente cuenta con direcciones en área de derechos humanos y pueblos indígenas.

La Defensa Pública aún no ha avanzado en igual proporción que el Ministerio Público, y en lo concerniente a los grupos vulnerabilizados, no se ha dispuesto la creación de unidades especializadas, lo que sí ocurre en las distintas fases del proceso y competencias, aunque sólo en algunas circunscripciones.

La judicatura sigue ocupándose de cuestiones administrativas. No tuvieron éxitos las distintas iniciativas realizadas para que los jueces se encarguen únicamente de cuestiones jurisdiccionales, en las audiencias previstas en la ley. No se dispuso de un fortalecimiento institucional capaz de garantizarles el cumplimiento de la ley y de los principios de oralidad, inmediación, concentración e inmediatez.

Igualmente, el modelo de gestión sigue sin capacidad de blindar a los jueces de la influencia mediática, de las injerencias de otros poderes del estado e internas, así como de otros factores de poder. Tampoco se consolidó un sistema de monitoreo cualitativo de la gestión judicial de manera a transparentar la actuación de la justicia, premiar las buenas prácticas y remover a aquellos que actúan en violación de sus funciones.

Con relación a la acción penal comunitaria, el CPP no contiene disposiciones que lo permitan. Todas las iniciativas relativas a la acción popular y otras promovidas desde instancias organizacionales fueron rechazadas. Sin embargo, existen disposiciones que habilitan a los pueblos indígenas la aplicación de su derecho consuetudinario para la resolución de conflictos.

Reflexiones finales

A 20 años de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el sistema procesal diseñado en la norma no cuenta con un sistema de gestión de apoyo a la función jurisdiccional, que permita un modelo de realización del proceso por audiencias. Consecuentemente los sujetos procesales se ven compelidos a litigar por escrito en diversas fases que

debían contar con audiencias para la resolución de los conflictos, a lo largo de todo el proceso.

La investigación fiscal (especialmente en la etapa preparatoria e intermedia) usa en exceso del sistema de registro en soporte papel, sin que se recurra a otros como los audiovisuales que pueden ser utilizados sin obstáculo normativo, lo cual impide abandonar el escriturismo, la lentitud y la delegación de funciones.

Así mismo, los retrocesos normativos lesionan la independencia judicial, la objetividad del Ministerio Público, el ejercicio del derecho a la defensa, la vigencia de la presunción de inocencia, degradando la calidad de la litigación adversarial del modelo del CPP.

Así mismo, a lo largo de estos años se han consolidado interpretaciones normativas a partir de premisas del sistema inquisitivo conculcándose principios claramente establecidos como la garantía de inocencia, defensa, imparcialidad e independencia judicial y juicio previo. Roles propios de la inquisición son naturalizados en un modelo de actuación que ni siquiera se percibe como negativo.

Por otro lado, la prisión sigue siendo usado como regla, convirtiéndose en una pena anticipada manteniendo un sistema de encierro que incumple reglas básicas consagradas para la defensa de la dignidad humana.

Por más que se cuenten con unidades especializadas para la defensa de derechos humanos y persecución de delitos de cuello blanco, el sistema penal no logró la cobertura punitiva efectiva sobre estos fenómenos perpetrados al amparo del poder y la impunidad. Sigue castigándose mayoritariamente a personas que sufren factores de exclusión social.

Los magistrados ejercen su función en un ambiente de miedo e inseguridad fomentado por una criminología mediática y pánico social, con agencias como el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM), que sólo enjuician y destituyen a quienes no responden a una práctica de populismo penal y endurecimiento punitivo. Hasta la fecha no se ha destituido a ningún magistrado que haya incurrido en mal ejercicio de sus funciones por lesionar la libertad arbitrariamente, tanto en el campo de la prisión preventiva como en el de la ejecución penal.

Las formas procesales compositivas introducidas por el CPP han sido usadas exitosamente en la resolución de conflictos y son eficaces en diversas materias. Sin embargo, al estar debilitada la capacidad de control judicial, existen graves distorsiones del modelo. De esta manera, se registran casos en los que son usadas como medio para burlar el principio de inocencia y no aplicar el sobreseimiento que correspondería. En situaciones como estas, existen casos en los cuales los abogados prefieren otras salidas procesales alternativas, aunque no se enfrenten a acusaciones solventes, ya que los

tribunales que entiendan el caso se verían compelidos a aplicar condenas, sin pruebas, debido a la presión de factores extrajudiciales. Este último problema signa el proceso de criminalización de la protesta social o su organización en movimientos reivindicativos de sectores estigmatizados.

Bibliografía

Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze. (2015). Defensa Penal Efectiva en América Latina.

ANF. (5 de agosto de 2017). El empleo informal llega al 70% en Bolivia. Los Tiempos. Obtenido de <http://www.lostiempos.com/actualidad/economia/20170805/empleo-informal-llega-al-70-bolivia>

Arranz Castellero, V. (2003). El juicio oral: sus principios y normas fundamentales que lo regulan en la legislación cubana. En A.A.V.V., Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal (Segunda parte) (pág. 213). La Habana: Félix Varela.

Bodes Torres, J. (2006). El Juicio Oral en Cuba. La Habana: Instituto Cubano del Libro.

Bruzón Viltres, C., & Palacio Castillo, B. (2017). Fuentes del Derecho y actividad judicial. Justicia y Derecho (No. 28, Año 15).

Centro de Estudios de Justicia de las Américas . (2006). La reforma procesal en Colombia. Obtenido de http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5097/informesequimiento_rppColombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CEPAL. (2017). Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL.

Consejo de la Magistratura. (2016). Anuario Estadístico Judicial, 2015. Sucre.

Consejo de la Magistratura. (2018). Anuario Estadístico 2017. Sucre.

CONSTRUIR. (2012). La Paz.

Corporación Excelencia en la Justicia. (2013). Propuesta de reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA). Obtenido de http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=834&Itemid=34

Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). Balance de Diez años del Sistema Penal Acusatorio.

Corporación Latinobarómetro. (2016). Informe 2016. Latinobarómetro. Buenos Aires: Latinobarómetro.

Csovski, V., & Grzybowski, K. (1958). El procedimiento ante los tribunales en la Unión Soviética y en Europa del Este. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 293-294.

De Armas Fonticobas, T. (2002). Los niños en conflicto con la ley penal en Cuba y la doctrina de la protección integral. La Habana.

Defensoría del Pueblo. (2017). Vigésimocuarto Informe del Defensor del Pueblo. Bogotá.

El Espectador. (25 de Noviembre de 2015). Crece la pelea por la Universidad de la Fiscalía. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/crece-pelea-universidad-de-fiscalia-articulo-601494>

El Tiempo. (19 de octubre de 2017). Jueces afirman que Fiscalía General de la Nación los está intimidando.

Ferrari Yaunner, M. (2011). Las lagunas y la integración del Derecho en el pensamiento jurídico cubano. En A. Matilla Correa, *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*. La Habana: Editorial UH.

Fiscalía General de la Nación. (2017). Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Huellas91Baja.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2017 A). Análisis de Sentencias Absolutorias. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2017B). Rendición de cuentas 2016 2017.

Hernández Rodríguez, R. (2017). El principio de oportunidad en el proceso penal contemporáneo. La Habana: Universidad de La Habana.

ILANUD. (1992). Informe sobre el funcionamiento del sistema penal en Bolivia. La Paz.

Lazcano Mazón, A. M. (1947). *El Juicio Oral*. La Habana: LEX.

Martens, J., & Orrego, R. (2016). *Crimen, prisión e inseguridad. Elementos para el abordaje de la crisis*. Asunción : INECIP.

Matilla Correa, A. (2004). Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento). En A.A.V.V., *Temas de Derecho Administrativo cubano (Tomo I)*. La Habana: Félix Varela.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2014). Informe Anual de Gestión y Recomendaciones 2014. Asunción : sd.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2016). Informe Especial. Desamparo y abuso del Estado en el área de actuación de la Fuerza de Tareas Conjuntas (FTC). . Asunción : MNP.

Mendoza Díaz, J. (2001). Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil. En J. Mendoza Díaz, Lecciones de Derecho Procesal Civil. La Habana: Félix Varela.

Mendoza Díaz, J. (2006). Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina. Problemas actuales del Proceso Penal Iberoamericano (pág. 283). Málaga: CEDMA.

Mendoza Díaz, J. (2013). El juicio oral en Cuba. Biblioteca del Instituto Jurídico de la UNAM.

Mendoza Díaz, J. (2015). Administración de Justicia. En L. B. Pérez Gallardo, El Derecho en Cuba (pág. 184). Madrid: Reus.

Mendoza Díaz, J. (2016). La defensa penal en Cuba. Apuntes para el legislador. IUS Doctrina (No. 14).

Mendoza Díaz, J., & Hierro Sánchez, L. (2018). Las reformas del proceso civil cubano: una labor judicial. En E. Oteiza, Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI. Perspectiva Latinamericana (págs. 173-174). Madrid: Marcial Pons.

Ministerio Gobierno. (2017). Informe sobre Poblacion Penitenciaria, enero 2017. La Paz.

Ministerio Publico. (2017). Rendicion Publica de Cuentas 2016. Sucre.

OACNUDH. (2015). Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/28/3/Add.2. La Paz.

OACNUDH. (2017). La aplicacion de la Detención Preventiva en los Departamentos de Cochabamba y La Paz. La Paz: OACNUDH Bolivia.

OACNUDH Bolivia. (2017a). Sistema Judicial Boliviano. Estado de situacion, buenas practicas y recomendaciones para el trabajo en el sector, desde el enfoque de derechos humanos. La Paz.

Órgano Judicial . (2017). Protocolo de Dirección de Audiencias de Medidas Cautelares. Sucre.

Orrego, R. (21 de 3 de 2011). Contrareforma penal en Paraguay . (J. Martens, Entrevistador)

Orrego, R. (11 de Mayo de 2016). La prisión preventiva en Paraguay. (M. Martínez, Entrevistador)

Palau, M., Martens, J., & Sánchez, J. (2009). Criminalización a la lucha campesina. Asunción : Base-Is.

Rivero García, D. (2009). La huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española en el Proceso Penal cubano actual. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 36.

Rivero García, D. (2010). Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal en Cuba. En D. Rivero García, Temas permanentes del Proceso Penal y del Derecho Penal (pág. 52). La Habana: Ediciones ONBC.

Rivero García, D. (2011). La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia en Cuba. Los destinos del juicio oral en los tiempos actuales. Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 159.

Rivero García, D., & Pérez Pérez, P. (2002). El Juicio Oral. La Habana: Ediciones ONBC.

UNICEF-Min Justicia. (2018). Boletín Informativo Actualización del Diagnóstico Situacional del Funcionamiento sobre el Sistema Penal para Adolescentes. La Paz.

UNODC. (2013). Global Study on Homicide. Trends, Context and Data. Ginebra: NNUU.

Introducción

Mediante Decreto Legislativo N 857 se promulgó el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), y a través del Decreto Legislativo N 958, se regula el proceso de implementación y transitoriedad del NCPP se creó la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, la cual está integrada por los representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien la preside.

Por Ley N 28671 se conformó la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, que cumple la función de asistir técnicamente en el proceso de implementación del NCPP.

Hasta el 2017, se implementó el NCPP en 30 de las 34 Cortes Superiores de Justicia, lo que representa el 88%. En el 2018 se inició la implementación del NCPP en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que deberá continuar en el 2019 en la Corte Superior de Justicia de Lima Este y en el 2020 las Cortes Superiores de Justicia de Lima y Lima Este.

Al cierre del 2017, se ha terminado de liquidar en 22 de Distritos Judiciales los procesos bajo en antiguo modelo penal.

Al 01 de junio del 2018 se implementarán 7 órganos jurisdiccionales en el Callao, como parte del 2/3 de la implementación del NCPP.

Al 01 de julio del 2018, se inició la implementación de 19 órganos jurisdiccionales en Lima Norte, como parte del 1/3 de la implementación del NCPP en este Distrito Judicial.

A diciembre del 2018 se propone culminar la liquidación (CPP de 1940) en 2 distritos judiciales más.

Oralidad y Calidad de la litigación

Audiencias en la Investigación preparatoria:

285 Abogado y docente en Derecho Procesal Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Academia de la Magistratura.

286 Abogado y docente en derecho penal. Colaborador.

Control de detención.

Nuestro ordenamiento procesal actualmente no regula audiencia alguna que tenga como única finalidad el controlar la detención realizada por el agente policial. Sin embargo, con la emisión del Decreto Legislativo 1298, publicado el 30 de diciembre del 2016, se ha abierto paso a una suerte de regulación primigenia de esta forma de control, toda vez que se ha concretizado una audiencia donde se va a controlar la legalidad de la detención, sin embargo, dicho plenario solo operará en un supuesto específico, esto es, en los casos donde exista flagrancia y el fiscal requiera al juez de la Investigación Preparatoria dentro de las doce horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión de un mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete días, cuando por las circunstancias del caso se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad, siendo que antes de las 24 horas el juez realizará la audiencia donde una vez instalada y posterior a la intervención de las partes procesales, el juez deberá pronunciarse mediante resolución motivada, en cuanto a los siguientes puntos: La legalidad de la detención del imputado, sobre el cumplimiento de los derechos al momento de la detención y finalmente sobre la necesidad de dictar la detención judicial.

Formalización de la investigación preparatoria

El proceso penal peruano se encuentra estructurado en tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral. A su vez, la primera etapa se encuentra dividida en dos, en investigación preliminar o diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha.

Una vez que el Ministerio Público de oficio o a pedido de parte toma conocimiento de la noticia criminal, dispone la apertura de las diligencias preliminares para realizar actos urgentes de investigación con la finalidad de determinar si los hechos materia de denuncia han acaecido realmente o importan un carácter delictivo (art. 330 del CPP).

Culminada las diligencias preliminares el Ministerio Público, tienen varias opciones: archivar lo actuado (art. 334, inc. 1 del CPP), reservar de manera provisional (art. 334, inc. 3 y 4 del CPP), instar o aceptar la aplicación del principio de oportunidad (art. 2 inc. 1 del CPP), acuerdo reparatorio (art. 2 inc. 6 del CPP) o disponerla formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336 del CPP).

En comparación con otros países latinoamericanos, como Colombia o Argentina, en el ordenamiento procesal penal peruano no está previsto una audiencia de formulación de imputación. La comunicación de la imputación formalizada se realiza través de un

acto escrito emitido por el Ministerio Público denominado “disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria”.

Procede cuando de la realización de las diligencias preliminares surgen indicios reveladores de la existencia de un delito que no ha prescrito y se ha logrado individualizar al que se atribuye dicho delito. Asimismo, contiene de manera obligatoria el nombre completo del imputado, los hechos atribuidos y la tipificación específica, el nombre del agraviado y las diligencias que deben actuarse (art. 336 inc. 2 del CPP).

La disposición está dirigida tanto al imputado como al Juez de Investigación Preparatoria (art. 336 inc. 3 del CPP), de la cual se derivan consecuencias de orden material y formal.

Por un lado, con la notificación de la imputación específica de la conducta al imputado se asegura que este pueda ejercer su derecho de defensa. En ese sentido, en el Acuerdo Plenario No04-2010/CJ-116 las Salas Penales de la Corte Suprema han señalado que la disposición de formalización “cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación”

Por otro lado, el Ministerio Público, pese a ser el director de la investigación (art. 60 inc. 2 del CPP) pierde la facultad de archivar la causa sin poner en conocimiento del Juez de Preparatoria.

Así, el art. 339 del CPP regula entre los efectos de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria que la acción penal se suspende (inc. 1) y que el fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial (inc.2).

Medidas Cautelares

El Código Procesal Penal peruano del 2004 ha clasificado aquellas medidas que restringen derechos en: Restrictivas y cautelares. La diferencia en estas se debe a la finalidad que persiguen, toda vez que la primera tiene una orientación probatoria, de asegurar fuentes de prueba para lograr el esclarecimiento de los hechos, mientras que la segunda tiene como finalidad el aseguramiento del proceso (San Martín, 2015, p 438).

En caso de las medidas cautelares su fundamento recae en la sobre extensión del proceso, siendo estas una solución para conjurar los peligros que pueden generarse a partir del retardo judicial (Neyra, 2015, p. 80). Asimismo, el legislador peruano ha clasificado en medidas cautelares personales, buscan asegurar la presencia del

imputado en el proceso; y reales, con las que se buscan garantizar alguna responsabilidad pecuniaria que se determine al final del juicio. En el caso de las primeras, nuestro ordenamiento reconoce a la detención, arresto domiciliario, prisión preventiva, internación preventiva y comparecencia, simple y con restricciones; mientras que por parte de las segundas encontramos a la incautación, inhibición, desalojo preventivo, medidas anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas y pensión anticipada de alimentos.

Todas las medidas de coerción procesal solo tendrán lugar cuando fuera indispensables, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga - el arraigo, la gravedad de la pena, la magnitud del daño causado, el comportamiento del imputado y la pertenencia a una organización criminal-; el ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; impedir la posible obstaculización de la averiguación de la verdad - a partir de la obstaculización probatoria, como destruir, modificar, ocultar, suprimir elementos de prueba, influir en los coimputados, testigos o peritos- y evitar el peligro de reiteración delictiva.

En caso de la medida cautelar más enajenante, la prisión preventiva el artículo 268 del Código Procesal Penal ha referido sus requisitos, los cuales son: Los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de pena y el peligro procesal, donde se indicará específicamente cuál es el alegado, toda vez que los artículos 269 y 270 del citado cuerpo procesal establecen una serie de estos, teniendo como baremo la obstaculización de la verdad y el peligro de fuga. Todos estos presupuestos deberán ser debatidos uno por uno, de manera progresiva, como lo establece la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 626-2013/Moquegua del 30 de junio del 2015, en su fundamento jurídico décimo octavo; asimismo, este pronunciamiento determinado como vinculante indica en su fundamento vigésimo segundo la introducción de dos nuevos presupuestos a debatir: La proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional. La defensa podrá cuestionarlo.

En cuanto a la duración de la medida, en caso de la prisión preventiva se cuenta con tres plazos, esto a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1307 el cual divide los plazos en proceso ordinario, de 9 meses con una prolongación de 9 meses más; plazo complejo, de 18 meses con una prolongación de 18 meses más y plazo de criminalidad organizada, 36 meses y una prolongación de 12 meses más, siendo que en cada audiencia se fijara el plazo dependiendo a lo solicitado por el fiscal que se encuentre en los márgenes del plazo ordinario. Por otro lado, en el caso de la comparecencia ya sea

simple o con restricciones que se dictará como una medida alternativa a la prisión preventiva el CPP no establece un plazo de duración expreso, a pesar que el artículo 288 regule distintas formas de aplicar la medida de comparecencia restrictiva y que perse acarreen una duración diferenciada, como el hecho de la obligación de no ausentarse del lugar de residencia no exige el mismo tiempo de duración que la obligación de no comunicarse con personas determinadas (Del Río, 2016, p. 397). En cuanto al arresto domiciliario el plazo de duración es denotado por el artículo 290.7 del CPP el cual indica que será el mismo que fue fijado para la prisión preventiva. En torno a la duración de la medida de internación preventiva, esta no cuenta con una regulación expresa. Por otra parte, el impedimento de salida del imputado, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 295 y 296 se concluye que tendrá una duración máxima de cuatro meses. Por último, la duración de la suspensión preventiva de derechos se encuentra regulado en el artículo 299 que indica esta no durará más de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación en el caso concreto, siendo que los plazos se contarán desde el inicio de su ejecución.

En cualquiera de las medidas, la ausencia de un plazo concreto no exime al órgano jurisdiccional del control de su duración, toda vez que todas ellas se encuentra sujetas a un plazo razonable en la línea planteada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ello no es posible fundamentar una prolongación indefinida de ninguna medida cautelar.

Salidas Alternativas

Una característica importante de toda la reforma del proceso penal en América Latina es la ruptura del modelo rígido vinculado a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (Binder, 2012, p. 1). En ese sentido, en la reforma procesal penal peruana también se adoptó alternativas y mecanismos de simplificación de la persecución tradicional del delito: el proceso penal.

Las salidas alternativas, buscan resolver el conflicto penal a través del principio del consenso. Los mecanismos de simplificación procesal, por el contrario, buscan reducir el tiempo de duración del proceso, garantizando una solución oportuna del conflicto penal (Comisión Especial de Implementación Código Procesal Penal, 2016).

Entre las salidas alternativas procesal penal, tenemos el principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio. Mientras que entre los mecanismos de simplificación procesal penal se encuentran los del proceso común (la acusación directa [art. 336, inc. 4] y la conclusión anticipada del debate [art. 372]) y entre los procesos especiales (el proceso

inmediato [art. 446], la terminación anticipada [art. 468] y la colaboración eficaz [art. 472]).

El principio de oportunidad como facultad que tienen los órganos de persecución penal de no iniciar una investigación formal, de suspenderla, renunciarla, modificarla o solicitar su extinción sin necesidad de arribar a una sentencia final (Jauchen, 2012, p. 675). Está previsto en el art. 2 del CPP.

Dependiendo del momento en que se aplique, la audiencia estará a cargo del Fiscal o del Juez de Investigación Preparatoria. En el primer supuesto, el principio de oportunidad es instando antes de formalizada la investigación preparatoria. En el segundo supuesto, se realizará cuando el principio de oportunidad sea invocado una vez formalizada la investigación, pudiendo realizarse hasta la etapa intermedia (art. 350 inc. e).

En cualquiera de los dos supuestos tanto el Fiscal como el Juez de Investigación en las audiencias que realicen deben efectuar un control jurídico riguroso, evaluando si el caso en concreto cumple con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por ley, por ejemplo, verificar que el agente haya quedado afectado por el delito, el delito cometido importe una mínima gravedad (delito de bagatela) o nos encontramos ante supuestos de atenuación de la pena.

El acuerdo reparatorio es una salida alternativa basada esencialmente en la coincidencia de voluntades del imputado y la víctima, sea a iniciativa del fiscal o por acuerdo de aquellos, en virtud de la cual los daños acarreados para la víctima son reparados por el autor del ilícito, con lo que se evita el ejercicio de la acción penal (Neyra, 2015, p. 310).

El legislador ha previsto una lista taxativa de delitos a los que se puede someter este acuerdo (art. 2, inc. 6). Una vez instada de oficio por el fiscal o solicitada por la víctima o el imputado, el fiscal o el juez de investigación preparatoria procederán a notificar a las partes y celebrarán la audiencia de acuerdo reparatorio en la cual tienen que realizar un control jurídico para verificar que los requisitos de orden legal se cumplan y sobre todo que las partes hayan expresado su voluntad de manera libre.

En ambos casos el legislador ha establecido algunos impedimentos para aplicar el principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio, como la reincidencia o la habitualidad, o haberse acogido a cualquiera de los dos en dos ocasiones anteriores dentro de los cinco años de su última aplicación.

La Comisión Especial de Implementación Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia ha elaborado un informe en el año 2016 en la cual da cuenta de la aplicación que del total de salidas alternativas durante el período de julio de 2006 a julio de 2015. El principio de oportunidad representa un 73.23%, el acuerdo reparatorio un 13.92% y

finalmente las terminaciones anticipadas un 17.54% (Comisión Especial de Implementación Código Procesal Penal, 2016, p. 62).

Audiencia de control de acusación y sobreseimiento

La etapa intermedia del proceso penal tiene como función el saneamiento procesal, cumpliendo una función selectiva, evitando juicios que no son necesarios y constituyendo una garantía para el procesado; siendo este control, el que permite liberar al imputado de ser sometido a un juicio que tiene como presupuesto una acusación sin respaldo, ni fundamento.

Conforme a lo señalado en el art. 344.1 y el art. 343.3 del CPP, una vez concluida la investigación preparatoria el Ministerio Público se encuentra en la obligación de emitir el requerimiento de sobreseimiento o de acusación y comunicarlo al Juez de Investigación Preparatoria, el cual pone en conocimiento del requerimiento a las partes procesales, en aras de conferirles la posibilidad de realizar las oposiciones pertinentes, de acuerdo al art. 345.2 del CPP.

Posterior a ello, en concordancia con el art. 351.1 del CPP, determina la fecha y hora para la realización de la audiencia de control preliminar, mediante la emisión de la resolución de citación a audiencia.

Control de acusación

El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 establece que el control de la acusación fiscal puede promoverse de oficio por el Juez de Investigación Preparatoria y se da en dos aspectos: formal y sustancial; no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente.

El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que si se advierten defectos de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 del CPP lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación. El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta comprende el examen de la concurrencia de elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes.

En el mismo sentido ha establecido la Casación 760-2016- La Libertad que la acusación fiscal puede ser objeto de control formal, debiendo estar debidamente motivada y completada con los requisitos que exige el art. 349 del CPP; asimismo debe contar con

un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos, uno de los cuales son los elementos de convicción.

En la audiencia preliminar de control del requerimiento de acusación se discute además sobre la admisión de las pruebas que han sido postuladas por las partes. Se considera que en el ámbito del control de la prueba presentada por la acusación, el Juez de Investigación Preparatoria cumple o debería cumplir un rol activo, en defensa de los intereses del imputado y de los demás sujetos procesales, debiendo analizar la conducencia, pertinencia y utilidad de estas con la finalidad de admitir las que considere colaboren en la corroboración de la verdad en la etapa de juicio oral, debiendo analizar junto a tales presupuestos, la legalidad del medio probatorio ante el debate de las partes procesales, al respecto cabe dejar asentado que nuestra legislación se adhiere a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que proscribe el uso de pruebas ilícitas dentro del proceso.

Se entiende por instalada la audiencia con la concurrencia obligatoria del Fiscal y del abogado defensor del imputado, el Juez de Investigación preparatorio deberá consentir la actuación de pruebas específicas, a excepción de las pruebas anticipadas y documentales que sean necesarias para dar mérito a las oposiciones formuladas por las partes procesales, ni deberá admitir presentación de escritos. Durante el transcurso de la audiencia podrá el Fiscal modificar la acusación, acto que deberá ser puesto en conocimiento de las partes; sin embargo, el fiscal no podrá incorporar nuevos hechos, pero sí, circunstancias en torno de los hechos ya previstos, en concordancia con el art. 351.2 del CPP.

La participación de cada uno de las partes procesales ha sido prevista por la legislación procesal en el art. 351.3 del CPP señalando la intervención del fiscal, defensa del actor civil, defensa del acusado, defensa del tercero civilmente responsable, en caso tales se encuentren incorporados al proceso.

Cuando de los defectos de la acusación sea necesario un nuevo análisis por parte del Ministerio Público, este deberá corregir el defecto de la acusación, una vez devuelta por el Juzgado, desarrollándose una función de saneamiento.

Si el Juez de investigación preparatoria ha de pronunciarse sobre la procedencia de la acusación o del sobreseimiento, debemos situarnos en un plano de control material, condicionando la decisión del juez a las mociones interpuestas dentro de la audiencia (San Martín, 2015, p. 384).

En nuestra legislación procesal no se ha previsto propiamente acuerdos entre las partes procesales en la audiencia de control de acusación; entendiendo que tales acuerdos

tendrían como finalidad el finalizar con el proceso ; sin embargo, se encuentra previsto en el art. 350.1.b del CPP la posibilidad de deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos de control de acusación; sin desmedro de las convenciones probatorias que tengan a acordar las partes en torno a los hechos, de acuerdo al art.350.2 del CPP, factor determinante en la audiencia de juicio oral.

Audiencia de Juicio Oral

Juicio oral, última etapa de nuestro proceso penal acusatorio y el más importante, llevado a cabo a partir de principios como la oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Esta fase cuenta con una estructura la cual empieza con la instalación de la audiencia, por parte del juez; los alegatos de apertura de las partes, la actuación probatoria, examen de acusado, actuación de medios de prueba admitidos y oralización de los medios probatorios; los alegatos finales y en último punto, la autodefensa del imputado.

La participación del juzgador en esta etapa es de vital importancia al ser el encargado de dirigir antes, durante y después el plenario, siendo que los jueces en un sistema acusatorio de tendencia garantista como el nuestro deberán ser imparciales, pero proactivos. Nuestro ordenamiento le proporciona un rol activo facultándole inclusive solicitar prueba de oficio, de manera excepcional, artículo 385 inciso 2 del CPP. Una de sus principales actuaciones es dirigir la actuación probatoria, pudiendo inclusive intervenir cuando lo considere necesario, como lo establece nuestro CPP en su artículo 375 inciso 4, a efectos que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, de manera excepcional, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío, a partir de preguntas aclaratorias o de precisión cuidando en todo momento reemplazar el rol de las partes.

Los demás sujetos procesales - fiscal, actor civil, defensa técnica y procuraduría- tendrán un rol estelar en la audiencia, al ser ellos quienes se encargarán de realizar el debate a partir de sus proposiciones fácticas y del respaldo probatorio que consideren tener sostenidas en razón a la teoría del caso que cada uno plantee (Lorenzo, 2012, p.135). Asimismo, estos serán los encargados de examinar y contraexaminar al acusado(s), testigos y peritos, a efectos de brindarle al juzgador las mejores herramientas para valorar las pruebas.

Esta etapa, al igual que la investigación preparatoria, abre la posibilidad a que las partes puedan realizar determinados acuerdos, esto es, cuando se realiza la denominada conclusión anticipada del juicio oral, dispuesto en el artículo 372 del CPP y desarrollado

por el Acuerdo Plenario 05-2008/ CJ - 116, el cual es la conformidad con la acusación, previa consulta con su abogado defensor, conllevando a la temprana culminación del proceso. Antes de la conformidad, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término la audiencia. La consecuencia de utilizar esta institución es la pronta renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público.

Con la conclusión del juicio los jueces de manera inmediata pasarán a deliberar en sesión secreta su decisión, esta no puede extenderse por más de 2 días, o en el supuesto de enfermedad de algunos de los jueces del colegiado no ir más allá de 3 días, siendo que en caso de procesos complejos el plazo es el doble, como lo estipula el artículo 392 del CPP. Inmediatamente después de la deliberación y tomada la decisión la sentencia será redactada según la estructura que indica el artículo 395 del CPP. El juez penal convoca a audiencia para la lectura de la sentencia, siendo leída ante quienes comparezcan. Concluida la lectura el juzgador preguntará a las partes procesales si alguna de ellas desea interponer recurso de apelación, no siendo necesaria su fundamentación en ese mismo acto, siendo que inclusive podrá reservarse la acción de impugnación, en sentido a lo dictaminado por el artículo 401 del CPP.

Protección del sistema de garantías del imputado

El rol de la defensa

La academia de la Magistratura del Perú (AMAG) publicó la “Guía de actuación del abogado defensor en el Nuevo Código Procesal Penal” (AMAG, Lima, 2012) en el que señalan como derechos del abogado defensor:

ASESORAR a su patrocinado desde que fuere citado o detenido por la policía, interrogarlo directamente, así como a los coprocesados, testigos y peritos

DERECHO A RECURRIR A EXPERTOS para que lo asistan durante las diligencias para mejor defender

PARTICIPAR en todas las diligencias del proceso

INGRESAR a los establecimientos penales y policiales para entrevistarse con su patrocinado

INTERPONER, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios, y los demás medios de defensa permitidos por ley

ACCEDER y OBTENER COPIA del expediente fiscal y expediente judicial

PRESENTAR peticiones orales y escritas para asuntos de simple trámite

APORTAR medios de investigación y medios de prueba

SOLICITAR la aplicación del principio de oportunidad

PROPICIAR O PROPONER acuerdo reparatorio

SOLICITAR O ACOGERSE a la aplicación de la terminación anticipada o el proceso inmediato

Las garantías procesales y su cumplimiento

El NCPP de 2004 si bien presenta rasgos inquisitivos (prueba de oficio, peligro de reiteración delictiva) sus pilares son en el modelo acusatorio acorde con el modelo constitucional, basado en los principios de oralidad, publicidad, contradicción y defensa.

En este sentido la publicidad recibe un tratamiento de garantía conforme con el artículo 139°, inciso 4) de la Constitución Política del Perú, pero no así la oralidad en el caso de las resoluciones judiciales, por el contrario se consideran formas escritas a modo de resguardo a favor del procesado como la formalidad de emitir resoluciones judiciales escritas, o que la notificación del imputado también se presenten por escrito, conforme con los incisos 5 y 15 del mismo artículo 139° de la Constitución Política (Ore Guardia, Lima, Los principios en el NCPP, 2010). No obstante, el Tribunal Constitucional en su sentencia Exp, 02937-2009-PHC/TC ha validado de manera indirecta la motivación oral en las resoluciones judiciales.

Por otro lado, la contradicción como manifestación del derecho de defensa establecido en el artículo 139°, inciso 14) de la Constitución Política del Perú, se encuentra desarrollado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Entendiéndose conforme se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC EXP. 1231-2002-HC/TC) que este derecho queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Es en este aspecto que la AMAG publicó la “Guía de actuación del juez en el nuevo Código Procesal Penal” (AMAG, Lima, 2012) en el que ha señalado que el legislador al elaborar el nuevo Código Procesal Penal ha determinado una forma de modelo acusatorio con propiedades adversariales a partir del desarrollo de los derechos a ser oído, interrogar y contrainterrogar a los testigos, presentar pruebas de defensa y tener

un juicio justo e imparcial a través de los principios de oralidad, concentración, contradicción e inmediatez.

El paradigma restaurativo como una garantía de imputado

¿Cuál es la regulación normativa de la mediación penal y justicia restaurativa?

No existe una ley penal especial al respecto, pero existen figuras que tienen cierto parecido.

Principio de oportunidad, figura por la cual el fiscal tiene la facultad de abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando: a) El agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo

Acuerdo reparatorio, por el cual el fiscal propondrá un acuerdo reparatorio a imputado y víctima, si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal, se aplica en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

Conclusión anticipada del juicio, mediante la cual, durante el juicio oral, el Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

Terminación anticipada, donde el fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias una vez expedida la formalización de la investigación y hasta antes de formularse acusación fiscal. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia.

Colaboración eficaz, por la cual el fiscal e imputado suscriben un acuerdo de beneficios y colaboración, con persona natural o jurídica que se encuentre o no sometida a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal. La información se corroborará y se dictará sentencia.

Transacción, en los procesos por delito de ejercicio privado de la acción y faltas, se puede transigir, dando por fenecido el proceso.

¿Existen delitos en los que se encuentre o haya encontrado prohibido el uso de *la mediación*?

Con el nomen iuris de mediación no se tienen esta figura en la legislación se le asemeja el principio de oportunidad, que solo se aplica a delitos de bagatela, el acuerdo reparatorio que tiene una lista cerrada de delitos en los cuales se aplica, la colaboración eficaz se aplica en delitos graves donde se involucra una organización criminal la transacción solo se aplica al procesos por delitos de ejercicio privado y faltas, solo la terminación anticipada y la conclusión anticipada del juicio se aplica a todos los delitos.

¿Existen límites para el caso de *reincidentes*?

En el principio de oportunidad y acuerdo reparatorio no se aplica en caso de reincidentes, en los demás no se señala una prohibición de esta naturaleza.

¿Existen *unidades de mediadores* u otras figuras para llevar adelante los procesos de mediación o justicia restaurativa?

No existen este tipo de unidades u órganos que se encarguen de la mediación penal en el proceso penal peruano.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Defensa

La Constitución Política del Estado peruano reconoce en su numeral 14 del artículo 139 que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Esto implica como mínimo, como señala el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

La defensa en el Perú se presenta de tres formas:

A elección del imputado, pudiendo elegir entre los profesionales de la actividad privada.

De oficio, por razones económicas el Estado asigna uno que depende del Ministerio de Justicia²⁸⁷.

Casos Sociales, son una serie de casos que los profesionales están obligados a llevar sin costo alguno²⁸⁸.

¿Qué facultades tienen?

De conformidad con el artículo 84 del Código Procesal Penal, el abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.

²⁸⁷ Artículo 80 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

²⁸⁸ Artículo 78 del Código de Ética del Abogado

Con el objeto de facilitar el acceso a la justicia y la representación legal efectiva, el abogado podrá prestar servicios gratuitos a personas de escasos recursos, ya sea de manera directa o a través de programas sociales.

3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.

¿Cuál es la ubicación institucional de las Defensorías Públicas?

La defensa pública peruana depende funcional y organizacionalmente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lo prestan defensores públicos, integrantes de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y por Defensores Públicos adscritos.

La Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia es el órgano de línea encargado de conducir, regular, promover, coordinar, y supervisar los servicios de Defensa Pública. Depende jerárquicamente del Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.

¿Existen sistemas de defensa especializada por etapa procesal o por grupos vulnerables de atención?

La Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia para el cumplimiento de sus funciones cuenta con las siguientes unidades orgánicas: Dirección de Defensa Penal, Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Dirección de Servicios Multidisciplinarios y Direcciones Distritales de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.

Judicatura

La organización de la judicatura está dividida por niveles verticales. Una primera instancia a cargo de jueces unipersonales o colegiados que se encargan del juicio oral, antes de estos se tienen jueces de investigación preparatoria que deciden sobre medidas de coerción, constitución de partes, excepciones y otros, así como etapa intermedia.

La segunda instancia se encuentra a cargo de la Sala de Apelaciones, conoce de las apelaciones de las resoluciones de los jueces de investigación preparatoria, unipersonales y colegiados. Por último, se tiene la Corte Suprema que revisa el recurso de casación.

¿Persiste un modelo vertical o se han implementado colegiaturas horizontales?

Este modelo se mantiene desde la puesta en marcha de la reforma, en el año 2006. No ha habido ningún cambio ni propuesta para implementar colegiaturas horizontales.

¿Existen oficinas judiciales o estructuras a cargo de la parte administrativa?

En los órganos que tramitan procesos con el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, se encuentra vigente la Resolución Administrativa N° 014-2017-CE-PJ, Reglamento del nuevo despacho judicial del módulo penal corporativo de las Cortes Superiores de Justicia de la República.

Es un principio del nuevo despacho la separación de funciones entre el área jurisdiccional y administrativa, el área jurisdiccional está integrada por el juzgado de la investigación preparatoria, juzgado penal unipersonal, juzgado penal colegiado y sala penal superior, estos resuelven procesos penales conforme a las exigencias del nuevo proceso penal, consistente en la redefinición y recomposición del conflicto jurídico penal entre las partes producido por la comisión de un hecho que constituye delito.

El área administrativa está integrada por la administración (que supervisa que el personal del área administrativa cumpla sus funciones, realiza gestiones que permiten proveer los recursos humanos y materiales, entre otras diseñar y ejecutar medidas de gestión administrativa), unidad de casusas jurisdiccionales (que controla el diligenciamiento de notificaciones, citaciones y comunicaciones, forma y conserva cuadernos y expedientes judiciales, controlar la programación de audiencias, entre otros), unidad de realización de audiencias (que controla el descargo de actas, audios y videos, controla la redacción de las actas, controla el registro óptimo de las audiencias), unidad de atención al público (que atiende e informa al público sobre el estado de sus

procesos en trámite, orienta al público sobre la realización de audiencias, recibir y registrar en el sistema las solicitudes, requerimientos o escritos presentados, digitalizar los documentos digitalizados, entre otros), unidad de comunicaciones (que recibe oficios, cuadernos, expedientes que requieren ser diligenciados, recibir notificaciones y oficios, descargar en el sistema la recepción o devolución de cédulas de notificación, entre otras), unidad de custodia (que custodia los expedientes y cuadernos en giro y archiva los que tiene tal mandato, organiza y remite cada 6 meses al archivo general los cuadernos y expedientes judiciales con este mandato, proporciona cuadernos y expedientes judiciales, atiende requerimiento de copias simples, entre otros) y unidad de soporte técnico (que brinda asistencia técnica especializada para el manejo y mantenimiento de los equipos de grabación audio, video y demás herramientas de comunicación). Por ende, las oficinas o estructuras judiciales no tienen a cargo de la parte administrativa.

¿Los jueces/as conservan facultades administrativas?

Una de las funciones que no es propiamente jurisdiccional es la de juez coordinador, los jueces del juzgado de la investigación preparatoria, juzgado penal unipersonal, juzgado penal colegiado y sala penal superior, eligen su propio juez coordinador, que se reunirá con sus pares las veces que sean necesarias según el tema a tratar, no tienen otra facultad que pudiera ser administrativa.

¿Existen órganos especializados para niños, niñas y adolescentes?

Las sanciones y procesos a menores infractores se regulaban en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, publicado el 07 de agosto del 2000.

Existe un proceso especial, la competencia las tenían las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determina. En Casación resolvía la Corte Suprema.

El 7 de enero de 2017 se publicó el Decreto Legislativo N° 1348, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que deroga esta norma, sin embargo, solo se pone en vigencia inmediata los títulos I y II de las secciones VII y VIII referidas a las medidas socioeducativas y su ejecución, los demás artículos referidos al derecho materia y procesal se pondrán en vigencia una vez se publique el reglamento del Código en el diario oficial y su aplicación se realizará de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales mediante calendario oficial que es aprobado por Decreto Supremo.

El Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes es aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2018-JUS, publicado el 24 de marzo de 2018, pero a la fecha no se ha publicado el calendario progresivo de implementación mediante Decreto Supremo.

En este nuevo Código la competencia judicial se encuentra a cargo de un juez de la investigación preparatoria del adolescente en la fase de investigación y etapa intermedia. El juicio oral será encargado a un órgano colegiado cuando se pida la medida de internación, en los demás casos será unipersonal, se les llama Juez del Adolescente.

Las apelaciones las conocerán las Salas Penales y la Sala Penal de la Corte Suprema el recurso de casación, acción de revisión y otros.

¿Se aplica alguna modalidad de justicia restaurativa o enfoque restaurativa en los casos de niños, niñas y adolescentes o adultos?

La nueva normativa tiene como principio el de desjudicialización o mínima intervención, por el cual deben adoptarse medidas que eviten someter al adolescente a un proceso judicial o se ponga término al mismo sin necesidad de recurrir al juicio oral, respetándose los derechos del adolescente y el interés de la víctima.

Asimismo, es un enfoque del Código el restaurativo por el cual se debe promover durante el proceso, en medida de lo posible, la participación de la víctima para lograr su reparación adecuada, así como la aceptación de responsabilidad del adolescente por el daño causado, como forma para superar los efectos negativos de la infracción y prevenir la comisión de otras futuras.

En la sección VI se regulan las salidas alternativas al proceso, que se han conceptualizados como instituciones de resolución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos evitando las consecuencias negativas que puede originar el proceso judicial para el adolescente. Esto se materializa con las siguientes instituciones:

Proceso especial de terminación anticipada, por el cual el Fiscal y el adolescente, se ponen de acuerdo y pueden presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional sobre la medida socioeducativa y la reparación civil. El Juez dicta sentencia anticipada dentro de las 48 horas de realizada la audiencia.

La remisión consiste en promover la abstención del ejercicio de la acción penal o la separación del proceso del adolescente que ha cometido una infracción que no reviste mayor gravedad, procurando brindarle orientación especializada, dirigida a lograr su rehabilitación y reinserción social por medio de la aplicación de programas de orientación con enfoque restaurativo, cuya duración no excede de 1) meses.

Acuerdo reparatorio, que consiste en el reconocimiento del adolescente del daño ocasionado por la infracción a la víctima y el compromiso para repararlo o la prestación directa de un servicio por parte del adolescente en favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño. Se puede aplicar en tanto la infracción afecte el patrimonio de la víctima y la misma no afecte su integridad o su vida.

Mecanismo restaurativo, que permite una intervención especializada, mediante un conciliador, un mediador o un tercero autorizado por la autoridad fiscal o judicial competente, que permite el diálogo entre las partes para llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño a la víctima por el adolescente, que sirva para la aplicación de la remisión, el acuerdo reparatorio, la terminación anticipada u otros supuestos permitidos en la Ley. Para su desarrollo se utilizan diversas prácticas restaurativas, a fin de lograr intercambios emocionales significativos como coadyuvante a los fines del proceso de responsabilidad penal del adolescente independientemente de la medida socioeducativa que se le imponga y el resultado del proceso judicial.

¿En caso de existir se trata de proyectos piloto o tienen ámbito nacional?

Aún no se ha aprobado el Decreto Supremo de aplicación progresiva el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, pero en la aplicación del Código de Niños y Adolescentes se tiene la figura de la remisión, que consiste en la separación del adolescente infractor del Proceso Judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de un procedimiento judicial, lo que se aplica a nivel nacional.

¿Existe alguna unidad de análisis criminal en el Ministerio Público para el estudio de los mercados o fenómenos criminales?

Se tienen 2: El Observatorio de Criminalidad y la Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad.

El Observatorio es un órgano técnico adscrito a la Fiscalía de Nación que se encarga de sistematizar, analizar y difundir información sobre la criminalidad, las infracciones a la ley penal y la violencia en el Perú, proporcionando información que sirva de base para el diseño, implementación y evaluación de las políticas de prevención, persecución inteligente del delito y protección de la víctima.

La Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad es el órgano de asesoramiento de la Fiscalía de la Nación encargado de diseñar, proponer y evaluar políticas dirigidas a la prevención y persecución de la criminalidad organizada, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios, delitos ambientales, lavado de activos y delitos conexos.

¿Qué estructura tiene la unidad de análisis criminal?

La Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad cuenta con un administrador y 9 analistas.

¿Existe alguna iniciativa relacionada con persecución penal comunitaria?

No, la persecución penal se rige por lo establecido por la Ley Orgánica del Ministrito Público, que establece un trámite burocrático profesional, sin un acercamiento estratégico a la comunidad.

Conclusiones

El NCPP ha tratado de establecer un modelo de equilibrio entre eficiencia y garantías, sin embargo, el mayor problema que afronta, no es tal vez de carácter teórico, sino de carácter práctico en cuanto a la dilación en su implementación a nivel nacional, lo que es responsabilidad del Poder Ejecutivo de proporcionar los recursos económicos y materiales para ello.

Si bien, al principio hubo resistencia al cambio, y ello implicó bastante capacitación al respecto de este modelo, las nuevas generaciones ya asimilan de manera natural el modelo adversarial basado en la litigación oral, produciéndose una escalada de “especialistas” en el nuevo proceso penal no mayores de 40 o 45 años.

Un problema que ha debido y debe enfrentar este nuevo modelo es el compromiso de los actores involucrados, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional en cuanto a sus obligaciones y extensión de sus funciones, dado que el resultado positivo de la aplicación de este modelo depende del correcto desarrollo y cumplimiento de sus obligaciones y el compromiso para realizarlas.

En síntesis, la experiencia ha sido positiva, se necesitan varios ajustes, los cuales son propios de una reforma, sin embargo, el tiempo transcurrido la está validando esperando se llegue a un sistema penal confiable, seguro y devuelva la confianza en la ciudadanía con sentencias justas y oportunas, con el pleno respeto de las garantías constitucionales a todos los ciudadanos.

Presentación

El siguiente informe es el resultado de la consultoría para llevar a cabo un estudio descriptivo de la reforma procesal penal en la República Dominicana, con el auspicio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, a través del programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

La presente consultoría, que se enmarca en el Proyecto regional “Situación y asignaturas pendientes de los procesos penales en América Latina”, está orientada a la obtención de información descriptiva relevante, concreta y crítica acerca del funcionamiento de la reforma procesal penal en América Latina.

El informe intitulado “La reforma procesal en la República Dominicana a 14 años desde el inicio de la implementación del Código Procesal Penal” detalla los avances del proceso en el período 2004-2018 y se encuentra dividido en tres partes: I. Introducción: contexto institucional de la reforma procesal penal; II. Desarrollo de los ejes temáticos; y, III. Conclusiones

Objetivos y metodología

De conformidad con lo que establecen los Términos de Referencia (TDR), la consultoría abarca una descripción de la reforma procesal penal, con sus antecedentes y la información elemental relativa a la transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. Luego se desarrollan los tres ejes temáticos definidos para el informe, a saber: *1. Oralidad y calidad de la litigación; 2. La protección del sistema de garantías del imputado; y, 3. La reorganización de las instituciones del sistema penal.* A esto le siguen las conclusiones del consultor.

Además del levantamiento y sistematización de la información utilizada en el análisis, se sumó un itinerario de entrevistas conforme a las indicaciones de los TDR. Los encuentros tuvieron lugar en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, entre los días 20 y 30 de junio de 2018, donde participaron el Mgdo. Rafael Báez, juez de la Primera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional; el Mtro. Rodolfo Valentín Santos, defensor público del Distrito Nacional; el Mtro. Iván Félix Vargas, Procurador General de

289 Director del Observatorio Judicial Dominicano de la Fundación Global Democracia y Desarrollo (Funglode) y de la firma H. Modesto Abogados & consultores. Docente de la Universidad Católica de Santo Domingo, y en la Escuela de Graduados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (EGDDHHyDIH), adscrita al Instituto Superior para la Defensa “General Juan Pablo Duarte y Díez” (INSUDE)

Corte de Apelación, titular de la Procuraduría Especializada contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología; y, el Lcdo. Gustavo de los Santos Coll, exfiscal del Distrito Nacional y experto en la reforma procesal penal.

Introducción: contexto institucional de la reforma procesal penal

El 27 de septiembre del año 2004 entró en vigencia el Código Procesal Penal²⁹⁰ de República Dominicana (Ley núm. 76-02 del 19 de julio de 2002, G. O. núm. 10170), y con este acontecimiento cesó, casi en su totalidad, la aplicación del Código de Procedimiento Criminal (CPC) de 1884. La implementación inició en todo el territorio nacional; sin embargo, la vigencia del CPC —tras 120 años— se mantuvo para expiar las causas en trámite que ya habían sido iniciadas con el mismo en un número reducido de tribunales que conformaban la estructura liquidadora hasta 2009 (Resoluciones núm. 1170-2004 y 1207-2004 de la Suprema Corte de Justicia).

La Ley núm. 278-04 sobre la Implementación del Proceso Penal instituido mediante la Ley núm. 76-02,²⁹¹ del 13 de agosto de 2004, estableció en su artículo 7 que a partir del 27 de septiembre de 2004 entrarían en vigor en todo el territorio nacional las disposiciones enunciadas en este artículo. Un año más tarde, a partir del 27 de septiembre de 2005, entrarían en vigor las disposiciones no enunciadas este y excluidas expresamente. Desde este momento el sistema de justicia penal experimentó cambios que tuvieron como resultado la disminución de la mora judicial y el aumento de la celeridad de los procesos. El sistema empezó a dar respuestas oportunas a pesar de los limitados recursos con los que contó la reforma.

El órgano encargado de la implementación fue la Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ), conformada mediante el Decreto núm. 420-02, del 6 de julio de 2002, (G. O. 10131).²⁹² Las conquistas de la transición del sistema inquisitivo

290 Luego de un período de *vacatio legis* de 24 meses contados a partir la promulgación de la Ley núm. 76-02 consagrado en su artículo 449. A pesar de que este texto hace referencia a la vigencia plena del nuevo código, en la Ley núm. 278-04 se especifica que la implementación fue parcial, en razón de que diversas instituciones y figuras de la nueva normativa serían puestas en práctica un año más tarde, tal es el caso del archivo, los criterios de oportunidad, el funcionamiento de los tribunales colegiados y del juez de la ejecución de la pena.

291 Vide: G.O. 10290 del 13 de agosto de 2004.

292 La CONAEJ estuvo integrada por el Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (suprimido por decreto núm. 545-12), el Presidente de la Comisión de Justicia del Senado, el Presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, el Jefe de la Policía Nacional, el Director de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), el Director de la Escuela Nacional del Ministerio Público (ENMP), el Director de la Escuela Nacional Penitenciaria (ENP), el Director de la Oficina Nacional de Defensa Pública (ONDP), el Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo, monseñor

al sistema acusatorio-adversarial se resumen en los siguientes aspectos: mayor respeto de los derechos de las personas que intervienen o participan en el proceso penal, la separación de las funciones de investigación y persecución de la función jurisdiccional, el control de los plazos, la desburocratización de las relaciones entre actores, la incorporación de la oralidad y la intermediación, así como la observancia de los principios fundamentales procedentes de un andamiaje constitucional erosionado durante la aplicación del CPC.

Esto fue fruto del rediseño de los esquemas de competencia de los órganos jurisdiccionales existentes —o la creación de otros nuevos—, de las instituciones capaces de ofrecer repuestas a las necesidades específicas para la administración de la justicia penal, y el respeto de los derechos como pilar de la interacción entre los actores en cada fase del proceso.

Finalmente, la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero de 2015, introdujo modificaciones al CPP; “un total de 110 artículos entre los 449 de la norma, es decir casi el 25 % de todo su contenido, fue ajustado tomando en cuenta las demandas sociales para la administración de la justicia acumuladas durante los primeros 11 años de implementación.” (Modesto, 2017).

Oralidad y calidad de la litigación

Los obstáculos para la vigencia efectiva del principio de oralidad y calidad de la litigación

Todas las audiencias que contempla el Código Procesal Penal dominicano son orales y también lo son aquellas que no están ordenadas taxativamente por la normativa. Estas últimas se vuelven indispensables para los operadores en aras de garantizar la vigencia efectiva de los principios fundamentales. Los debates se ajustan a la naturaleza y propósitos de cada audiencia.

Distinto es lo que acontece con la publicidad, se aprecia en el *cuadro* presentado como “Anexo” de este informe, que la publicidad es la regla para todas las audiencias a partir de la fase intermedia, porque de conformidad con el artículo 290 del CPP el procedimiento preparatorio no es público para los terceros y las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Sin embargo, se ha visto que en las audiencias para decidir acerca de la imposición de

Agripino Núñez Collado, el Director Ejecutivo de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS) y el Presidente del Colegio de Abogados de la República Dominicana (CARD).

las medidas de coerción o cautelares en casos notorios, se permite el acceso de los medios de comunicación siempre que las partes estén de acuerdo.²⁹³

Una información relevante extraída de las entrevistas es que todos los participantes coincidieron en que de la transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio-adversarial se derivaron cambios considerables y muy positivos; la oralidad se preserva y se garantiza en gran medida, pero algunas dificultades ponen en riesgo la vigencia efectiva del principio.

Tal es el caso de las revisiones de las medidas de coerción o cautelares: en varios distritos judiciales, fruto de las dificultades para el traslado de los internos preventivos, las mismas se conocen sin la presencia del imputado y de la víctima, aunque la decisión no favorezca al primero.

Otra dificultad, señalada por el *Mgdo. Rafael Báez*, es que el recurso de oposición fuera de audiencia va en sentido contrario a la preservación del principio de oralidad, ya que esta eventualidad procesal se realiza por escrito. Afirmó la necesidad de medios para favorecer el cumplimiento del principio, sugirió analizar experiencias comparadas en las que el uso de las tecnologías de la información y la comunicación permite garantizar la vigencia del principio.

Por su parte, el *Lcdo. Gustavo de los Santos Coll* planteó que, fruto de la carga de trabajo, “los jueces invitan a las partes a renunciar a la inmediación con el objetivo de suspender o acomodar las agendas del tribunal”. Además, señaló el experto, es recurrente la reserva de los fallos por espacios de tiempo muy prolongados, lo cual interrumpe el análisis de los mismos hasta por tres meses. Ambos aspectos afectan significativamente la vigencia efectiva del principio de oralidad.

Añade el *Mtro. Iván Félix Vargas* que durante la sustanciación de los recursos en la corte de apelación sólo se examina la resolución limitándose a acoger o a rechazar el recurso de cualquiera de las partes, empobreciéndose con esto la actividad probatoria en esta fase.

En las audiencias orales la calidad de la *litigación es baja*, con excepción del nivel que exhiben los defensores públicos quienes egresan de un programa especial de formación en la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ). A los entrevistados se les presentó una escala de uno (1) al diez (10) y el promedio del nivel de litigación que se extrae es de

293 Se trata tanto de una garantía como de un derecho al cual las partes pueden renunciar si así lo deciden.

cinco (5). El común denominador de los abogados dominicanos no domina las técnicas de litigación oral. Por eso, los entrevistados consideran esta problema como uno de los mayores obstáculos para el ejercicio del derecho de defensa, lo cual tiene mucho que ver con la calidad de la formación de los abogados en las facultades de derecho nacionales.

Las audiencias durante la fase preparatoria

Cada una de las fases del proceso posee un fin distinto, sin embargo, en ellas se producen actos que establecen condiciones indispensables para la transición entre una y la otra. Se trata de una secuencia en la que cada acto posterior es menos provisional que el anterior.

En la *fase preparatoria* se agota el procedimiento que lleva el mismo nombre, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 259 del CPP tiene por objeto “*determinar la existencia de fundamentos para la apertura a juicio, mediante la recolección de los elementos de prueba que determinen basar la acusación del ministerio público o del querellante y la defensa del imputado.*” A este están sujetas todas las infracciones, con excepción de las contravenciones o infracciones de “simple policía” que contempla el Título I del Libro II de la normativa.

Los plazos y las condiciones para concluir la investigación están establecidos en el artículo 150 del CPP, mientras todo lo relativo al procedimiento que rige esta fase está contenido desde artículo 259 hasta el artículo 297 del mismo código.

En esta fase se conocen diversas audiencias, pero *el Código Procesal Penal no contempla una audiencia de control de la detención*. Debido a que la fase es de naturaleza investigativa sometida a control jurisdiccional. El control inicial de la detención corresponde al Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 225 parte in fine del CPP:

El arresto no puede prolongarse más allá del agotamiento de la diligencia o actuación que lo motiva. Si el ministerio público estima que la persona debe quedar sujeta a otra medida de coerción, así lo solicita al juez en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas²⁹⁴, quien resuelve en una audiencia. *En caso contrario, dispone su libertad inmediata.*

294 Este plazo se encuentra consagrado en el artículo 40 ordinal 5 de la Constitución: Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare.

Con la investigación a cargo del Ministerio Público y el juez de la instrucción ejerce el control de la legalidad de las actuaciones que se llevan a cabo, decidiendo especialmente de las solicitudes de arresto, interceptaciones telefónicas, registros de lugares privados, medidas de coerción, entre otras.

Al juez de la instrucción le compete el conocimiento de las controversias entre el Ministerio Público y los demás sujetos procesales y de los anticipos de prueba. *“El procedimiento preparatorio no es público para los terceros. Las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes”*. El Código Procesal Penal de la República Dominicana no contempla una audiencia de formalización de la investigación, ni se estila la celebración (obligatoria) de una audiencia de la que dependa el curso de la fase preparatoria. Tampoco el conocimiento de las medidas de coerción es exclusivo de esta fase, aunque en la práctica lo común es que las mismas se soliciten al inicio de esta. En los casos en los que no se ha producido la citación previa del imputado y es llevado bajo arresto ante el juez, las imputaciones y lo que ha transcurrido de la investigación se le comunica durante la audiencia de medida de coerción.

De todo lo dicho anteriormente se desprende que el cumplimiento de los plazos y la verificación de si hubo ilegalidad del arresto contra el imputado son propios de la *audiencia de medidas de coerción o de medidas cautelares*.

En estas, el aspecto que más se garantiza y sobre el que se ha creado más conciencia, en la opinión de los entrevistados, es el plazo de las 48 horas; por lo general los jueces no imponen medidas de coerción cuando se comprueba que ha sido violado. Sin embargo, en lo que tiene que ver con la práctica de la verificación de la lectura de los derechos al imputado por la policía o la autoridad que realice el arresto, esta ha sido erosionada por la falta de mecanismos de verificación en los que se pueda corroborar que quien practicó el arresto cumplió con esta disposición normativa. Deben fortalecerse las exigencias en la legalidad para el levantamiento de las actas que sirven de soporte para la solicitud del ministerio público. Los entrevistados coinciden en que el juez de las garantías debe jugar un rol más activo y no lo hace, aunque corresponde a la defensa poner de relieve las irregularidades que detecte en todas las actuaciones sometidas al control jurisdiccional.

En esta audiencia el juez de la instrucción, que siempre será el juez de la *Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente* si el imputado se encuentra bajo arresto, debe verificar si concurren las circunstancias descritas en el artículo 227 del CPP:

Procede aplicar medidas de coerción, cuando concurren todas las circunstancias siguientes: 1. Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una

infracción; 2. Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento; 3. La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.

En esta audiencia se garantiza la oralidad con las limitaciones resultantes de su naturaleza y propósitos. El ministerio público presenta un plano fáctico y plantea la calificación jurídica que hasta ese momento corresponde al hecho descrito. Acto seguido, las partes responden al planteamiento del Ministerio Público; la discusión acerca de los supuestos materiales y los procesales se desarrolla concomitantemente en cada oportunidad. De este modo, la presentación de la solicitud implica comunicar al imputado ambos aspectos secuencialmente. Los mismos se enmarcan en esa primera circunstancia establecida por el artículo 227 del CPP. El nivel de debate acerca de los presupuestos procesales para la procedencia de la medida es bajo. La audiencia resulta algo mecánica por el escaso conocimiento de muchos abogados de las técnicas de litigación, los mismos exhiben dificultades para atender y expresar de manera eficaz las complejidades de las proposiciones con las que se plantea la existencia de cada presupuesto.

Los *riesgos procesales* son más bien una combinación de todas las circunstancias contenidas en el referido artículo. Respecto a la primera es importante señalar que “todas las medidas de coerción personales restringen la libertad del imputado con la finalidad de garantizar su presencia en todos los actos del procedimiento. Pero, ¿qué es lo que valida esta restricción? Nada más y nada menos que el potencial probatorio de la solicitud. (Modesto, 2017)

Se ha dicho en artículos referidos al tema que esta es la base de la excepcionalidad de las medidas de coerción y que fue una de las novedades que introdujo el CPP:

La excepcionalidad se da cuando se exploran posibilidades fácticas y jurídicas a partir de los elementos de prueba y, al mismo tiempo, se toman en cuenta los riesgos latentes para la sustanciación del proceso. En otras palabras, se mide el nivel de probabilidad de demostrar la autoría o la complicidad del imputado en otras fases del proceso condicionadas a la legalidad de los elementos de prueba que sustentan la medida. (Modesto, 2017)

Por eso, en lo que respecta a la existencia del peligro de fuga el CPP establece una lista de aspectos que el juez toma en cuenta para decidir si existe o no, y este abarca lo relativo a la situación personal del imputado, la gravedad del hecho y el daño (artículo 229 del CPP).

Propio de características como la instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y variabilidad de las medidas de coerción, las mismas son impuestas fijando sus límites temporales y los momentos para verificar si variaron las circunstancias que dieron lugar a su imposición.

Solo la prisión preventiva está sometida a un límite razonable de 12 meses en procesos ordinarios y en caso declarados complejos es de 18 meses que, en caso de sentencia condenatoria, se puede extender seis meses más. Sin embargo, dependiendo del tipo de medida de coerción el plazo para concluir el procedimiento preparatorio será de tres meses (prisión preventiva y arresto domiciliario) o seis meses en el caso de las restantes. Plazos que se extienden a ocho y a doce meses respectivamente si el procedimiento ha sido declarado complejo.

El mecanismo de control esencial de las medidas de coerción es la revisión. En estas, en cualquier momento del procedimiento (artículo 238 del CPP) el juez a solicitud de parte, o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron. La prisión preventiva, debe ser revisada cada tres meses de oficio (artículo 239 del CPP).

Las circunstancias relativas a la carga de trabajo y al exceso de burocratización ha producido automatismos en los que las revisiones se realizan sin una verificación profunda para determinar si las circunstancias que originaron la medida de coerción han variado.

Según las estadísticas de la Dirección General de Prisiones, los internos condenados en el sistema penitenciario suman 10 381 para un 39.2 % del total de personas que guardan prisión, mientras que los preventivos suman 16 111, lo cual constituye 60.8 % del total.²⁹⁵

Las audiencias durante la fase intermedia

La fase intermedia acontece y se desarrolla en lo que se denomina la audiencia preliminar, en esta el juez de la instrucción controla los requerimientos conclusivos presentados por el acusador que ha puesto fin al procedimiento preparatorio, así como las solicitudes que ha efectuado la víctima, querellante o actor civil, y determina la procedencia de la apertura a juicio, decide dictar auto de no haber lugar o una solución al conflicto, a través de alguno de los mecanismos de resolución alternativa. Está regulada

²⁹⁵ Estadísticas de la Dirección General de Prisiones del 27 de junio de 2018, disponibles en el siguiente enlace: <http://www.pgr.gob.do/dgp/>

desde el artículo 298 hasta el artículo 304 del CPP.

Los actos conclusivos que establece el artículo 293 del CPP son: la apertura a juicio mediante la acusación, la aplicación del procedimiento abreviado mediante la acusación correspondiente, y la suspensión condicional del procedimiento.²⁹⁶

A pesar de que debe ser una de las fases que más se somete al escrutinio jurisdiccional, y que es vital que toda la lógica argumentativa se concentre en aspectos como la legalidad e idoneidad de los elementos de prueba, el desconocimiento de las técnicas de litigación afecta el nivel de profundidad con el que se llevan a cabo las discusiones, pero sobre todo el rol del juzgador cuando se vuelve demasiado pasivo debiendo resultar todo lo contrario.

No hay consenso en este punto entre los entrevistados, ya que el *Mgdo. Rafael Báez* considera que la profundidad es alta y que el rol del juez es activo, mientras que los demás participantes afirman que la audiencia preliminar constituye solo un paso más a través del cual las pruebas presentadas son sometidas a una lista de chequeo formal. El defensor *Rodolfo Valentín Santos*, estaría de acuerdo incluso con la supresión de esta audiencia.

En la práctica existen dos criterios sobre la discusión de los elementos de prueba en la audiencia preliminar: por un lado están los jueces que sostienen que la audiencia está orientada a verificar la legalidad de la obtención e incorporación de dichos elementos, evitando valorar su pertinencia y suficiencia por ser más propio del juicio de fondo. Conforme a este criterio, basta que el ministerio público establezca en la acusación cuáles son los elementos de prueba y establezca sus pretensiones. Por ejemplo, si se trata de elementos de prueba documentales, basta con que sean depositadas las copias en el expediente, mientras que respecto a los elementos de prueba materiales solo es necesario que sean ofertados en la acusación. Por otro lado, están los jueces que piensan que sí deben ser presentados y discutidos de tal manera que pueda determinarse que son lícitos, legales, pertinentes y suficientes conforme a los principios y normas del CPP.

296 Otros dos actos que son potestad del Ministerio Público que también detienen el ejercicio de la acción penal, pero que no fueron considerados por el legislador como actos conclusivos propiamente. dichos. Estos son el archivo de conformidad con el artículo 281 del CPP y el criterio de oportunidad que establece el artículo 34 del mismo código.

La resolución alternativa del conflicto

El rol del juez en las audiencias para conocer de los actos que facilitan las salidas alternas al conflicto es garantizar que las mismas se ajusten a los parámetros establecidos en el CPP o resolver las controversias que las mismas generen. Con respecto a la conciliación, es importante destacar que es propia de un ámbito discrecional del Ministerio Público y de las partes, que sólo se admite en los casos de acción pública a instancia privada antes de la apertura a juicio, mientras que en los casos de acción privada procede en cualquier estado del procedimiento. Sin embargo, cuando se dispone del criterio de oportunidad en favor del imputado el juez interviene si se presenta una objeción de alguna de las partes.

En el caso de la suspensión condicional del procedimiento, las condiciones de cumplimiento las fija el juez. Estas pueden estar intrínsecamente relacionadas con el imputado o con a la víctima, por supuesto, se hace hincapié en el conflicto primario para que las condiciones sirvan como parámetros preventivos dirigidos a evitar la reincidencia y los riesgos para la víctima. El juez valora los aspectos personales o circunstanciales de las partes para decidir cuáles son las reglas a las que quedará sujeto el imputado, pero en ningún caso puede imponer medidas más gravosas que las solicitadas por el ministerio público.²⁹⁷

Las audiencias de juicio oral

En la República Dominicana no existe el juicio por jurados. En la fase de juicio se lleva a cabo el juzgamiento del caso, la reproducción de los elementos de pruebas recogidos y admitidos en las fases anteriores, para establecer o descartar la existencia del hecho y la responsabilidad de la persona a quien se atribuye la conducta antijurídica, pudiendo producirse su absolución o su condena (desde el artículo 305 hasta el artículo 353 del CPP).

En estas audiencias pueden llevarse a cabo acuerdos, de hecho son muy frecuentes, por lo general son previamente solicitados al Ministerio Público, los deciden los titulares de

297 Entre estas reglas el juez puede ordenar: 1. Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que señale el juez; 2. Abstenerse de visitar ciertos lugares o personas; 3. Abstenerse de viajar al extranjero; 4. Abstenerse de ingerir en exceso bebidas alcohólicas; 5. Aprender una profesión u oficio, o seguir cursos de capacitación o formación indicados en la decisión; 6. Prestar trabajo de utilidad pública o interés comunitario en una institución estatal u organización sin fines de lucro, fuera de sus horarios habituales de trabajo remunerado; 7. Abstenerse del porte o tenencia de armas; 8. Abstenerse de conducir vehículos de motor fuera de su responsabilidad laboral, en los casos en que el hecho que se atribuye se relacione con una violación a las reglas relativas al tránsito de vehículos; y, 9. Someterse a un tratamiento en un centro de reeducación conductual.

las distintas fiscalías y luego son presentados en audiencia. El juez verifica si el imputado posee pleno conocimiento del acuerdo y sus consecuencias.

Volviendo al aspecto de la litigación, es oportuno reiterar que, con excepción de los defensores públicos y algunos abogados bien formados, el nivel de calidad que exhiben los profesionales del derecho es muy bajo. Esto guarda estrecha relación con el desconocimiento de las técnicas de litigación, fundamentales para llevar a cabo tanto las acusaciones como las defensas de manera estratégica.

Eso, evidentemente, hace que planteamientos indispensables como el de la teoría del caso, vinculada a una estrategia correspondiente con los objetivos que deben ser definidos por cada parte, no se presenten o sean presentadas con deficiencias. Se dan rupturas habituales que indican ausencia de sistematicidad de las pretensiones y medios para hacerlas valer.

Los exámenes o interrogatorios directos y los contra exámenes corren la misma suerte. Al no manejar las técnicas de investigación y la argumentación jurídica ser pobre, difícilmente se puede establecer una estrategia del caso. Los entrevistados también consideraron que en este aspecto el nivel es bajo. El *Mtro. Iván Félix Vargas*, afirmó que su experiencia como representante del Ministerio Público lo ha llevado a la conclusión de que “la mayoría de los abogados no sabe presentar a sus testigos, lo que hace muy habitual las objeciones a las preguntas, afectado el buen desenvolvimiento del juicio”.

En definitiva, el rol del juez es pasivo porque en el diseño normativo se concibió de esta manera, no obstante, el mismo CPP lo faculta para hacer preguntas aclaratorias.

Los recursos y la ejecución de la pena

Por lo general los recursos se llevan a cabo en audiencias orales y públicas, con la excepción del recurso de oposición en razón de que no se trata de la fase de impugnación propiamente dicha. Además, es común que sean recurridas en apelación una serie de decisiones para las que el CPP lo habilita, sin tratarse de la sentencia condenatoria o absolutoria, en estos casos (ver cuadro anexo) la publicidad depende de que la decisión recurrida no corresponda a la fase preparatoria.

De la misma forma se sustancian los procesos en la fase de ejecución. En cuanto a los parámetros para la celebración de las audiencias el procedimiento penal en la República Dominicana es muy homogéneo, en estas audiencias participa la víctima; es obligatorio que sean notificados los interesados para resolver cualquier petición del imputado y las

cuestiones incidentales.

Protección del sistema de garantías del imputado

El sistema de defensa pública

La Oficina Nacional de la Defensa Pública (ONDP) es una institución orientada a proporcionar un servicio de defensa legal gratuita, por medio de un cuerpo de abogados altamente calificados, dirigido a las personas privadas de su libertad o vinculadas a un proceso judicial, que carecen de recursos económicos para costear un abogado o que por cualquier causa no cuenta con la representación de uno. Según las personas entrevistadas, los defensores públicos son los abogados que exhiben el mayor nivel de litigación. La ONDP posee personalidad jurídica de derecho público y una partida en el presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos.²⁹⁸

El rol de los defensores en una audiencia es muy activo, las diligencias abarcan contacto con el imputado desde los primeros actos del procedimiento. El trabajo de los defensores públicos cuenta con el apoyo de los investigadores públicos y trabajadores sociales adscritos a la ONDP, estos realizan un trabajo documental y de campo que facilita al defensor presentar sus propias pruebas. La dinámica de la labor de defensoría implica exigir todo lo que sea necesario del Ministerio Público para garantizar los derechos del imputado. Se aprecia que los defensores públicos cuentan con una teoría del caso desde las fases prematuras del proceso penal. Empero, un problema significativo para los defensores es el gran volumen de casos que tienen asignados dada la carga de todos los casos del sistema que llevan, la cual asciende a más del 80% de los casos que ingresan al sistema.

Actualmente no existen sistemas especializados de defensa por etapa procesal o por grupos vulnerables. El defensor Rodolfo Valentón Santos, al ser entrevistado reveló que existe un proyecto piloto en el Distrito Nacional en el que los casos son asumidos por un conjunto de defensores públicos a través de las distintas fases.

En cuanto a la carpeta de investigación las partes tienen acceso a todas las piezas que posee el Ministerio Público para hacer valer sus pretensiones cuando las mismas han sido presentadas ante un tribunal y la normativa establece que sean puestas a su disposición.

²⁹⁸ Surgió adscrita al Poder Judicial en virtud de las disposiciones del artículo 88 de la Ley núm. 277-04, con dependencia administrativa, pero independencia técnica y funcional. Tras cinco años adquirió autonomía.

La defensa siempre puede ofrecer prueba para el juicio durante la fase intermedia, conforme a las exigencias señaladas para la acusación, esto incluye presentar su lista de testigos, peritos y cualquier elemento de prueba, con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad. En ese sentido, la defensa maneja, en su correspondiente respuesta a la acusación, una teoría del caso propia.

La publicidad de las actuaciones, preservación de las garantías del imputado

El grado de publicidad o de acceso a las actuaciones durante el proceso va a depender de que tan cerca de la fase de juicio se encuentre el mismo. La fase preparatoria no es pública para terceros y tiene sus excepciones en relación a las demás partes. El artículo 291 del CPP establece que:

Si contra el imputado no se ha solicitado una medida de coerción ni la realización de un anticipo de prueba, el ministerio público dispone el secreto total o parcial de las actuaciones, siempre que sea indispensable para el éxito de un acto concreto de investigación.

Es importante resaltar que, salvo los problemas relativos a la oralidad, contradicción e intermediación, en su momento establecidos por el experto Gustavo de los Santos Coll, al imputado le son preservadas las garantías relativas a su intervención en el proceso y al derecho a ser oído, pudiendo realizarlo en cualquier estado del procedimiento. Los jueces tienen un trato debido con los imputados y, a pesar del alto nivel de tecnicismo del proceso penal, el lenguaje con el que se comunican con el imputado es adecuado para garantizar su comprensión de los actos. Es tarea investigativa aún pendiente profundizar en las aproximaciones científicas para extraer del sistema información empírica sobre los niveles de imparcialidad y contradicción.

El enfoque restaurativo

Todo parte del supuesto de que al proceso penal se le reconoce el carácter de medida extrema de la política criminal. En el existe una parte importante de opciones que han hecho posible llevar a cabo enfoques de justicia restaurativa, tales son la conciliación y la mediación. Sin embargo, el auge de algunos ilícitos ha dado lugar a limitar el uso de ciertos institutos procesales. La conciliación solo procede para los hechos punibles siguientes: 1. Contravenciones; 2. Infracciones de acción privada; 3. Infracciones de

acción pública a instancia privada; 4. Homicidio culposo; 5. Infracciones que admiten la suspensión condicional de la pena. (Artículo 37 del CPP)

La oportunidad para la conciliación, en las infracciones de acción pública que encajen en la lista anterior, se extiende a cualquier momento previo a que se ordene la apertura del juicio. Mientras en los casos de acción privada puede lograrse en todo momento del procedimiento. En los casos de violencia intrafamiliar y los que afecten a los niños, niñas y adolescentes, el ministerio público sólo puede procurar la conciliación cuando provenga de una solicitud expresa de la víctima o sus representantes legales, y siempre que no esté en peligro la integridad física o psíquica de la víctima.

El CPP no contempla limitaciones para que se produzca la conciliación cuando se trate de imputados que son reincidentes en la comisión de una infracción, tal como ocurre con las suspensiones condicionales del procedimiento y de la pena que sólo proceden si el imputado no ha sido condenado penalmente con anterioridad. No obstante, en los casos de violencia intrafamiliar y los que afecten a los niños, niñas y adolescentes, el ministerio público sólo puede procurar la conciliación cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales, y siempre que no esté en peligro la integridad física o psíquica de la víctima. Si el imputado es reincidente el ministerio público valorará que la víctima se encuentra expuesta al peligro.

Es importante resaltar la experiencia del “Proyecto de Tratamiento bajo Supervisión Judicial” fruto de los esfuerzos conjuntos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo Nacional de Drogas (CND) y el Poder Judicial.

Este programa funciona en el Séptimo Juzgado de la Instrucción del Distrito Nacional y tiene como destinatarios a los infractores menores en materia de drogas. En la fase intermedia los imputados, a través de la suspensión condicional del procedimiento, el juicio penal abreviado o la suspensión condicional de la pena, reciben un tratamiento distinto al del infractor ordinario, garantizando un enfoque restaurativo y terapéutico de la justicia.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Las funciones de los órganos del sistema de justicia penal

Es importante destacar, que hubo varios cambios en la organización judicial dominicana con ocasión de la reforma procesal penal, pero lo más significativo de estos se advirtió en el rol que juegan los jueces a pesar de conservar una estructura muy similar a la que

se mantuvo con el CPC. Los nuevos órganos creados fueron los tribunales colegiados de primera instancia, los jueces de la ejecución de la pena y las oficinas judiciales de servicios de atención permanente.

Otro cambio relevante introducido por el CPP fue la creación del despacho judicial y con este las funciones administrativas de los jueces quedaron a cargo del secretario y el personal auxiliar, quienes deben asistir al juez en estas labores, por disposición del artículo 77 de dicho código, para despachar eficientemente los asuntos administrativos y de organización de la oficina. A partir de la existencia del despacho judicial se estructuró el modelo de gestión penal, implementado gradualmente en diversos departamentos judiciales.²⁹⁹

Con esto se ha dado una franca distinción entre las funciones administrativas y jurisdiccionales, pero aún las funciones administrativas son altamente supervisadas por el juez, producto de que aún no se han logrado consolidar los modelos de gestión por la falta de recursos que atenta contra la eficiencia del sistema en los trámites y las notificaciones.

Aunque en el despacho judicial el secretario tiene la función de “organizar la preparación de las audiencias, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las notificaciones, citaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes del estado y marcha de los procedimientos y colaborar en todos los trabajos materiales o administrativos que el juez o el tribunal les indique”, el juez sigue controlando la agenda de las audiencias. Su funcionamiento también depende de los recursos con los que cuenta el despacho.

La organización judicial es vertical y la diferenciación entre los órganos se acentúa en función de las distintas etapas en que transcurre el proceso penal como se verá a continuación.

Los órganos por grado de jurisdicción

La Segunda Sala o Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia (SCJ). Es un órgano con jurisdicción nacional para conocer y fallar todos los asuntos en materia represiva de que sea apoderada la Suprema Corte de Justicia, por imperio de la ley, sean objeto de apoderamiento como tribunal de alzada o en primer y único grado (Ley Orgánica de la SCJ, núm. 25-91, del 15 de octubre de 1991 y Ley núm. 156-97, del 10 de julio de 1997).

²⁹⁹ En 2010 la Suprema Corte de Justicia ganó el I Premio Innovare Internacional por el Modelo de Gestión del Departamento Judicial de La Vega. Este premio fue resultado de la asociación entre el Instituto Innovare Internacional y la Cumbre Judicial Iberoamericana, con el objetivo de extender el reconocimiento de las buenas prácticas a los Poderes Judiciales de Iberoamérica.

Las cámaras penales de las cortes de apelación y equivalentes. Conocen de las apelaciones a las sentencias, de conformidad con la ley; en primera instancia de las causas penales seguidas a jueces de primera instancia o sus equivalentes, procuradores fiscales, titulares de órganos y organismos autónomos y descentralizados del Estado, gobernadores provinciales, alcaldes del Distrito Nacional y de los municipios, y de los demás asuntos que determinen las leyes. Asimismo, comprenden divisiones territoriales denominadas departamentos judiciales, dentro de los cuales se encuentran los distritos judiciales (Ley núm. 821 de Organización Judicial Dominicana, del 21 de noviembre de 1927 y Código Procesal Penal del 27 de septiembre de 2002).

Las cámaras penales de los juzgados de primera instancia y equivalentes. Conocen —en primer grado— de todas las materias que no les sean atribuidas por ley a otro tribunal y los demás asuntos que les atribuye de manera expresa la ley. Se encuentran dentro de una demarcación territorial denominada distrito judicial que normalmente corresponde a una provincia.

Las cámaras penales de los juzgados de primera instancia

Tribunales colegiados. Son órganos judiciales encargados de conocer de los casos cuya pena privativa de libertad máxima prevista sea mayor de cinco años. Los tribunales colegiados tendrán jurisdicción territorial dentro del distrito judicial para el cual han sido designados y cuya sede será el municipio cabecera de ese distrito judicial (Resoluciones núm. 1735, del 15 de septiembre de 2005, que establece la organización de los tribunales colegiados de primera instancia, y la núm. 917-09 del 30 de abril de 2009 que modifica la Resolución núm. 1735, ambas emitidas por la SCJ).

Los tribunales unipersonales. Tienen competencia para conocer de modo unipersonal del juicio por hechos punibles que conlleven penas pecuniarias o pena privativa de libertad, cuyo máximo previsto sea de cinco años, o ambas penas a la vez. Son igualmente competentes para conocer de las acciones de hábeas corpus que le sean planteadas y de los hechos punibles de acción privada.

Los juzgados de primera instancia especializados

La Oficina Coordinadora de los Juzgados de la Instrucción. Es responsable del apoderamiento de los casos y las solicitudes que sean de competencia de los juzgados de la instrucción, ya sea a través del sorteo electrónico aleatorio o por apoderamiento directo, también recibe y resuelve de manera administrativa todo trámite o solicitud que no requiera de celebración de audiencia, tales como los asuntos que no admiten demora y que son competencia de las OJSAP en horario extendido (Ley núm. 50-00 del 26 de julio de 2000, que modifica los literales a) y b) del Párrafo I del artículo 1 de la Ley núm. 248 del 1981, que modifico la Ley de Organización Judicial, núm. 821 de 1927).

Los juzgados de la instrucción. Son competentes para resolver todas las cuestiones en las que la ley requiera la intervención de un juez durante el procedimiento preparatorio, dirigir la audiencia preliminar, dictar las resoluciones pertinentes y dictar sentencia conforme a las reglas del procedimiento abreviado.

Los jueces de ejecución de la pena. Controlan el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias y resuelven todas las cuestiones que se suscitan durante su ejecución. También controlan el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento. (Resolución núm. 296-03, del 31 de enero de 2006, emitida por la SCJ, que regula y establece las competencias del juez de ejecución de la pena, de conformidad con los artículos 28, 436, 437 y 441 del CPP).

Las oficinas judiciales de servicios de atención permanente. Son juzgados de la instrucción competentes para resolver de manera exclusiva aquellos casos, procedimientos y diligencias que no admitan demora todos los días durante el día y la noche en todo el territorio nacional (Resolución núm. 1733- 2005 del 15 de septiembre de 2005, emitida por la SCJ).

Órganos especializados para niños, niñas y adolescentes

Existen tribunales de primera instancia de niños, niñas y adolescentes y el tribunal de control de las sanciones de la persona adolescente (un juez de la ejecución para N.N.A). Estos se rigen por la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes. El enfoque de este ámbito jurisdiccional es eminentemente restaurativo.

Los juzgados de paz y equivalentes

Los juzgados de paz. Son los tribunales unipersonales de menor jerarquía. Corresponden a la demarcación territorial comprendida por un municipio, en cuyo interior puede existir más de uno.³⁰⁰

300 Con la aprobación de la Ley núm. 10-15, que modifica el CPP, se dispuso extender su competencia, ya que existen en casi todo el territorio nacional por lo que el legislador consideró factible otorgarles competencia para “disponer de las medidas de protección necesarias en los casos de violencia intrafamiliar y contra la mujer cuando no admitan demora y no sea posible lograr la intervención inmediata del juez de la instrucción o de atención permanente” (artículo 75, ordinal 7).

El órgano de investigación y persecución

El Ministerio Público es el órgano del sistema de justicia responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, dirige la investigación penal y ejerce la acción pública en representación de la sociedad. En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público garantizará los derechos fundamentales que asisten a ciudadanos y ciudadanas, promoverá la resolución alternativa de disputas, dispondrá la protección de víctimas y testigos y defenderá el interés público tutelado por la ley. Sus funciones están en la Constitución de República Dominicana y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, núm. 133-11 del 7 de junio de 2011.

En el año 2013 se creó la Unidad de Análisis de la Criminalidad (UAC) con la misión de evaluar los fenómenos y los conflictos sociales desde el punto de vista criminológico, a fin de formular políticas públicas para la prevención y la persecución de la criminalidad a partir de estudios concretos de la realidad. El órgano, estuvo adscrito al despacho del Procurador General, y tuvo como objetivos esenciales: llevar a cabo un mapeo delictivo, identificar los patrones del comportamiento antisocial y definir los perfiles de los criminales y de las víctimas.

La UAC se estableció mediante la Resolución núm. 10-2013 del Consejo Superior del Ministerio Público; sin embargo, la misma no alcanzó las ambiciosas metas previstas al momento de ser creada. Por lo que, en la actualidad, es solo un departamento de la Dirección de Análisis Estadístico de la Procuraduría General de la República. Luego de cinco años de funcionamiento no se han dado a conocer aportes significativos que se correspondan con su misión, dejando entrever que se trata de un departamento que existe formalmente, pero es poco funcional.

En relación a la persecución comunitaria en el Distrito Nacional ha tenido mucho éxito el modelo de las fiscalías comunitarias o barriales. Cubren prácticamente toda la demarcación de este distrito judicial y han establecido lazos importantes con la comunidad a través de iniciativas de voluntariado en los diversos sectores.

Conclusiones

Como se ha establecido en el informe, el Código Procesal Penal cumplió 14 años de implementación el 27 de septiembre de 2018. Con probabilidad esta es una de las experiencias de reforma más ricas de toda América Latina. A pesar de la gran deuda acumulada con la democracia, fruto de las injusticias y el estado de anomia en el que estuvo sumergido el sistema de justicia bajo el Código de Procedimiento Criminal de 1884, el 27 de septiembre será siempre recordado como un momento de ruptura.

Las garantías de los derechos de las personas en conflicto con la ley penal empezaron a tener significado desde que la reforma se puso en marcha. Sin embargo, aún quedan múltiples tareas pendientes. Todo lo visto en el informe indica que el desarrollo de las capacidades de los actores es indispensable para generar los impulsos necesarios que requiere la reforma para consolidarse.

No habrá avances en materia de las técnicas de litigación hasta que se alcance un cierto nivel de homogeneidad en la formación de los abogados, para que no sólo los defensores públicos y los fiscales posean las destrezas exigidas debido a las ventajas que representa la formación en sus respectivas escuelas.

Es probable que, esta sea una de las consecuencias de que en las facultades de derecho no se previó la magnitud de los cambios. El problema de esto es que los jueces, también formados en la ENJ, deben trabajar con los mismos frutos del sistema, lo que vuelve el oficio de juzgar un difícil ejercicio de tolerancia y conformidad.

En ese sentido, se aprecia que esto puede repercutir en el nivel de las exigencias hacia el Ministerio Público, cuyos representantes pueden estar o no conscientes de que estas circunstancias disminuyen el nivel de escrutinio de sus actos. Por eso, da la impresión de que el sistema acusatorio está sufriendo una regresión hacia comportamientos muy propios del sistema inquisitivo en el que se privilegiaba la íntima convicción y bastaba con indicios no tasados para establecer la culpabilidad de una persona.

Con una sociedad que clama justicia al estilo de las gradas de un coliseo, es evidente que la tarea de administrar justicia absorbe razones que le son impropias originadas por el efecto del populismo punitivo. El peligro de fuga hoy es más un peligro de reacción social bajo los efectos de la exageración de los riesgos y la desconfianza en el sistema de justicia.

Esto afecta desde los primeros actos del procedimiento, y así se percibe que el problema de la prisión preventiva puede seguirse agravando. Si a esto se suman las dificultades derivadas de la gran carga de trabajo que arroja a los tribunales la administración de la justicia penal puede irse tornando cada día menos eficiente.

Resulta inverosímil que soluciones como el uso de los localizadores electrónicos como medidas de coerción no encuentren el respaldo en la comunidad judicial como una salida al problema de la sobrepoblación penitenciaria. En el mismo sistema hay un gran retraso en materia del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC); el primer localizador electrónico se impuso en el año 2016 y para entonces habían transcurrido 12 de implementación del CPP.

Si en esta fase se presenta un retraso, en mérito a las respuestas de los entrevistados, es entendible la percepción que tienen de que la fase intermedia se ha vuelto un espacio de ratificación de las cartas de ruta hacia el juicio, máxime si se parte de que en un sistema en el que no existe racionalidad en el uso de la prisión, mucho menos puede haberlo en el momento en el que el ministerio público, teniendo a su alcance otras salidas, privilegia acusar y llevar el costosísimo proceso penal a las últimas consecuencias. Por esta razón, las soluciones alternas a los conflictos no son una prioridad.

En estas condiciones, nada nuevo y reivindicativo debe esperarse de los recursos. En estos también el cúmulo de trabajo causa estragos en los plazos. Las audiencias de las apelaciones y casaciones son fijadas en espacios temporales excesivos. De la misma manera la respuesta de los órganos se dilata sin que se corresponda con la urgencia que se amerita en algunos casos, lo cual redundo en transgresiones a los derechos y garantías de todas las partes.

Por eso las modificaciones introducidas en 2015 han sido tan cuestionadas a pesar de los aspectos positivos que se establecieron en relación a las víctimas. Con esta “reforma” se extendió la lista de las tareas pendientes acumuladas por el proceso de implementación desde 2004. Casi todas las medidas estuvieron orientadas a ajustar el sistema a sus mismos indicadores de ineficiencia ampliando cada plazo que estuvo presentando dificultades para su cumplimiento estricto, incluyendo el de la duración máxima del proceso que aumentó de tres a cuatro años.

El Mgdo. Rafael Báez, destacó que la reforma de 2015 tuvo muchos errores. Fue más bien “una reforma populista que desvirtuó la esencia de muchos institutos nuevos que trajo el CPP”. Sobre todo, en el ámbito de la ejecución de la pena donde se dan circunstancias que pueden atentar en contra del principio de separación de funciones.

Los despachos judiciales no han cumplido con el cometido de eficientizar la labor administrativa y facilitar la labor jurisdiccional, la expansión de los modelos de gestión penal ha creado secretarías comunes con poca capacidad de respuesta ante los usuarios. Las quejas son numerosas y frecuentes.

Por otra parte, la reforma procesal penal necesitaba que se dieran otras reformas como la de la Policía Nacional... aún pendiente.

Los entrevistados destacaron varias oportunidades de mejora. Gustavo de los Santos Coll indicó que se requiere de una policía técnico judicial y un soporte de los organismos investigativos a favor del Ministerio Público. Así mismo, entiende que hay un retraso en las estructuras judiciales con las que debió contar la reforma y es necesario fortalecer la

independencia judicial. Lo estructural tiene que ver con la falta de otorgamiento de la partida presupuestaria que corresponde por ley al Poder Judicial, equivalente a un 2.66 % de los ingresos internos del Estado.

Finalmente, la reforma procesal penal dominicana requirió de un examen profundo antes de las modificaciones que introdujo la Ley núm. 10-15, sin embargo, de todos modos existe suficiente evidencia empírica para que en el porvenir las decisiones relativas a las mejoras que necesita el sistema, sean el resultado de una adecuada interpretación de los datos.

Referencias

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre las medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, 3 de julio de 2017, pp. 97 y 98.

Constitución de la República Dominicana, votada y proclamada por la Asamblea Nacional 13 de junio de 2015, G.O. núm. 10805.

Fundación Global Democracia y Desarrollo, nota de prensa, “Director Observatorio Judicial Dominicano considera localizadores electrónicos deben ser regulados por ley”, 4 de marzo de 2016.

Código Procesal Penal de República Dominicana (Ley núm. 76-02), del 19 e julio de 2002, G.O. núm. 10170.

Código Penal de la República Dominicana (Ley núm. 2274), del 20 de agosto de 1884, G.O. núm. 826.

Ley Orgánica del Ministerio Público (núm. 133-11), del 7 de junio de 2011, G.O. núm. 10621

Ley núm. 30-11, que establece el Consejo Superior del Ministerio Público del 20 de enero de 2011, G.O. núm. 10604.

Ley núm. 10-15 que introduce modificaciones a la Ley No. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015.

Modesto, H. (21 de diciembre de 2017). Dinámica probatoria en las medidas de coerción personales: una cuestión incomprendida. El Nuevo Diario , pág. 22.

Modesto, H. (7 de noviembre de 2017). La asistencia legal a las víctimas: entre lo ideal y lo posible. El Nuevo Diario, pág. 19.

ANEXO

CUADRO AUDIENCIAS PREVISTAS EN EL CPP					
OBJETO	ORALIDAD		PUBLICIDAD		COMENTARIOS
	Sí	No	Sí	No	
Solicitudes de medidas de coerción	√			√	Artículo 290 del CPP establece que: El procedimiento preparatorio no es público para los terceros. Las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Sin embargo, sobre todo cuando acontecen procesos de cierta trascendencia pública, los jueces acostumbran a permitir el acceso de los medios de comunicación durante la audiencia de medida de coerción si las partes están de acuerdo.
Acciones constitucionales de amparo y hábeas corpus	√		√		Las acciones de hábeas corpus son de la competencia de los jueces de primera instancia unipersonales.
Revisión de las medidas de coerción	√			√	Se siguen las reglas del 290 si se lleva a cabo en la fase preparatoria. En las demás se aplican las reglas correspondientes a cada fase.
Audiencia control para conocer de la presentación de los actos conclusivos	√			√	Cuando se impone una MC se designa un juez control, este conoce de todas las peticiones previas a la presentación del acto conclusivo. Estas audiencias por lo general no son públicas.
Anticipos de prueba	√			√	La publicidad en estas audiencias se rige por el artículo 290 del CPP, en algunos casos la oralidad puede estar limitada por la urgencia del

					procedimiento. En cuyo caso, según el artículo 288 el ministerio público puede requerir verbalmente la intervención del juez y éste practica el acto con prescindencia de las citaciones previstas y, de ser necesario, designa un defensor público para que participe en el acto.
Resolución de peticiones a raíz de la negación de proposiciones de diligencias ante el MP	√			√	Se siguen las reglas del artículo 290 del CPP.
Objeción al dictamen del MP	√			√	Los dictámenes que pueden ser objetados ante el juez son el relativo a la admisibilidad de la querrela, el que dispone el o el criterio de oportunidad. Se siguen las reglas del artículo 290, en el caso del archivo la audiencia no es pública siempre que se suscite en la fase preparatoria. El criterio de oportunidad puede disponerse durante la fase intermedia, antes de que se dicte apertura a juicio.
Solicitud de prórroga del plazo de la investigación	√			√	Se siguen las reglas del artículo 290 del CPP.
Declaratoria del caso complejo	√			√	Se siguen las reglas del artículo 290 del CPP.
Suspensión condicional del procedimiento	√			√	Se siguen las reglas del artículo 290, siempre que el proceso se encuentre en la fase preparatoria. Puede disponerse durante la fase

					intermedia, antes de que se dicte apertura a juicio.
Procedimiento penal abreviado	√		√		Este es un caso especial en virtud, de que se convierte en una especie de micro juicio a cargo del juez de la instrucción. Puede admitirse en cualquier momento antes de que se dicte apertura a juicio.
Conocimiento de la solicitud de extinción de la acción penal	√			√	Cuando se trata de una audiencia a estos efectos en la fase preparatoria la misma no es pública, no obstante las causales de la extinción pueden ser invocadas en cualquier fase del proceso.
Audiencia preliminar	√		√		En cuanto sean aplicables, rigen las reglas del juicio, adaptadas a la sencillez de la audiencia preliminar. (Artículo 300 del CPP)
Juicio	√		√		Público, oral y contradictorio
Recurso de apelación	√		√		La publicidad se adapta a la naturaleza de la decisión que se emitió. Si se trata de decisiones propias de la fase preparatoria, por ejemplo de medidas de coerción, se siguen las reglas del artículo 290 del CPP.
Recurso de casación	√		√		Público, oral y contradictorio
Audiencias ante el juez de ejecución de la pena	√		√		//// ////
Revisión penal	√		√		//// ////
Extradición pasiva	√		√		Se rige por las reglas del artículo 164 del CPP. Competente la Sala Penal de la SCJ

Fuente: Elaboración propia a partir de la experiencia y las disposiciones del Código Procesal Penal (CPP).

Introducción

Marco jurídico

A partir del 1º de noviembre de 2017, con la entrada en vigencia del nuevo Código del Proceso Penal (Leyes Nos. 19.293/2014 y modificativas) aprobado con el voto de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, Uruguay instaura una legislación en materia procesal penal coherente con los requerimientos establecidos en su Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por el país en materia de Derechos Humanos.

Se abandona el sistema inquisitivo anteriormente vigente (Código del Proceso Penal de 1980 – Decreto Ley No. 15.032, aprobado durante un régimen dictatorial), dando paso a un modelo acusatorio y adversarial³⁰² que sigue los lineamientos de las reformas procesales penales implementadas en América Latina en los últimos treinta años.

Como antecedente, cabe destacar que en 2005 comienza el trabajo de una Comisión que, integrada por representantes de las instituciones que conforman el sistema de justicia penal uruguayo, elabora el Anteproyecto de ley. En 2014 se aprueba el nuevo Código del Proceso Penal (CPP), mediante la Ley No. 19.293. La entrada en vigencia estuvo prevista originalmente para el 1º de febrero de 2016. No obstante, antes de esta fecha, numerosas leyes modificaron de modo sustancial el Código aprobado, posponiéndose también su entrada en vigencia definitiva para el 1º de noviembre de 2017, fecha en la cual el nuevo Código se comenzó a aplicar en todo el país.

Con la instauración del sistema acusatorio, Uruguay anota logros indiscutibles en el diseño de su sistema de justicia penal. En efecto: la imparcialidad del tribunal se potencia con la clara separación de los roles del fiscal y del juez, se produce la aplicación intensa de la oralidad en audiencias públicas³⁰³, se regulan vías alternativas al juicio focalizando el sistema en la resolución del conflicto por varios caminos alternativos, se

301 Profesor Titular de Derecho Procesal y Director del Postgrado de Derecho Procesal Aplicado de la Universidad de Montevideo. Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Tesorero del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

302 Ello, sin perjuicio de que la Ley Nº 19.653 del 8/8/2018, incorporó algunas reformas al CPP que implicaron atenuaciones al sistema acusatorio y adversarial.

303 En relación a la metodología, el sistema acusatorio opta por la oralidad como instrumento para hacer efectivos los principios de inmediación, contradicción, concentración, indelegabilidad y publicidad. Esto trae como consecuencia la transparencia del sistema y la desconcentración de funciones, desde que cada sujeto tiene un rol claramente delimitado. La oralidad implica que todas las cuestiones –desde la etapa de investigación preliminar hasta el juicio– se debaten y se deciden en audiencia, donde se efectivizan los principios antes mencionados, consagrados en los arts. 9 y 12 del nuevo CPP (Larrieu de las Carreras, 2017, p. 276).

instaura un proceso abreviado, se logra la transparencia del sistema, se propende a la participación de la víctima; y, finalmente, se impulsa la sensibilización de las instituciones para una gestión más eficiente y coherente con las nuevas exigencias del sistema acusatorio.

El texto vigente del nuevo CPP a la fecha de elaboración de este reporte está integrado por las Leyes Nos. 19.293/2014 y sus modificativas o complementarias Nos. 19.436/2016, 19.474/2016, 19.510/2017, 19.511/2017, 19.544/2017, 19.549/2017, 19.587/2017 y 19.653/2018.

Deben mencionarse también las siguientes leyes que complementan el nuevo sistema de justicia penal:

- Ley No. 19.446/2016 sobre limitación de la libertad y penas alternativas a la privación de libertad.
- Art. 75 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en la redacción dada por el art. 1º de la Ley No. 19.551/2017, que dispone que el procedimiento para los casos de menores infractores se ajustará a lo establecido por el CNA y, en forma subsidiaria, por lo dispuesto en el nuevo CPP, con algunas excepciones.
- Ley No. 19.334/2015 que crea la Fiscalía General de la Nación.
- Ley No. 19.483/2017 de Organización y Funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación y Estatuto de los Fiscales.
- Art. 648 de la Ley No. 19.355/2015 que autoriza a la Fiscalía General de la Nación a contratar peritos a fin de asistirle en el cumplimiento de los cometidos asignados por el nuevo CPP.

Implementación del nuevo sistema procesal penal

La Suprema Corte de Justicia creó un Grupo Coordinador para la implementación del nuevo CPP, cuya primera tarea fue delinear el Plan Director al que se sujetaría el Proyecto (Chediak y Nicastro, 2018, p. 97). En el proceso de implementación no puede dejar de mencionarse la incidencia y labor que cumplió la Comisión Interinstitucional que se creara para la puesta en práctica del nuevo Código. Ésta comenzó a funcionar en diciembre de 2016, y estaba integrada por representantes del Poder Judicial, Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio del Interior y de la Fiscalía General de la Nación (Gatti, 2018, ps. 113 a 115).

El nuevo CPP comenzó a regir en todo el país a partir del 1º de noviembre de 2017, para las causas que tuvieron inicio a partir de dicha fecha. Las causas anteriores siguieron

rigiéndose por el CPP anterior, sin perjuicio de la aplicación de algunos institutos del nuevo sistema a las anteriores causas en trámite (como es el caso del proceso abreviado y los acuerdos reparatorios).

La entrada en vigencia del nuevo CPP exigió al Poder Judicial, a la Fiscalía General de la Nación y al Ministerio del Interior, definir cuál sería la forma de organización adecuada para hacer frente a los cambios que el nuevo proceso penal imponía, y qué recursos serían necesarios para ello. En la Ley de Rendición de Cuentas aprobada en 2016 (Ley No. 19.438), el Parlamento aprobó los recursos que asignaría para el nuevo CPP.

En la órbita del Poder Judicial, constituyeron desafíos fundamentales el fortalecimiento de la Defensoría Pública (que funciona en la órbita del Poder Judicial) mediante la designación de nuevos defensores, la designación de los nuevos jueces necesarios para hacer funcionar el nuevo proceso y la creación de un sistema que permitiera que el juez que hace lugar a la solicitud de formalización y resuelve sobre las medidas cautelares no sea el mismo juez del juicio oral (Gatti, 2018, ps. 106 y 107). El 1º de noviembre de 2017 comenzó a funcionar en Montevideo la Oficina Penal Centralizada (OPEC). El cometido de la OPEC es tramitar los procesos de conocimiento que se registrarán por el nuevo CPP en Montevideo y brindar el soporte administrativo y técnico para el funcionamiento de los 16 Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal que trabajarían en la capital bajo el nuevo régimen (Chediak y Nicastro, 2018, p. 97).

En el ámbito de la Fiscalía General de la Nación, como se analizará en el numeral 4.3., se cambió la posición institucional de la misma, dotándola de mayor autonomía, se designaron nuevos fiscales y se realizaron importantes reestructuras locativas y tecnológicas, contándose con importantes, aunque insuficientes, recursos financieros.

Oralidad y calidad de la litigación

Audiencias previstas en el nuevo CPP

El nuevo sistema de justicia penal prevé en primer lugar una fase administrativa que no integra el proceso penal y consiste en la indagatoria preliminar dirigida por el Ministerio Público con el auxilio de la Policía.

Iniciadas las actuaciones jurisdiccionales, la estructura del proceso penal ordinario, se integra por actos procesales escritos y orales, pero su centro neurálgico son tres audiencias públicas³⁰⁴:

304 Las audiencias quedan registradas en soporte digital de audio (sistema "Audire") o video y se labrará un acta sucinta donde constará la fecha, las partes intervinientes y las decisiones arribadas.

- a) La audiencia de formalización
- b) La audiencia de control de la acusación
- c) La audiencia de juicio (también denominada “juicio oral”).

Se prevén también vías alternativas al proceso para la resolución del conflicto (mediación extraprocésal, suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios). Por otra parte, si el imputado admite su responsabilidad, mediante acuerdo con el fiscal, puede obtenerse una sentencia de condena a través de un proceso abreviado con el beneficio de reducción de la pena (salvo en algunos delitos muy graves).

Audiencia de formalización

La audiencia de formalización tiene como objetivos formalizar la investigación, verificar si la eventual detención del imputado fue realizada de conformidad con las normas jurídicas y, eventualmente, resolver la aplicación de medidas cautelares. Conforme el art. 266.6 del nuevo CPP, en la audiencia de formalización se escuchará a las partes (fiscal e imputado con su defensor) y a la víctima que hubiere comparecido. En dicha audiencia el juez resolverá: a) la legalidad de la detención si fuese el caso; b) la admisión de la solicitud fiscal de formalización de la investigación³⁰⁵; c) el pedido de medidas cautelares³⁰⁶ que haya formulado el fiscal o la víctima; y e) toda otra petición que realicen las partes.

En la práctica, como lo han señalado los operadores entrevistados, en esta audiencia el juez controla el cumplimiento de los plazos legales establecidos para la detención. En caso de imputado detenido, la audiencia debe realizarse dentro de las 24 horas de producida la detención, conforme el artículo 16 de la Constitución y el artículo 266.4 del

305 En relación a la descripción de hechos, el juez debe “escuchar a las partes” y luego admitir o no la solicitud de formalización de la fiscalía. No está expresamente regulado qué intervención puede tener el juez en relación a exigir una adecuada descripción de los hechos. Dependerá en definitiva de cada caso y de la forma en que cada magistrado interprete la audiencia, la participación que tendrá a la hora de solicitar a las partes que precisen los hechos del caso. En la práctica, como lo han señalado los operadores entrevistados, el o la fiscal relata los hechos en forma oral y con términos sencillos, de manera que el imputado pueda comprenderlos. Además, en alguna oportunidad, si la descripción realizada por la fiscalía es insuficiente, el juez ha pedido los detalles para determinar si hay un hecho aparentemente delictivo y cómo habría participado en el mismo la persona que se está formalizando. También en alguna oportunidad la defensa ha cuestionado la descripción de los hechos realizada por la fiscalía.

306 El art. 221 regula un extenso elenco de medidas limitativas o privativas de la libertad ambulatoria, donde la prisión preventiva es a la que debe recurrirse como último recurso (sin perjuicio de que para muchos casos la ley prevé la posibilidad de aplicarla). El art. 217 del nuevo CPP refiere al **estado de inocencia** del imputado, que es clave para comprender el sistema de medidas cautelares: “*En todo caso el imputado será tratado como inocente hasta tanto no recaiga sentencia de condena ejecutoriada. La prisión preventiva se cumplirá de modo tal que en ningún caso podrá adquirir los caracteres de una pena*”.

nuevo CPP. El juez también chequea si hubo apremios ilegales en contra del imputado y de hecho, en caso de que se aleguen apremios o malos tratos, deberá disponer las medidas pertinentes. Corresponde al juez en la misma audiencia de formalización asegurarse de que el imputado ha sido informado de los motivos de su detención y sus derechos, así como asegurarse de que ha comprendido los mismos.

En la práctica, han señalado los operadores entrevistados que, en relación a la adopción de medidas cautelares, en general se discute primero el supuesto material y luego el procesal. Puede observarse que otra forma de trabajo supone dar por terminada la discusión sobre el supuesto material al admitirse la formalización, y por lo tanto, al pasar a analizar las medidas cautelares, el supuesto material no vuelve a ser considerado. A la hora de analizar las medidas cautelares, se tiene en cuenta la situación personal del imputado (si tiene arraigo, trabajo, etc.) y también la gravedad de la eventual pena y el tipo de delito. La información que se utiliza es la que aportan las partes mediante su argumentación y contradicción³⁰⁷. De todos modos, para asegurar el derecho de

307 Una cuestión debatida por la doctrina en el nuevo sistema procesal penal uruguayo es sobre qué insumos e información debe resolverse respecto de la solicitud fiscal de medidas cautelares y, fundamentalmente de la prisión preventiva. Conforme al texto legal vigente, la *“solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa”*. En la práctica, de regla, las decisiones que se adoptan en la audiencia de formalización sobre las medidas cautelares se basan en la oralidad argumentativa y no en prueba producida. El debate se plantea porque el art. 224, al regular los requisitos para disponer la prisión preventiva, señala: *“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)”*. Por ende, para algunos autores, es imprescindible que el juez resuelva sobre la prisión preventiva en base a prueba (“semiplena prueba” o “elementos de convicción suficiente”) y no en base a argumentos no acreditados con prueba producida ante el juez. Si bien el debate puede mantenerse con argumentos a favor y en contra de las distintas posiciones, al menos ha sido mitigado porque la defensa tiene derecho a solicitar prueba sobre las circunstancias fácticas vinculadas a los presupuestos de la prisión preventiva y, si no lo hace y renuncia a ella, podría entenderse que el juez puede resolver en base a los argumentos de la defensa del imputado y/o a los argumentos del fiscal, sobre la base de lo que ha investigado previamente. Cabe destacar, que el Juez no puede sustituir la tarea del Fiscal en caso de que éste presente una deficitaria descripción de los hechos. La práctica de los primeros meses de aplicación del CPP ha puesto de manifiesto que los jueces resuelven en base a los argumentos de las partes y que es muy excepcional que el defensor utilice su derecho a que se produzca prueba sobre los presupuestos de la medida cautelar. Cabe agregar que la Suprema Corte de Justicia, mediante Sentencia No. 667/2018 de fecha 28/05/2018, dictada por unanimidad, ha declarado constitucional el art. 266.6, incisos segundo y tercero, del nuevo CPP. No obstante, entre los miembros de la Corte existieron discrepancias sobre cómo debe interpretarse la norma, esto es: si debe o no resolverse en base a prueba o es suficiente resolver en base a oralidad argumentativa.

Téngase en cuenta que conforme al art. 259.1: *“La actividad desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal”*. En similares términos, el art. 264 inc. 4º dispone: *“El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien*

defensa, si el juez, a solicitud de la defensa, lo considerare imprescindible, podrá producirse prueba en la propia audiencia, aun cuando no estuviere contenida en la carpeta de investigaciones ³⁰⁸.

El CPP busca que el debate jurídico y fáctico en la audiencia de formalización, acerca de las medidas cautelares³⁰⁹, sea de calidad y argumentativo, pudiendo las partes alegar lo que consideren pertinente, considerando la información que exista en la carpeta investigativa de la Fiscalía (previamente analizada por la defensa) y la que, por su parte, tenga la defensa.

En los primeros meses de aplicación del CPP, lo frecuente es fijar un tiempo acotado de duración para las medidas cautelares, generalmente entre 30 y 180 días. En cuanto a los mecanismos de control de las medidas cautelares, ello depende de la medida de que se trate. Aunque no se suele disponer específicamente la forma de control, la autoridad administrativa a cargo del control de las medidas informa regularmente sobre su cumplimiento o no.

En cuanto a la calidad de la litigación oral en esta audiencia, es de indicar que, si bien se ha mejorado en relación al anterior sistema, todavía pueden obtenerse mucho mejores resultados y optimizarse los beneficios del debate en audiencia. Para ello se necesita más capacitación de todos los operadores y una mejor organización del trabajo y mayores recursos, fundamentalmente para los fiscales y defensores públicos que suelen llegar a esta audiencia con muy poco tiempo disponible de preparación.

Luego de la audiencia de formalización, la Fiscalía puede presentar el escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento del imputado (tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria). Presentada la acusación, se dará traslado de la misma a la defensa para que la conteste también por escrito.

Audiencia de control de acusación

tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria”.

308 El art. 266.6 señala: “Si el juez, a solicitud de la defensa, lo considerare imprescindible, podrá producirse prueba en la propia audiencia, aun cuando no estuviere contenida en la carpeta de investigaciones. La prueba a diligenciarse deberá ceñirse estrictamente a los requisitos para la adopción de la cautela. Tratándose de la prisión preventiva, los requisitos que deberán reunirse son los establecidos en el artículo 224”.

309 Conforme al art. 230, la solicitud de prisión preventiva deberá formularse por el fiscal en audiencia.

Vencido el plazo de 30 días para que la defensa conteste la acusación, el juez convocará a las partes y a la víctima, si hubiere comparecido a la audiencia de formalización, a una audiencia de control de la acusación, dentro de los 10 días siguientes.

Sus objetivos son preparar la audiencia de juicio y facilitar la intervención de dos jueces distintos: uno para las fases previas a la audiencia de juicio y otro distinto para la audiencia de juicio. El contenido específico es el siguiente (art. 268)³¹⁰:

1) *Cuestiones previas*. Como cuestión previa en la audiencia, la defensa podrá: a) objetar la acusación señalando defectos formales; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; y d) proponer acuerdos. En cuanto a la facultad de la defensa de proponer acuerdos, no siempre se utiliza esta audiencia como la última instancia para llegar a acuerdos entre las partes y se ha celebrado alguno con posterioridad.

2) *Resolución de planteos y ofrecimiento probatorio*. Resueltos los planteos en audiencia, cada parte ofrecerá su prueba y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria³¹¹.

3) *Filtros probatorios*. En relación al rol del juez en el control de la prueba presentada por el Fiscal, debe tenerse presente que el juez rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibles, impertinente, sobreabundante, dilatoria o ilegal. Conforme al art. 268.4, no podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y posibilidad de control. La decisión judicial de rechazo de prueba, conforme al art. 140.3, se apela con efecto diferido.

310 En esta fase, el órgano jurisdiccional que intervino en la audiencia de formalización y en la resolución sobre medidas cautelares peticionadas, ahora es llamado a preparar el programa del juicio oral, resolviendo las cuestiones previas que serán ofrecidas por la defensa, se expedirá sobre los medios de prueba propuestos por las partes y la víctima, concluyendo la estación con el trascendente auto de apertura a juicio, el auténtico programa del juicio oral. La actividad desplegada en esta etapa permite sanear el proceso a través del control de la acusación por la defensa del acusado, evitando con ello la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales o insuficientemente fundadas (Gómez Ferreyra, 2017, ps. 235 y 236).

311 A falta de norma expresa, se discute en Uruguay si el fiscal debe presentar no solo la prueba de cargo, sino también la que favorezca al imputado en base al principio de objetividad que rige su actuación. Algunos autores han señalado que en la actividad probatoria, el Fiscal tiene una actitud "bifronte" pues busca pruebas para condenar o absolver y al momento de la acusación, si bien tendrá que apoyar su teoría del caso inculpativa de responsabilidad, ello no lo exime de ofrecer la prueba que encontró en la investigación preliminar, porque de lo contrario no estaría actuando con objetividad. El sustento de esa actitud de descubrimiento es entendida concretamente en el marco y contexto del sistema acusatorio donde hay un irrestricto respeto por el "principio de igualdad de armas" y en todo caso si el fiscal no lo presenta en su momento recibirá la observación respectiva, pues solo a partir del descubrimiento completo de la prueba, podría darse a la defensa una nueva posibilidad probatoria, en el entendido que el fiscal no haya presentado todos los medios de prueba y se descubran nuevos elementos desconocidos hasta ese momento por la defensa (Gómez Ferreyra, 2017, p. 241).

El bajo número de audiencias de control de acusación realizadas en los primeros meses de aplicación del nuevo CPP solo permite formular algunas observaciones primarias. Conforme a las audiencias que se han desarrollado, el rol del juez en general no ha sido demasiado activo en relación a la prueba. Salvo casos excepcionales, no se ha advertido que se discuta en profundidad sobre la relevancia y la legalidad de la prueba que presentan las partes.

4) *Acuerdos probatorios*. Las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio.

La calidad de la litigación en esta audiencia, en la muy escasa muestra de casos disponible a la fecha, puede verse sensiblemente mejorada si fiscales y defensores trabajan con más intensidad en el desarrollo de habilidades para preparar la audiencia, fundamentalmente en relación al control de la acusación y la contestación a la misma y a los filtros probatorios. En cuanto al rol del juez en la audiencia de control de acusación, se establece en el CPP que este: a) velará por un genuino contradictorio sobre los puntos en debate; b) evitará discusiones que son propias del juicio oral; c) resolverá oralmente, de manera inmediata y fundada los planteos de las partes, basándose en las evidencias que presentaren las partes en audiencia; d) adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa de la prueba que se admitirá para el juicio.

Terminada la audiencia de control de acusación, y para poder llegar a la audiencia de juicio –también llamado en el CPP “juicio oral”- es necesario que se realicen una serie de actos para preparar el proceso para el nuevo juez o jueza que intervendrá. Ello porque el juez que hubiere intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedará automáticamente impedido de celebrar la misma y dictar sentencia³¹², pasando a intervenir otro juez conforme al régimen de subrogaciones instrumentado por la Suprema Corte de Justicia. Dentro de los tres días de concluida la audiencia de control de acusación, el juez que intervino en ella deberá redactar el auto de apertura a juicio oral³¹³, el que será remitido al juez respectivo que intervendrá en el juicio oral.

312 Conforme al art 25.4, los jueces de primera instancia que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia. La Suprema Corte de Justicia reglamentó el régimen de subrogaciones. El art. 24 establece la misma regla para los Tribunales de Apelaciones en lo Penal.

313 El auto de apertura a juicio consiste en el resumen de los aspectos fundamentales de las etapas previas al juicio oral –fundamentalmente desde la acusación hasta la audiencia de control de la acusación- que el juez que termina de actuar en las primeras etapas del proceso le remite al nuevo juez que intervendrá en el caso a partir de la audiencia de juicio oral. Conforme al art. 269.2 en el plazo de cinco días de dictado el auto de apertura de juicio oral, se comunicará a las partes el juez que intervendrá en la audiencia y la fecha de su realización, la que deberá tener lugar no antes de diez días ni después de tres meses desde la notificación del auto referido. Dictado el auto de apertura a juicio, el juzgado procederá asimismo a la citación de los testigos, peritos, intérpretes y la víctima (art. 269.3), de modo que, a la fecha fijada para la realización del juicio oral, puedan comparecer todos los sujetos que las partes hubieran

Audiencia de juicio (juicio oral)

La audiencia de juicio deberá celebrarse no antes de diez días ni después de tres meses desde la notificación del auto de apertura a juicio oral (art. 269.2).

El CPP en el art. 270 regula el rol del juez en la audiencia de juicio así como la necesaria comparecencia de las partes: a) la dirección de la audiencia le compete al juez, quien presidirá el juicio, hará las advertencias legales y moderará el debate; b) el juez tendrá poder de disciplina para velar por el orden y el respeto debido; c) el juicio se realizará con la presencia ininterrumpida del juez y de todas las partes; d) el imputado no podrá retirarse de la audiencia sin el permiso del juez; e) la audiencia de juicio oral se desarrollará en forma continua y deberá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su finalización; f) el tribunal podrá suspender la audiencia por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo que resulte necesario, el que no podrá extenderse por más de diez días, salvo casos excepcionales y debidamente fundados (Pereira Campos, 2018, p. 76).

El contenido de la audiencia de juicio está regulado en los arts. 270 y 271:

- 1) Constitución del tribunal y apertura del debate. Constituido el tribunal el día y hora programada se declarará abierto el debate. A partir de este momento, comienza la actuación de un nuevo juez, que no participó de las etapas previas al juicio oral.
- 2) Advertencias al imputado e información sobre sus derechos³¹⁴.
- 3) Alegatos de apertura del fiscal y de la defensa (art. 270.5)
- 4) Producción de la prueba en el siguiente orden: acusación, víctima en su caso y defensa. En el proceso acusatorio, construido sobre la teoría del caso de cada sujeto interviniente, será el fiscal, el defensor de la víctima y el defensor del imputado, quienes irán indicando el orden de producción de la prueba de cada uno de ellos, conforme a la estrategia procesal diseñada (Pereira Campos, 2018, p. 78). La prueba deberá producirse en la audiencia de juicio, no resultando válida la incorporación como prueba de actuaciones realizadas durante la investigación, salvo las que se hayan cumplido con las reglas de prueba anticipada o que exista acuerdo de partes. Dado que se han

propuesto a efectos de las diligencias probatorias.

314 Se le advierte al imputado sobre la importancia del acto, el significado de la audiencia y los derechos que le asisten (derecho a declarar, a no declarar, a guardar silencio sobre todas o algunas cuestiones, contar en todo momento con la asistencia de su defensor, etc.). Durante toda la duración del juicio, el imputado estará habilitado a realizar las declaraciones que considere pertinentes, siempre que el tribunal lo considere oportuno. Las partes podrán formularle preguntas, bajo las reglas del examen y contra examen (art. 270.5).

celebrado muy pocas audiencias de juicio oral, todavía no hay evidencia que permita concluir que las partes litiguen sobre la base de una estrategia seria fundada en la teoría del caso. No obstante, se ha mejorado sustancialmente en relación al sistema anterior donde las audiencias no eran públicas ni con presencia preceptiva del juez (se delegaba en un funcionario la recepción de las declaraciones). En cuanto al desarrollo de la producción probatoria, se establece que los testigos, peritos e imputados declararán bajo las reglas del examen directo y contra examen previstas en el Código (art. 271.2). En relación a la declaración de testigos, el juez podrá rechazar cualquier pregunta que juzgue inconducente, innecesaria, dilatoria, sugestiva³¹⁵, perjudicial o agravante para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio cuando lo considere del caso (art. 158.4). Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles. El tribunal tratará el planteo de inmediato, con mínima sustanciación si fuese necesario, evitando que las objeciones se utilicen para alterar la continuidad del testimonio (art. 271.3). Los documentos, informes, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisual solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso (art. 271.5). Durante toda la duración del juicio, el imputado estará habilitado a realizar las declaraciones que considere pertinentes, siempre que el tribunal lo considere oportuno. Las partes podrán formularle preguntas, bajo las reglas del examen y contra examen (art. 270.5)³¹⁶. El juez puede formular preguntas aclaratorias (art. 158.3), eliminándose la posibilidad de preguntas ampliatorias que preveía la redacción anterior del nuevo CPP. En la práctica, todavía no hay experiencia suficiente en relación a si el magistrado asume un rol pasivo o introduce algún tipo de pregunta, pero en las primeras audiencias celebradas no se ha visto un rol activo del juez en materia de aclaraciones. Las resoluciones dictadas por el tribunal sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba, serán apelables con efecto diferido (art. 140.3.). En el diligenciamiento y producción de la prueba que haya sido propuesta por la víctima, esta tendrá los mismos derechos que las partes (art. 81.2 c). Si bien no hay experiencia suficiente de juicios orales para poder dar algún indicador general sobre el modo y eficacia con que se realiza el examen y contra examen, en los pocos casos analizados se ha percibido que el grado de conocimiento sobre el nuevo sistema y las habilidades para la litigación oral es muy dispar entre los operadores.

315 Se plantea la duda de si el juez puede admitir que las partes formulen preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio. Hemos opinado favorablemente, pero el punto no resulta claro (Pereira Campos, 2018, p. 80). No parece razonable que pueda realizarse un contra examen profundo en el marco de la teoría del caso sin la posibilidad de formular preguntas sugestivas.

316 Para que en el juicio oral la confesión (admisión por el imputado de los hechos contrarios a su interés) tenga valor probatorio es preciso que el imputado, asistido por su defensor, la haya prestado libremente ante el tribunal, y que además otro u otros elementos de convicción la corroboren (art. 146.2). En el proceso abreviado, en cambio, se puede alcanzar un acuerdo en base solo al reconocimiento del imputado.

5) Alegatos finales en el siguiente orden: fiscal, abogado de la víctima si hubiera comparecido y defensor. Todas las partes tendrán derecho a réplica. Los alegatos serán orales y solo se admitirá la lectura de notas o citas³¹⁷.

6) Eventual manifestación final del imputado y cierre del debate.

7) Sentencia, que deberá dictarse al término de la audiencia y en esa oportunidad expedir el fallo con sus fundamentos³¹⁸. Excepcionalmente, cuando la complejidad del asunto no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prorrogar la audiencia por un plazo no mayor a quince días para dictar la sentencia con sus fundamentos. En cualquier caso, la sentencia debe dictarse en audiencia pública. En la práctica, aun no hay suficiente experiencia sobre si el juez dicta sentencia inmediatamente después de producida la prueba o difiere su decisión hasta por 15 días. En los primeros casos (que no son suficientes para establecer regla alguna) ha existido algún tipo de diferimiento. Aún no hay experiencia relevante sobre la utilización de la audiencia de juicio para llegar a acuerdos entre las partes. Los acuerdos suelen alcanzarse en la audiencia de formalización o poco después de ella.

Cabe destacar que si bien en la redacción original del nuevo CPP los jueces no podían realizar ninguna actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna, la Ley Nº 19.653/2018 estableció como excepción que el tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer. Ello constituyó una muy criticada ruptura de la lógica acusatoria³¹⁹.

317 Los alegatos finales tienen una especial relevancia en el nuevo sistema y la ley ha buscado fortalecer su incidencia y utilidad en el proceso. Se hace especial énfasis en el carácter oral de los alegatos, no solo porque así deban exponerse ante el juez en audiencia pública, sino también porque implícitamente se prohíbe dar lectura en audiencia al alegato, ya que solo pueden leerse notas o citas. Se busca fomentar la contradicción mediante la previsión de la eventual réplica del alegato. La réplica de los alegatos es especialmente interesante si la oralidad argumentativa, en el marco de la teoría del caso, se practica de forma adecuada y estratégica, ya que cada abogado deberá prever que a sus afirmaciones en el alegato, el abogado de la contraparte (o de la víctima) pueda formular réplicas (Pereira Campos, 2018, ps. 81 y 82). Todavía no hay experiencias que permitan avizorar una utilización adecuada por las partes de este recurso para mejorar la calidad de la litigación.

318 Conforme al art. 142.1, en el juicio oral, a diferencia de lo que ocurre en el proceso abreviado (art. 142.3), no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado. Por ende, en caso de duda, deberá absolverse al imputado (art. 142.2.).

319 Arts. 144, literal c) y 271.8 y .9 del CPP en la redacción dada por la Ley 19.653/2018. Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del derecho de defensa. El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto del derecho de defensa en juicio. Las diligencias para mejor proveer solo pueden tener como objeto hechos alegados y controvertidos por las partes. En todo caso, el tribunal no podrá dictar sentencia fuera del plazo previsto en el inciso 271.7, aun

Recursos y ejecución

Los recursos principales se sustancian fundamentalmente por escrito (salvo los recursos interpuestos en audiencia ante el propio juez de la causa contra sentencias no definitivas que se resuelven en la propia audiencia) y hasta el momento, en la práctica, en su mayoría, se han referido a medidas cautelares. Las sentencias interlocutorias y definitivas de primera instancia admiten apelación ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal (órgano colegiado integrado por tres magistrados). La apelación de la sentencia definitiva suspende su ejecución. No obstante, en caso de apelación de sentencia absolutoria se decretará la libertad provisional del imputado. El trámite de la apelación ante el tribunal de alzada es fundamentalmente escrito salvo que proceda diligenciar prueba en segunda instancia (fundamentalmente sobre hechos nuevos), en cuyo caso se celebrará audiencia. Todavía no hay experiencia práctica de audiencias en segunda instancia. La sentencia definitiva de segunda instancia en caso de errores de derecho admite recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia. Asimismo, procede el recurso de revisión en todo tiempo y solamente a favor del condenado, contra las sentencias condenatorias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas por cualquier tribunal en los casos establecidos en la ley.

El proceso penal comprende la etapa o proceso de conocimiento y la etapa o proceso de ejecución, en su caso. Los Jueces Letrados de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia son los que conocen en todas las cuestiones formales y sustanciales que se planteen a partir del momento en que la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva, quede ejecutoriada (art. 26). Todavía no hay experiencia práctica en relación a cómo se sustancian los procesos en la fase de ejecución de la pena, pero su trámite se prevé en la ley fundamentalmente por escrito.

El proceso abreviado

En el diseño del nuevo sistema, junto con el proceso ordinario, se regulan otros instrumentos procesales o alternos al proceso para buscar resolver el conflicto. Se considera necesario dado que no hay sistema que pueda resistir la carga de trabajo y recursos humanos y materiales que requeriría tramitar todas sus causas por la estructura de mayor complejidad. El que ha tenido mayor aplicación práctica en los primeros meses de vigencia del nuevo CPP es el llamado proceso abreviado (arts. 272 y

cuando no se haya diligenciado la prueba requerida para mejor proveer o la solicitada por las partes a título de complemento de aquella.

273 y 402.2). Su finalidad es obtener rápidamente una sentencia de condena en aquellos casos en que el imputado está dispuesto a admitir su responsabilidad, beneficiándose a cambio, con una reducción de la pena que se acuerda con el fiscal dentro de los márgenes que fija la ley (se podrá disminuir la pena hasta en una tercera parte de aquella aplicable al caso concreto). Se aplicará el proceso abreviado para el juzgamiento de hechos cuya tipificación por el Ministerio Público de lugar a la aplicación de una pena mínima no superior a seis años de penitenciaría o de una pena de otra naturaleza, cualquiera fuere su entidad³²⁰. En los primeros meses de vigencia del nuevo CPP, el instituto del proceso abreviado fue utilizado frecuentemente alcanzándose sentencias de condena en pocos días. La aplicación del instituto en relación a delitos graves ha generado polémicas a nivel de la opinión pública³²¹.

Vías alternativas al proceso

Se prevén tres vías alternativas al proceso, como mecanismos para resolver el conflicto: a) mediación extraprocesal (art. 382); b) suspensión condicional del proceso (arts. 383 a 392 y 397 a 401) y c) acuerdos reparatorios (arts. 393 a 401 y 402.3).

A la mediación extraprocesal y a los acuerdos reparatorios nos referiremos al analizar la justicia restaurativa (num. 3.3.).

La suspensión condicional del proceso puede alcanzarse desde la formalización y hasta el vencimiento del plazo para deducir acusación o solicitar sobreseimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al tribunal en forma fundada la suspensión condicional del proceso a cambio de condiciones u obligaciones. La suspensión procederá cuando no exista interés público en la persecución y cuando la gravedad de

320 Este rango de pena permite una amplia aplicación del instituto considerando el tipo de delito, quedando muy pocas figuras penales fuera de su posible aplicación. Para que proceda el proceso abreviado, será necesario que el imputado, *“en conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los antecedentes de la investigación, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este proceso”*. Se prevé la aplicación del proceso abreviado incluso en las causas ya en trámite a la entrada en vigencia del nuevo CPP. A efectos de contrarrestar las críticas de la opinión pública, la ley Nº 19.653/2018 introdujo modificaciones disponiendo que en estos procesos, el imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía (art. 273.5); que la solicitud de pena disminuida por parte del Ministerio Público referida en el inciso 273.2, no podrá ser inferior al mínimo previsto por el delito correspondiente, en los casos de violación (artículo 272 del Código Penal), abuso sexual (artículo 272 - BIS del Código Penal), abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 - TER del Código Penal), atentado violento al pudor (artículo 273 del Código Penal), abuso sexual sin contacto corporal (artículo 273 - BIS del Código Penal) y homicidio con dolo directo (artículo 310 del Código Penal) (art. 273.6); y que en caso de que la víctima no hubiera estado presente en la audiencia en la que se dictó sentencia, esta será notificada del acuerdo alcanzado entre la Fiscalía y el imputado, en el plazo de diez días (art. 273.7).

321 Ver nota anterior, y la reacción de la Ley Nº 19.653 ante estas críticas.

la culpabilidad no se oponga a ello³²². Una vez convenida la suspensión condicional del proceso, el fiscal en audiencia informará de forma fundada al juez competente sobre las condiciones del acuerdo. El juez controlará que el imputado haya prestado su consentimiento en forma libre, voluntaria y que haya sido debidamente instruido del alcance del instituto y de las obligaciones que asume y que no se atente contra los derechos humanos o menoscabe la dignidad del imputado.

Al decretar la suspensión condicional del proceso, el juez no podrá modificar las condiciones u obligaciones acordadas entre el Ministerio Público y el imputado. El art. 386 establece un elenco no taxativo de condiciones u obligaciones que pueden acordarse en forma conjunta o subsidiaria³²³. El Ministerio Público estará encargado del control, monitoreo y supervisión del cumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas en el acuerdo celebrado y llevará registro de las suspensiones condicionales del proceso alcanzadas. En los primeros meses de aplicación del nuevo CPP se comenzó utilizando este instrumento de resolución del conflicto con cierta frecuencia, pero en los últimos meses su utilización ha decaído por las dificultades prácticas para el contralor del cumplimiento de las condiciones acordadas.

Medidas limitativas o privativas de la libertad ambulatoria de carácter cautelar y penas alternativas.

Si bien la medida concreta adoptada puede coincidir, cabe distinguir conceptualmente las medidas que pueden adoptarse por el juez a solicitud del fiscal como medida cautelar (reguladas por los arts. 221 y siguientes) y cuya máxima intensidad es la prisión

322 La suspensión condicional del proceso no procederá a) cuando la pena mínima prevista en el tipo penal supere los tres años de penitenciaría; b) cuando el imputado se encuentre cumpliendo una condena; c) cuando el imputado tuviera otro proceso con suspensión condicional en trámite.

323 Se enumeran: "a) residir en un lugar específico; b) no acercarse a determinadas personas o lugares, o someterse a un régimen de vigilancia; c) llegar a un acuerdo de reparación material o simbólica con la víctima, a través de conciliación o mediación; d) realizar prestaciones en beneficio de la comunidad; e) someterse a tratamientos médicos o psicológicos; f) someterse a tratamientos de desintoxicación relativos al alcohol u otras drogas legales o ilegales; g) comprometerse a finalizar el ciclo de educación básica o incorporarse a un curso de capacitación, que debe ser cumplido efectivamente; h) prestar determinados servicios en favor del Estado u otra institución pública o privada; i) no poseer ni portar armas; j) no conducir vehículos por un tiempo determinado; k) cumplir efectivamente con las obligaciones alimentarias que correspondan; l) colaborar de forma seria y comprometida en un eventual tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas como consecuencia del delito; m) otras de carácter análogo que resulten adecuadas en consideración al caso concreto". El plazo de cumplimiento de las condiciones u obligaciones no podrá ser superior a dos años. Excepcionalmente podrá ampliarse por razones fundadas. Durante el período de suspensión, las partes podrán modificar las condiciones u obligaciones acordadas, dando noticia al juez competente. El imputado tiene la carga de comunicar al fiscal cualquier inconveniente, causa de fuerza mayor o caso fortuito que dificulte o impida el cumplimiento del acuerdo. Cuando el imputado incumpliere las condiciones u obligaciones convenidas sin efectivizar la comunicación prevista en el artículo 389, el juez, a petición fiscal y previo traslado al imputado, podrá revocar la suspensión del proceso. La revocación determinará la continuación del proceso a partir del momento procesal en que fue suspendido.

preventiva, de las penas alternativas que pueden establecerse en la sentencia de condena a que refiere el art. 316 del CPP y especifican otras leyes (libertad vigilada, libertad vigilada intensiva y sus condiciones). Son ejemplos de estas medidas: residencia en un lugar, ejercicio de profesión u oficio con plan de intervención, presentación a la seccional policial, programas de tratamiento o rehabilitación, prohibición de acercamiento a la víctima, dispositivo de monitoreo electrónico, etc. En caso de que exista incumplimiento de las medidas alternativas, a solicitud fiscal, podrán revocarse las mismas y disponerse la prisión preventiva. No procede dicha revocación de oficio (art. 234.2).

Las medidas alternativas a la privación de libertad en establecimientos carcelarios de mayor aplicación en la práctica en Uruguay son la prisión domiciliaria total o parcial, asistencia a seccionales policiales cada cierto período de tiempo a efectos de registrar asistencia, prohibición de acercamiento a la víctima, limitaciones desde el punto de vista territorial, uso de dispositivos electrónicos de seguridad y tratamientos por adicciones (droga, alcohol, etc.). Las reglas de conducta que se suelen considerar para la adopción de las medidas alternativas a la privación de libertad, están asociadas a los conflictos primarios del imputado y víctima, para que no se causen nuevos riesgos o enfrentamientos. Se toman en consideración, asimismo, aspectos personales de imputado (y eventualmente de la víctima) para fijar las medidas, en función de los elementos que se plantean en la audiencia. Algunos operadores indican que debería existir mayor correlación entre los conflictos entre imputado y víctima y las medidas adoptadas. En general esta correlación se verifica efectivamente en hipótesis de violencia doméstica o de género.

Protección del sistema de garantías del imputado

Actuación del/a defensor/a en el proceso

La garantía esencial de la defensa técnica se asegura en el art. 75, consagrando la nulidad de toda actuación y audiencia que se realice sin su presencia. El defensor mantiene un rol similar al que tenía en el sistema derogado, pero se desarrollan en forma más precisa y certera sus derechos y deberes y se potencian sus posibilidades de actuación a través de las audiencias públicas y un elenco de alternativas más allá del juicio oral (proceso abreviado y vías alternativas de resolución del conflicto). Asimismo, el nuevo sistema propende a que el defensor, al igual que el fiscal, puedan desarrollar una estrategia basada en la teoría del caso. En la práctica, surgen elementos que demuestran que la defensa efectivamente adopta una teoría del caso propia en el proceso, aun cuando el número de audiencias (fundamentalmente de audiencias de juicio) es muy escaso para arribar a conclusiones.

El artículo 71 del nuevo CPP establece el elenco fundamental de derechos y deberes de la defensa, que podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que ésta expresamente reserve su ejercicio exclusivo a este último. El ejercicio de la defensa es un derecho y un deber del abogado que acepta el cargo y abarcará la etapa de conocimiento y la de ejecución. El defensor actuará en el proceso como parte formal en interés del imputado, con todos los derechos y atribuciones de esa calidad. El defensor tiene derecho a tomar conocimiento de todas las actuaciones que se hayan cumplido o que se estén cumpliendo en el proceso, desde la indagatoria preliminar y en un plano de absoluta igualdad procesal respecto del Ministerio Público³²⁴. Todo abogado tiene derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención, que le informe por escrito y de inmediato, si una persona está o no está detenida en ese establecimiento. El ejercicio de este derecho no condiciona en modo alguno el ejercicio de la acción de habeas corpus.

Han señalado los operadores que la defensa se entrevista con el imputado siempre de forma previa a la audiencia de formalización. Dicha entrevista se produce en la primera actuación en la Fiscalía, sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, también se produce en la seccional policial. En lo que refiere al rol del defensor en la adopción de las medidas cautelares, la práctica de los primeros meses de aplicación del CPP ha puesto de manifiesto que los jueces resuelven en base a los argumentos expuestos oralmente por las partes y que es muy excepcional que el defensor utilice su derecho a que se produzca prueba sobre los presupuestos de la medida cautelar. En algunas ocasiones el defensor ha cuestionado la relevancia de la información aportada por el fiscal en la audiencia de control de la acusación. Se ha señalado desde la Defensoría Pública, que la intervención que puede realizar la defensa en las audiencias del nuevo CPP es plena.

Cumplimiento de las garantías

Imparcialidad

Con el nuevo CPP se buscó dejar atrás el modelo inquisitivo y propender al modelo adversarial con un juez imparcial no solo en su convicción al resolver, sino en el rol que la ley le asigna durante el proceso³²⁵. El juez debe actuar en forma imparcial y debe

324 Durante la investigación, el imputado y su defensor podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados, si fuese necesaria su intervención. El fiscal ordenará aquellas que estime conducentes (art. 260). La recolección de evidencias estará a cargo del Ministerio Público, no pudiendo ocultarlas a la contraparte salvo cuando se prevén hipótesis de reserva. En caso de negativa, el imputado y su defensa podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. Esta petición se tramitará en audiencia oral y pública (art. 260).

325 Como señala Binder (2018), en el modelo inquisitorial la investigación y el juzgamiento de los casos es llevado adelante por los jueces de un modo unilateral y predominante y el papel de las partes es secundario. En el sistema adversarial es central la división de funciones entre fiscales, jueces y defensores.

construir su decisión sobre la base de lo que las partes le presentan en la sala de audiencia y él percibe directamente (inmediación). Un juez no puede ser imparcial si no se trata de un litigio adversarial y no se respetan las reglas de la contradicción (Binder, 2018, ps. 28 y 29). En la práctica los jueces cuidan mostrarse imparciales y en los primeros meses de aplicación del nuevo sistema no se han percibido mayores resabios inquisitivos en sus actuaciones. Como señalan los operadores, los jueces han efectuado un destacable proceso de adaptación, dejando el rol típico que tenían en el proceso inquisitivo. Actualmente, claramente no gestionan los intereses de las partes.

Por otra parte, para asegurar la imparcialidad, se estableció un régimen de doble juez. El Juez de primera instancia que interviene en las actuaciones procesales previas a la audiencia de juicio oral, queda automáticamente impedido de celebrar la misma y dictar sentencia. Se garantiza así que quien haya intervenido en las audiencias previas, donde pudo haber adoptado medidas cautelares, no pueda ser quien luego dicte sentencia en la misma causa. El juez de la audiencia de juicio (juicio oral) no habrá adoptado ninguna decisión previamente y, por lo tanto se encontrará libre de preconcepciones y “no contaminado” con las actuaciones anteriores para decidir el caso. De igual forma, los Tribunales de Apelaciones que hubieran intervenido en la segunda instancia de cuestiones previas a la audiencia de juicio tampoco podrán intervenir en las actuaciones vinculadas a ésta y la sentencia definitiva (Gatti, 2018, p. 117).

No obstante, todo lo expuesto, cabe destacar que si bien en la redacción original del nuevo CPP los jueces no podían realizar ninguna actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna, la Ley Nº 19.653/2018 estableció como excepción que el tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer. Ello constituyó una muy criticada ruptura de la lógica acusatoria y todavía no existe jurisprudencia que haya aplicado este instituto como para evaluar si los jueces recurrirán a él con frecuencia o –como creemos nosotros- solo en casos muy excepcionales.

Contradicción

El papel de las partes en la preparación del caso que deberá juzgar el juez es determinante y el juez debe mantener un papel imparcial. (p. 12). Landeira (2015) manifiesta que, conforme lo señala la doctrina, entre las notas características de las reformas europeas está la de creación de un nuevo tipo de Juez para hacer más patente y articular la férrea diferencia entre funciones investigadoras o de garantía de determinados actos de investigación, el ejercicio de la acusación y la función enjuiciadora. Se ahonda en la posición del Juez como tercero espectador particularmente en lo relativo a la iniciativa y la práctica de las diligencias de investigación y prueba, si bien no se excluyen poderes de intervención e incluso iniciativas concretas en supuestos más o menos excepcionales y reteniendo en todo caso la posición de garante sobre el resultado de las investigaciones o la práctica de la prueba. (p. 339).

El principio de bilateralidad y contradicción se asegura en el nuevo sistema. Existen amplias posibilidades para contradecir y cuestionar la acusación, tanto al evacuar el traslado de la misma por escrito, como en la audiencia de control de acusación³²⁶.

Publicidad

La publicidad es uno de los principios esenciales del nuevo sistema acusatorio. En la fase administrativa de indagatoria preliminar existe publicidad interna para fiscal, imputado, defensor y víctima (con excepciones a la misma por motivos fundados y limitados en el tiempo de reserva)³²⁷. Iniciado el proceso penal, a partir de la audiencia de formalización, existe publicidad interna y externa³²⁸, salvo casos excepcionales³²⁹. En la

326 El nuevo CPP regula que la acusación se presentará por escrito y deberá contener un conjunto de datos sobre el imputado, los hechos, la prueba, la calificación jurídica y el monto de pena estimado (art. 127). Formulada la acusación, el juez emplazará al acusado y su defensor, notificándole la acusación en su contra, para que en el plazo de 30 días ofrezca la prueba que pretende producir en juicio oral (inc. 2 art. 128). Transcurrido el plazo de la defensa, el juez convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a la audiencia de control de acusación dentro de los 10 días siguientes (art. 268.1). En la audiencia de control de acusación, en una primera etapa el acusado y su defensa podrán plantear cuestiones previas (objetar la acusación señalando defectos formales; oponer excepciones; instar el sobreseimiento; y proponer acuerdos). Resueltos los planteos en audiencia, cada parte ofrecerá su prueba y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria (art. 268.2). Como ha señalado la doctrina, lo adecuado sería que los planteos de la defensa estén guiados por los distintos niveles de contradicción que suponen sus planteamientos. Una primera etapa podría estar dada por los cuestionamientos a la imposibilidad de acceder a la prueba de la fiscalía (art. 268.4), ya sea porque no se le reveló de forma previa o porque se presentaron evidencias no contenidas en la acusación. Un segundo momento estaría dado por “la discusión sobre la suficiencia de la teoría del caso”, que consiste en objetar la relación entre las teorías fácticas, jurídicas y probatorias de la acusación. En tercer lugar, se podría dar la discusión sobre la legalidad y la pertinencia de la prueba a ingresar al juicio (González Postigo, 2018, p. 203).

327 Las actuaciones de investigación preliminar llevadas a cabo por el Ministerio Público y por la autoridad administrativa, serán reservadas para los terceros ajenos al procedimiento. El imputado y su defensor, así como la víctima, podrán examinar los registros y documentos de la investigación fiscal (art. 259.2). Sin embargo, el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos permanezcan en reserva respecto del imputado, su defensor y demás intervinientes, toda vez que lo considere necesario para asegurar la eficacia de la investigación. En este caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, y podrá fijar un plazo de hasta cuarenta días para el mantenimiento de la reserva, previa autorización judicial. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el juez mediante petición fundada del Ministerio Público hasta por un plazo máximo de seis meses (art. 259.3.). El imputado y su defensor podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva o que la limite en cuanto a su extensión, a las piezas o actuaciones comprendidas en la misma o a las personas a quienes afectare (art. 259.4). No se podrá decretar la reserva para el imputado y su defensor respecto de su declaración, de los informes brindados por peritos referentes a su persona, o de cualquier otra actuación en que hubiere intervenido él o su defensor (art. 259.5). Por otra parte, los funcionarios que hayan participado en la investigación y las demás personas que por cualquier motivo hayan tenido conocimiento de las actuaciones, estarán obligados a guardar secreto (art. 259.6).

328 La publicidad interna busca dar a las actuaciones un grado de transparencia que haga posible su control por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (víctimas). Por su parte, la publicidad externa refiere al acceso a las actuaciones por quienes no están directamente involucrados en el proceso (Gatti, 2017, ps. 222 a 224).

329 Conforme al art. 9, el proceso penal será público en todas sus etapas, con las limitaciones que se

práctica, en las instancias jurisdiccionales orales se permite el acceso de toda persona que desee ingresar, aunque la capacidad de las salas de audiencias suele ser limitada. De todas formas, el volumen de público -salvo algún caso puntual- no ha sido relevante. Respecto de la actuación de los medios de comunicación en audiencia, se le han asignado al juez las facultades de regular la actuación de éstos cuando además de participar de las audiencias, pretenden grabar, filmar, transmitir las audiencias, etc.³³⁰.

Derecho del imputado a ser oído

El CPP establece con claridad los derechos del imputado, dándole amplias oportunidades para ser oído durante el proceso³³¹. Así, entre otros, tendrá derecho a: a) que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes; b) solicitar del fiscal las diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulan; c) solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual deberá concurrir con su abogado con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la

establecen en el Código. El art. 135 ratifica ese principio al disponer que las audiencias que se celebren una vez concluida la investigación preliminar serán públicas, salvo que el tribunal decida lo contrario por alguno de los siguientes motivos: a) por consideraciones de orden moral, de orden público o de seguridad; b) cuando medien razones especiales para preservar la privacidad y/o dignidad de las personas intervinientes en el proceso; c) cuando por las circunstancias especiales del caso, la publicidad de la audiencia pudiere perjudicar a los intereses de la justicia o comprometer un secreto protegido por la ley. Contra la decisión del tribunal sobre la limitación o no de la publicidad, solo cabrá el recurso de reposición. La publicidad ha sido elevada a rango de principio, por lo que debe ser una guía a la hora de establecer en cada caso cuándo un acto del juicio puede o debe ser público. Esta decisión, que el artículo 135 del CPP deja en manos del Tribunal y por lo tanto, para resolver caso a caso, impone ponderar los derechos en juego, de modo de conciliar la regla de la publicidad con las excepciones que la misma norma regula (Gatti, 2017, p. 224).

330 Como ha señalado Gatti, cabe preguntarse si es posible permitir el registro de audio para su transmisión radial o la grabación para la televisión de lo que acontece en la audiencia, cuestión que ha suscitado cuestionamientos de diversa índole. El Código no da respuesta concreta a dicha interrogante y se limita a señalar que el tribunal está facultado, a efectos de preservar el continuo y normal desarrollo de las audiencias, así como para preservar su decoro y eficacia, ordenar que se retire de la sala a quien perturbe el desarrollo de la audiencia, prohibir el acceso del público y prohibir el empleo de los medios técnicos de reproducción y filmación, cuando ello perturbe la normalidad del acto (art.138). No existe duda que los periodistas, como cualquier persona, tienen derecho a asistir como público a cualquier audiencia, salvo que existan limitaciones al público en general, siempre que no se afecte el normal desarrollo del proceso, tal como puede suceder cuando personas que aún no comparecieron a declarar como testigos pudieren acceder a las declaraciones de quienes han comparecido con anterioridad, lo que resultar incontrolable cuando la transmisión no es diferida. El juez deberá establecer claramente que rol podrán tener los medios durante el desarrollo de la audiencia. Y al respecto, la Guía de Buenas Prácticas para regular el acceso a los medios de comunicación a las audiencias penales, comunicada por Circular No. 292/2017 de la SCJ, resulta ser un buen punto de partida para allanar el camino a criterios comunes, sin perjuicio obviamente, de lo que cada magistrado entienda en el caso (Gatti, 2017, ps. 229 a 234).

331 El artículo 64 establece el elenco de los principales "*derechos y garantías del imputado*", desarrollando los que surgen de la Constitución y tratados internacionales y sin perjuicio de éstos (no es un elenco taxativo: "*entre otros*"). Todo imputado podrá hacer valer hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren la Constitución y las leyes.

investigación; d) conocer el contenido de la investigación, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada reservada y solo por el tiempo que dure esa reserva, de acuerdo con las normas que regulen la indagatoria preliminar; e) solicitar el sobreseimiento de la causa y recurrir contra la resolución que rechace la petición, en ambos casos mediante intervención de su defensor; f) guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad; g) negarse a prestar juramento o promesa de decir la verdad; h) no ser juzgado en ausencia; i) durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, el imputado podrá hacer nuevas declaraciones y aun solicitar al juez que se le reciba para ello en audiencia no prevista especialmente en el Código, estándose a lo que resuelva el magistrado, y a la que en caso de realizarse deberán concurrir todas las partes. El derecho del imputado a ser oído supone la posibilidad de refutación de la imputación. Pues de nada vale que se escuche al imputado si a este no le es permitido por los medios a su alcance, contradecir la postura asumida por el acusador³³².

Los jueces han adoptado como práctica la de comunicarse directamente con los imputados, asegurándose de que éstos comprendan realmente lo que sucede en la audiencia, utilizando un lenguaje sencillo y comprensible. Sin perjuicio de ello, suele existir todavía cierto tecnicismo excesivo en el lenguaje de los operadores.

El paradigma restaurativo en el nuevo sistema

El nuevo sistema de justicia penal busca propiciar la justicia restaurativa. Se destacan dos instrumentos: la mediación y los acuerdos reparatorios.

La mediación extraprocésal regulada en el nuevo CPP se lleva a cabo por el Poder Judicial. Cuando se trate de conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad³³³, el Ministerio Público puede derivar el caso a formas extraprocésales de resolución de ese conflicto (art. 382.1). Para dar inicio al proceso restaurativo se requiere de la conformidad manifiesta del presunto autor y de la presunta víctima,

332 Señala la doctrina que dicho principio se asienta sobre determinadas bases esenciales: a) para "ser oído", para poder contradecir, refutar lo que se le adscribe, es imprescindible tener conocimiento preciso de la imputación, pues nadie puede defenderse de lo que desconoce, lo que supone que el fiscal sea necesariamente muy preciso en la plataforma fáctica y aun jurídica de su reclamo; b) el conocimiento no solo debe alcanzar el "factum" sino las pruebas que se han de hacer valer por el acusador, pues a partir de ello se viabilizará la posibilidad de contraprueba por la defensa, quién podrá aportar la que entienda pertinente para destruir la del acusador; c) la contradicción en tanto dialéctica procesal, debe necesariamente proceder bajo la más absoluta igualdad de las partes; d) es dable reconocer en el proceso la existencia de intereses contrapuestos entre el fiscal y la defensa, y por tanto a diferencia del sistema inquisitivo, el método de conocimiento que gobierna el acusatorio es precisamente el del contradictorio (Perciballe, 2017, ps. 42 y 43).

333 La mediación extraprocésal no procederá en ningún caso respecto de delitos de violencia sexual (artículos 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (artículo 321 bis del Código Penal), así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género (art. 382.7).

quienes deben ser preceptiva y oportunamente informados por el funcionario a cargo. En caso de llegar a un acuerdo de reparación, el Poder Judicial controlará su cumplimiento. Un punto que ha generado cierto debate es que las partes de este proceso restaurativo están eximidas de concurrir con asistencia letrada. Resulta difícil resolver el complejo conflicto de valores entre favorecer el acceso a la justicia (eximiendo de la asistencia letrada) o asegurar una mejor solución por contar con el debido asesoramiento jurídico. La función de información a las partes de la finalidad del instrumento de mediación y de los derechos de cada una, queda a cargo del funcionario interviniente. En caso de llegar a un acuerdo de reparación, el Poder Judicial controlará su cumplimiento (382.4) y llevará un registro que especificará los acuerdos alcanzados y su cumplimiento y los no alcanzados (art. 382.5). El instituto no ha tenido aplicación práctica relevante aún.

Los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima desde el momento de la formalización de la investigación y durante todo el proceso, podrán suscribir un acuerdo reparatorio material o simbólico, que será puesto a consideración del juez de la causa en audiencia, con intervención del Ministerio Público, cuando no exista interés público en la persecución y cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello³³⁴. El Ministerio Público debe instruir a las partes involucradas en el delito sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo reparatorio, cuando en el caso concreto se dieran las condiciones para su procedencia. Una vez alcanzado el acuerdo, el tribunal controlará en audiencia que la víctima y el indagado hayan prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria y que hayan sido debidamente instruidos del alcance del instituto y de las obligaciones que ello implica. Si el juez entendiere que no se dan los requisitos legales, podrá negar de oficio o a petición del Ministerio Público la homologación del acuerdo. Esta resolución será apelable con efecto suspensivo. Una vez cumplido el acuerdo o transcurridos seis meses desde el vencimiento del plazo acordado entre las partes, el tribunal declarará la extinción del delito. Los acuerdos reparatorios, pueden también celebrarse en causas que se encontraban en trámite por el viejo sistema al momento de entrada en vigencia del nuevo CPP. En la práctica los acuerdos reparatorios han sido utilizados como vía de solución del conflicto en varios casos en los primeros meses de vigencia del nuevo sistema de justicia penal.

334 El acuerdo reparatorio procederá en los casos que detalla el art. 394: a) delitos culposos; b) delitos castigados con pena de multa; c) delitos de lesiones personales y delitos de lesiones graves cuando provoquen una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por un término superior a veinte días y no pongan en peligro la vida de la persona ofendida; d) delitos de contenido patrimonial; e) delitos perseguibles a instancia de parte, excepto delitos contra la libertad sexual; f) delitos contra el honor. No procederá respecto de delitos de violencia sexual (artículos 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (artículo 321 bis del Código Penal) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

El sistema de defensa

Si bien en Uruguay los imputados pueden ser defendidos por defensores públicos o privados, un porcentaje ampliamente mayoritario de los casos son llevados por la Defensoría Pública que institucionalmente forma parte del Poder Judicial, depende de la Suprema Corte de Justicia y tienen como nexo a la Secretaría Letrada de la misma³³⁵. La entrada en vigencia del nuevo sistema implicó grandes desafíos para la Defensoría Pública que, con recursos muy limitados, debió hacer frente al nuevo modelo. El rol del defensor en el nuevo sistema acusatorio, implica el desarrollo de su teoría del caso y la profundización de una litigación oral efectiva³³⁶.

En Montevideo existen sistemas de defensa especializada por etapa procesal³³⁷. Hay defensa especializada para imputados en el proceso de conocimiento y otra en el proceso de ejecución. También hay defensa especializada para las víctimas, (actuando en Montevideo defensores que no defienden imputados y, en el interior, evitándose al menos que el defensor de la víctima sea defensor de imputado en el mismo proceso).

Organización Judicial

El modelo de organización de la judicatura se basa en la carrera judicial de larga tradición en Uruguay. Conforme ya fuera analizado, el juez que interviene en las actuaciones

335 La autonomía funcional e independencia de la defensa pública constituye un requisito imprescindible para la gestión efectiva de ese servicio público, y además, una exigencia derivada del sistema interamericano de protección de derechos humanos. La única forma de que este ideal se pueda llevar adelante es dividiendo las estructuras de los distintos actores que intervienen en el proceso penal y otorgando autonomía e independencia a una de las otras. Un sistema adversarial necesariamente requiere de esta división para que cada uno pueda llevar adelante su tarea de manera adecuada y sin obstrucciones o intromisiones. Además, esta circunstancia debe ir acompañada de la posibilidad de contar con los recursos necesarios para hacer frente a las exigencias del nuevo modelo y, en este contexto, resulta fundamental que se asigne un crédito presupuestario propio (Martínez, 2018, ps. 150 y 151).

336 En el nuevo modelo adversarial del proceso penal, las partes tienen un rol fundamental en la producción de la información del proceso, mientras que el juez se ubica en su rol de tercero imparcial. La defensa tiene su propia versión del suceso (teoría del caso) y cuenta con los elementos que sirven para probarla (Martínez, 2018, p. 153). La transformación principal que se genera en la actividad diaria es que el defensor ya no será un actor pasivo que está a la espera del error de quien maneja el expediente (sea el juez o el fiscal) para poder plantear la nulidad de la causa, sino que ahora deberá salir a recolectar toda aquella información que pueda ser útil para la hipótesis que pretende probar en el juicio (Martínez, 2018, p. 154).

337 Una forma de estructurar el servicio de defensa pública es la conformación de un cuerpo de abogados que intervienen según un determinado cuadro de turnos y ante ciertos magistrados. Este modelo es el escogido por el servicio de defensa de Uruguay, por lo menos para la ciudad de Montevideo, ya que en el interior del país dependerá de que haya más de un defensor en cada jurisdicción para poder elaborar turnos rotativos (Martínez, 2018, ps. 157 y 158).

procesales previas a la audiencia de juicio oral, queda automáticamente impedido de celebrar la misma y dictar sentencia. Se garantiza la imparcialidad del juzgador porque quien haya intervenido en las audiencias previas, donde pudo haber adoptado medidas cautelares, o prueba anticipada, o resuelto cuestiones vinculadas al pedido de archivo o principio de oportunidad, no pueda ser quien luego dicte sentencia en la misma causa. De igual forma, los Tribunales de Apelaciones que hubieran intervenido en la segunda instancia de cuestiones previas a la audiencia de juicio tampoco podrán intervenir en las actuaciones vinculadas a ésta y la sentencia definitiva (Gatti, 2018, p. 117).

Conforme al Plan Director aprobado por la SCJ para la implementación del nuevo sistema, se creó para Montevideo una oficina única (OPEC), dejando de lado la organización tradicional de las oficinas judiciales a cargo de un Actuario y bajo la superintendencia del Juez. Los jueces asignados a esta oficina trabajan en el nuevo régimen procesal y su función es estrictamente jurisdiccional, quedando liberados de la labor administrativa de la oficina. La OPEC depende jerárquicamente de la Dirección General de los Servicios Administrativos a través de la Sub Dirección General Técnico - Jurisdiccional; está dirigida por un Director de División y cuenta con distintos Departamentos especializados según las actividades a cumplir: atención al usuario, soporte a la infraestructura logística de la sede, soporte a las audiencias de formalización y de juicio, tramitación de las causas, actividades técnico jurídicas, etc. En la OPEC trabajan la Dirección de la División, los jefes de los departamentos, Actuarios Adjuntos, Operadores de Salas de Audiencia (receptores), funcionarios administrativos y auxiliares (Chediak y Nicastro, 2018, p. 97). En el resto del país se mantienen las oficinas tradicionales con el Juez a cargo de la superintendencia administrativa de la oficina, conservando sus facultades administrativas.

Por otra parte, cabe destacar que en nuestro país existe justicia especializada para niños, niñas y adolescentes. Además, se aplican modalidades de justicia restaurativa o enfoque restaurativo en estos casos.

Organización de la Fiscalía General de la Nación

Las y los fiscales fueron quienes requirieron un cambio más radical y debieron asumir mayores desafíos en el pasaje de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio. Como paso previo a la implementación de la reforma, en 2015 la Ley No. 19.334 crea la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado, sustituyendo lo que antes era una unidad ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura. De este modo se la dota de mayor autonomía (aunque no de toda la deseable), superando la precaria organización institucional previa. Por otra parte, se aprueba una nueva ley orgánica para el Ministerio Público (Ley No. 19.483), estableciendo los cometidos y el funcionamiento de la institución, así como el estatuto de actuación de los fiscales. Dentro de los cometidos

adjudicados, se encuentran diseñar y ejecutar una política pública de investigación y persecución penal de crímenes y delitos; dirigir la investigación penal; proteger y atender a víctimas y testigos de delitos; y ejercer la titularidad de la acción penal.

El nuevo diseño del proceso penal se caracteriza por una clara separación de roles entre el juez y el fiscal, asignando a este último la función de investigar (con el auxilio de la Policía) y ejercer la acción penal, reservando al juez sólo su función natural de juzgar³³⁸ y ser el garante de los derechos de los intervinientes en el proceso. El nuevo CPP adjudica a los fiscales la dirección de la investigación así como la atención y protección de víctimas y testigos (Art. 45, literales A e I). Estos nuevos roles y funciones, requirieron una nueva posición institucional del Ministerio Público y Fiscal, además de la adecuación de su organización y el régimen de actuación de los fiscales, lo que determinó un cambio esencial en su forma de trabajo. La etapa de la investigación se convierte en una etapa fundamental del nuevo sistema normativo, donde la Fiscalía recibirá todas las denuncias de hechos con apariencia delictiva, limitando la posibilidad a la policía de efectuar una selección primaria de las mismas. Con ello se busca que a los fiscales lleguen la totalidad de las denuncias. Con tal fin se ha desarrollado una herramienta informática que da soporte a la operativa de las fiscalías en el marco de un nuevo proceso de trabajo: Sistema de Información del Proceso Penal Acusatorio de Uruguay (SIPPAU). Este sistema permite recibir las denuncias a nivel nacional, así como desarrollar las investigaciones de los delitos de forma ordenada y planificada. Cada fiscal puede gestionar el proceso de investigación de los casos a su cargo, a través de la carpeta del caso, donde pueden registrar toda la información y adjuntar archivos de utilidad para la investigación (Marquisá, 2018, p. 123). Si bien en la fase inicial este sistema informático ha presentado varias dificultades de implementación, las mismas se están superando.

Se creó asimismo la Unidad de Análisis y Contexto con el objeto de diseñar y dirigir un sistema de información y de análisis para investigar la evolución de distintos fenómenos criminales, asociando casos, describiendo contextos y como consecuencia de ello, produciendo conocimiento con una perspectiva integral. Desde esta unidad, la Fiscalía busca producir su propia información, lo que le posibilitará programar una persecución penal inteligente, que supere la información del caso concreto y analice los fenómenos criminales en su conjunto; permitiéndole llevar a cabo una orientación planificada y estratégica de las investigaciones penales. Esta visión de la persecución penal requiere de la labor conjunta de la Fiscalía con otras instituciones del Estado, aprovechando la información con la que cada organización cuente y de esa manera realizar

338 Cabe recordar, no obstante, que si bien en la redacción original del nuevo CPP los jueces no podían realizar ninguna actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna, la Ley N° 19.653/2018 estableció como excepción que el tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer.

investigaciones ágiles y eficaces (Marquisá, 2018, p. 126). La Unidad de Análisis y Contexto se integró con fiscales, aunque se buscaba contar con técnicos con otros perfiles y experticia. Esta Unidad actualmente carece de recursos adecuados para su funcionamiento.

Conclusiones

Si bien los primeros meses de aplicación del nuevo sistema de justicia penal constituyen un tiempo escaso para una evaluación razonable del mismo, caben extraer las siguientes conclusiones preliminares:

La aprobación e implementación del nuevo Código del Proceso Penal acusatorio constituye un gran avance en la protección de los derechos humanos y la adecuación del marco legislativo interno de Uruguay a los tratados internacionales y a su propio diseño constitucional, abandonando el modelo inquisitivo anterior, donde el rol del juez se veía afectado en su imparcialidad al confundirse en un mismo sujeto la actividad de investigación y de juzgamiento.

La implementación del nuevo sistema a partir del 1º de noviembre de 2017 ha sido compleja, fundamentalmente en lo que refiere al nuevo rol de los fiscales, quienes se han visto desbordados en su carga de trabajo y por el cambio cultural que su nueva forma de actuación implica. A ello se han sumado dificultades en los sistemas informáticos y en el relacionamiento fiscales-policías. Durante los primeros meses de aplicación del sistema, las cifras de formalizaciones fueron sustancialmente más bajas que su equivalente en el sistema inquisitivo, pero luego fueron mejorando su desempeño³³⁹.

En un contexto de crecimiento de las denuncias y los delitos, no ha sido suficiente ni eficaz la comunicación a la sociedad de los objetivos de la reforma. La sociedad, impulsada por algunos actores políticos y acuciada por el aumento de la inseguridad pública, ha imputado erróneamente al nuevo Código la responsabilidad de la ineficiencia en la disuasión, prevención y persecución de los autores de los delitos. Ello ha determinado que en el sistema político se hayan impulsando y aprobado, a pocos meses de comenzar su implementación, reformas –muchas de ellas inadecuadas- del nuevo

339 El Departamento de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación analizando los casos formalizados a mayo de 2018, da cuenta de un "aumento sostenido" de las formalizaciones, representando en mayo de 2018 el 86,3% del total de procesos penales iniciados en el último mes de aplicación del anterior sistema inquisitivo. Fuente: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/v/6134/1/innova.front/se-presento-informe-con-datos-cerrados-a-mayo-que-muestra-aumento-sostenido-de-formalizaciones.html>

CPP³⁴⁰. Estas reformas implican, en algunos casos, perforaciones al sistema acusatorio, al impulso de requerimientos políticos alentados por las demandas de la opinión pública ante el aumento de la inseguridad pública.

Los jueces se han ajustado rápidamente a su nuevo rol en el proceso, no persistiendo rémoras inquisitivas en su actuación en la mayoría de los casos analizados, lo que coincide con la opinión de los operadores³⁴¹.

340 Así, la Ley Nº 19.653/2018 modificó varias disposiciones del CPP. Si bien algunos ajustes resultan acertados y pueden poner en claro los roles de fiscales y policías, en muchos otros aspectos constituyó una verdadera contra-reforma: amplía la aplicación de la prisión preventiva, estableciendo incluso casos en los que el fiscal debe siempre solicitarla; establece excepciones a la libertad anticipada; confiere al juez poderes-deberes probatorios como diligencias para mejor proveer (rompiendo el modelo acusatorio), entre otros.

La nueva redacción del art. 224.2 del CPP establece que el riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, así como el riesgo para la seguridad de la víctima y de la sociedad se presumirá cuando el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente y el Ministerio Público imputare alguna de las siguientes tipificaciones delictuales. Conforme al art. 224.3 en tales casos **el Ministerio Público deberá solicitar la prisión preventiva**. Los casos son: a) Violación (artículo 272 del Código Penal), b) Abuso sexual, cuando la violencia se presume de acuerdo a las situaciones previstas por los numerales 1 a 4 del artículo 272 - BIS del Código Penal, c) Abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 - TER del Código Penal), d) Atentado violento al pudor, cuando el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años (artículo 273 del Código Penal), e) Rapiña (artículo 344 del Código Penal), f) Rapiña con privación de libertad. Copamiento (artículo 344 - BIS del Código Penal), g) Extorsión (artículo 345 del Código Penal), h) Secuestro (artículo 346 del Código Penal), i) Homicidio agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal), j) Los crímenes y delitos contenidos en la Ley Nº 18.026, de 25 de setiembre de 2006, k) Los delitos previstos en el Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974, y sus modificativas, que tuvieren penas mínimas de penitenciaría, l) Los delitos previstos en la Ley Nº 19.574, de 20 de diciembre de 2017, que tuvieren pena mínima de penitenciaría.

Por otra parte, el nuevo art. 301 bis del CPP dispone que el beneficio de la libertad anticipada no será de aplicación para quien cometiere los siguientes delitos: a) Violación (artículo 272 del Código Penal), b) Abuso sexual (artículo 272 - BIS del Código Penal), c) Abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 - TER del Código Penal), d) Atentado violento al pudor (artículo 273 del Código Penal), e) Abuso sexual sin contacto corporal (artículo 273 - BIS del Código Penal), f) Secuestro (artículo 346 del Código Penal), g) Homicidio agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal), h) Los crímenes y delitos contenidos en la Ley Nº 18.026, de 25 de setiembre de 2006, i) Aquellos delitos, por los que al condenado se le hubiere aplicado medidas de seguridad eliminativas (artículo 92 del Código Penal).

El nuevo art. 301ter. del CPP establece que el beneficio de la libertad anticipada no será de aplicación en caso de reiteración o reincidencia, indistintamente, en los siguientes delitos y bajo las circunstancias previstas a continuación: a) Lesiones graves, únicamente cuando la lesión ponga en peligro la vida de la persona ofendida (numeral 1º del artículo 317 del Código Penal), b) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal), c) Hurto, cuando concurren sus circunstancias agravantes (artículo 341 del Código Penal), d) Rapiña (artículo 344 del Código Penal), e) Rapiña con privación de libertad. Copamiento (artículo 344 - BIS del Código Penal), f) Extorsión (artículo 345 del Código Penal), g) Homicidio (artículo 310 del Código Penal), h) Los delitos previstos en el Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974, y sus modificativas, y i) Los delitos previstos en la Ley Nº 19.574, de 20 de diciembre de 2017.

³⁴¹ Si bien en la redacción original del nuevo CPP los jueces no podían realizar ninguna actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna, la Ley Nº 19.653/2018 estableció como excepción que el tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer. Los jueces no han hecho aplicación de este poder-deber, salvo en casos muy excepcionales.

Los defensores públicos cuentan en el nuevo sistema con las herramientas jurídicas necesarias, y se han acoplado adecuadamente al nuevo modelo, a pesar de las limitaciones de recursos con que cuentan.

El nuevo sistema confiere protección y una sustantiva mayor posible participación a la víctima. No obstante, son escasos los casos en que la víctima decide comparecer en el proceso.

El diseño del proceso ordinario con tres audiencias es esencialmente adecuado y permite a los sujetos del proceso ejercer sus roles eficazmente. En la práctica se aprecia la necesidad de un mayor grado de capacitación de los fiscales y defensores, fundamentalmente en lo que refiere a habilidades de litigación oral en un proceso adversarial.

La solicitud, oposición y adopción de las medidas cautelares ha sido en general razonable desde el punto de vista técnico, sin perjuicio de algunos casos excepcionales que impactaron en la opinión pública por la aparente benevolencia, lo que determinó reformas legislativas exigiendo al fiscal en muchos casos solicitar la prisión preventiva³⁴².

La audiencia de control de acusación exige de los partícipes del proceso un trabajo más eficaz en materia de filtros probatorios y diseño del plan de juicio oral posterior.

Son aún excepcionales las audiencias de juicio oral celebradas. En las mismas se aprecia que se ha mejorado sustancialmente el nivel y calidad de la litigación, comparado con el anterior proceso penal escrito e inquisitivo. No obstante, se está lejos de aprovechar todas las ventajas que brinda la litigación oral propiciando un debate de calidad.

El proceso abreviado ha sido el instituto más utilizado para la resolución de los conflictos penales, lo cual ha tenido un cierto impacto negativo en la opinión pública por cuanto, casos de gravedad y mucha difusión, han terminado con penas consideradas bajas. Ha costado comunicar a la opinión pública que ello puede ser más eficiente que tramitar un proceso oral que probablemente termine en absolución o sobreseimiento por falta de pruebas de la fiscalía. Como ya lo señalamos, eso determinó reformas legislativas para establecer mayores límites al proceso abreviado³⁴³.

342 Ello atenta contra la esencia de un sistema adversarial y con el carácter esencialmente cautelar de la prisión preventiva. La nueva redacción del art. 224.2 del CPP dada por la Ley N° 19.653/2018 establece que el riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, así como el riesgo para la seguridad de la víctima y de la sociedad se presumirá cuando el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente y el Ministerio Público imputare alguno de los delitos que se enumeran (ver notas al pie anteriores). Conforme al art. 224.3, en tales casos **el Ministerio Público deberá solicitar la prisión preventiva.**

343 Ley N° 19.653/2018.

La suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios también han sido instrumentos utilizados para resolver los conflictos. No obstante, las dificultades para controlar el cumplimiento de las condiciones o los acuerdos puede determinar una disminución de su utilización o impacto positivo.

Es de esperar que la comprensión de los nuevos valores del sistema adversarial -en el marco de los tratados internacionales y de la Constitución- por parte de los operadores jurídicos y por la sociedad, permita fortalecer evitar los movimientos contra-reformistas que podrían implicar retrocesos fundamentales en materia de derechos fundamentales.

Fuentes

Se escucharon audios y se presenciaron audiencias celebradas bajo la vigencia del nuevo CPP.

Se *entrevistó* a los siguientes operadores jurídicos: Dra. Graciela Gatti (Ministra de Tribunal de Apelaciones en lo Penal e integrante del equipo de implementación del nuevo CPP), Dra. Patricia Marquisá (Directora del Sistema Penal Acusatorio de la Fiscalía General de la Nación) y por su intermedio a 17 fiscales que le aportaron información, Dra. Raquel Landeira (Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo e integrante de la Comisión Redactora del Anteproyecto de ley del nuevo Código del Proceso Penal) y Dra. Verónica Acuña (Directora Nacional de Defensorías Públicas).

Bibliografía

Alfaro Frade, Mariana y Rodríguez Ford, María Eugenia (2016). Vías alternativas de resolución del conflicto en el nuevo Código del Proceso Penal (Ley N° 19.293 con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.436). Revista de Derecho Penal N° 24, FCU, Montevideo-Uruguay.

Binder, Alberto (2018). El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Chediak, Jorge y Nicastro, Gustavo (2018). Cuestiones de interés y reflexiones de cara a la implementación del nuevo C.P.P. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Gatti, Graciela (2018). Nuevo proceso penal en Uruguay y organización judicial. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Gatti, Graciela (2017). Publicidad del proceso penal. ¿Acceso de la TV a las salas de audiencia? Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay.

Gómez Ferreyra, José María (2017). El debido proceso del control de acusación. Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay.

González Postigo, Leonel (2018). La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Landeira, Raquel (2015). El Nuevo Código del Proceso Penal. El Rol del Juez y las Garantías de su Imparcialidad. XVII Jornadas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay.

Larrieu de las Carreras (2017). La actuación del juez en el nuevo proceso penal. Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay.

Marquisá Horgales, Patricia (2018). La Fiscalía. La investigación y el nuevo rol fiscal. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Martínez, Santiago (2018). Defensa pública y sistema adversarial: retos y desafíos de cara al nuevo modelo procesal penal. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Perciaballe López, Ricardo (2017). Estudios sobre el Código del Proceso Penal y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay.

Pereira Campos, Santiago (2018). Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo Sistema Procesal Penal. Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo-Uruguay.

Introducción

La reforma procesal penal venezolana cumplirá dos décadas de entrada en vigencia. Las bases de su sistema acusatorio se ciñen al movimiento de reforma implementado en las últimas décadas en la mayoría de los países de la región. La pretensión compartida radicaba en superar sistemas procesales penales obsoletos que, en el caso venezolano, provenía de 1926 y otorgaba a los órganos policiales amplias facultades coercitivas discrecionales que distaban de impactar en los índices de violencia e inseguridad ciudadana y divorciaban a las sociedades del desarrollo del Estado constitucional; entendido como estado de garantía de los derechos humanos (Rosales, 2007, p.38).

En Venezuela la puesta en marcha de la reforma procesal penal en 1999, con el apoyo de organismos como el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y la Konrad Adenauer, buscó atender el problema de la percepción de inseguridad y a la vez, honrar el compromiso de adecuar el proceso penal a la normativa internacional sobre derechos humanos. Su entrada en vigencia generó expectativas muy altas relacionadas con el logro de una justicia equitativa y el combate de la delincuencia³⁴⁵. Desafortunadamente se confiaron a la reforma legal soluciones ligadas con la articulación de políticas de seguridad ciudadana y políticas sociales. Por otra parte, la poca y descoordinada planificación en el proceso de su implementación (Pérez Perdomo, 1998, p 7) condujo a desvirtuar prontamente la mayoría de los fundamentos del Código Orgánico Procesal Penal.

El texto original del Código Orgánico Procesal Penal ha sido objeto de seis reformas, en la exposición de motivos de las primeras cuatro, prevalecía el reconocimiento por parte del Presidente de la República³⁴⁶ y la Asamblea Nacional de las desigualdades económicas y sociales como factores que explicaban el incremento de la violencia. No obstante, en el texto de los artículos reformados se impulsaban inequidad, mayor poder a los entes policiales y situaciones relativas a temas de gestión de un sistema que sin duda no había podido articularse. En la práctica tales indicadores se encontraban todos presentes y, en los años que han pasado, se han incrementado de manera dantesca.

El Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, responsable de la institución a la que le fue atribuída la titularidad de la acción penal, señaló en el 2001, que el país no se

344 Investigadora del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela. Línea: Sistemas Penales.

345 Exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal 1998. <https://www.gaceta-oficial.org/>

346 Alocución Presidencial en Cadena Nacional del 2 de agosto de 2000. <https://www.gaceta-oficial.org/>

preparó institucionalmente para la aplicación del nuevo sistema de justicia: “El Ministerio Público, los órganos policiales, ni el Poder Judicial se organizaron para pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio”. A su juicio, la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal implicaba una preparación técnica, humana y, sobre todo, que se estableciera un mecanismo de coordinación entre estos organismos, a fin de establecer coherentemente lo que pudiera ser la jurisprudencia, interpretación y aplicación de ese instrumento legal. En ese sentido, compartió las observaciones del presidente del Tribunal Supremo de Justicia para ese entonces, Iván Rincón, sobre la incoordinación existente entre los entes que administran justicia en el país, considerando que tales afirmaciones “no sólo eran ciertas, sino que debían ameritar una reflexión profunda, para en que en cada una de las instituciones se diera respuesta al problema de la inseguridad”³⁴⁷.

La primera reforma del Código Orgánico Procesal Penal año 2000, limitó los acuerdos reparatorios y la rebaja de pena por admisión de los hechos³⁴⁸. Aumentó el tiempo del juez de control para decidir sobre la libertad de los detenidos en flagrancia y modificó las causales para la privación preventiva de libertad.³⁴⁹

La reforma del 2001 es hasta ahora la de mayor regresión al decaimiento de los principios que inspiraron el cambio del sistema procesal penal. Entre otros retrocesos, eliminó los jurados, se extienden los supuestos a considerar para el peligro de fuga, incorporó una prórroga en la medida cautelar de coerción personal y restringió fuertemente las fórmulas alternas de cumplimiento de condena. Se inicia a sólo dos años de puesta en vigencia del sistema acusatorio la devolución de poder a los entes policiales.

Estos cambios no necesariamente generaron aumento considerable de tasa de encarcelamiento, más si en la relación de procesados sobre penados, la cual se invierte y llega a más del 50 por ciento en 2005³⁵⁰. El castigo sin condena vuelve a constituirse

347 Nota de Prensa Ministerio Público 16 febrero 2001. <http://fiscalia.gov.ve>

348 Instituciones que acaban de entrar en vigencia y sobre las cuales no se habían efectuado estudio alguno evaluativo, salvo una muestra proveniente de la Dirección de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia que se limitó al Área Metropolitana de Caracas y la cual arroja poca utilización de las mismas, sin que se diera oportunidad de efectuar el seguimiento a los casos. No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia bajo la vocería del Vicepresidente de la Sala Penal Magistrado Angulo Fontivero califica ambas instituciones de espurias y relacionadas directamente con el aumento de la criminalidad. Nota Prensa TSJ 2001/090501

349 Artículos 34, 376, 259 y 374 Código Orgánico Procesal Penal 1999. <https://www.gaceta-oficial.org/>

350 El presidente Chávez le imputó la percepción de la inseguridad al manejo de los medios de comunicación para desacreditar al gobierno y enfatizó en que la pobreza y la desigualdad frente al delito. Discurso del presidente Chávez el 24 de enero 2002 ante el Cuerpo Diplomático acreditado en Venezuela.

en la regla de actuación del sistema penal, hasta la fecha. (Alguindigue & Pérez Perdomo, 2014, p11)³⁵¹

La penúltima reforma fue aprobada por la Asamblea Nacional en septiembre 2009³⁵² y la última, por el Ejecutivo, a través de un Decreto con Rango y Fuerza de Ley en noviembre 2012,³⁵³ en total violación al principio de reserva legal. En todas las exposiciones de motivos anteriores a la 2012 se plantea la necesidad de adaptar la normativa a la realidad social y a la defensa de la sociedad frente a la criminalidad³⁵⁴.

En la realidad, los artículos reformados del texto del Código Orgánico Procesal Penal original - ciento cincuenta en la última oportunidad – luego de 12 años de vigencia del instrumento legal, mal pudieran responsabilizar al sistema político anterior de los fracasos ni justificar políticas de mano dura para ahora si convertir en niveles tolerables el tema de la seguridad ciudadana. En esta oportunidad, tanto como en las anteriores, las reformas contienen vaivenes en cuanto a la restricción de derechos y garantías³⁵⁵ y, de manera reiterada, incorporan en su mayor parte directrices en cuanto a procesos de gestión relacionados con la operatividad de los distintos organismos que componen el sistema penal³⁵⁶.

Las modificaciones efectuadas en esta última reforma contradicen también otros principios de rango constitucional: derecho a la defensa, participación ciudadana, contradicción, intermediación, concentración, publicidad, debido proceso, igualdad entre las partes, titularidad de la acción penal, es decir, casi todos los principios que aún aparecen indicados en la constitución y en el título inicial de la misma ley. Entre otros cambios: elimina la participación ciudadana a través de la extinción de figura de los escabinos, permite el juzgamiento en ausencia (artículos 127, 327), otorga al juez la posibilidad de dictar medidas definitivas de disposición de bienes solo con la orden de aprehensión en los casos de investigados evadidos, elimina la posibilidad de representación de víctimas por organizaciones no gubernamentales o asociaciones de asistencia jurídica (artículos 121 y 127), sustituye por la inasistencia a un solo acto al

351 Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas. CEJA

352 Gaceta Oficial Extraordinaria 5930 del 4 Septiembre 2009. <https://www.gaceta-oficial.org/>

353 Decreto N° 9.042 12 de junio de 2012. <https://www.gaceta-oficial.org/>

354 Exposición motivos. Reforma del Código Orgánico Procesal Penal, marzo 2000. "... durante el corto tiempo de su aplicación, el instrumento legal ha creado graves desajustes en la vida social, por lo que amerita ser adaptado a la realidad venezolana". Vale destacar que la Constitución Venezolana define al Estado como Social, Democrático, de Derecho y de Justicia. La mención de Estado Socialista en la presente exposición de motivos se concibe ajena del marco constitucional.

355 En este sentido, en vez de propulsar la progresividad de los derechos establecidos en el artículo 19 constitucional, cada vez más se denotan restricciones a la afirmación de la libertad, al cumplimiento de los plazos sin dilación.

356 Alguindigue & Pérez Perdomo (2008). The inquisitor strikes back: obstacles to the reform of criminal procedure in revolutionary Venezuela. En *Abandoning the inquisitor: Latin America' criminal procedure revolution*. Los Ángeles. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*. Vol XIV nº 3.

defensor privado y asigna al defensor público (artículo 143), y disminuye la participación de la víctima en el proceso (artículos 170,305,309). También limita la facultad de supervisión del fiscal del Ministerio Público sobre los órganos de investigación (COPP 2009, artículo 114. COPP 2012 artículos 116 y 118), aumenta el lapso de investigación desde la individualización del imputado de 6 a 8 meses más una posibilidad de prórroga de 45 días adicionales (artículo 295), acepta la excepción de publicidad del juicio oral por “cualquier circunstancia que a criterio del juez perturbe el normal desarrollo del juicio” (artículo 316), alarga el lapso de suspensión del juicio oral a un plazo de 15 días (artículo 319), elimina responsabilidad del estado en la indemnización a los investigados cuando no se compruebe la participación del imputado en los hechos (artículo 259). El código reformado también omite establecer lapso para la revisión por parte del Ministerio de Asuntos Penitenciarios de las solicitudes de prelibertad antes de someterlas al conocimiento del juez de ejecución (artículo 506), disminuye la autoridad de los jueces de ejecución para exhortar y ordenar en un lapso determinado, se subsanen situaciones irregulares dentro de los establecimientos penales (artículo 471), otorga al Ministerio de Asuntos Penitenciarios facultades para cambiar de sitio de reclusión a los internos procesados o penados (artículos 241, 473). Por último, el Tribunal Supremo de Justicia absorbe las competencias organizativas atribuidas a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (artículos 505, 506, 508), deroga los artículos relativos a la carrera fiscal (COPP 540 y 541) e incorpora a los consejos comunales en la administración de justicia como instancias de supervisión y apoyo a los procesados y penados bajo fórmulas de libertad (artículos 360, 489).³⁵⁷

Las reformas legales que se efectuaron no contaron con investigaciones relativas a las verdaderas causas del retardo procesal. Uno de los hallazgos más emblemáticos es la eliminación de la figura de los jurados en 2001 y luego en 2012 de los escabinos³⁵⁸, además de la incorporación del juicio en ausencia³⁵⁹ bajo la justificación de las dilaciones indebidas a causa de la inasistencia de los legos y los sub iudice,³⁶⁰ estos últimos por cierto detenidos preventivamente por el Estado para garantizar su asistencia a las audiencias y satisfacer los fines del proceso.³⁶¹

357 Gaceta Oficial 15- 06-12 n° 6078 Extraordinario

358 Ya La reforma del 2008 limitó la conformación del tribunal mixto a dos convocatorias para ser pasados a ser juzgados por el juez unipersonal.

359 El artículo 327 del COPP establece que cuando el acusado sea contumaz se entenderá que no quiere hacer uso a su derecho a ser oído, situación que flagrantemente viola el derecho constitucional a ser oído establecido en el numeral 3 de artículo 49, al cual al ser un derecho humano inherente a la persona humana es irrenunciable e intransferible. <https://www.gaceta-oficial.org/>

360 http://www.el-nacional.com/noticias/columnista/presos-sin-duenos_81363

361 En los Informes Anuales del Ministerio Público años 2015 y 2016 se señalan como los responsables de los diferimientos de las audiencias en fase de juicio oral en primer lugar el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario y en segundo lugar el Poder Judicial, lo cual desvirtúa el fundamento de los juicios en ausencia y la eliminación de escabinos <http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/>

Para finales del 2016 el reporte de penados es apenas del 17,51 por ciento de más de 50 mil presos, con la gravedad que, de esa población total de detenidos, casi el 50 por ciento no se encuentran en cárceles del servicio penitenciario, por carecer las mismas de capacidad, aun cuando es esa su competencia³⁶². Más de 33.000 procesados estarían depositados en 500 espacios improvisados dependientes de policías preventivas³⁶³. Las cifras de 2017 y 2018 no varían en relación a la inmensa mayoría de presos sin condena, más si en cuanto al incremento de población detenida que alcanza la cifra de los 100 mil, con un índice de hacinamiento de 250 por ciento y ubicación de 45 mil detenidos en retenes policiales³⁶⁴ que no cuentan con los mínimos condiciones, lo cual ha generado terribles hechos de violencia y pérdidas de vida³⁶⁵. La tasa de encarcelamiento se reporta en 2017 en 173 por cien mil habitantes³⁶⁶.

No obstante, aun teniendo el mayor porcentaje per capita de población penitenciaria de la historia, aproximadamente 274 por cada 100 mil habitantes³⁶⁷, la violencia estimada en tasa de homicidios sobrepasa según cifras oficiales el 70,01 por ciento por cada 100 mil habitantes, representando un incremento de 12 puntos respecto al 2015 cuya cifra no superaba el 58 por ciento por cada 100 mil habitantes.³⁶⁸ De los homicidios señalados más del 20 por ciento provienen de agentes del estado.

Vale destacar que cifras del Observatorio Venezolano de Violencia afirman que en el año 2016 hubo 28.479 “muertes violentas”; es decir, una tasa de 91,8 homicidios por cada 100.000 habitantes³⁶⁹. La variación entre las cifras de la Fiscal General de la República y

362 <https://www.el-carabobeno.com/varela-no-recibire-en-las-carceles-quien-no-tenga-un-juicio>.

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/09/ovp-mas-de-170-presos-murieron-en-carceles-venezolanas-en-2016/>

363 <https://www.el-carabobeno.com/varela-no-recibire-en-las-carceles-quien-no-tenga-un-juicio>. La

cantidad de detenidos en sedes policiales no se cuenta en la población penitenciaria antes reportada

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/09/ovp-mas-de-170-presos-murieron-en-carceles-venezolanas-en-2016/>

364 https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/16libertad_personal-3.pdf

365 www.el-carabobeno.com/1482005-2

366 Reporte CIDH/Venezuela 2017

367 La población venezolana es de 31.902.354 lo cual equivale a 274 presos por cada 100 mil habitantes, si se suma a la población privada de libertad los detenidos en las comisarias. <http://www.countrymeters.info/es/Venezuela/>

368 Informe anual Ministerio Público 2016. <http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/informe-anual>. Declaraciones Keimer Avila en <http://runrun.es/nacional/303214/el-otro-k-o-de-la-fiscal-general-al-gobierno-de-maduro.html>

369 Según el Observatorio Venezolano de Violencia, Venezuela mantuvo su lugar como el segundo país sin guerra más violento en el mundo (después de El Salvador). En el 2015, el OVV calculó que hubo 27.875 “muertes violentas”, lo que significa una tasa de homicidios de 90 muertes por cada 100.000 habitantes. El director de esta organización, Roberto Briceño León, le dijo a EFE que el aumento anual de violencia era “moderado” pero “alarmante”. (Vea los listados de *InSight Crime* sobre homicidios en la región en 2014 y 2015). El informe de 2016 resalta algunas de las razones que llevaron al aumento de la tasa de homicidios. La criminalidad se hizo más violenta debido al incremento del uso de armas de fuego por parte

la Organización no Gubernamental son de 20 puntos. Desde 2004³⁷⁰ no se disponía de información del ente encargado de la materia, a saber, el Ministerio del Poder Popular para Relaciones de Interiores, Justicia y Paz³⁷¹. En diciembre 2017, de manera informal a través de una red social, reporta una leve disminución de 89 homicidios por cada cien mil habitantes Estudios académicos dan luces de su justificación por la situación de paralización del país y el evidente proceso migratorio.³⁷²

de los criminales, a la intensificación de la violencia policial y militar (por lo menos el 80 por ciento de los casos de resistencia a la autoridad terminaron fatalmente) y a los enfrentamientos generados por el grave desabastecimiento de alimentos y medicinas. Durante 2016, las condiciones de vida en el país se deterioraron significativamente. La hiperinflación está fuera de control, y aunque el salario mínimo aumentó, los sueldos se han visto afectados por el aumento del costo de los productos, lo que ha llevado a la proliferación del mercado negro. Las fuerzas de seguridad se han vuelto cada vez más represivas, lo que ha llevado a que las organizaciones criminales recurran a métodos de resistencia cada vez más violentos que, a su vez, les han permitido crecer en número, tamaño y sofisticación. Al parecer, estas tendencias continuarán en el 2017, lo que aumentará la tasa de homicidios.

370 Lo primero que pone de relieve la polémica es la situación de censura que existe en el país y que arroja dudas sobre cualquier información por la no transparencia o incluso opacidad de los pocos datos oficiales disponibles. En este sentido, cabe recordar que, a principios del 2005, cuando el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz (MPPRIJP) de Venezuela debía dar a conocer públicamente, a través de una conferencia de prensa –como tradicionalmente se hacía-, las cifras de homicidios del año previo (2004), decidió callar. Más aún, los datos de homicidios que estaban publicados en los sitios web del gobierno fueron retirados, de manera que nadie pudiera acceder a ellos. <https://observatoriodeviolencia.org.ve/descontando-muertos-el-ovv-responde/>
371 <http://seguridadvenezuela.blogspot.com/2016/02/10097-homicidios-separan-cifras.html> Es la primera vez que el Estado presenta una cifra neta de homicidios desde hace varios años; sin embargo, la Fiscalía no sería el organismo pertinente para dar estos indicadores, sino el Ministerio para las Relaciones Interiores Justicia y Paz o el Ministerio de Salud”, dijo Cedeño y recordó la importancia de la transparencia en la seguridad ciudadana: “Si tú no tienes una serie histórica oficial de datos delincuenciales, se da espacio a la especulación. Cuando el Estado deja un vacío, alguien va a salir a llenarlo; por eso es peligroso ocultarlos”.

372 Entre los factores que se deben tener en cuenta está la práctica paralización del país durante casi el 42% del año debido a las protestas y a la crisis política acaecida entre abril y julio, lo que impactó de diversas maneras a la vida nacional y los homicidios, no pueden encontrarse exentos de esta situación.... Otro aspecto que debe tenerse en cuenta en el análisis, es el fenómeno de la emigración de venezolanos que se ha dado en el país durante los últimos años, que afectaría al número total de la población. El cálculo de las tasas se hace sobre las proyecciones que hace el INE sobre la población estimada para cada año. En realidad, casi nunca se sabe con certeza la población real que tenemos actualmente en el país, lo que se tiene son proyecciones de población sujetas siempre a un margen de error (esta cifra solo se ajusta seriamente cada 10 años con los censos nacionales). Esta situación se complejiza si se tiene en cuenta el número preciso y confiable de la cantidad de personas que han decidido emigrar. Si las cifras de homicidio que deben ser un dato confiable en ocasiones generan dudas, las que son referidas a la emigración en el país también han sido objeto de severas especulaciones y manipulaciones confines partidistas. Para 2015, la ONU estimaba que era de unas 600.000 personas (ONU, 2015), más recientemente otras fuentes han presentado cifras menos conservadoras que oscilan entre 2 y 4Esta situación afecta el número real de la población en el país, si *de facto* la población del país disminuye considerablemente, pero los cálculos de la tasa de homicidios se hacen basados en las estimaciones poblacionales del INE, se pudiera estar sobreestimando el número de población y la consecuencia sería una subestimación de las tasas de homicidio.

Lo que es indudable es que las cifras indican que Venezuela continua posicionada como uno de los países más violentos junto con Salvador y Honduras, lo cual traduce que no se ha logrado instaurar un eficiente sistema garantista para disminuir la impunidad y avanzar en la garantía de seguridad ciudadana

La reforma procesal penal es un complejo proceso socio-político que no se concreta con el simple cambio de reglas. Prontamente los estudios avizoraron el regreso al sistema inquisitivo. De la mano de las reformas legales es necesaria una amplia transformación cultural y un replanteamiento de los procesos de gestión de todo el sistema penal, de la mano con el aseguramiento de independencia fiscal y judicial (Alguíndigue, C. & R. Pérez Perdomo, 2008, p.18)

En el estado actual del sistema penal la tesis planteada acerca de la necesidad de cuidar que la reforma procesal promovida mermara espacio al estado policial y aumentara el estado de garantías, no se materializó³⁷³. Es notorio que se ha continuado justificando el funcionamiento altamente irracional, cruel e inhumano en que se desenvuelven los sistemas penales contemporáneos, y específicamente el venezolano, ante la crisis de legitimidad propiciada por sus extravíos e inoperancias³⁷⁴.

Oralidad y Calidad de la litigación

El Código Orgánico Procesal Penal contempla audiencias orales para la presentación del imputado, la fase de presentación de acusación fiscal, llamada audiencia preliminar y para el juicio el cual presenta la particularidad de ser pública. Adicionalmente existen otras audiencias las cuales pueden ser convocadas facultativamente por el juez para aspectos relacionado con las revisiones de medidas cautelares y otorgamiento de fórmulas alternas a la prosecución del proceso o cumplimiento de condena.

Durante los primeros diez años la formalidad de realización de las audiencias fue la regla, a pesar de evidentes tropiezos en la oralidad y en la inmediación- por cuanto el expediente levantado como en el anterior sistema procesal penal, con archivo de todas las actuaciones, en poder del juez para su examen previo se volvió la regla desde el inicio de la implementación- el Ministerio Público presentaba en cada etapa procesal lo correspondiente de acuerdo a su rol de titular de la acción penal y la defensa pública o

373 Contrariamente los informes revelan que el estado policial se ha expandido hasta niveles donde la policía detiene sin dar cumplimiento a los supuestos procesales y de manera reiterada no cumple con ordenes jurisdiccionales de otorgamiento de medidas cautelares alternativas a la prisión, decisiones de libertad plena, traslados, autorización de visitas.
<https://www.amnesty.org/es/countries/americas/venezuela/report-venezuela/>

374 Planteamiento formulado por Rosales con ocasión de la reforma procesal penal venezolana en el año 1998 en Rosales (2001) *Sistema Penal y Relegitimación Procesal*. Violencia, Sociedad y Justicia. Editorial Eudeba. Argentina.

privada cuestionaba los hechos o a las actuaciones fiscales salvaguardando los derechos del imputado/acusado. La mayoría de los jueces en cada una de sus fases (control, juicio y ejecución) en los primeros años se esforzaban en cumplir su rol de respeto de los principios y elementos de fondo y forma del nuevo proceso penal y era común el decreto de nulidades absolutas en salvaguarda de la revisión de las garantías y control constitucional. Los plazos para la fijación y la realización de las audiencias eran mayormente atendidos, aun a pesar de enormes carencias de los procesos de gestión y de no pocos diferimientos por razones de inasistencia de las partes. La participación ciudadana, eliminada de raíz en 2012, coadyubaba en la realización de las audiencias de acuerdo al marco legal. En reportes oficiales disponibles la ausencia de los jurados y/o escabinos no se encontraba entre las principales causas de aplazamiento de juicios.³⁷⁵

Progresivamente, los plazos se han extendido en la norma para dar oportunidad a los operadores de cumplir con sus actuaciones³⁷⁶ y, en paralelo, los indicadores de verificación de cumplimientos de plazos legales, condiciones de detención, control de investigación en la acusación fiscal, verificación de respeto de los derechos del imputado, han mermado y forman parte de un proceso de automatismo. La grave situación que vive la institucionalidad en el país, acrecentado por la facultad discrecional de la administración de poner y quitar a los fiscales, jueces y/o defensores públicos, ha generado que se omita el verdadero sentido garantista de las normas y se avale cualquier incumplimiento y violación de derechos tanto al imputado como a la víctima. Los plazos raramente se cumplen y para la verificación de las improvisadas audiencias de presentación del imputado, no es extraño que transcurran más de las 48 horas pautadas. La convocatoria de audiencias preliminares puede durar meses y también años³⁷⁷, similar es el tratamiento que reciben los juicios³⁷⁸. Los recursos se ejercen

375 Informes Anual Ministerio Público. <http://www.ministeriopublico.gob.ve>

376 Las seis reformas del Código Orgánico Procesal Penal han extendido los días para presentar acusaciones, convocar audiencias preliminares, mantener medidas cautelares, entre otros <https://www.gaceta-oficial.org/>

377 La regla la constituye el diferimiento de audiencias y una vez que se verifican de manera informal es usual que no sean examinados los presupuestos que conforman la esencia del control jurisdiccional de la acusación fiscal y se de el pase a juicio sin depurar los medios de convicción.

378 Cuatro jueces de juicio entrevistados coinciden con las causas que dan lugar a la imposibilidad de cumplir con el proceso acusatorio

que habían sido ya alegado en el estudio de CEJAS sobre Venezuela, Desafíos para la Investigación y Persecución Penal de los Delitos en América Latina 2008 “operadores entrevistados dieron cuenta de carencias de independencia y procesos de trabajo de las instituciones en las que laboran, se señalan disparidad en la asignación de casos y guardias, falta de automatización de información, carencia de sistemas de información compartida para la investigación, instrucciones por parte de superiores, requerimientos disímiles, falta de acciones de seguimiento, ausencias de agendas compartidas entre los operadores para coordinar audiencias y juicios, atención de urgencias administrativas y abandono de los asuntos de importancia”

excepcionalmente y el término para contestarlos o decidirlos en la mayor de las veces tirado a la suerte.

La jurisprudencia también ha jugado un papel protagónico, como máxima expresión de la desfiguración de uno de los principios constitucionales y rectores de la reforma procesal penal - el debido proceso- el cual refiere la afirmación de la libertad y la posibilidad de detención sólo por flagrancia u orden judicial. A manera de ilustración, se refiere que ya en abril 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dio cabida a detenciones fuera de los casos de flagrancia y orden judicial, siempre y cuando el aprehendido fuera presentado ante un Juez de Control.³⁷⁹

La realización de audiencias ha pasado a ser la excepción, incluso en la fase de juicio. Es usual la conversación informal el día señalado entre jueces, fiscales y defensores sobre los casos para luego hacer pasar al imputado y/o acusado a firmar las actas, La muestra más evidente la constituye las sentencias condenatorias provenientes en más de un 75 por ciento de admisiones de hecho³⁸⁰.

En 2009 la Fiscal General sostenía que el Ministerio Público estaba al frente de investigaciones penales caracterizada por su lentitud, con una duración promedio de más de cuatro años³⁸¹, lo cual dificultaba el pronunciamiento de un acto conclusivo acusatorio, y aún más, el normal desenvolvimiento de las etapas posteriores. Afirmaba que, en algunas denuncias procesadas, la incorporación de elementos de convicción sobre la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad de los presuntos autores, resultaba deficiente, lo que daba lugar a algunos juicios que concluían en sentencias absolutorias como consecuencia de la inasistencia de testigos, expertos y víctimas a las audiencias de juicio oral y público.³⁸²

La regla luego de estas dos décadas es que el juez conoce ex-ante todo el contenido de la etapa de investigación, a cargo en teoría del Ministerio Público y se hace de una opinión sobre el caso, antes de la realización de la audiencia de juicio, que sólo en pocas oportunidades se concreta para promover las pruebas y honrar los principios de inmediación y contradicción, por la propia anuencia de las partes y la ausencias de testigos, peritos y del propio acusado, la mayor de las partes detenido por el Estado, sin condena, para garantizar los fines del proceso penal.

379 Sentencia 526 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9Abril 2001 y Sentencia 422 Sala Penal Tribunal Supremo de Justicia del año 2011. <https://www.derechos.org.ve/informe-anual/informe-anual-enero-diciembre-2017>

380 Informe Anual Ministerio Público 2016. <http://www.ministeriopublico.gob.ve>

381 Actualmente la duración promedio es de más de seis años.

382 Ponencia Fiscal General en el Congreso La Lucha Contra la Impunidad como Garantía de Justicia y Paz para los Pueblos de Iberoamérica. Caracas. 10-07-09 <http://www.ministeriopublico.gob.ve>

La fase de ejecución de la pena presenta poco control jurisdiccional, las alternativas de cumplimiento de condena son concedidas con un sinnúmero de restricciones y fuera de lapso, con la carga de tramitación directamente del condenado. La revisión de oficio es la excepción y las ofertas de trabajo del condenado son requeridas por intermedios de familiares que se convierten en víctimas de un sistema de recicla miseria y transgresores. Como es notoriamente tratado en los informes nacionales e internacionales la crisis del sistema penitenciario venezolano desborda cualquier parámetro de la región³⁸³.

Protección del sistema de garantías del imputado

En Venezuela, el rol de la defensa se encuentra presente en el proceso penal. Formalmente se contempla en las distintas fases y posee un papel activo para coadyuvar con el desarrollo de los fines del proceso penal. Formalmente se cumple con la designación de defensores -públicos y privados- al iniciarse los procesos en vía jurisdiccional y se exige su presencia para el desarrollo de los distintos actos que se verifican en el proceso.

La base normativa relativa al debido proceso y derecho a la defensa se encuentran desarrollados tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Procesal Penal. No obstante, la materialización de tales principios se encuentra supeditado a la operatividad de los integrantes del sistema penal.

La utilización de fórmulas alternas a la consecución del proceso sigue la misma suerte, las mismas han sido limitadas por las reformas del instrumento adjetivo penal con el agravante de ser aplicadas en un vaivén de discrecionalidad que las alejan de las finalidades de la justicia restaurativa que les sirven de fundamento.

No son pocos los casos que tramita el Ministerio Público que reflejan un franco distanciamiento con el contenido del derecho al defensa contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano, muchos de ellos conocidos y avalados por jueces de control. Violaciones al principio de juez natural e incluso de imputaciones realizadas por los propios jueces sin que medie intervención del Ministerio Público e incluso en contradicción a la opinión fiscal también forman parte de la lista de quebrantamientos a los principios inspiradores y rectores del sistema acusatorio³⁸⁴.

Una situación remarcada en la última década la constituye la autorización de medidas cautelares innominadas a solicitud del Ministerio Público, por los tribunales, sin que el

383 Informe CIDH 2018, Provea 2017, Amnistía Internacional 2017.
<https://www.amnesty.org/es/countries/americas/venezuela/report-venezuela/>
<https://www.derechos.org.ve/informe-anual/informe-anual-enero-diciembre-2017>

384 Informe Provea <https://www.derechos.org.ve/informe-anual/informe-anual-enero-diciembre-2017>

afectado sea informado. El criterio reiterado es que no se encuentran imputados y por tanto no detentan dicha cualidad por lo que mal deben notificarse o dar acceso a las actas para defenderse. Contradictoriamente pesan sobre ellos medidas cautelares que incluso sobrepasan en tiempo, los presuntos delitos investigados, sin que nada puedan hacer los ciudadanos para acceder a la justicia y abogar a su favor.

De acuerdo al marco regulatorio, los fiscales del Ministerio Público, deben citar a los investigados antes de la acusación e informarles el cambio de su condición, en el acto de imputación. Si bien dentro de las averiguaciones existen actos que individualizan a los investigados (allanamiento, intervenciones telefónicas, solicitud de medidas de coerción personal, entre otras) el acto de imputación debe verificarse de manera formal e inequívoca.

En la revisión de la doctrina del Ministerio Público y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal y Sala Constitucional de los años anteriores al 2012, se observó casos de omisión o vicios en la realización del acto de imputación por parte de los fiscales y de otras actuaciones que dejaban en franco compromiso el respeto a la defensa. Los cuales al llegar al conocimiento del máximo tribunal eran objeto de nulidades absolutas y en el caso del Ministerio Público, la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público formulaba observaciones escritas a los fiscales por su parte. En los últimos años han mermado las acciones de corregir y encaminar los entuertos³⁸⁵.

Como muestra de acciones correctivas es dable mencionar el pronunciamiento del Ministerio Público durante los primeros años de vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, con ocasión de varias nulidades absolutas decretadas por los tribunales de control, por la omisión o el error por parte de los fiscales en la realización del acto de imputación, mediante el cual instó a los fiscales a cumplir, a través de circulares de carácter obligatorio, con las normas del Código Orgánico Procesal Penal en la materia.³⁸⁶

385 Fiscales del Ministerio Público manifiestan que, ante la crisis de la institución y las presiones políticas, las circulares dejan de cumplirse sin mayor control y la prioridad es cumplir instrucciones superiores sobre el tratamiento de casos concretos. Manifiestan que quienes cumplen instrucciones tienen licencia para incumplir plazos y procedimientos. El exdirector de Actuación Procesal saliente manifestó "la justicia está sometida a los designios del ejecutivo. El órgano que dirige la investigación penal que se encuentra actualmente en manos de un Fiscal nombrado por una Asamblea Nacional Constituyente írrita, están siendo objeto de desmantelamiento". www.lapatilla.com

386 Circular número 285 de fecha 20 de abril de 2004 expresa: *"Acerca de la falta tanto de citación de la imputada, como de la imputación en el caso concreto. La supuesta omisión de la fiscal del Ministerio Público en omitir la citación y consecuente imputación en el presente caso, constituye causal de nulidad absoluta en lo que respecta a la intervención del imputado durante el proceso, vulnerándose en una primera instancia el derecho a la defensa (artículo 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 del Código Orgánico Procesal Penal), el derecho de toda persona a ser oída*

Esta circunstancia de ratificar a los fiscales el cumplimiento de uno de los más importantes actos de garantía del derecho a la defensa, también se denota en las decisiones sobre los recursos de amparo y solicitudes de avocación que llegaban al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia. Entre los años 2002-2008, se ubicaron siete sentencias de la Sala Constitucional y catorce sentencias de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.³⁸⁷ Luego de esa fecha son tímidos los pronunciamientos reforzando el cumplimiento de garantías procesales.

Las decisiones revisadas emanadas de la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal del máximo tribunal, decretan la nulidad absoluta y ordenan la reposición de las causas hasta el momento en que se realice el acto de imputación. Los supuestos encontrados se resumen en 1) Ausencia de acto de imputación antes de la presentación de la acusación 2) Imputación efectuada sin la asistencia de abogado defensor 3) Solicitud de medida cautelar de privación de libertad sin imputación al investigado 4) Audiencia de imputación efectuada una vez presentada la acusación, antes de la audiencia preliminar en sede jurisdiccional.

En fecha reciente las violaciones al derecho a la defensa se han incrementado en desmedida. La falta de imputación y su uso como excusa para cercenar la defensa es solo un vértice de lo planteado. Otros de igual relevancia es el prohibir la entrevista de los abogados en sede policial con los aprehendidos, limitar a última hora, escasos minutos y sin condiciones mínimas de privacidad las entrevistas de los abogados con los defendidos, la escasa actividad de investigación que se realiza a solicitud de la defensa, sin que medie motivo justificado por el Ministerio Público, el cual dirige la investigación. Todas estas situaciones se producen en el día a día de la operatividad del sistema, las violaciones no necesariamente son recurridas por la defensa por cuanto existe la opinión generalizada de que en los tribunales de alzada no se encontrara opinión contraria y sería una pérdida de tiempo y el Ministerio Público, parte de buena fe del proceso, no actúa de oficio solicitando nulidades como solía ocurrir en los primeros años de instauración del sistema acusatorio.

en cualquier clase de proceso (artículo 49 numeral 3 del Texto Fundamental) , y presunción de inocencia (artículo 49 numeral 2 de la Carta Magna y 8 del Código Orgánico Procesal Penal), todos estos derechos considerados como componentes del debido proceso previsto en el artículo 49 antes citado, y por último el derecho a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable en este caso específicamente el numeral 1. Tanto la no motorización de la investigación de la investigación penal, como el hecho de no informar debidamente al imputado de los hechos que se investigan, constituyen omisiones gravísimas que atentan contra derechos fundamentales del proceso penal, y deben ser por ello considerados como formas procesales indispensables...”.

387 Sentencias 1636, año 2002. Sentencias 2142,2316, año 2003. Sentencias 2030,2055.Sentencia 1901, año 2008 y Sentencia 279 del año 2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

La actividad jurisdiccional de los tribunales superiores -Cortes de Apelaciones-y de la Sala Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dan clara muestra del amplio margen de reducción de decisiones a favor de la salvaguarda del derecho a la defensa. La Inspectoría General de Tribunales presenta cada vez menos decisiones de sanciones a los jueces por estos hechos. En un panorama donde más del 80 por ciento de los jueces y fiscales son provisorios, la rotación de los operadores del sistema no se fundamenta en por incumplimientos de principios generales y violación de garantías constitucionales, contrariamente la razón es el no acatamiento de órdenes superiores. Para la fecha de cierre del presente informe un sin número de jubilaciones y renuncias de jueces, fiscales y personal de apoyo son comunes en el sistema penal venezolano. Muchos de los exfuncionarios alegan su insatisfacción por los requerimientos de un sistema que no respeta imparcialidad e independencia y genera situaciones proclives al abuso de poder y la corrupción.

Los resultados de las entrevistas efectuadas a diez operadores del sistema penal para la elaboración de este informe, confirman la situación planteada en el Estudio que fue presentado en el año 2009 sobre los factores que influían en la capacidad de persecución penal (Alguíndigue, Carmen 2011, p 25), con la diferencia de que en la actualidad el 100 por ciento de los entrevistados plantea la situación país como un determinante del funcionamiento del sistema penal en cuanto a la politización de la justicia y la carencia de recursos.

Factores	45 entrevistados
-Metodología de trabajo:	42/45
-Independencia/Presión política	42/45
-Sistemas de gestión:	39/45
-Cantidad y tipos de casos que ingresan:	36/45
-Recursos disponibles:	34/45
-Marco legal. Dispersión legislativa	38/45

Elaboración Alguíndigue. Sistemas Penales con datos obtenidos de la tabulación de entrevistas operadores de justicia 2009.

Reorganización de las instituciones del sistema penal

Desde la entrada en vigencia del sistema acusatorio, el Código Orgánico Procesal Penal crea en cada estado una organización jurisdiccional y administrativa, integrada por jueces penales, que se denomina Circuito Judicial Penal³⁸⁸. Cada Circuito Judicial está bajo la dirección de un Juez Presidente y se encuentra conformado por una Corte de Apelaciones, integrada al menos por una sala de tres jueces profesionales, y un Tribunal de Primera Instancia compuesto por jueces profesionales que ejercen funciones de control, de juicio y de ejecución de sentencia, en forma rotativa.

Los Jueces de Control actúan durante la fase preparatoria e intermedia, para hacer respetar las garantías procesales, decretar las medidas de coerción personal pertinentes, realizar la audiencia preliminar, aprobar acuerdos reparatorios y aplicar el procedimiento por admisión de hechos³⁸⁹.

Los Jueces de Juicio, dependiendo de las causas que conozcan, fungen de juez unipersonal³⁹⁰ ya no más como integrantes de un tribunal mixto³⁹¹; es el juez de mérito, conoce el fondo del asunto, dirige la audiencia oral y redacta la sentencia respectiva.

Los Jueces de Ejecución de sentencia velarán por el cumplimiento de las penas impuestas, vigilando y haciendo respetar los derechos humanos. De igual forma, velarán por el cumplimiento del principio de progresividad en materia penitenciaria, teniendo a su cargo el estudio y la concesión de fórmulas alternas de cumplimiento de pena y la redención de tiempo de condena por el trabajo y estudio³⁹².

Los jueces se encuentran adscritos a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. A nivel nacional se cuenta con jueces superiores y de primera instancia y los mismos tienen atribuidas funciones administrativas al igual que jurisdiccionales. Se han creado especialidades en materia de niños y adolescentes, violencia de género y otros vinculados a delitos económicos. Hasta el año 2009 la jurisdicción penal no presentaba especialidad; ese año se crearon jueces especializados en violencia contra la mujer.

388 Artículos 529 y ss. Código Orgánico Procesal Penal. <https://www.gaceta-oficial.org/>

389 Artículo 531 Código Orgánico Procesal Penal. <https://www.gaceta-oficial.org/>

390 Delitos cuya pena privativa de libertad no sea mayor de cuatro años.

391 Delitos cuya pena privativa de libertad sea mayor de cuatro años en su límite máximo.

392 Artículos 493 y ss. Código Orgánico Procesal Penal. <https://www.gaceta-oficial.org/>

El Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal. Cuenta con una Sala de Casación Penal y, desde 1999, con una la Sala Constitucional cuyas decisiones son vinculantes para el resto de las decisiones judiciales.

La estabilidad y carrera de los jueces no presenta avances significativos en los últimos años. La condición de los jueces mayoritariamente provisorios crea, necesariamente un clima de cuestionamiento sobre la independencia en sus decisiones. Es permanente el llamado de atención acerca de la inconstitucionalidad de los procesos de ingreso a la carrera judicial.³⁹³

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la independencia del Poder Judicial y la forma de selección y estabilidad de los jueces.³⁹⁴ Desde 1999 el Poder Judicial ha permanecido en reestructuración de manera permanente y ello abre la posibilidad de remociones, retiros e ingresos sin que medie procedimiento alguno. El último proceso de reestructuración se aprobó en 2009³⁹⁵; a partir de allí todos los jueces, incluso los que gozan de estabilidad, deben someterse a un proceso de evaluación institucional que, de no ser aprobado, generará su salida del cargo sin que medie procedimiento alguno. Nada más en el año 2014, se reportaron la destitución de 400 jueces a nivel nacional; nada se ha sabido sobre resultado de las averiguaciones correspondientes³⁹⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado de manera reiterada desde 2002 preocupación por el tema de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. En el informe 2018 presta atención a la ola de hostigamientos sufrida por miembros del Poder Judicial por presiones del Ejecutivo y vuelve a manifestar especial inquietud; en el entendido de que la categoría de jueces provisorios, temporales o suplentes no posee marco legal alguno y, por ende, garantía de estabilidad. La Comisión considera que, tanto el incumplimiento de los procedimientos constitucionales y legales para el nombramiento de jueces, exponen a los funcionarios a posibles presiones indebidas en el ejercicio de la importante labor que realizan y, consecuentemente,

393 Informe Provea 2006, 2007, 2008. <https://www.derechos.org.ve/informe-anual/informe-anual->

394 Artículo 254 y 255 Constitución Nacional ““El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley” <https://www.gaceta-oficial.org/>

395 Gaceta Extraordinaria N° 5915; 02 Abril 2009.

396 El Nacional, 27 Julio 2009.

implican un grave peligro para la independencia del Poder Judicial Venezolano³⁹⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó, en julio 2009 al Estado venezolano, reconocer la estabilidad de los jueces. Lamentablemente, no se han observado acciones realmente contundentes para dar respuesta a los requerimientos de esa instancia internacional³⁹⁸.

La figura de los defensores públicos se encuentra regulada por la Ley Orgánica de la Defensa Pública. Este instrumento legal fue promulgado y luego reformado de manera inmediata en el año 2008. Se está a la espera de la implementación de su articulado, entre otras cosas, para garantizar los procesos de concursos y otorgar estabilidad a los defensores. Si bien en el 2008 se consagra su independencia, hasta 2014 presupuestariamente dependía del Tribunal Supremo de Justicia. Se han asignado a defensores especializados en niños y adolescentes y violencia de género. También se han creado defensores en otras áreas distintas a la materia penal

Adicionalmente cabe preguntarse si este aumento en el número de defensores públicos se traduce en calidad. Desde 2009 cuando se reportó la última cifra oficial de 379 casos por cada defensor, no existe información cuantitativa oficial y cualitativamente el escenario es de cumplimiento de su participación en el proceso en el escenario de actos mayoritariamente informales, distantes a las audiencias pautadas en la ley adjetiva y poca actividad en la sustanciación del proceso de investigación y participación en debates de juicios orales. El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reporta preocupación por la defensa pública y expone que existen claros indicios que su instrumentalización para fines ajenos a la Justicia.

El Ministerio Público a partir de la entrada en vigencia del sistema acusatorio, el órgano encargado de ejercer la titularidad de la acción penal y dirigir las investigaciones penales. El Ministerio Público se encuentra consagrado en la Constitución Nacional como un órgano independiente que goza de autonomía funcional, financiera y administrativa. El Ministerio Público forma parte del Poder Ciudadano conjuntamente con la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, y es un componente del sistema penal venezolano.

El Ministerio Público se rige para el ejercicio de sus atribuciones penales, por la Ley Orgánica del Ministerio Público y las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal. Los fiscales se encuentran adscritos a direcciones a las cuales deben reportar sus

397 Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2018 /Institucionalidad y Administración de Justicia.

398 El Nacional 28-7-09. Referencia a declaraciones de la Corte Inter-americana de Derechos Humanos acerca de violación de derechos fundamentales a cuatro jueces destituidos en dos casos diferentes.

actuaciones y éstas, a su vez, al Fiscal General. Adicionalmente, los fiscales son coordinados por Fiscal Superior del estado en el que ejercen sus funciones.

Existen fiscales con competencia penal en distintas materias (penal ordinario, niños y adolescentes, violencia de género, delincuencia organizada, corrupción, drogas)³⁹⁹. El número de fiscales penales ha presentado un incremento a través de los años y aun cuando no existe cifra oficial la cifra de fiscales que se maneja es de algo más de 2000⁴⁰⁰. En la actualidad los fiscales se encuentran divididos por etapa y la unidad del caso se dispersa por cuanto existen fiscales de flagrancia, investigación, juicio y ejecución.

En materia de carrera y estabilidad se destaca que más del 98 por ciento de los fiscales del Ministerio Público no son titulares. Desde la fecha de sustitución de la Fiscal anterior, el Fiscal designado por la Asamblea Nacional Constituyente ha efectuado cambios de un número considerable de fiscales y ha anunciado investigaciones penales a otros⁴⁰¹. En el mes de agosto 2017, el Fiscal anunció una reestructuración de la institución⁴⁰².

En el año 2008 fueron creados Unidades Técnico Científicas y de Investigaciones, ubicadas en el territorio venezolano, las cuales realizan a petición de los Fiscales del Ministerio Público, asesorías en las áreas de la Criminalística, Ciencias Forenses e Investigación Criminal, durante las diferentes etapas del proceso penal, de conformidad con lo establecido en la Constitución y las Leyes.⁴⁰³ Se destaca la creación, hasta la fecha, de 16 Unidades con sede en los estados: Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Guárico, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Lara, Portuguesa, Táchira y Zulia y en la región capital existen unidades especializadas en materia de corrupción, violación de derechos fundamentales y legitimación de capitales.

No obstante, pesar de que puntualmente puedan señalarse logros, los indicadores en cuanto a capacidad de persecución penal son poco alentadores. La violencia delictiva se mantiene en alza, la mayoría de los casos siguen sin ser investigados por el sistema, la calidad del acceso a la justicia tanto de la víctima como el investigado presenta falencias acentuadas y los actos procesales en poco respetan los principios rectores del proceso penal. El sólo indicador del aumento de población privada de libertad de manera desmesurada como forma de pena anticipada y bajo el estado crítico de

399 Todos los fiscales principales poseen al menos un fiscal auxiliar. <http://www.ministeriopublico.gob.ve>
400 Informe Provea 2017. <https://www.derechos.org.ve/informe-anual/informe-anual-enero-diciembre-2017>

401 <http://elnuevopais.net/2018/01/11/se-destituido-13-fiscales-del-ministerio-publico/>

402 <https://www.telesurtv.net/news/Fiscal-general-de-Venezuela-Mi-mision-es-recuperar-la-credibilidad-del-MP-20170807-0030.html>

403 Según declaraciones del Director General de Actuación Procesal del Ministerio Público saliente en la actualidad se están desmantelando los laboratorios de investigación y las unidades de criminalística, la escuela nacional de fiscales, que fue referente latinoamericano.

carencias representa una vez más un sistema penal débil e inoperante, ajeno a los postulados del estado constitucional de garantía de los derechos humanos.

Conclusiones

A dos décadas de la entrada en vigencia de la reforma penal en Venezuela la situación es claramente opuesta a una evaluación satisfactoria de los logros propuestos. Los principios fundamentales que iluminaron la reforma han sido desfigurados en las subsiguientes reformas del Código Orgánico Procesal Penal, la jurisprudencia ha deformado su génesis garantista y la operatividad del sistema de manera dantesca ha impregnado sus actuaciones de practicas contrarias a los postulados del sistema acusatorio. Los roles de los actores no se cumplen ni se respetan, no hay orden ni seguimiento, la discrecionalidad y el animo se apoderó de los procesos y del camino a las irregularidades.

Venezuela atraviesa por un proceso institucional marcadamente cargado de la utilización del sistema penal para fines de naturaleza política. Es la dependencia del derecho y la justicia de un sistema político profundamente concentrado y aferrado al poder, lo que explica en gran parte los desvaríos del sistema penal, obviando en gran medida el texto de las leyes o de la propia constitución.

Aún tenemos pendiente una amplia transformación cultural y un replanteamiento de los procesos de gestión de todo el sistema penal, de la mano con el aseguramiento de independencia fiscal y judicial. Un camino de construcción de institucionalidad, de articulación de políticas de seguridad ciudadana y políticas sociales con la advertencia de la necesaria despolitización de la justicia.

Bibliografía

Alguíndigue, Carmen (2008): "Ministerio Público venezolano". En Dias & Ghiringhelli (eds): O Papel do Ministério Publico. Estudo comparado dos países latino-americanos. Manuais Universitários. Coimbra.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2008a): "The inquisitor strikes back: obstacles to the reform of criminal procedure in revolutionary Venezuela". Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas. Vol XV nº 1.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2008b): "La prisión preventiva en tiempos de revolución (Venezuela 1998-2008)". En C.Riego & M.Duce (eds): Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas. Santiago. CEJA.

Alguíndigue, Carmen (2011): "La Capacidad de Persecución Penal en Venezuela". En C.Riego & M.Duce (eds): Estudios Comparados Reforma Procesal Penal América Latina. Santiago. CEJA.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2012): "Crimen, Proceso y Castigo en Venezuela Revolucionaria 1999-2010. En Revista Instituto Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas. UCV

Anderson, Jon Lee (2013): "Slumlord. What has Hugo Chávez wrought in Venezuela". The New Yorker, January 28.

Antillano, Andrés (2007): "Estudios sobre la policía en Venezuela". En L.G.Gabaldón & A.Antillano (editores): La policía venezolana. Desarrollo institucional y perspectivas de reforma al inicio del tercer milenio. Caracas, Comisión Nacional para la Reforma Policial.

Briceño-León, R., O.Ávila & A.Camardiel (2012): Violencia e institucionalidad. Informe del Observatorio Venezolano de Violencia 2012. Caracas. Alfa Chavero Gazdik, Rafael J. (2011): La justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela. Caracas, Editorial Aequitas.

Chiossone, Tulio (1981): Manual de derecho procesal penal venezolano. 3ª edición. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Delgado, Francisco (2005): "Ficción y realidad en el proceso penal. Una aproximación sociológica a la implantación del sistema acusatorio". Capítulo criminológico, vol 33, nº 2.

Díaz Chacón, Freddy José (2003): "Delitos previstos en la Ley contra la Corrupción. Breve análisis comparativo de las disposiciones contenidas en la Ley contra la Corrupción y las de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". En Arteaga Sánchez et al: Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Caracas. Vadell Hermanos.

Haro, José Vicente (2003): "La Ley contra la Corrupción: marco constitucional, principios fundamentales, sanciones administrativas y responsabilidad administrativa". En Arteaga Sánchez et al: Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Caracas. Vadell Hermanos.

Instituto Nacional de Estadísticas (2009): Encuesta de victimización 2009. Caracas. Instituto Nacional de Estadísticas. República Bolivariana de Venezuela.

Jatar, Ana Julia (2006): Apartheid político. La informática al servicio de la discriminación política en Venezuela. Caracas. Súmate.

Louza Sconamiglio, Laura (2011): La revolución judicial en Venezuela. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Márquez, Patricia & A.Castillo (2002): "¿Nuevas soluciones a viejos problemas? Las policías municipales en el Área Metropolitana de Caracas". En R.Briceño-León y R.Pérez Perdomo (compiladores): Morir en Caracas. Violencia y ciudadanía en Venezuela. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Mayorca, José Ignacio (2009): "País cautivo: el secuestro en Venezuela". En Briceño-León, Ávila & Camardiel (editores): Inseguridad y violencia en Venezuela. Informe 2008. Caracas. Alfa

Monteferrante, Patricia y R. Pérez Perdomo (2001): "Inseguridad y COPP: Qué se discute? Qué está en juego?". Debates IESA. Vol 7, # 1.

Navarro, Juan Carlos y R. Pérez Perdomo (1991): "Seguridad personal: percepciones y realidades". En J.C. Navarro y R. Pérez Perdomo (compiladores): Seguridad personal, un asalto al tema. IESA, Caracas.

Olivares, Francisco (2012): Afiuni. La presa del Comandante. Caracas. La Hoja del Norte.

Pérez Perdomo, Rogelio (1991): "Las instituciones de la seguridad: ¿Cuáles son los problemas?". En J.C. Navarro y R. Pérez Perdomo (compiladores): Seguridad personal, un asalto al tema. IESA, Caracas.

Alguíndigue, Carmen (2008): "Ministerio Público venezolano". En Dias & Ghiringhelli (eds): O Papel do Ministério Público. Estudo comparado dos países latino-americanos. Manuais Universitários. Coimbra.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2008a): "The inquisitor strikes back: obstacles to the reform of criminal procedure in revolutionary Venezuela". Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas. Vol XV nº 1.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2008b): "La prisión preventiva en tiempos de revolución (Venezuela 1998-2008)". En C.Riego & M.Duce (eds): Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas. Santiago. CEJA.

Alguíndigue, Carmen (2011): "La Capacidad de Persecución Penal en Venezuela". En C.Riego & M.Duce (eds): Estudios Comparados Reforma Procesal Penal América Latina. Santiago. CEJA.

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2012): "Crimen, Proceso y Castigo en Venezuela Revolucionaria 1999-2010. En Revista Instituto Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas. UCV

Anderson, Jon Lee (2013): "Slumlord. What has Hugo Chávez wrought in Venezuela". The New Yorker, January 28.

Antillano, Andrés (2007): "Estudios sobre la policía en Venezuela". En L.G.Gabaldón & A.Antillano (editores): La policía venezolana. Desarrollo institucional y perspectivas de reforma al inicio del tercer milenio. Caracas, Comisión Nacional para la Reforma Policial.

Azpúrua A., Carmen Josefina (2007): La Marqueseña. Mito y realidad. Caracas. Libros de El Nacional.

Briceño-León, R., O.Ávila & A.Camardiel (2012): Violencia e institucionalidad. Informe del Observatorio Venezolano de Violencia 2012. Caracas. Alfa

Delgado, Francisco (2005): "Ficción y realidad en el proceso penal. Una aproximación sociológica a la implantación del sistema acusatorio". Capítulo criminológico, vol 33, nº 2.

Instituto Nacional de Estadísticas (2009): Encuesta de victimización 2009. Caracas. Instituto Nacional de Estadísticas. República Bolivariana de Venezuela.

Louza Sconamiglio, Laura (2011): La revolución judicial en Venezuela. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Mayorca, José Ignacio (2009): "País cautivo: el secuestro en Venezuela". En Briceño-León, Ávila & Camardiel (editores): Inseguridad y violencia en Venezuela. Informe 2008. Caracas. Alfa

Monteferrante, Patricia y R. Pérez Perdomo (2001): "Inseguridad y COPP: Qué se discute? Qué está en juego?". Debates IESA. Vol 7, # 1.

Navarro, Juan Carlos y R. Pérez Perdomo (1991): "Seguridad personal: percepciones y realidades". En J.C. Navarro y R. Pérez Perdomo (compiladores): Seguridad personal, un asalto al tema. IESA, Caracas.

Olivares, Francisco (2012): Afiuni. La presa del Comandante. Caracas. La Hoja del Norte.

Pérez Perdomo, Rogelio (1991): "Las instituciones de la seguridad: ¿Cuáles son los problemas?". En J.C. Navarro y R. Pérez Perdomo (compiladores): Seguridad personal, un asalto al tema. IESA, Caracas.

Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina.

Por Leonel González y Marco Fandiño

ANÁLISIS REGIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DEL SISTEMA ADVERSARIAL

1. La implementación del sistema y sus contra-reformas

Los procesos penales latinoamericanos se rigen por un modelo acusatorio y adversarial, a excepción de la justicia federal de Argentina y el sistema judicial de Brasil que aún se administran bajo la lógica de un sistema mixto o inquisitivo morigerado. En Argentina se encuentra suspendida la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal Federal promulgado en diciembre del 2014 y en Brasil aún funciona un ordenamiento cuya estructura es del año 1941 y fue sancionado durante el gobierno autoritario de Getúlio Vargas en el marco del Estado Nuevo que inició a fines de 1937. Sin perjuicio de que en 1988 se reformó la Constitución brasilera y se establecieron lineamientos muy claros en favor de un sistema penal adversarial, todas las reformas posteriores a ella fueron ajustes puntuales que no modificaron la estructura de la justicia penal autoritaria que ya ha cumplido setenta y cinco años de antigüedad.

En términos generales podemos clasificar la evolución regional del sistema adversarial en tres momentos muy definidos que no se vinculan con fases temporales sino con etapas del desarrollo de las discusiones y demandas de los procesos penales. En un principio, desde la entrada en vigor del Código Procesal Penal en Guatemala en 1994, los sistemas se preocuparon principalmente por establecer una audiencia oral para la etapa de juicio y entregar al Ministerio Público la titularidad de la acción penal y dirección de la persecución. Como consecuencia de las lecciones aprendidas durante la década del noventa, el segundo período de reformas estuvo dado por cambios profundos en la organización y gestión interna de las instituciones, con el caso de Chile en el año 2000 como un exponente central de estas transformaciones al implementar la figura del/de la administrador/a de tribunales. Por otro lado, un segundo aspecto se relacionó con la necesidad de planificar el proceso de implementación y constituir organismos específicos para esta función. Por ejemplo, en Bolivia se creó la Comisión Nacional de Implementación como órgano de decisión y fiscalización a cargo de definir políticas institucionales para una adecuada implementación del nuevo sistema, fiscalizar las actividades del Comité Ejecutivo requiriendo informes e impartiendo instrucciones. Además, un Comité Ejecutivo de Implementación, como órgano de ejecución, que se constituyó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En Nicaragua funcionó una Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal, de composición mixta pues la integraron todas las instituciones relativas al sistema de justicia penal. En México, a partir de la reforma del 2008, se constituyó un Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, cuyo objeto fue “establecer la política y la coordinación nacionales necesarias para implementar, en los tres órdenes de gobierno, el Sistema de Justicia Penal en los términos previstos en la Constitución”. Al Consejo lo acompañó una Secretaría Técnica (SETEC), creada para operar y ejecutar los

acuerdos y determinaciones del Consejo; así como para apoyar, a solicitud de las instituciones locales y federales, en la implementación del SPPA”. Estos se disolvieron una vez que concluyó la implementación del sistema en todo el país. En República Dominicana, el órgano encargado fue la Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal, conformada por todas las instituciones con funciones relacionadas al funcionamiento del proceso penal. También cabe mencionar la experiencia de la provincia argentina de Neuquén, en donde se reporta que “la implementación fue diseñada en base a distintos aspectos: normativo (mediante leyes complementarias al CPP); edilicio (adecuando o creando edificios aptos para litigar en audiencias) y de recursos humanos (tanto en lo referido a la reasignación de personal como a su formación y capacitación). En el informe se indica que “la reforma ha sido estudiada, planificada y teniendo en miras que una reforma normativa no implicaría necesariamente un cambio cultural; lo que permitió, en gran parte, que su implementación no sólo no fuese caótica y librada a lo que los/as operadores/as intuitivamente comprendieran qué debían hacer, sino también que las prácticas de estos hayan podido ser efectivamente modificadas, en consonancia con los principios y valores de un sistema de justicia penal de corte adversarial”. Pues bien, el tercer momento en la evolución del sistema está dado por los debates y desafíos que se están produciendo en la actualidad, en donde nos encontramos en una etapa de sofisticación de la agenda de trabajo y asunción de que hay debates que ya se han saldado (como los que hemos mencionado previamente) y no se encuentran en discusión. Haremos mención de los ejes actuales de la reforma procesal penal en el próximo apartado.

En la siguiente tabla se encuentran los datos principales relativos a la instalación del sistema adversarial, en cuanto a su año de sanción y entrada en vigencia y al modo de implementación.

Tabla 1. Antecedentes del sistema adversarial en la región⁴⁰⁴

PAÍS	AÑO DE SANCIÓN	AÑO DE ENTRADA EN VIGENCIA	MODO DE IMPLEMENTACIÓN
Argentina (Federal)	2014	Suspendido ⁴⁰⁵	Suspendido
Argentina (Neuquén)	2012	2014	Simultáneo
Bolivia	1999	1999 a 2001 Inmediato para la nueva clasificación de los delitos; en 2000 para la regulación de las medidas cautelares, salidas alternativas, la prescripción de la	Simultáneo

⁴⁰⁴ En el caso de los países federales (Argentina, México y Brasil), se ha optado por incluir la referencia a la situación de la justicia federal y de un estado que a nuestro juicio haya experimentado cambios significativos.

⁴⁰⁵ Actualmente, la justicia federal se rige por un Código Procesal Penal sancionado en 1888 y reformado parcialmente en 1992. La implementación del nuevo CPP, sancionado en 2014, se encuentra suspendida.

		acción y régimen de administración de bienes; y en 2001 para lo restante.	
Brasil (Federal)	No. Rige un CPP de 1941406	-	-
Brasil (Bahía)			
Chile	2000	2000 a 2005	Gradual por regiones del país
Colombia	2004	2005 a 2008	Gradual por distritos judiciales
Costa Rica	1996	1998	Simultáneo
Cuba	No Rige una LPP de 1973407	1974	-
Ecuador	2009	2009408	Simultáneo
El Salvador	2008	2011	Simultáneo
Guatemala	1992	1994	Simultáneo
Honduras	1999	2002	Simultáneo
México (Federal)409	2014	2016	Por delitos o distritos judiciales
México (Nuevo León) 410	2011	2012	Por delito
Nicaragua	2001	2002 a 2004	Gradual por tipo de delitos
Panamá	2008	2011 a 2016	Gradual por distritos judiciales
Paraguay	1998	2000	Simultáneo
Perú	2004	2006-incompleto411	Por distritos judiciales

406 En Brasil rige un único Código Procesal Penal tanto para la justicia federal como para los Estados. Hay un proyecto de reforma que fue presentado en 2010 pero aún se encuentra en trámite legislativo.

407 En Cuba rige un modelo mixto con una fase preparatoria escrita y una etapa de juicio oral. Si bien se introdujeron reformas a la ley de procedimiento, ninguna alteró la estructura del proceso penal mixto.

408 El Código Orgánico Integral Penal sancionado e implementado en 2014 en Ecuador solo ratificó el modelo adversarial instaurado en 2009, con pequeñas reformas.

409 Diversos Estados de México reformaron su sistema procesal penal durante la primera parte de la década del 2000, introduciendo modelos adversariales orales. En el 2008 se produjo una reforma constitucional que modificó diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo que todos los Estados debían adoptar un modelo acusatorio en un plazo máximo de ocho años. Ya avanzado el proceso de implementación de la reforma constitucional, ante la necesidad de unificar criterios y principios entre todos los Estados, en el 2014 se sancionó un Código Nacional de Procedimientos Penales para que sea aplicado uniformemente en todos los Estados del país.

410 Si bien el Código Procesal Penal de Nuevo León se publicó en el 2011 de conformidad con la reforma constitucional del 2008, en el 2016 entró en vigencia el Código Nacional de Procedimientos Penales.

411 El informe de Perú reporta que “hasta el 2017, se implementó el nuevo Código Procesal Penal en 30

República Dominicana	2002	2004	Simultáneo ⁴¹²
Uruguay	2014	2017	Simultáneo
Venezuela	1998	1999	Simultáneo

Fuente: Elaboración propia

Sin perjuicio de que la mayoría de los países dispone de procesos adversariales, lo cierto es que éstos han estado sometidos a fuertes contra reformas que implicaron cambios cuya lógica fue la opuesta a las bases políticas y técnicas del modelo adversarial. Tomando la información provista por los reportes locales, podríamos ordenar estas contra reformas en tres grandes modificaciones.

En primer lugar, aquellas que tuvieron como finalidad ampliar las causales de procedencia de la prisión preventiva. En Bolivia, a partir del 2003, se aprobaron modificaciones al Código Procesal Penal que “crearon nuevos tipos penales y/o incrementaron las penas de los existentes, incluyeron algunos presupuestos adicionales para solicitar y aplicar la detención preventiva, fundados en la peligrosidad del imputado y modificaron los plazos máximos de duración de la detención preventiva”. En México, “la reforma trajo consigo su propia contrarreforma en la constitucionalización de medidas extraordinarias como la prisión preventiva oficiosa, medida prevista para un catálogo de delitos señalados en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución”. En Paraguay, “en el 2004 se prohibió el otorgamiento de medidas alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva en ciertos casos específicos contemplados en la norma procesal. Estas normas aumentaron la población penitenciaria de manera exponencial”. En Venezuela, entre el 2000 y 2001 “aumentó el tiempo del juez de control para decidir sobre la libertad de los detenidos en flagrancia, se modificaron las causales para la privación preventiva de la libertad, extendiendo los supuestos que configuran el peligro de fuga”. Además, en la última reforma “el lapso máximo de detención preventiva se extendió de 2 años al tiempo estipulado en la pena mínima del delito imputado, lo cual pudiera convertirse en un lapso de hasta 28 años en delitos graves, que de acuerdo a las últimas reformas no son delitos contra la integridad física solamente sino de orden económico o político”.

En segundo lugar, se produjo una retracción en el uso del instituto del juicio por jurados. Por ejemplo, se eliminaron en Bolivia y Venezuela y se redujo su competencia en Nicaragua, en donde se informó que “el Código ha sido reformado principalmente en lo relativo al Jurado ya que se ha reducido los delitos en que estos actúan”.

de las 34 Cortes Superiores de Justicia, lo que representa el 88%. En el 2018 se inició la implementación del NCPP en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que deberá continuar en el 2019 en la Corte Superior de Justicia de Lima Este y en el 2020 con las Cortes Superiores de Justicia de Lima y Lima Este”.

412 El autor local señala que “aunque la implementación aconteció de manera simultánea en todos los distritos judiciales del país, algunos órganos y figuras normativas no entraron en vigor desde el 27 de septiembre de 2004, sino un año más tarde por disposición de la Ley de implementación (núm. 278-04). Tal es el caso del funcionamiento de los tribunales colegiados, del juez de la ejecución de la pena, del archivo y los criterios de oportunidad, respectivamente”.

El tercer ámbito de contra reformas tiene que ver con medidas que sobrecargaron la utilización del juicio oral. Por ejemplo, en Bolivia se eliminó la audiencia conclusiva de la etapa preparatoria, que significó que las acusaciones fiscales ingresen prácticamente de forma directa al juicio; en Colombia se restringió a un número limitado de delitos la posibilidad de rebajar las penas en casos de aceptación de cargos por parte del imputado. Tal como indica el informe nacional, “estos desincentivos para la terminación temprana han llevado a que un mayor número de causas tenga que llegar a juicio oral, lo que ha aumentado los tiempos de respuesta y el desgaste institucional”. En Venezuela, en el 2000 se limitaron los acuerdos reparatorios y en el 2001 se restringieron las fórmulas alternativas para el cumplimiento de las condenas, entre otros cambios.

Todo ello es indicativo de las tensiones que encierra la reforma procesal penal y de la necesidad de no abandonar su estudio y análisis empírico con la finalidad de corregir los errores que se estén cometiendo y reforzar aquéllos ámbitos que impliquen un progreso en su implementación.

2. Oralidad, calidad de la litigación y juicio por jurados

2. a. La estructura procesal del sistema adversarial

Uno de los ejes rectores en la instalación del sistema adversarial estuvo dado por la sustanciación del proceso a través de audiencias orales, públicas y contradictorias. Particularmente, este modelo reposa en tres etapas procesales principales: la judicialización del caso (formalización de la investigación) para aquellos supuestos en los que el Ministerio Público tome la decisión de iniciar una persecución penal en contra del imputado; el control de la acusación (etapa intermedia) para poner en discusión la labor de investigación que ha hecho el fiscal y decidir si ésta reúne mérito para habilitar un juicio; y el debate oral y público (fase de juicio) para aquellos casos que no hayan podido ser resueltos mediante una salida alternativa y solamente puedan dirimirse mediante la producción de prueba. Aunque esta es la base procesal, el modelo adversarial se funda en que todos los planteos de las partes y todas las decisiones jurisdiccionales deben tomarse por regla en el marco de una audiencia.

Si bien la oralidad se saldó legalmente en la etapa de juicio (pues todos los países cuentan con una audiencia), aún subsiste la necesidad de consolidarla en la etapa preliminar en tanto las realidades locales demuestran que, en general, las audiencias previas no están reguladas o funcionan débilmente. En la siguiente tabla se halla la información sobre las audiencias orales reguladas en los códigos procesales penales de la región.

Tabla 2. Audiencias orales reguladas en los Códigos Procesales Penales de América Latina⁴¹³

⁴¹³ En este gráfico se alude a la regulación legal de las audiencias; se hará una nota explicativa en aquéllos casos en los cuales las audiencias se realicen en la práctica judicial sin estar necesariamente reguladas.

PAÍS	CONTROL DE DETENCIÓN ⁴¹⁴	FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN	MEDIDAS CAUTELARES	SALIDAS ALTERNATIVAS Y ABREVIADO	ETAPA INTERMEDIA
Argentina (Federal) ⁴¹⁵	Si (72 horas)	Si	Si	Si	Si
Argentina (Neuquén)	Si (24 horas)	Si	Si	Si	Si
Bolivia	No ⁴¹⁶	No	Si	Si	No
Brasil (Federal) ⁴¹⁷	Si (24 horas)	No	Si	No	No
Brasil (Bahía)					
Chile	Si (24 horas)	Si	Si	Si	Si
Colombia	Si (36 horas)	Si	Si	Si	Si
Costa Rica	No	No	Si ⁴¹⁸	No	Si
Cuba	No	No	No	No	No
Ecuador	Si (24 horas)	Si	Si	Si ⁴¹⁹	Si
El Salvador	No	No ⁴²⁰	Si	Si	Si

414 En esta columna, en los casos que corresponda, entre paréntesis se indicará el plazo máximo que regulan los ordenamientos procesales entre la detención y la realización de la audiencia de control de detención.

415 Se consignan las audiencias reguladas en el CPP sancionado en diciembre de 2014 y aún no vigente.

416 El artículo 226 del CPP de Bolivia solo prevé que la persona aprehendida por la policía o la fiscalía sea puesta a disposición de la autoridad judicial, en el plazo de veinticuatro horas, para que la misma resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna medida cautelar o decrete su libertad por falta de indicios. El informe local de Bolivia indica que “no se realiza una audiencia de control de la detención, pero tampoco se hace el control por escrito. Como en la mayoría de los casos se cumplen los plazos, es decir que la policía o fiscalía pone el detenido a disposición del juez en 24 horas, todos los casos pasan directamente a la audiencia de solicitud de medida cautelar. En los casos en los que los plazos no se cumplieron, la defensa plantea un incidente por ilegalidad de la aprehensión -por actividad procesal defectuosa e inobservancia o violación de derechos y garantías (artículo 169º)- durante la audiencia cautelar, pero considerando que en la mayoría de los casos el juez determina la detención preventiva y entonces la detención se torna legal”.

417 En Brasil rige un único Código Procesal Penal tanto para la justicia federal como para los Estados.

418 El informe de Costa Rica indica que “parte de la conquista llevada a cabo a través de la capacitación iniciada en el año 2004 (...) fue hacer conciencia en los jueces, defensores y fiscales sobre la necesidad de hacer real el derecho a ser escuchado antes de tomar una decisión tan delicada como es una prisión preventiva. No fue sino hasta el año 2009, mediante la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal que se reformó la ley para prever la celebración de una audiencia en los casos en que fuera solicitada una prisión preventiva”. Es decir, que se trató de un cambio que surgió desde la práctica.

419 Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en Ecuador se derogó la suspensión condicional del procedimiento. En este apartado solo aludimos a la regulación del juicio abreviado.

420 En El Salvador, si bien se estipula que el control de detención, formalización y medidas cautelares se

Guatemala	Si (24 horas)	Si	Si	Si	Si421
Honduras	Si (24 horas)422	No	Si	Si	Si423
México (Federal)424	Si (48 horas)425	Si426	Si	Si	Si
México (Nuevo León)					
Nicaragua	Si (48 horas)427	Si	Si	Si	Si428

discutan en el marco de una audiencia (la “inicial”), aún la lógica del proceso remite a un sistema tradicional mediante el cual la primera audiencia sirve para tomar declaración indagatoria al imputado y tras ello se habilitan los plazos de investigación (de “instrucción” según la terminología del ordenamiento local).

421 La etapa intermedia del proceso penal en Guatemala se subdivide entre la audiencia intermedia (para discutir acerca del hecho por el que el/la fiscal/a formula acusación y, en su caso, dictar el auto de apertura a juicio) y la audiencia de ofrecimiento de prueba (para discutir sobre los medios de prueba que ofrecen las partes y que serán admitidos para el juicio).

422 Si bien en Honduras está previsto que el/la imputado/a debe ser presentado ante el/la juez/a en un plazo de 24 horas en aquellos casos en los que se encuentre detenido/a, el informe local informa que “una vez que el imputado se encuentra en el Juzgado, se recibe su declaración en una audiencia prevista a dicho efecto. Previo a que se rinda la misma, el juez informa al imputado los hechos que se le imputan en el requerimiento y los derechos que le asisten”. Esta dinámica responde a la lógica de la declaración indagatoria del sistema procesal mixto en donde esta etapa es considerada meramente como una instancia formal y de recibimiento de declaración.

423 La etapa intermedia del proceso penal de Honduras consiste en la audiencia preliminar, prevista para la formalización de la acusación, contestación de cargos y el auto de apertura a juicio. La audiencia de preparación del debate (para plantear recusaciones, excepciones o nulidades basadas en hechos nuevos) y la audiencia de proposición de pruebas (para que las partes presenten la lista de medios de prueba indicando los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada uno) se produce en etapa de juicio oral.

424 Aludimos únicamente a la estructura procesal del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se encuentra en vigencia tanto en la justicia federal como en todas las Entidades Federativas.

425 En el informe local de México se consigna que “en los casos de detenciones en flagrancia, una vez que la persona detenida es puesta a disposición del Ministerio Público, ya sea por parte de la Policía o de cualquier otra persona, el Ministerio Público cuenta con un plazo de 48 horas para investigar y decidir si pone a la persona detenida a disposición del juez para controlar su detención y resolver sobre su situación jurídica. A dicho plazo de 48 horas se le conoce como “plazo de retención”. Si agotado el plazo de retención, el Ministerio Público decide no presentar a la persona detenida ante el juez de control entonces no existe un control judicial de dicha detención. Cabe agregar que el Ministerio Público, durante el plazo de retención, tiene la facultad de poner en libertad a la persona detenida o de imponerle una medida de protección, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y determine que no solicitará la prisión preventiva como medida cautelar, en términos del artículo 140 del CNPP”.

426 En México, de forma posterior a la formulación de imputación, el Ministerio Público debe solicitar “la vinculación a proceso” del imputado, lo cual implica discutir sobre los datos de prueba con que cuenta el fiscal para sostener que ha existido un hecho que es delito y que el imputado ha participado en él.

427 En Nicaragua, la discusión sobre el control de detención, formalización (acusación, según la terminología local) y medidas cautelares se produce en el marco de la denominada “audiencia preliminar”, regulada entre los artículos 255 a 264 del Código Procesal Penal de Nicaragua.

428 La etapa intermedia del proceso penal en Nicaragua se encuentra desdoblada en dos fases: por un

Panamá	Si (24 horas)	Si	Si	Si	Si
Paraguay	No	No	Si	Si	Si429
Perú	No430	No	Si	Si	Si
República Dominicana	No431	No	Si	Si	Si
Uruguay	Si (24 horas)	Si	Si	Si	Si
Venezuela	Si (48 horas)	No	No	No	Si432

Fuente: Elaboración propia

El diseño de los códigos procesales penales latinoamericanos nos indica que coexisten diversas tendencias en la regulación de la estructura procesal del modelo adversarial. En un ejercicio clasificatorio, podríamos distinguir la existencia de *tres tipos distintos de proceso adversarial*.

El primero está dado por el llamado *proceso adversarial clásico*, que consiste en la estipulación de la oralidad como principio general y en un conjunto variado de audiencias para la toma de todas las decisiones jurisdiccionales durante la etapa preliminar. En este modelo están comprendidos los casos de Argentina (tanto a nivel federal –con el CPPN no implementado–

lado, en la audiencia inicial (regulada entre los artículos 265 y 272 del CPP), que tiene como finalidades principales determinar si existe causa para proceder a Juicio e iniciar el procedimiento para el intercambio de las pruebas (es decir, determinar el supuesto fáctico de la acusación). Y, por otro lado, en la audiencia preparatoria de juicio oral (regulada en el artículo 279 del CPP), que se celebra a petición de parte dentro de los cinco días anteriores a la realización del juicio, con el objetivo de discutir sobre la exclusión y acuerdos de prueba.

429 El Código Procesal Penal de Paraguay regula audiencias para la discusión de medidas cautelares, salidas alternas y acusación. Sin embargo, en el informe local se manifiesta que “las audiencias orales propiamente se realizan únicamente en la etapa de juicio. En la preparatoria e intermedia no se implementan”.

430 Sin perjuicio de que en Perú no está regulada una audiencia de control de detención, el informe local consigna que a partir de diciembre del 2016 “se ha abierto paso a una suerte de regulación primigenia de esta forma de control, toda vez que se ha concretizado una audiencia donde se va a controlar la legalidad de la detención. Sin embargo, dicho plenario solo operará en un supuesto específico, esto es, en los casos donde exista flagrancia y el fiscal requiera al juez de la Investigación Preparatoria dentro de las doce horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión de un mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete días, cuando por las circunstancias del caso se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad, siendo que antes de las 24 horas el juez realizará la audiencia (para) pronunciarse (...) en cuanto a la legalidad de la detención del imputado, sobre el cumplimiento de los derechos al momento de la detención y finalmente sobre la necesidad de dictar la detención judicial”.

431 En el informe local se indica que “no existe una audiencia de control de detención. Tal control se lleva a cabo en la audiencia de medidas de coerción si el Ministerio Público decide solicitarla. En la práctica, por lo general, si un imputado es arrestado, el Ministerio Público solicita la medida de coerción. En este caso, sí se contempla un plazo de 48 horas, que también está consagrado en la Constitución, para presentar al imputado ante el juez, sino el Ministerio Público dispone su libertad inmediata.”

432 La autora local informa que estas audiencias “han perdido el carácter oral y se remiten a la revisión de actas escritas enviadas por el Ministerio Público”.

como en la provincia de Neuquén), Chile, Ecuador, México, Panamá y Uruguay. En todos estos países se han estipulado audiencias para el control de la legalidad de la detención, formulación de la imputación, discusión de medidas cautelares, salidas alternativas y juicio abreviado, y control de la acusación. Es decir, que ante cualquier planteo de las partes se prevé que estos se diriman en el marco de una audiencia.

Un segundo modelo está dado por el *proceso adversarial burocratizado*, cuyo rasgo distintivo es la supervivencia de elementos característicos de los procesos mixtos o inquisitivos. Si bien algunos códigos, como el de El Salvador, estipulan la realización de audiencias en las fases tempranas del proceso, responden a la lógica del sistema tradicional en tanto mantienen instituciones como la declaración indagatoria como acto procesal inicial o incluso mantienen ese instituto pero solamente en sede fiscal y sin la necesidad de realizar una audiencia para formalizar la imputación, como Costa Rica. La mantención de la lógica tradicional también puede observarse en la regulación de la etapa intermedia. En Guatemala, esta fase se desdobra en dos audiencias fijando la primera para el debate sobre la admisión del caso a juicio y la segunda para la discusión sobre los medios de prueba que las partes pretenden presentar para acreditar sus posiciones. En Honduras, la admisión del caso se da en la audiencia preliminar y la discusión probatoria en la instancia de juicio oral. En esta estructura subyace una visión muy débil sobre la fase intermedia en tanto la litigación sobre la prueba se encuentra fuertemente limitada al producirse de forma posterior a la decisión sobre el sobreseimiento o la apertura a juicio. En cambio, en un sistema adversarial clásico, todas las discusiones sobre la admisibilidad debiesen darse en el marco de una sola audiencia y bajo la comprensión que el debate probatorio es dirimente para sopesar la viabilidad o éxito del caso.

El tercer y último modelo lo constituye el denominado *proceso adversarial escriturizado*. Es aquél en el cual la mayoría de las decisiones judiciales de la etapa preliminar se adoptan de manera escrita (como en Brasil, Cuba o Costa Rica) o en el que las audiencias se han convertido en representaciones distorsionadas de la oralidad. Una muestra de ello está dada por los casos de Brasil, en donde la audiencia de control de detención (de custodia) gira alrededor de un escrito (auto de prisión en flagrante) que le presenta la policía al juez o Venezuela, en donde el informe local manifiesta que “la realización de audiencias ha pasado a ser la excepción, incluso en la fase de juicio. Es usual la conversación informal el día señalado entre jueces, fiscales y defensores sobre los casos para luego hacer pasar al imputado y/o acusado a firmar las actas. La muestra más evidente la constituye las sentencias condenatorias provenientes en más de un 75% de admisiones de hecho”.

2. b Calidad del litigio en las audiencias

En esta sección haremos un análisis acerca de los principales problemas y fortalezas en la dinámica de las audiencias orales que funcionan actualmente en los procesos penales latinoamericanos, tomando como base la información cualitativa proveída por los/as informantes nacionales.

Audiencias de control de detención

En las audiencias de control de detención se observan dos problemas centrales. Por un lado, un rol muy pasivo del juez en el análisis de las condiciones en las que el imputado fue detenido. Por ejemplo, en Bolivia se informa que “el/la juez/a de instrucción no realiza un control de la duración de la aprehensión de oficio, sino siempre a solicitud de la defensa” y en la provincia argentina de Neuquén se alude que “el/la juez/a no controla de oficio si hubo apremios ilegales en contra del imputado, ni revisa si se le informaron sus derechos”. El informe nacional de Chile consignó que “la cifra de detenciones declaradas como ilegales es sostenidamente baja a lo largo de los años, pues en el período observado (2006-2015) estas no superan en ninguno de los años al 1% del total de audiencias”. En cuanto al rol del/de la juez/a, “solo en un 20% de los casos observados tiene un rol activo en verificar las circunstancias de la detención; el juez pregunta al imputado si conoce y comprende los motivos de su detención en el 53% de los casos; y en un 31% de los casos pregunta al imputado por el trato recibido”. Un segundo problema está dado por la primacía del expediente escrito o la ausencia de una instancia específica para controlar la detención, como en Brasil, en donde el/la juez/a recibe un escrito de la fiscalía y la discusión de la audiencia gira en torno a éste o en Costa Rica, en donde “el primer contacto que tiene una persona investigada o un imputado con un juez es en la audiencia de medidas cautelares”. También se advierten inconvenientes en el cómputo de los plazos, como en Honduras, en donde “suele suceder que el término de la detención se comienza a contar a partir de la hora en que consta la lectura de derechos. Esta situación debe superarse a partir de las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia (...) donde establece que la privación de libertad se contabiliza desde el momento en que al imputado se le priva de la misma”.

Audiencias de formalización de la investigación

La audiencia de formalización de la investigación se encuentra regulada en diez sistemas procesales del total de los veintidós analizados y en el plano práctico se advierten dos tipos de problemas. Por un lado, una litigación formal por parte de los intervinientes, representada principalmente en la lectura de escritos o la descripción de los hechos desde la lógica del parte policial. En Chile, “las partes suelen intervenir de manera mecánica, pues el/la fiscal/a se limita a leer la formalización en la audiencia, sin generar un discurso pues se hace uso de un texto escrito que lee. Esta percepción es confirmada con datos sobre la duración de las audiencias. La audiencia de formalización se redujo de 10 minutos en promedio en el año 2006 a un promedio de 7,9 en el año 2015”. En Guatemala, “la formulación de la imputación por parte del fiscal se realiza sin concentrarse en los hechos más importantes (la existencia del delito y probabilidad de participación del sindicado). Cometten la falencia de desarrollar relatos extensos y discuten (incluidos los defensores) las actuaciones del expediente de investigación, por lo que en algunas audiencias persiste la lectura de documentos”. En Ecuador se afirmó que hay una “tendencia a que el discurso parta del parte policial”. Por otro lado, existe una confusión entre la discusión de los hechos en el marco de la formulación de imputación y en el de la materialidad para las medidas cautelares. Por ejemplo, el informe de Panamá indica que no hay consenso en cuanto a la posibilidad de que, en esta instancia, la defensa debata y argumente sobre el fondo de la imputación. De hecho, desde el plano legal también se han generado este tipo de confusiones.

Mientras que en Chile se trata de una facultad autónoma de la fiscalía, en otros países como Uruguay se regula que los jueces y juezas deben resolver si la admiten.

Audiencias de medidas cautelares

Las audiencias de medidas cautelares tienen aún un conjunto de problemas irresueltos que han sido objeto de discusión en las últimas décadas. El primero está dado por la ausencia de una estructura que defina los momentos para los distintos debates que se dan en ella. Esto se relaciona con un déficit legal, como en Bolivia, en donde el informe local consigna que “el Código Procesal Penal no define la estructura de la audiencia, pues solo establece los requisitos para la imposición de medidas cautelares”. Por su lado, en Cuba, “en 1977 se suprimió la audiencia verbal para la imposición de medidas cautelares y se le entregó esta facultad al fiscal (mientras que) en 1994 se eliminó la intervención de los tribunales en esta decisión” es decir que actualmente se realiza por escrito.

Una segunda área se relaciona con un déficit en la calidad de información con la cual se litiga en esta audiencia. De este aspecto dieron cuenta una gran cantidad de informes nacionales. En Bolivia se produce una discusión muy débil del supuesto material en tanto “la exposición del/la fiscal no logra constituir un relato que describa de forma clara el hecho, la calificación legal que le corresponde y la participación que el imputado tuvo en el mismo”. En cuanto al presupuesto procesal, agrega que “en gran parte de los casos, el/la fiscal no ofrece u ofrece muy poca evidencia para fundamentar los riesgos procesales que alega, con lo cual se invierte la carga de la prueba y son los imputados, a través de sus abogados, los que tienen que aportar evidencia sobre su arraigo social, familiar o laboral”. Además, se informa que los elementos principales que se utilizan para configurar los riesgos procesales dicen relación con la gravedad del delito y la ausencia o existencia de antecedentes policiales o judiciales. De hecho, se señala que “respecto a la evidencia utilizada para definir el arraigo laboral, se observa que tanto jueces como fiscales exigen a la defensa la presentación de documentos que son muy difíciles de conseguir, tales como contratos registrados por una instancia pública (Ministerio de Trabajo)”. Un problema adicional en Bolivia está dado por el hecho de que “en un importante porcentaje de casos los/as fiscales no participan en las audiencias, limitándose a enviar el cuaderno de investigaciones y la solicitud de imposición de una medida cautelar”. En Chile “la calidad de la información es precaria (...) pues la argumentación de la fiscalía suele limitarse a la lectura del parte policial”. Además, “se advierte que no existe un orden rígido en el debate, en el sentido de mantener la ritualidad de comenzar con el supuesto material y luego el procesal”. Por otro lado, “el defensor en general no proporciona datos ni presenta una teoría propia, pues se limita a desvirtuar los argumentos de la Fiscalía. El fiscal no argumenta sobre la existencia del hecho en un 40% de los casos observados; no lo hace sobre la participación del imputado en el hecho en un 50% de los casos y en un 45% tampoco lo hace en relación a la necesidad de cautela”. En Nicaragua, “para efectos de la imposición de medidas cautelares, la fiscalía sustenta su solicitud de los riesgos procesales sobre la base de la acusación, peligro de evasión, gravedad o magnitud de los hechos, la posible pena a imponer y la naturaleza del delito”. Además “existen delitos que por imperio de Ley deben ser tramitados bajo la medida cautelar de prisión preventiva”. En Ecuador hay problemas en la justificación del peligro procesal. La fiscalía “se limita a indicar que la defensa no ha justificado vínculos con la colectividad. Explicación ilegítima en razón de que la

Fiscalía es quien tiene la carga de la prueba”. En la provincia argentina de Neuquén, “a los fines de discutir los riesgos procesales, principalmente los vinculados con la falta de arraigo, las fiscalías suelen contar con poca información sobre la situación personal del/a imputado/a y no cuentan con un servicio dentro del Ministerio Público Fiscal que se encargue de esta búsqueda”. Es decir que podemos concluir que aún se trata de una audiencia que gira alrededor de los elementos tradicionales vinculados a la imputación (tipo de delito y pena en expectativa) y no se ha logrado torcer el debate hacia elementos concretos relativos a la situación personal del imputado.

Un tercer y último problema se vincula con la ausencia de fijación de plazos y mecanismos de supervisión de las medidas cautelares. En Bolivia se consignó que esto no ocurre en la mayoría de las audiencias mientras que Chile carece de una institución dedicada a dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares y “el comportamiento habitual de los defensores es no solicitar al juez la fijación de un plazo judicial en consideración de los antecedentes concretos de la causa. Y, en los casos en que se produce el debate, este es promovido en su mayoría de oficio por el juez (52%) versus un 32% de los casos en que se promueve por la defensa”. En el estado mexicano de Nuevo León se informó que “en 5 de 6 casos, el/la juez/a impuso medidas cautelares sin especificar su duración; solo se limitó a expresar que aquellas tendrían vigencia ‘durante el procedimiento’”. Sin perjuicio de ello se han dado experiencias interesantes en relación a estos dos últimos problemas. En Nicaragua, “El Código Procesal Penal contiene las normativas pertinentes para dar el adecuado seguimiento y control a las medidas cautelares impuestas a toda persona sometida a proceso penal. En el país se han creado oficinas de apoyo a la labor judicial que permiten obtener información fidedigna sobre el cumplimiento de las medidas cautelares, por ejemplo, la Oficina de Control de Procesados, donde diariamente se recibe a las y los acusados, quienes llegan a firmar una ficha de control de presentación periódica, según la frecuencia señalada por el juez en la resolución”. En Panamá, “una práctica a destacar es que en la provincia de Colón los fiscales desde la Sección de Atención Primaria en la cual se prepara la carpeta para las labores de litigación que posteriormente realizará la Sección de Decisión y Litigación Temprana envían comisión a la Dirección de Investigación Judicial para que se verifique si el imputado tiene residencia fija o no, si labora, si tiene familia, vínculos con la comunidad (todos los temas de arraigo), cuál es su historia médica, entre otros. Esta información la utilizan para seleccionar de inicio la medida cautelar que estiman idónea”. En el apartado sobre reorganización de las instituciones daremos cuenta de otras experiencias que se han producido en la región en torno a la supervisión de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Audiencias de salidas alternativas

En relación a las audiencias de salidas alternativas (suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios) se observa un tema central: no existe una tendencia marcada en la región en cuanto a la necesidad de que el juez asuma un rol activo en la solución del conflicto primario. Por ejemplo, en Costa Rica se señaló que “los jueces penales no hacen un gran esfuerzo como en otras materias para lograr soluciones alternativas al juicio. Su rol se puede resumir en un agente de control de legalidad y cumplimiento de los requisitos” y en Honduras que “el juez únicamente confirma que los requisitos formales concurren para autorizar la salida alterna. En

relación con los términos del acuerdo, el juez no ejerce mayor control, sólo verifica que el imputado conozca los alcances de la medida alterna y que esté de acuerdo con los términos de la reparación del daño”. Sin embargo, cabe mencionar los casos de la provincia argentina de Neuquén, en donde como buena práctica se resalta que “el/la juez/a siempre controla que el imputado preste su conformidad y le explica la finalidad y los efectos del beneficio, así como las consecuencias que acarrea no cumplir con las reglas de conducta establecidas” y Chile, en donde en las audiencias de suspensión condicional del proceso “en un 80% de los casos el juez pregunta al imputado si entiende las condiciones que le son impuestas; y, por otro lado, en el 67% de los casos el juez señala expresamente al imputado que al aceptar la suspensión condicional está renunciando a su derecho al juicio oral. En cuanto a los acuerdos reparatorios, el juez explica sus consecuencias al imputado en un 72% de los casos y en un 63% de las ocasiones le pregunta si entiende el contenido y alcances del acuerdo. Por otro lado, en un 80% de los casos, el juez le da la palabra a la víctima antes de que acepte el acuerdo; y en un 77% lo toma en consideración al momento de aprobarlo. En estos casos, “el tipo de contraprestación más usual es el pago de una suma de dinero representando un 58% y disculpas públicas en un 23%”.

Audiencia de etapa intermedia

La audiencia de etapa intermedia no se ha consolidado como una instancia central en la generación de acuerdos o depuración de la prueba de manera preparatoria al juicio oral. Esta afirmación se apoya principalmente en la información que aportan los reportes locales en relación a la baja intensidad en la exclusión probatoria durante esta audiencia.

En Chile, “existe cierto temor en dejar fuera cierta prueba del juicio oral. (...)El rol del defensor tampoco parece ser muy activo, ya que la defensa solicita la exclusión de alguno de los medios de prueba ofrecidos por el fiscal en el 35% de los casos; y la defensa ofrece prueba propia en solo un 40% de los casos”. En cuanto a los tiempos de duración de esta audiencia, cabe resaltar que “en el año 2006 duraba en promedio 37,5 minutos, mientras que en el año 2014 esa cifra se redujo a 16,4 minutos en promedio”. En El Salvador, “no todos los jueces de instrucción discuten la pertinencia de la prueba. Si la defensa no se opone a la introducción de prueba, el juez la admite”. En Ecuador, “los debates son formales y superficiales en todos los temas. (...) En los acuerdos probatorios normalmente solo se hacen referencias formales, simplemente se menciona que no hay acuerdos y no existe un intento real de negociación”. En República Dominicana, “el desconocimiento de las técnicas de litigación la afecta al nivel de profundidad con el que se llevan a cabo las discusiones, pero sobre todo el rol del juzgador cuando se vuelve demasiado pasivo debiendo resultar todo lo contrario”. En Colombia, en “la audiencia preparatoria, en la que se han introducido numerosos pasos que la han hecho repetitiva y poco ágil, (...) existen confusiones entre los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas, que generan discursos reiterativos que no aportan en la acotación del debate probatorio”. Esto tiene un impacto en la dinámica del juicio oral, en tanto “al no existir una adecuada depuración de las pruebas, pueden llevarse hasta decenas de testigos de los cuales solo unos resultan útiles para lo que se pretende demostrar. De otra parte, tampoco ha sido afortunada la forma en la que se introducen las pruebas al juicio, pues se confunden los testimonios con la lectura de informes y entrevistas que no permiten garantizar el principio de

contradicción”. En la provincia argentina de Neuquén, “si bien esta audiencia debería utilizarse como la última instancia para llegar a acuerdos entre las partes (de suspensión del proceso a prueba o de procedimiento abreviado), ya que la ley así lo establece, luego de esta audiencia si las partes llegan a salidas alternas, los jueces aceptan estos acuerdos”. En Guatemala “en la audiencia intermedia, una de las quejas recurrentes de los jueces es que el fiscal desconoce el caso, por lo que es común la mala práctica de leer la acusación en la audiencia. Este problema es derivado del modelo de gestión de las fiscalías, en donde el fiscal que llevó a cabo la investigación no entrega el caso a tiempo al fiscal de litigios que participará en la audiencia intermedia. En la audiencia ofrecimiento de prueba, se han identificado dos debilidades: que los jueces no generan la discusión sobre los medios de prueba por parte de la fiscalía y la defensa; y que regularmente, los sujetos procesales describen a detalle el objeto de la declaración de testigos y peritos, lo cual constituye un antecedente negativo para el tribunal de sentencia, por lo que es común la afirmación “la prueba llega contaminada” al juicio”. En el informe estadual de México se informa que “esta audiencia pierde relevancia dado que el debate se adelanta durante la audiencia inicial por la figura de vinculación a proceso. Existe una iniciativa de reforma para eliminar la vinculación a proceso de la audiencia inicial, lo que de proceder permitiría fortalecer la etapa intermedia”.

En otros países se ha llegado a eliminar esta audiencia o analizar su exclusión. En Bolivia, esta audiencia estuvo sujeta a diversos cambios. Si bien el CPP aprobado en 1999 previó la realización de una audiencia preparatoria de juicio, lo cierto es que éstas no se realizaban con frecuencia. Esto llevó a que en el 2010 se introduzcan cambios al ordenamiento normativo para detallar la dinámica específica que dicha audiencia debía seguir. Sin perjuicio de ello, el informe nacional indica que “debido a los problemas administrativos que dificultaron sobre manera la instalación de dichas audiencias, en octubre de 2014, la ley de descongestión y efectivización del sistema penal modificó nuevamente el CPP y obligó al juez instructor a remitir la acusación al juez o tribunal de sentencia en el plazo máximo de 24 horas”. Es decir, que se eliminó la regulación de la audiencia de etapa intermedia y se reemplazó por una remisión directa por escrito. Por su lado, en Costa Rica, “desde la jerarquía del Poder Judicial han sido anunciados proyectos para proponer reformas legislativas que eliminen esta audiencia, de forma tal que los casos pasen directo desde la redacción de la acusación hacia el debate o juicio oral (...). Se dice en Costa Rica que la audiencia preliminar, lejos de ser una fase estratégica para el funcionamiento del sistema, se volvió en un mero trámite (...) Ello ha obligado a los jueces de juicio a tener que atender incidentes de exclusión de prueba ilícita, actividades procesales defectuosas y hasta casos que no debieron haber llegado a esa etapa”.

Audiencia de juicio oral

Por último, si bien el juicio oral existe en la región hace décadas, lo cierto es que actualmente presenta dos problemas centrales. Por un lado, se advierte aún un rol activo del juez en la realización de preguntas a los testigos. En Bolivia, “el rol del/la juez/a durante la audiencia de juicio no es totalmente pasivo. Los operadores entrevistados coinciden en afirmar que regularmente los jueces formulan preguntas a los testigos, para aclarar las dudas que tienen”. En Brasil, sin perjuicio de que en el 2008 se reformó el texto del ordenamiento procesal para

incorporar la técnica del examen y contra examen de la prueba, en la actualidad los jueces y juezas tienen un rol muy activo en la realización de preguntas a los/as testigos, lo cual en varios casos supera la profundidad con la cual los interrogan los y las litigantes. En Cuba, a partir de una guía metodológica para la realización de juicios orales emitida por el Tribunal Supremo Popular, se intentaron corregir ciertos vicios en la dinámica del juicio oral. En la actualidad, tal como afirma el informe local, “al comienzo del juicio el secretario da lectura a un resumen de los hechos que son objeto de la acusación, que ha sido previamente elaborado por el juez ponente de la causa, de tal suerte que si las partes prescinden de la lectura de sus escritos de calificación, como sigue ocurriendo en la actualidad, los presentes tengan al menos una referencia del contenido de la acusación”. Una vez realizado el interrogatorio de testigos y peritos, los tribunales tienen libertad para el interrogatorio, facultad que por lo general ejercen, para lograr la mayor certeza sobre el controvertido. Tienen también la posibilidad de incorporar determinados medios probatorios, consistente en todos aquellos que consideren necesarios para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de las partes, cuando no han sido suficientemente esclarecidos, a criterio del juzgador”.

Por otro lado, se observa una baja calidad en la litigación durante la audiencia de juicio. Esto se desprende de la realidad de un conjunto de países. En Chile, “existe la percepción de que los interrogatorios son meros ejercicios retóricos, más bien mecánicos y que los conainterrogatorios son inconsistentes. (...) Un dato que resulta importante destacar es el aumento en las sentencias absolutorias. En el año 2006, el porcentaje de sentencias condenatorias alcanzó el 81% del total, mientras que en el año 2015 alcanzó el 65,3% de las sentencias de tribunales de juicio oral”. En Ecuador, “el contra examen (...) se hace de manera ineficaz; la falta de técnica para sacar a relucir debilidades hace que lo más común es que sea una extensión del interrogatorio. Las objeciones son inutilizadas”. En Costa Rica, “no se permite a las partes, por ejemplo, hacer un alegato inicial. Cuando en algunos lugares se inició esa práctica, magistrados de la jerarquía en sus giras por el país decían que esa práctica era ilegal, porque en Costa Rica la norma dice que el fiscal debe leer la acusación. Ello motivó a que se abandonara esa práctica. De modo que un tribunal de juicio inicia un debate habiendo escuchado solamente la lectura de la acusación, sin dar a la defensa la posibilidad de proponer una visión distinta al tribunal”. En Honduras, “la prueba testifical sigue siendo una de las más propuestas por las partes, por lo cual resulta preciso resaltar la necesidad de mejorar las técnicas de interrogatorio y conainterrogatorio; sobre todo frente a la regulación procesal del país que prohíbe la formulación de preguntas capciosas o sugestivas en los mismos. (...) Esta necesidad de reforzar la técnica de interrogatorio y contra interrogatorio de las partes, se refleja precisamente en que para superar los vacíos de información (debido a la falta de una técnica adecuada), los tribunales intervienen activamente formulando preguntas que consideren oportunas y que no se han realizado por las partes o se han realizado de forma incorrecta”. Sin embargo, cabe resaltar la experiencia de la provincia argentina de Neuquén, en donde “por regla general, se advierte que las partes durante las audiencias de juicio tienen una estrategia sobre el caso” y que “durante toda la audiencia, el/la juez/a asume un rol pasivo y nunca introducen preguntas”. La implementación del juicio por jurados ha aumentado la calidad del litigio y permitido que el lenguaje de los litigantes se simplifique.

2. c. La regulación del juicio por jurados

En el apartado anterior nos referimos a las problemáticas que se presentan alrededor de los juicios orales en la región. En esta sección nos focalizaremos en una de las modalidades posibles para la sustanciación del juicio: mediante un tribunal integrado por jurados populares. En nuestra opinión, esta dinámica constituye uno de los mecanismos más eficaces para ampliar la participación de la ciudadanía en la justicia penal y democratizar el funcionamiento de los sistemas judiciales.

En la siguiente tabla se presenta información relativa al modo en que se encuentra regulado el juicio por jurados en los ordenamientos procesales penales de la región, en particular, en cuanto al tipo de delitos en los que intervienen y la cantidad de integrantes que forman parte del jurado.

Tabla 3. Situación del juicio por jurados en América Latina

PAÍS	FUNCIONAMIENTO DE JUICIO POR JURADOS	TIPOS DE DELITOS EN LOS QUE INTERVIENE	CANTIDAD DE INTEGRANTES DEL JURADO ⁴³³
Argentina (Federal)	No ⁴³⁴	-	-
Argentina (Neuquén)	Si	Casos con pena superior a los 15 años y delitos contra la integridad sexual o que tengan como resultado la muerte o lesiones gravísimas	12
Bolivia	No	-	-
Brasil (Federal)	Si	Delitos dolosos contra la vida	7
Brasil (Bahía)			
Chile	No	-	-
Colombia	No	-	-
Costa Rica	No	-	-
Cuba	Si	Todos ⁴³⁵	2

433 En esta columna se consigna el número de jurados titulares que intervienen en el juicio.

434 El artículo 249 del nuevo CPP prevé la integración de un tribunal por jurados cuyas definiciones específicas quedan delegadas a una ley especial: “La ley de juicio por jurados determinará la composición, integración, constitución, sustanciación y deliberación del juicio en el que participe un tribunal de jurados”.

435 En Cuba, el autor local informa que “la proporción en cuanto a la integración de los tribunales depende del nivel jurisdiccional y de otras condiciones de organización. Los casos de menor complejidad que se conocen en los municipios, de sanciones hasta un año de privación de libertad, el tribunal se integra por un juez profesional y dos jueces legos. En el nivel provincial y en el Supremo para un grupo

Ecuador	No	-	-
El Salvador	Si	Lesiones, lesiones graves y muy graves, lesiones agravadas, relativos a la autonomía personal y daños y daños agravados	5
Guatemala	No	-	-
Honduras	No	-	-
México (Federal)	No	-	-
México (Nuevo León)	No	-	-
Nicaragua	Si	Lesiones graves, lesiones gravísimas y hurto agravado.	6
Panamá	Si	1. Homicidio doloso que no sea producto de delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, asociación ilícita, pandillerismo, narcotráfico o blanqueo de capitales. 2. Aborto provocado por medios dolosos, cuando, por consecuencia de este o de los medios usados para provocarlo, sobreviene la muerte de la mujer. 3. Que impliquen un peligro común y los delitos contra la salud pública cuando, por consecuencia de ellos, sobreviene la muerte de alguien, con excepción de los causados por imprudencia, negligencia o impericia en el ejercicio de una profesión u oficio.	7

considerable de casos, el tribunal se integra por cinco jueces, de los cuales 3 son profesionales y dos legos. Pero hay casos en que el tribunal puede estar integrado por 3 jueces". Cabe precisar que en Cuba "se utiliza la categoría de "jurado" para identificar a los ciudadanos miembros del jurado de corte anglosajón, que emiten un juicio binario sobre culpabilidad, mientras que los ciudadanos que integran el tribunal escabinado tienen la categoría de jueces, en igualdad de condiciones que los jueces profesionales".

Paraguay	No	-	-
Perú	No	-	-
República Dominicana	No	-	-
Uruguay	No	-	-
Venezuela	No	-	-

Fuente: Elaboración propia

El juzgamiento por jurados populares en el proceso penal ha estado en el centro del diseño de la justicia criminal en casi todas las constituciones políticas latinoamericanas desde comienzos del siglo XIX. En muchas de ellas aún continúa regulado pero no se ha vuelto una realidad, como los casos de Argentina (cuya última reforma constitucional, en 1994, ratificó los tres artículos en los que el instituto está previsto), Colombia (los jurados de conciencia están regulados a nivel constitucional mediante el artículo 116 que dispone “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”) y Uruguay. En Chile funcionó, de manera interrumpida, el juicio por jurados para los juicios de imprenta entre 1813 y 1925. Mediante un breve reglamento sobre libertad de imprenta, se estipuló al jurado como una protección de la libertad de prensa en la época. En México se encuentra expresamente regulado en el artículo 20 de su Constitución del año 1917 como una garantía en los juicios penales. En otros países se ha eliminado, como en Venezuela (el modelo clásico se eliminó en el 2001 y en el 2012 el de escabinos) y Bolivia, en donde el informe local reporta que “el CPP aprobado en 1999 preveía la realización de juicios orales con jueces ciudadanos en el marco del tribunal escabino (dos jueces técnicos y tres ciudadanos) para los delitos de acción pública, sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea mayor a cuatro años. Luego de algunos años, se evidenciaron problemas de gestión que afectaron los procesos de constitución de los tribunales de sentencia, lo cual provocó una elevada congestión judicial que perjudicó sobremanera el inicio y la prosecución de las audiencias de juicio. Por estas razones, en octubre de 2014, la Ley de descongestión y Efectivización del sistema procesal penal suprimió la institución de los jueces ciudadanos”. En Nicaragua, frente a la dificultad que se presentó en los últimos años en la convocatoria de jurados ciudadanos, el informe describe que “se ha emprendido una labor de publicidad sobre la responsabilidad ciudadana de impartir justicia, iniciando un programa radial desde hace siete años- denominado *una hora con la Justicia*, éste se transmite una vez por semana, a este acuden Jueces, abogados litigantes y facilitadores judiciales”.

3. La protección del sistema de garantías

El sistema de garantías según Alberto Binder (2012, pág. 167), se entiende como “un conjunto de principios, que se expresan en herramientas técnicas, cuyo cometido es proteger a todo

ciudadano de los abusos de poder. Estos principios han sido contruidos de un modo histórico, sobre la base de luchas ciudadanas puntuales”. Este sistema funciona sobre la base de tres dimensiones integradas funcionalmente: los requisitos de verificabilidad (“todo aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad para evitar vaguedades e indeterminaciones”), compuestas por los principios de legalidad (no se trata de cualquier hecho sino del seleccionado por la ley como delito), culpabilidad (no se trata de cualquier actividad del autor sino solo de aquella evitable y, por lo tanto, reprochable), lesividad (no se trata de una pura acción, sino de aquella que produce un daño) y proporcionalidad (no se trata de cualquier daño, sino de uno relevante y relacionado con el tipo de respuesta); las condiciones de verificación (“son los requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo como se construye la verdad, según la específica obligación de cada una de las partes), integradas por la imparcialidad (independencia, organización, juez natural, estabilidad e idoneidad); contradicción (derecho a una acusación única, cierta y completa; al derecho de defensa y al derecho a ser tratado como inocente); y publicidad (la audiencia como método en tanto nos preserva de la tendencia al secreto); y reglas de comprobación (“son el conjunto de filtros que evitan que la información llegue distorsionada o manipulada y al mismo tiempo el conjunto de reglas que dan guía y certeza a la construcción del relato final”), integradas por las reglas de la prueba, desde su admisibilidad hasta su valoración y fundamentación en la instancia de juicio oral.

En lo que sigue nos concentraremos en dar cuenta de la operatividad de algunos de estos principios, que interesan resaltar en función de la información aportada por los reportes nacionales.

En cuanto al derecho de defensa, observamos que no existe una tendencia regional en favor de su ejercicio activo. Por ejemplo, en Bolivia se consignó que en la etapa de investigación, “la actuación del defensor podría ser más activa, principalmente en la audiencia cautelar, donde podría cuestionar con más énfasis la ausencia de información aportada por el/la fiscal para fundar la aplicación de la detención preventiva. Sin embargo, se limitan a litigar “contra el tiempo” esperando que el imputado cumpla los plazos máximos de detención para pedir su libertad”. En Nicaragua, “la defensa oficiosa y privada en sus intervenciones aún tienen resabios del sistema inquisitivo: hacen mucha lectura de memoriales, peticiones mayoritariamente escritas, y por supuesto esperan resoluciones escritas; desaprovechan las oportunidades que brindan las audiencias públicas, donde pueden y deben plantear sus pretensiones con inmediación, concentración y publicidad, y en la misma la autoridad judicial resuelve”. En El Salvador se advierten problemas en la entrevista inicial entre el defensor y el imputado, pues “en el mismo día de audiencias se hacen entrevistas controladas que no son funcionales para la defensa”. En la provincia argentina de Neuquén, los defensores “normalmente se entrevistan con el/la imputado/a de forma previa a la audiencia de control de detención, aunque suelen hacerlo minutos antes de empezar la misma, pese a que en muchas ocasiones podrían haberlo hecho con más tiempo”. En cambio, cabe subrayar algunas experiencias regionales en donde la función de la defensa ha sido destacada por los informantes locales. En Uruguay, en los pocos meses de vigencia del sistema, se asentó la práctica de que los defensores siempre se reúnan con el imputado de manera previa a la audiencia de control de detención para asegurar un ejercicio pleno de su derecho de defensa en dicha audiencia. Por su lado, se debe resaltar el modelo de abogacía cubano, en donde “no existen barreras ostensibles que impidan el acceso igualitario a la justicia, por el contrario, garantizar este derecho ha sido un objetivo prioritario

del Estado cubano. En tal sentido, se ha ido fortaleciendo el papel de la abogacía cubana, a través de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) (...) que combina un servicio profesional de abogacía de calidad, tanto para los asuntos que son contratados por los ciudadanos, como para los que se brindan de forma gratuita en el ámbito penal, a través de los abogados de oficio. El Ministerio de Justicia tiene la misión estatal de velar porque las tarifas de cobro de los asuntos no rebasen el principio que inspiró el surgimiento de la ONBC, de favorecer el acceso de los servicios de abogacía a la ciudadanía, en los que la capacidad económica del solicitante no defina la calidad de la prestación que se le brinda”.

En relación al rol del juez de garantías durante la etapa de investigación, en algunos países se reportó que aún persiste una labor pasiva o confusa. En Bolivia, “la falta más grave es que no ejerce un control sobre la duración de la detención preventiva, lo que ocasiona un número importante de casos en los que la detención preventiva supera los plazos máximos definidos por la ley (24 meses)”. Además se consigna que “el/la juez/a habla con el imputado en lenguaje poco comprensible (usando tecnicismos o lenguaje jurídico en sus intervenciones)”. En Chile, “el rol de garantía se ve debilitado en la audiencia de control de detención. Reflejo de ello es que solo en un 20% de los casos asume un rol activo en la verificación de la legalidad de la detención”. En Paraguay, se entiende que “cualquier razonamiento judicial vinculado a la pertinencia de la prueba para su admisión se piensa como un adelanto del juicio oral y público”. A nuestro entender, esto implica una errónea comprensión del principio de imparcialidad. Por otro lado, en la etapa de juicio oral aún subsisten resabios de un juez activo en la producción de información. En El Salvador, el juez de juicio recibe información de manera previa al debate, pues se informa que “cuando se da la vista pública (juicio), el juzgador ya conoce el caso y la prueba, porque esa información se presenta de forma escrita por parte de la Fiscalía General, por lo que se corre el riesgo de que el juez pueda no ser totalmente imparcial a la hora de emitir la sentencia”. En Ecuador “existe un problema con la definición de su rol, pues en ocasiones atentan contra el principio dispositivo al forzar la norma para asumir un papel demasiado activo. Por ejemplo, en el juicio la ley establece que pueden pedir aclaraciones a testigos y peritos, pero sobre esta base se convierten en verdaderos interrogadores y contra examinadores. En cambio en audiencias como la preparatoria, donde el proponer posibles acuerdos sería un aporte, adquieren una actitud contemplativa”. En Costa Rica, “algunas lesiones al principio de imparcialidad se dan día a día sin que exista suficiente conciencia sobre ello, como cuando el juez interroga a fondo a los testigos o rechaza preguntas de oficio” durante la audiencia de juicio. En el proceso vigente en la justicia federal argentina se indican problemas de mayor magnitud en relación a la imparcialidad del juzgador, pues el informe local afirma que “se encuentra afectada en todas las etapas del proceso. Por diseño procesal, la investigación está a cargo del juez instructor, de modo que quien investiga también debe decidir, lo cual representa la mayor y más palpable afectación a este principio. Durante la etapa intermedia, es el juez quien invita al Ministerio Público para que acuse, de modo que aquí también existe un problema de división de roles entre acusar y juzgar”.

En tercer lugar nos interesa resaltar las experiencias que se están desarrollando actualmente en relación a la inclusión del paradigma de justicia restaurativa en nuestra región. La Justicia Restaurativa es un nuevo enfoque en el tratamiento de los conflictos penales, en donde se abandona la lógica infraccional del derecho penal y se sitúa el foco en la recomposición de la relación entre la víctima y el victimario como veremos más adelante. Resultan interesantes al

respecto las consideraciones de Mera (2009) acerca de las vinculaciones entre los estándares del sistema de garantías y la justicia restaurativa y la propuesta de reformular nuevos estándares acordes a los principios de este nuevo modelo de concepción de la justicia.

En Chile “los tribunales de tratamiento de drogas (TTD) recogen principios de justicia terapéutica. En concreto, el TTD implica que el infractor –consumidor habitual de drogas y/o alcohol- queda sujeto a una suspensión condicional del procedimiento que consiste en someterse a un tratamiento para su adicción. Esta experiencia comenzó en el año 2002 como un piloto en algunos juzgados de garantía para imputados adultos y en la actualidad se aplica tanto para adultos infractores como para adolescentes a partir del año 2016”. En México, un aspecto positivo es el funcionamiento de la justicia alternativa pues “está reglamentada por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, legislación única en la materia aplicable en todo el país. Este ordenamiento reglamenta las condiciones para la remisión de los asuntos, las pautas para la gestión de casos después de las sesiones, las calificaciones y capacitaciones de los facilitadores y las normas de competencia y reglas de conducta que rigen los programas de justicia alternativa. (...) Para febrero de 2016 las 32 entidades federativas ya contaban con al menos un centro de justicia alternativa, con un total de 314 en todo el país. (...) Los resultados son positivos y se tiene noticia de que hasta 2016, el 84% de los casos tramitados en justicia alternativa concluyó con un acuerdo reparatorio, de los cuales el 87% fueron cumplidos”. En Costa Rica, “dentro del Poder Judicial existe un equipo de profesionales integrado por personas de la judicatura, del Ministerio Público, de la Defensa Pública, de Trabajo Social y de Psicología cuyo objetivo es lograr la armonía social mediante la recuperación de las personas ofensoras, las víctimas y las comunidades, así como la reparación del daño mediante un proceso colaborativo en el cual las personas centrales son las víctimas, los imputados y la comunidad. Ellos cuentan con el apoyo del equipo institucional de trabajo. El equipo brinda a los imputados y a las víctimas el apoyo desde cada una de las especialidades; lleva a cabo reuniones restaurativas y realiza audiencias de seguimiento para verificar el cumplimiento de los acuerdos. El Programa funciona en materia penal en siete circuitos judiciales, es decir, aún no tiene cubierto todo el territorio nacional aunque su cobertura es muy amplia. Está reservado para los casos en los que sea aplicable la ejecución condicional de la pena, es decir cuya sanción no supere los tres años de prisión y se trate un imputado primario”. En República Dominicana, “es importante resaltar la experiencia del ‘Proyecto Tratamiento bajo Supervisión Judicial’ (...) Este programa funciona en el Séptimo Juzgado de la Instrucción del Distrito Nacional y tiene como destinatarios a los infractores menores en materia de drogas. Quienes en la fase intermedia del proceso, a través de la suspensión condicional del procedimiento, el juicio penal abreviado o la suspensión condicional de la pena, reciben un tratamiento distinto al del infractor ordinario, garantizando un enfoque restaurativo y terapéutico de la justicia”. En Brasil, existe un Centro de Justicia Restaurativa que funciona en Bahía desde el año 2010 y cuyas técnicas principales son la mediación y círculos de paz o restaurativos, aplicados por un equipo de facilitadores voluntarios.

4. La organización y funcionamiento de las instituciones

Todas las instituciones judiciales experimentaron cambios profundos como consecuencia de la implementación del sistema penal adversarial. En una primera instancia, estas transformaciones estuvieron dadas por un reordenamiento en las funciones de cada organización, asignando con exclusividad la dirección de la persecución al Ministerio Público, el apoyo a los fiscales en la investigación penal a las policías, los servicios de representación de los imputados a la Defensa Pública y fijando que los jueces se hagan cargo específicamente de la tarea jurisdiccional. La segunda etapa de cambios se vinculó con la compatibilización de los modelos de gestión institucionales con las exigencias que imponía la oralidad. Es así que las Fiscalías abandonaron la estructuración refleja al Poder Judicial y establecieron sistemas por flujos, territoriales o temáticos mucho más flexibles y bajo una nueva comprensión de la criminalidad, la Judicatura creó oficinas dedicadas a la administración de los Tribunales y la Defensa tematizó sus unidades y flexibilizó la intervención de los defensores durante el procedimiento penal. En lo que sigue nos interesa analizar la situación actual de estas instituciones en relación a cuatro áreas concretas: la ubicación institucional de los Ministerios Públicos y Defensorías, la existencia de oficinas administrativas al interior de los Poderes Judiciales y la presencia de unidades de análisis de la criminalidad en las Fiscalías.

Tabla 4. Características de las instituciones judiciales

PAÍS	UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS FISCALÍA	UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA	EXISTENCIA DE OFICINAS JUDICIALES O ADMINISTRACIÓN	PRESENCIA DE UNIDADES DE ANÁLISIS CRIMINAL EN LAS FISCALÍAS
Argentina (Federal)	Autónoma	Autónoma	No	Si
Argentina (Neuquén)⁴³⁶	Poder Judicial	Poder Judicial	Si	No
Bolivia	Autónoma	Ministerio de Justicia ⁴³⁷	No	No
Brasil (Federal)	Autónoma	Autónoma	No	No
Brasil (Bahía)	Autónoma	Autónoma	No	No
Chile	Autónoma	Ministerio de Justicia	Si	Si
Colombia	Autónoma	Autónoma	Si ⁴³⁸	Si

436 Sin perjuicio de que el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa de Neuquén pertenecen al Poder Judicial, en el informe local se resalta que son órganos que funcionan con autonomía.

437 En el informe de Bolivia se consigna que la Ley N.º 463 del Servicio Plurinacional de Defensa Pública (SEPDEP) reconoce a ese servicio la calidad de institución descentralizada. Sin embargo, el Ministro de Justicia tiene la facultad de nombrar al Director del SEPDEP y su presupuesto depende de dicha institución, por lo que en la práctica el servicio depende del Ministerio de Justicia

438 En el informe de Colombia se consigna que “si bien con la implementación del sistema penal acusatorio se pusieron en marcha los Centros de Servicios Judiciales para la realización de tareas administrativas, los despachos (de los jueces) mantienen básicamente la misma estructura que tenían

Costa Rica	Poder Judicial	Poder Judicial	No	Si
Cuba	Asamblea Nacional del Poder Popular	Autónoma	No	No
Ecuador	Función Judicial ⁴³⁹	Función Judicial	Si	No ⁴⁴⁰
El Salvador	Autónoma	Ministerio Público ⁴⁴¹	No	No
Guatemala	Autónoma	Autónoma	Si	Si
Honduras	Autónoma	Poder Judicial	No	Si
México (Federal)	Autónoma	Poder Judicial	Si	Si
México (Nuevo León)	Autónoma	Autónoma	Si	No ⁴⁴²
Nicaragua	Autónoma	Poder Judicial	Si	No
Panamá	Autónoma	Poder Judicial	Si	No
Paraguay	Autónoma	Autónoma	No	No
Perú	Autónoma	Poder Ejecutivo	Si	Si
República Dominicana	Autónoma	Autónoma	Si ⁴⁴³	Si ⁴⁴⁴

antes” de la reforma.

439 En el informe de Ecuador se menciona que tanto el Ministerio Público como la Defensa Pública “son parte de la Función Judicial. A pesar de que la Constitución dice que son autónomos (autogobierno), también fija que el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno de la Función Judicial. En el Código Orgánico de la Función Judicial se refuerza la última postura”. Por ello consignamos que pertenecen a la Función Judicial.

440 El autor local señala que “existe la Dirección Nacional de Política Penal, que en principio debería cumplir esta labor, pero en la práctica no lo hace”.

441 En El Salvador, la Defensa Pública Penal está ubicada dentro del Ministerio Público, de acuerdo a los artículos 191 y 192 de la Constitución que establecen que estará conformado por la Fiscalía General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República.

442 El reporte local informa que “con motivo de su plan de transformación, la Fiscalía tiene planeada la instalación de este tipo de unidades así como otras estrategias para fortalecer la investigación del delito”.

443 En el informe de República Dominicana se indica que “un cambio relevante introducido por el CPP fue la creación del despacho judicial y con este las funciones administrativas de los jueces quedaron a cargo del secretario y personal auxiliar”. Sin perjuicio de ello, aún no se ha producido una real separación de funciones pues el secretario y personal auxiliar aún tienen una dependencia funcional del juez. De hecho el informe consigna que éstos “deben asistir al juez”.

444 En República Dominicana, “en el año 2013 se creó la Unidad de Análisis de la Criminalidad con el objetivo de evaluar los fenómenos y los conflictos sociales que desde el punto de vista criminológico ocurren en el país y formular políticas públicas para la gestión de la criminalidad, en base a la realidad estudiada”. Sin embargo, en el informe se señala que ésta unidad “no alcanzó las ambiciosas metas previstas en el momento de ser creadas. Por lo que en la actualidad es solo un departamento de la Dirección de Análisis Estadístico de la Procuraduría General de la República”.

Uruguay	Poder Ejecutivo ⁴⁴⁵	Poder Judicial	Si	Si
Venezuela	Poder Ciudadano ⁴⁴⁶	Autónoma ⁴⁴⁷	No	No

Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar, si bien casi todos los países de la región poseen Ministerios Públicos autónomos, la Defensa Pública aún adolece de pertenecer a otras instituciones judiciales pues del total de los veintidós sistemas analizados en tan solo nueve de ellos gozan de autonomía. Por ejemplo, en Bolivia, “a pesar de la naturaleza descentralizada del Servicio Plurinacional de Defensa Pública, el Ministro de Justicia tiene la facultad de nombrar al Director y su presupuesto depende de dicha institución, por lo que en la práctica el servicio depende del Ministerio de Justicia”. Mientras que en Chile “la Defensoría Penal Pública (...) es una institución estatal, descentralizada funcionalmente y desconcentrada territorialmente, dependiente del Ministerio de Justicia”.

En cuanto a la organización interna de las Defensorías nos interesa resaltar que algunas de ellas han establecido unidades temáticas o especializadas para atender grupos o conflictos específicos. Chile “cuenta con unidades especializadas de defensa, atendiendo al usuario del servicio: juvenil, indígena, género, penitenciaria, migrantes, entre las más desarrolladas” y en Nicaragua “los defensores que atienden la materia penal están ubicados por despachos judiciales y por especialidad. A partir del año 2014 están constituidas la Unidad de Audiencias (juzgados de garantías), Unidad de Distrito Penal Adulto (delitos graves), Unidad Local Penal (delitos menos graves), Unidad de Violencia hacia las Mujeres (género), Unidad de Adolescentes, Unidad de Ejecución de Pena, Unidad de Impugnaciones, Unidad de vigilancia penitenciaria (para la fase de cumplimiento de penas y medidas de seguridad). En las regiones autónomas del atlántico y sur del país, existe un sistema de Defensa para grupos afrodescendientes y originarios. En lo relacionado a la Unidad de Familia es complementaria a la penal en ocasiones cuando existe una derivación por acusaciones en las que algunos de sus integrantes es imputado y/o acusado”. En la provincia argentina de Neuquén se resalta que la defensa ha logrado desarrollar líneas de investigación propias y diferenciadas a las de la Fiscalía pues “el servicio de gestión penal pública es lo más innovador en el Ministerio Público de la Defensa. La función de este servicio es apoyar a los defensores en las investigaciones propias de ellos, esto es, ir al lugar del hecho, entrevistar testigos, conseguir peritos. Además busca evidencia respecto al arraigo de los imputados, permitiendo a los defensores litigar en los casos de medidas cautelares, especialmente las de prisión preventiva. (...) Además, la defensa pública cuenta con un equipo técnico interdisciplinario, que brinda apoyo y asesoramiento científico técnico a los defensores, colaborando con información de ese tipo”.

445 Sin embargo, la Defensoría tiene el carácter de servicio descentralizado con autonomía técnica.

446 El Poder Ciudadano en Venezuela está conformado por la Contraloría, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público.

447 En el informe local se consigna que la Defensa Pública es autónoma pero depende financieramente de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, en la tabla también se advierte que la diferenciación de funciones jurisdiccionales de las administrativas es aún un tema pendiente en la organización interna de la Judicatura. En Bolivia se informó que “no existen oficinas judiciales o estructuras a cargo de la parte administrativa de los juzgados, por lo que este trabajo sigue siendo asumido por los jueces de materia”, lo cual es representativo de lo que ocurre en otros diez sistemas judiciales. En cambio, en otros países se ha avanzado en la creación de oficinas judiciales o administradores a cargo de esta área o bien se le reasignaron funciones a los secretarios para que estos se encarguen de la gestión del tribunal pero sin dependencia funcional con los jueces. Cabe resaltar el caso de Chile, en donde “se creó la figura del administrador a cargo de la gestión administrativa del juzgado o tribunal, entre la que se incluye las audiencias y tiempo dispuesto para ellas y la carga de trabajo de los jueces. Si bien está pensado que el administrador tenga amplias facultades, en la práctica se detecta que hay limitaciones a sus decisiones por parte del Comité de Jueces y su juez Presidente, quien valora y aprueba la propuesta del administrador”. Por su lado, en Nicaragua, “las actividades de carácter administrativo dentro del sistema de administración de justicia han sido delegadas a un nuevo modelo de gestión de despacho judicial integrado por instancias administrativas a las cuales se asignan funciones especiales, permitiendo que jueces/as y magistrados/as se enfoquen en su función y competencia objetiva y funcional. Como consecuencia no tienen dentro de sus funciones responsabilidades administrativas. Se implementó gradualmente hasta estar funcionado casi en todo el país el Sistema de Gestión de Despachos; cuenta con una estructura que facilita su trabajo, conformada primeramente por el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial (integrada por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia), Director a cargo de Secretaria General Administrativa, Subdirección y un Asesor. A su vez se fragmenta en 4 divisiones: infraestructura jurídica, control y seguimiento, implantación y apoyo judicial”. Este plan inició como un piloto en el 2007.

Otro aspecto que nos interesa abordar en cuanto a la organización de los Tribunales es que en general no se advierten experiencias de colegios de jueces en donde éstos intervengan de una manera horizontal e indistinta en los casos que ingresan al sistema, a excepción de algunas provincias argentinas. Entre ellas, importa resaltar el caso de Neuquén, en donde “todos los jueces, salvo los que integran el Tribunal Superior, el Tribunal de Impugnación, los jueces de Ejecución, y los de Niños, Niñas y Adolescentes, se organizan en dos Colegios de Jueces, uno con competencia en la 1° Circunscripción Judicial y otro con competencia en las restantes circunscripciones. Los jueces del Tribunal de Impugnación constituyen un Colegio de Impugnación e integran las salas por sorteo”.

Por su lado, el Ministerio Público ha transitado por avances muy notables, pero aún no ha consolidado una visión estratégica de la investigación penal. Esto se traduce en que son minoritarias las experiencias de oficinas o unidades de análisis criminal que tengan como misión principal abandonar la lógica del caso a caso y comprender que el delito se apoya en la existencia de grandes estructuras criminales que operan regionalmente. En Bolivia se reportó que “la estructura organizativa del Ministerio Público ha cambiado de forma importante durante la última gestión del Fiscal General, sin embargo, este cambio –que incluye la creación de importantes nuevas unidades y direcciones- y la implementación de un nuevo modelo de gestión, no ha repercutido sustancialmente en la forma en la que el Ministerio Público procesa los casos penales, en particular los de escasa relevancia social. (...) En 2016, el Fiscal General anunció la creación de una comisión de análisis de política criminal en la Fiscalía General de

Estado y la puesta en marcha (en los nueve departamentos de país) de Unidades de Análisis Criminal. Sin embargo, a la fecha del informe, ninguna de estas medidas se han implementado". En Chile, "el Ministerio Público no crea unidades de análisis criminal, sino hasta la Ley de Fortalecimiento del MP del 2015. Con el Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos (SACFI) se incorporan estrategias de análisis e investigación sobre mercados delictuales u otras estructuras de criminalidad. En cuanto a su estructura organizativa, se lidera por una Unidad Coordinadora del SACFI, dependiente de la División de Estudios, Evaluación y Control de la Fiscalía Nacional quien tiene a su cargo la implementación, orientación técnica, capacitación y evaluación. En cada Fiscalía Regional, a su vez, se crea un Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos, conformado por analistas criminales, fiscales adjuntos y lideradas por el Fiscal Jefe de Análisis Criminal y Focos Investigativos que dependerá directamente del Fiscal Regional respectivo. Este proceso de implementación tuvo un carácter gradual el cual culminó a principios de 2018 y se cerrará con una primera evaluación a nivel nacional a fines del 2018."

Por último, nos interesa dar cuenta de las experiencias que se están desarrollando en la región en relación al modo en que se controlan las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y las reglas de conducta que se imponen en el marco de la suspensión condicional del proceso. En Ecuador "en el 2013 se creó en la ciudad de Cuenca la "Unidad de evaluación, supervisión y seguimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva", cuya finalidad es realizar un diagnóstico del arraigo social de las personas que han sido sometidas a medidas no privativas de libertad con el fin de mejorar la calidad de las decisiones y realizar un seguimiento al cumplimiento de las condiciones establecidas. Tuvo una vigencia de 4 meses y consiguió que en más de la mitad de los casos flagrantes el juez dicte medidas alternativas y de 3 casos que llegaron a juicio en todos ellos se presentó el procesado". En México, "dado que la información que se introduce en la fase de medida cautelar es fundamental para justificarla o debatirla, una de las buenas prácticas que debe hacerse notar y en lo que México es pionero a nivel regional, es en la existencia del modelo de Servicios Previos o con Antelación al Juicio, institucionalizado en las Unidades de Medidas Cautelares (conocidas coloquialmente como UMECA). Estas instituciones fueron concebidas para cumplir con dos fines. Uno, llevar a cabo una evaluación del riesgo procesal con base en información obtenida a través de una entrevista con la persona detenida o investigada, y verificada a través de investigación de campo. Una vez elaborado el reporte de riesgo, este es enviado a las partes para que tengan información para debatir la medida cautelar. El segundo fin de las UMECA es supervisar las medidas cautelares en libertad, las condiciones impuestas a través de la suspensión condicional del proceso, e incluso también los acuerdos reparatorios de cumplimiento diferido. Datos del IJPP indican altos índices de cumplimiento de medidas cautelares en libertad en casi todos los estados, muchos por encima del 90%, por lo que distintas voces pugnan por la consolidación de estas oficinas. En el largo plazo se considera que pueden ayudar a bajar efectivamente los índices de prisión preventiva, e incluso, ser el impulso que requiere una reforma que expulse la prisión preventiva oficiosa de la Constitución". Por otro lado, en Panamá se ha optado por entregar esta función a la Fiscalía. Allí, "el control o seguimiento de las medidas cautelares queda en manos del Ministerio Público que, a través de su Oficina de Seguimiento de Medidas Cautelares, lleva los registros de notificación, hace visitas domiciliarias a quienes están privados de libertad en su residencia y mantiene los pasaportes de las personas a las que se le ha ordenado impedimento de salida del país. Sobre otras medidas cautelares el sistema aún no cuenta con los recursos suficientes para dar un seguimiento efectivo". Estas experiencias también se encuentran en desarrollo en algunos

estados de Brasil y provincias argentinas (como Santiago del Estero o Entre Ríos) y se han discutido o intentado implementar en otros países, como Chile, Bolivia y Perú, pero sin éxito.

PROPUESTAS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL ADVERSARIAL EN AMÉRICA LATINA.

1. Programa de mejoramiento de la oralidad.

Sin lugar a dudas, la oralidad ha sido uno de los elementos protagónicos en los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina. Para iniciar este apartado se podrían mencionar decenas de consideraciones, interpretaciones y análisis que han surgido en base a este emblemático principio de los nuevos sistemas adversariales. Para salirnos de las referencias más conocidas por el público optaremos por iniciar el análisis haciendo mención a una de las cualidades de la oralidad que no siempre ha sido tan destacada. Nos referimos a la vinculación entre oralidad y la idea del juicio.

Dice Binder (2014, p.29) que “cuando se habla de “oralidad” en realidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se imponga una pena sin un juicio previo, y juicio no es cualquier trámite sino la estructura (conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidad, la contradicción y la publicidad”. En consecuencia, la idea de juicio como “elemento central del proceso” no sólo se ha invisibilizado en los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo sino también en los recientes sistemas adversariales. Por lo tanto, “cuando hablamos de oralidad como uno de los valores de la reforma procesal penal nos referimos a este ideal de juicio previo, en el que se despliegan una serie de herramientas o principios colaterales como la intermediación, publicidad, contradicción y la concentración”.

Como extraemos de la reflexión de Binder, la oralidad condensa un ideal de justicia que tiene como contraposición más evidente el trámite inquisitivo en donde la idea de juicio se difumina entre mecánicas actuaciones de carácter secreto y escrito. Esta vinculación de oralidad con la institución del juicio detrás de la cual subyacen un conjunto de efectos (como los mencionados) es la cristalización de la concepción de la oralidad como un principio político de las reformas al proceso penal. La finalidad de este objetivo político es desterrar el modelo de juzgamiento inquisitivo caracterizado por la escrituración como forma de juzgamiento de la cual nuevamente se desprenden otras consecuencias como la delegación de funciones jurisdiccionales, la opacidad de las actuaciones judiciales y la íntima convicción del juzgador como criterio valorativo.

Siguiendo nuevamente a Binder (2012), la otra gran dimensión de la oralidad es que nos da la posibilidad de situar a la audiencia como el espacio ideal para que se produzca la pacificación del conflicto. A diferencia del trámite inquisitivo, en donde la participación del imputado y la víctima era marginal, en el sistema adversarial se produce una escenificación del conflicto en la audiencia oral lo que permite que se exteriorice el conflicto y se produzca un debate y

deliberación entre los diversos actores allí representados. En esta pacificación del conflicto se destaca la importancia de la ritualidad bien entendida en el sentido de que esa escenificación transmita un mensaje que impacte en los destinatarios en el nivel social.

Como veremos más adelante, uno de los aspectos que es necesario revitalizar en la justicia penal contemporánea es el ideal restaurador y de reparación a través de las vías compositivas de solución de conflictos. La oralidad será la única herramienta que nos permita obtener resultados positivos en este importante desafío.

A continuación, realizaremos un breve análisis de qué aspectos de la oralidad no están teniendo el desarrollo deseado en el funcionamiento actual de los sistemas de justicia penal. Para ello, se han identificado algunas áreas que se deben reforzar desde un plano teórico y práctico. Para ello, proponemos como modalidad de intervención la creación de un Programa Latinoamericano de Mejoramiento de la Oralidad que sea un punto de encuentro entre las instituciones encargadas de la formación judicial, el mundo académico y las ONG's que realizan seguimiento y monitoreo del sistema de justicia penal.

El rescate de la garantía del hecho.

Hemos observado que en muchos de los nuevos sistemas de justicia penal latinoamericanos, la audiencia de formalización de la investigación se ha convertido en una instancia bastante formal en la cual la fiscalía comunica al imputado/a en presencia de su defensor/a y el/la juez/a cuáles son los hechos por los que será investigado. Este momento se convierte en un hito procesal ya que desencadena el cómputo de algunos plazos como, por ejemplo, la duración de la etapa de investigación criminal. Además, en muchos casos esta audiencia se fusiona con otras como la solicitud de alguna medida cautelar sobre el/la imputado/a o la solicitud de alguna salida alternativa al juicio oral.

Se ha comprobado que en varios países existe poca calidad en la información del hecho a formalizar. Esto puede ser debido a dos factores. En primer lugar, ocurre que el relato de la fiscalía suele existir bastante preeminencia de la información proveniente del parte policial. Esto es problemático ya que supone que la descripción de hechos realizada por el/la fiscal/a puede estar sesgada y por lo tanto va a afectar con posterioridad todo el trabajo realizado en el proceso penal. En segundo lugar, los hechos descritos en la formalización no siempre tienen el nivel de claridad y detalle necesario. Solemos hablar de la necesidad de que los hechos contenidos en la formalización sean autosuficientes y al menos sean capaces de contestar a las siguientes preguntas: ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Qué? Y ¿Cómo?

La audiencia, por lo tanto, debe ser el espacio idóneo para poder mejorar y rectificar esta información proveniente de la fiscalía cuando no reúna el estándar adecuado para la formalización de los hechos a investigar. El rol de la defensa será crucial para poder advertir la necesidad de que los hechos se puedan detallar, profundizar o rectificar. La importancia estratégica de la labor de la defensa en esta audiencia viene determinada por el principio de congruencia que limitará la acusación fiscal a los hechos que inicialmente fueron formalizados. El/la juez/a de garantía, por su parte, deberá intervenir en el debate y corroborar si el detalle de

los hechos se ha realizado de forma adecuada incluso cuando la defensa no haya controvertido la información (Rua y González, 2018).

Si la audiencia de formalización se convierte en un ritual para comunicar una información al/a la investigado/a, sin ningún tipo de posibilidad de intervención o de modificación en la descripción del hecho, pierde sentido en su papel de favorecer un mejor intercambio de información.

La formalización de la investigación es concebida como un derecho del/de la imputado/a a la que Binder se ha referido como garantía del hecho⁴⁴⁸. Desde esa perspectiva, será necesario advertir del problema que en muchos casos esta formalización venga acompañada de forma inmediata de una solicitud de salida alternativa o de medida cautelar. En estos casos, es posible que el derecho a conocer de forma anticipada cuáles son los hechos sobre los que se está siendo investigado requiera que tengamos un tiempo razonable para asimilar a los hechos y para analizar estrategias de defensa antes de ser requerido por el Ministerio Público a participar en nuevas actuaciones procesales.

En el último tiempo, en algunos países como Chile, se han planteado algunos debates como la hipótesis de que la formalización de una investigación supone un perjuicio importante para el/la imputado/a, suponiendo una afectación del principio de presunción de inocencia por la realización de juicios paralelos por la opinión pública (Ried, 2017). En ese sentido, es importante recordar que existen varias situaciones procesales en las que las audiencias orales y públicas se realizan con la participación de un/a imputado/a en calidad de presunto inocente sobre el cuál se realizan una serie de acusaciones, en algunos casos solicitudes muy graves como la privación preventiva de libertad a la espera de juicio. Todas estas actuaciones, se realizan de forma pública con la finalidad de que la comunidad en su conjunto pueda tener conocimiento de cómo se resuelven y pacifican los conflictos ante la justicia estatal. Por lo tanto, sin perjuicio de que pueda existir el riesgo de que la imagen o el prestigio del/de la imputado/a se debiliten por estos comportamientos indebidos de los medios de comunicación pensamos que esto no justifica la supresión de la publicidad en esta etapa procesal. Por el contrario, deben reivindicarse otras vías que no atenten contra las audiencias públicas y que no supongan volver a concepciones opacas y secretas de la investigación criminal. Pareciese mucho más prudente realizar un trabajo persuasivo y colaborativo de educación a los medios de comunicación acerca de cuáles son las características del sistema de justicia penal que no siempre se ha realizado.

Las audiencias de acuerdos

La mayoría de países de la región regula audiencias orales para la formalización de acuerdos entre las partes, ya sean suspensiones condicionales del procedimiento o acuerdos reparatorios.

⁴⁴⁸ “Sobre la garantía del hecho recaen los requisitos de verificabilidad, esto es el hecho que puede ser verificado – que debe respetar los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad–; las condiciones de verificación -que componen la garantía del juicio previo, a través de las garantías de primer orden de contradicción, inmediates y publicidad- y las normas de comprobación -que son las reglas que operan como límite al ingreso de información en juicio” (Binder, 2012, págs.. 217 y ss.)

El fundamento de estas audiencias suele estar centrado en que el/la juez/a acredita la concurrencia de los requisitos procesales necesarios para la procedencia de estos acuerdos.

Hemos observado que en la mayoría de casos las negociaciones se han producido fuera de la audiencia entre las partes, ya sea entre la fiscalía y el/la defensor/a o directamente entre la víctima y el/la imputado/a, como suele requerirse para el caso de los acuerdos reparatorios. Por lo tanto, como los acuerdos suelen estar conversados de forma previa, las audiencias de acuerdos suelen tener poca duración y pocas veces se desvían de la verificación de los requisitos legales.

Para evitar esa lógica, las audiencias de acuerdos son un espacio privilegiado para discutir las causas reales del conflicto entre las partes y sobre todo, generar diversas alternativas que coadyuven a su solución. Es muy frecuente que a la hora de imponerse una condición al imputado estas suelen formularse de forma excesivamente general o no vinculada al conflicto original o a la resocialización del/de la imputado/a. Si insertamos en la audiencia de acuerdos la lógica de gestión del conflicto, podemos dirigir el debate de, por ejemplo, la suspensión condicional hacia la imposición de una condición que pueda ayudar a reducir el nivel de conflictividad entre las partes e, incluso, a insertarnos en un paradigma restaurador como veremos más adelante.

La labor judicial en las audiencias de acuerdos muchas veces ha quedado diluida por la errónea creencia de que el juez en un sistema adversarial debe ser pasivo y no entrometerse en la litigación de las partes. Por el contrario, el juez o la jueza en la etapa de investigación sí que tiene un rol mucho más activo no sólo en el sentido de exigirle información a las partes, sino también de poder promover que las partes exploren diversas opciones como una salida alternativa. Obviamente, no nos referimos aquí a un/a juez/a que apruebe acuerdos no autorizados por las partes, sino por el contrario un/a juez/a que da la posibilidad a las partes de que exploren y conversen sobre esas alternativas que la legislación procesal ofrece.

Por otro lado, consideramos que el/la juez/a no debiese ingresar a analizar en cada caso concreto el mérito o la proporcionalidad del acuerdo, ya que la lógica del sistema adversarial confía en que cada una de las partes gestiona su caso en base a sus intereses y la fortaleza de su caso mientras que la autoridad judicial debe resguardar en todo momento su imparcialidad. Solamente en aquellos casos excesivamente desproporcionales o en los que pueda presumirse que existe sometimiento o abuso de una parte sobre la otra, la autoridad judicial debería intervenir (Rua y González, 2017).

Oralidad y medidas cautelares.

En la actualidad, podemos comprobar que en muchos países de la región las audiencias de medidas cautelares no se realizan bajo un debate en profundidad acerca del supuesto material y procesal que fundamenta la posibilidad de imponer una medida cautelar.

Independientemente de que la prisión preventiva ha tenido un rebrote debido a la implementación de la prisión preventiva oficiosa en determinados delitos que ha sucedido en algunos países como México o la restricción de las medidas cautelares alternativas en casos de

reincidentes y delitos contra la propiedad así como la aparición de riesgos procesales abstractos en las agendas cortas anti delincuencia de Chile (Fandiño et. al, 2018), es necesario destacar a la oralidad como herramienta para promover un debate de mayor calidad en base a la configuración de los requisitos para imponer una medida cautelar.

Todavía vemos como los y las fiscales solicitan medidas cautelares muy intensas como la prisión preventiva aludiendo a la gravedad del delito o al monto de pena en expectativa. Si bien esta forma de proceder no se corresponde con la forma adecuada de solicitar una medida cautelar, también es grave comprobar como la defensa no suele hacer una contra argumentación ante esta forma de proceder y que el juez no dirige el debate hacia la necesaria focalización del debate en la configuración de los supuestos material y procesal.

En una audiencia de medida cautelar, el/la juez/a de garantía, en su rol de interpelación a las partes para exigirles información como corresponde en la etapa de investigación, debe solicitar a la fiscalía que proceda a la explicación de qué los hechos alegados están tipificados y que existe alguno de los riesgos procesales que la legislación estipula.

Finalmente, otro desafío que debe fortalecerse es la instalación de Servicios de Antelación al Juicio (SAJ) u Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) para que un organismo de estas características pueda proveer información objetiva acerca de la situación económica, familiar y laboral del imputado para que el debate de medidas cautelares se produzca sobre la base de información de mayor calidad.

La oralidad en la etapa intermedia

Uno de los elementos que garantiza el funcionamiento adecuado del proceso penal es la preservación de la audiencia de juicio oral como un espacio para pacificar sólo los conflictos más graves que el Ministerio Público decida elevar por criterios de política de persecución penal. Como dice Binder, (1993, pág. 231) “muchas de las grandes decisiones de política procesal que le dan carácter al proceso penal pasan por ésta fase intermedia y por el modo concreto como se controla el resultado de la instrucción”. De esta forma, esta etapa procesal aparece como la última oportunidad antes del juicio para alcanzar acuerdos entre las partes, para controlar la acusación del fiscal o para preparar la audiencia del juicio oral.

Como se ha explicado (González, 2018) podríamos mencionar tres grandes objetivos asociados a la audiencia de etapa intermedia: A) Mejorar la eficiencia en el sistema de justicia a través de la posibilidad de alcanzar acuerdos entre las partes; b) Controlar la calidad de la información en el proceso y c) Realizar un debate relacionado con admisibilidad y exclusión probatoria.

Hemos analizado varias limitaciones en el funcionamiento de la oralidad en esta etapa procesal. En primer lugar, existen varios países en los cuales todavía no existe regulación específica de audiencias para este momento procesal como Bolivia o en donde los objetivos de esta etapa se encuentran diseminados en dos audiencias como en Guatemala y Honduras. Producto de lo anterior se percibe como en algunos países esta etapa todavía no es vista como un momento central del proceso.

Otro de los déficits en esta audiencia lo encontramos en la participación de los jueces y juezas y su capacidad para dirigir el debate fomentando el contradictorio entre las partes y una mayor calidad de la información. Debiese profundizarse en las técnicas de audiencia para poder generar debates de mayor calidad en esta etapa procesal. Por ejemplo, es frecuente todavía que los debates relacionados con admisibilidad y exclusión probatoria sean bastante formales y no se realice el trabajo de filtrar medios probatorios de baja calidad. En este sentido, creemos que se vuelve necesario rediscutir la teoría probatoria que subyace a la regulación de la etapa intermedia e identificar que el sistema adversarial nos interpela a la construcción de estándares de admisibilidad que sean filtros muy estrictos para la discusión probatoria. En concreto, se impone repensar el criterio de relevancia o pertinencia como aquél que constituye el eje central alrededor del cual debiesen producirse en primer lugar los debates sobre la admisibilidad de la prueba. De hecho, los sistemas adversariales de larga tradición como el canadiense los denomina como el “corazón del sistema de admisión”.

Si profundizamos al respecto en los problemas de la prueba pericial, vemos como en países con más de una década de sistema adversarial como Chile todavía persisten problemas como el bajo control de la idoneidad del perito, la existencia de un debate de muy baja calidad en torno a la admisibilidad o el poco respaldo de las Cortes de Apelaciones a las decisiones de exclusión probatoria en primera instancia (Duce, 2018).

Existe una gran necesidad de replantear la capacitación a los operadores del sistema de justicia con la finalidad de que se robustezca la audiencia de etapa intermedia, mejorando la calidad de los debates probatorios. Una gran responsabilidad la encontramos en el juez de garantía quien en su rol de *gate-keeper* debe intensificar el contradictorio entre las partes para que se produzca un debate de mayor intensidad.

Por otro lado, con la finalidad de que la lógica adversarial permita obtener mejores resultados en la calidad del sistema, también se requiere que la Defensa formule una Teoría del Caso propia y que esta se manifieste en la proposición de prueba de descargo para que no se encuentre supeditada a la estrategia y medios probatorios de la Fiscalía. Estos aspectos están condicionados a una serie de necesidades presupuestarias y de fortalecimiento institucional previo en el caso de los defensores públicos.

2 La agenda de trabajo de las instituciones del sistema de justicia penal.

Tal y como se consignó en el diagnóstico inicial, las instituciones del sistema de justicia penal realizaron profundas transformaciones relacionadas con la necesidad de abandonar las lógicas de trabajo inquisitivas hacia las adversariales. Un claro ejemplo lo vemos en el caso de los Poderes Judiciales, en donde la mayoría de países abandonaron el modelo de organización judicial vertical tradicional por estructuras más horizontales como la Oficina Judicial que se caracterizan, entre otros aspectos, por la división entre funciones jurisdiccionales y administrativas. En el caso del Ministerio Público, en la actualidad comprobamos como la

mayoría de países de la región ha superado los llamados desafíos del Ministerio Público (CEJA, 2006) de primera generación⁴⁴⁹.

El nivel de avance en estas transformaciones es muy diverso en función del país del que hablemos. A riesgo de simplificar y generalizar se podrían esbozar tres grandes categorías.

En primer lugar, existen países en donde prácticamente no se han realizado modificaciones al funcionamiento institucional o en los que esos cambios no han logrado desterrar las prácticas del inquisitivo. Podríamos decir que Brasil, Bolivia, Paraguay, Honduras y la justicia federal argentina todavía se encuentran en esta etapa, en la que la oralidad y el sistema adversarial no han logrado tener un impacto real por ausencia de reformas o por nulo impacto de las mismas.

En una segunda categoría podríamos situar a algunos países en los que se han realizado reformas al funcionamiento institucional pero éstas no han tenido el impacto deseado. En estos casos todavía se estaría dando un profundo “duelo de prácticas” entre la cultura organizacional del sistema inquisitivo y el sistema adversarial. Costa Rica, El Salvador, México, Ecuador o Colombia presentan estas características. En esta categoría también podríamos situar a algunos países en los que las transformaciones institucionales se han dado con mayor intensidad en una que en otra institución. Por ejemplo, el caso de Guatemala, con una transformación muy profunda en todo su sistema de persecución penal pero con una situación más atrasada en el Órgano Judicial.

Finalmente, existen algunos países en los que todas las instituciones han llevado adelante profundas reformas institucionales en la dirección del sistema adversarial y los cambios han tenido un impacto positivo en la instalación de la oralidad. En este nivel se pueden destacar países como Chile, la justicia provincial de Argentina⁴⁵⁰ o Uruguay.

Visto este panorama se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la necesidad de que no desaparezcan del discurso regional las recomendaciones mínimas que se deben acometer en las instituciones para un funcionamiento adecuado del sistema adversarial. Tanto en los países que han avanzado menos como en los que más cambios han acometido, es importante reiterar la vigencia de algunas necesidades mínimas para que la oralidad y el sistema adversarial puedan tener un funcionamiento adecuado⁴⁵¹.

Por otro lado, en los últimos años se ha identificado la necesidad de comenzar a explorar nuevos desafíos para consolidar y apuntalar el sistema adversarial en aquellos países que han evolucionado más en los primeros cambios. Las propuestas que se describen a continuación tienen la finalidad de que aquellos países que hayan logrado avanzar en las principales transformaciones puedan tener una serie de orientaciones de cómo continuar avanzando en la consolidación del sistema adversarial.

449 Pueden ser considerados como desafíos de primera generación en el Ministerio Público, la organización refleja del Poder Judicial en el Ministerio Público; la dificultad para manejar la carga de trabajo; la errada visión horizontal del Ministerio Público y los problemas de coordinación con las policías, entre otros aspectos.

450 Se podrían incluir en esta categoría las provincias de Neuquén, Chubut, Rio Negro, Santa Fe, Salta y La Pampa.

451 La necesidad de contar con oficinas judiciales en las que se dividan funciones jurisdiccionales de administrativas, los cambios organizativos en el Ministerio Público para manejar la carga de trabajo de forma adecuada, la existencia de coordinaciones interinstitucionales, entre otras.

La consolidación del Ministerio Público como un organismo autónomo, vinculado con la comunidad y orientado a la gestión de la conflictividad.

Motivaciones iniciales de la autonomía en el Ministerio Público

Como se ha mostrado en el diagnóstico inicial, en la mayoría de países de América Latina se ha consolidado la ubicación institucional del Ministerio Público como un organismo autónomo y no dependiente de otros poderes del Estado.

A nivel internacional, existen varios modelos en relación a la ubicación institucional del Ministerio Público, como por ejemplo que sea dependiente del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo (Maier, 1993). La idea de que el Ministerio Público sea un organismo dependiente del Poder Ejecutivo tiene sentido desde una lógica en la que el gobierno centralizaría tanto la fijación de la política criminal como la política de persecución penal. Ese modelo genera varias dudas como, por ejemplo, la dificultad de garantizar la autonomía funcional de los fiscales cuando las investigaciones se dirijan hacia funcionarios de gobierno.

Es interesante la experiencia canadiense, en donde existía un modelo de Fiscalía dependiente del Ejecutivo, donde el Attorney General centralizaba las funciones de miembro del ejecutivo y jefe de la fiscalía. En el año 2006, se decide crear el Public Prosecution Service of Canadá como un servicio independiente a cargo de la persecución penal. Dicho organismo reporta su trabajo al Parlamento a través del Attorney General pero debiéndose garantizar el respeto a su independencia. De esta forma, el/la directora/a del Public Prosecution Service of Canadá realiza el trabajo de dirección de los fiscales sin injerencias ni presiones del Ejecutivo.

Este sería un momento adecuado para preguntarnos por qué en los movimientos de reforma procesal penal en América Latina se insistió desde un primer momento en la necesidad de un Ministerio Público autónomo. En ese sentido, Duce (2001, p.9) identifica que un Ministerio Público dependiente del Poder Judicial tendría el riesgo de su judicialización y que fuese “absorbido” por dicha institución en detrimento de los valores del sistema acusatorio. Por otro lado, si el Ministerio Público fuese dependiente del Ejecutivo correría el riesgo de su politización. Esta politización supondría “el riesgo del Ministerio Público de transformarse en un instrumento de la clase política para la persecución de los enemigos políticos y para asegurar la impunidad de la corrupción política administrativa”. Más adelante volveremos a este punto para analizar si estas advertencias de Mauricio Duce se manifestaron en aquellos países que se decantaron por modelos de Ministerio Público dependiente de algún otro poder del Estado.

La necesidad actual de reforzar la autonomía.

En los últimos años, entre varios organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil realizamos un trabajo de sistematización de “Estándares Internacionales sobre la autonomía de los fiscales y las fiscalías” (2017). De esta forma, se identificaron los principales instrumentos del sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos en la materia que identifican la necesidad de contar con Fiscalías autónomas.

Esta autonomía se traduce en la necesidad de que la Fiscalía no reciba presiones o injerencias directas o indirectas del Poder Ejecutivo o que no esté supeditada a otros organismos del Estado.

La forma de garantizar la autonomía se basa en la regulación adecuada de determinados aspectos críticos como el proceso de nombramiento y remoción del Fiscal General, así como también de la duración de su mandato. Algunas recomendaciones en ese sentido serían las siguientes:

- La necesidad de contar con una descripción adecuada del perfil del Fiscal General.
- La existencia de un procedimiento que requiera mayorías cualificadas de otros organismos del Estado.
- La exigencia de que el proceso tenga elevados niveles de transparencia y publicidad
- La importancia de que la ciudadanía y la comunidad tenga participación en dicho proceso.

Como decíamos, en la mayoría de países de América Latina, la ubicación institucional de los Ministerios Públicos tiene carácter autónomo en contraposición a los pocos que dependen de otros organismos, principalmente del Poder Ejecutivo. Ahora bien, es importante destacar que la simple regulación de su autonomía no necesariamente garantiza que el Ministerio Público no esté afecto a presiones indebidas de actores externos. Pensemos por ejemplo en el caso de Guatemala, en donde un modelo de nombramiento pensado en la autonomía como las Comisiones de Postulación, pudo ser cooptado por grupos de poder que tienen por objetivo incidir en el trabajo cotidiano del Ministerio Público. El trabajo de seguimiento del medio de comunicación guatemalteco Plaza Pública es formidable y un ejemplo lo podemos encontrar en la siguiente entrevista realizada a la activista Helen Mack (Arrazola, 2014).

Es conocido que en los últimos años, las Fiscalías autónomas han llevado adelante investigaciones de delitos en los cuales importantes autoridades del Estado incurrieron en responsabilidades penales. La investigación del caso Lava Jato en Brasil que tuvo drásticas consecuencias de forma transversal en la clase política se pudo materializar debido a que la Procuraduría General de la República tiene autonomía reconocida constitucionalmente desde 1988.

Durante el periodo de mayor autonomía del Ministerio Público de Guatemala también se lograron resultados históricos. En la gestión de la Fiscal General Claudia Paz y Paz, se logró la condena por genocidio sobre el poderoso general Ríos Montt y durante el mandato de Thelma Aldana se llevó adelante la investigación en el denominado caso La Línea acerca de una compleja red de corrupción y contrabando supuestamente dirigida por el propio Presidente y Vicepresidenta de la República.

Los avances en la persecución penal contra integrantes del Poder Ejecutivo pueden tener una doble lectura. En algunos casos pueden ser entendidos como un ejemplo positivo de actuación autónoma del Ministerio Público. A pesar de ello, también puede hacerse una lectura inversa, interpretando que el Ministerio Público pudiese llevar adelante la persecución penal en casos de connotación pública, promoviendo los intereses de otros sectores ideológicos contrarios a las fuerzas de gobierno. La judicialización de la política se encuentra en un momento álgido en la región y el Ministerio Público no debiese ser utilizado para instrumentalizar luchas de poder político, sino que debe trabajar y cuidar en que estos embates no afecten a su toma de decisiones ya que esto terminaría poco a poco deslegitimando su autonomía.

En el otro de lado de la balanza es necesario mencionar qué ha pasado con aquellas Fiscalías que se han mantenido como dependientes de otros poderes del Estado. Por ejemplo, se puede mencionar el caso de la Procuraduría General de la República de México que hasta el momento ha sido concebida como un organismo con fuertes grados de dependencia de otros poderes, principalmente del Ejecutivo. En el año 2014, se produjo la desaparición de 43 estudiantes normalistas en la localidad de Ayotzinapa, lo que supuso el inicio de la investigación del caso Iguala por la Procuraduría General de la República de México. Tal y como relatan varias investigaciones de organismos nacionales e internacionales, diversas instituciones tuvieron participación directa en los hechos que desencadenaron en la desaparición de los 43 normalistas, principalmente el Ejército y las policías mexicanas. En todo el proceso de investigación, se constató que la Fiscalía había elaborado una “versión oficial” de los hechos que era funcional al Gobierno federal y que exculpaba de grandes responsabilidades a las fuerzas federales implicadas (Fandiño y Doren, 2015). En la actualidad, este relato es completamente rechazado por la mayoría de organismos especializados y el caso ha generado grandes niveles de impunidad en México debido a la no localización de los normalistas desaparecidos.

Todos estos antecedentes, invitan a pensar en la importancia de que el Ministerio Público pueda continuar operando como una institución autónoma y no dependiente de otros poderes del Estado. Para que su autonomía no sea sólo un aspecto formal, es fundamental que se refuercen los procedimientos de nombramiento y remoción de Fiscales Generales ya que en la actualidad todavía siguen siendo bastante opacos y en muchos países ni siquiera hay espacios para que la sociedad civil pueda actuar realizando funciones de veeduría y monitoreo.

El Ministerio Público debe seguir explorando en el camino de la autonomía, no entendiéndola como autarquía o soledad institucional sino relacionándose de forma equilibrada con el resto de poderes del Estado en esta relación de no subordinación. La politización de la persecución penal sería una visión errónea y cortoplacista de la autonomía del Ministerio Público. El fortalecimiento de los Ministerios Públicos como órganos extra-poder también es una garantía para que se puedan reducir los niveles de impunidad en las democracias latinoamericanas y de esta forma se robustezca el Estado de Derecho y el imperio de la ley.

El Ministerio Público y la comunidad

Tal y como hemos relevado en profundidad en otras ocasiones a los Ministerios Públicos ya no sólo se les encomienda como función principal el resguardo de la legalidad sino también ser defensores de los intereses de la comunidad. Esta regulación ya se encuentra en las leyes orgánicas de varios Ministerios Públicos pero todavía no se ha materializado en prácticas concretas que hayan generado una mayor vinculación entre las Fiscalías y las comunidades. (González, 2018). Existen algunas áreas específicas en las que debe ser potenciado el rol de las comunidades en el ejercicio de la persecución penal.

Por ejemplo, en la suspensión condicional del procedimiento, uno de los problemas más recurrentes es que las condiciones que se le imponen al imputado son excesivamente abstractas y no siempre están centradas en la reinserción del imputado a la comunidad. En este punto, la comunidad cuenta con información específica acerca de cuáles son aquellas áreas en las cuales el/la imputado/a podría cumplir determinadas condiciones en su favor. En el ámbito de las

medidas cautelares distintas a la prisión preventiva también la comunidad puede servir para articular en conjunto con la Fiscalía. Además, en estos casos, la comunidad podría ser fuente de información sobre la situación personal del imputado que pueda ser utilizada en la audiencia de medidas cautelares para que esta decisión se tome en base a información empírica.

Otro aspecto interesante aparece de forma previa a la formulación de la política de persecución penal por el Ministerio Público. Si bien éste, en la persona del/de la Fiscal Nacional, tiene la facultad de determinar cuál será su política de persecución penal es importante que previamente se pueda diagnosticar dónde la comunidad sitúa los énfasis que debiesen priorizarse en esta política. Un error podría ser buscar esta información en instancias distorsionadas como los medios de comunicación o aquellas víctimas más mediáticas, que no siempre tienen representatividad con el conjunto de demandas sociales. Por el contrario, el Ministerio Público debería realizar talleres participativos y abiertos a diversos sectores comunitarios con la finalidad de hacer un trabajo de diagnóstico fiable que le permita adaptar su política de persecución penal a las demandas de la comunidad.

Un nuevo Poder Judicial para América Latina.

Los movimientos de reforma procesal en las últimas tres décadas provocaron numerosas transformaciones en los modelos procesales. Sin embargo, estos cambios técnico-jurídicos no siempre tuvieron un correlato en términos de modificaciones de las macro-estructuras de los Poderes Judiciales.

La mayoría de cambios en la organización judicial afectaron a la primera instancia ya que por regla general, la segunda instancia logró que las reformas no afectasen a su forma de funcionamiento. Dentro de estos cambios, es fundamental reconocer la transformación de los despachos judiciales abandonado un modelo que en otras ocasiones hemos denominado como colonial-piramidal debido a su naturaleza monárquica y jerárquica basada en la tramitación de expedientes escritos (Fandiño, 2018). Los movimientos de reforma procesal penal generaron en la mayoría de países estructuras de organización judicial más horizontales en las que existe división entre las funciones jurisdiccionales y administrativas, estando a cargo de estas últimas funciones un/a profesional de algún área multidisciplinaria, llámese Administrador/a o Director/a de Oficina Judicial.

Más allá de estas transformaciones en la primera instancia, existen grandes transformaciones pendientes en la organización de los Poderes Judiciales. Por un lado, las experiencias de los Consejos de la Magistratura han tenido una valoración bastante negativa en la mayoría de países. Además, se deben profundizar los debates sobre el Gobierno Judicial ya que, como hemos señalado, en la mayoría de Cortes Supremas “persiste una confusión entre las funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno” (Binder y González, 2018, p.356).

Otro desafío vital en los Poderes Judiciales de la región lo encontramos en la necesidad de que se potencie con mayor énfasis el vínculo del Poder Judicial con la comunidad. En América Latina, todavía existe un vestigio monárquico en los Poderes Judiciales que se caracteriza tanto en un nivel macro como en el ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces y juezas. Un ejemplo de esto a nivel institucional es que todavía existe un importante nivel de concentración de

funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno replicando un modelo basado en la potestad del rey para controlar y decidir sobre aspectos disciplinarios, nombramientos y carrera judicial (Aldunate, 2001). En un nivel inferior, podemos observar cómo existe bastante rechazo entre los jueces y juezas a la hora de intensificar sus grados de vinculación y relacionamiento en la comunidad en la que imparten justicia. Nuevamente, parece persistir una lógica colonial según la cual “el juez es una verdadera imagen de Cristo y, en esa medida, debe limitarse a juzgar, manteniéndose alejado de la comunidad en la cual está llamado a ejercer sus funciones”⁴⁵² (Aldunate, 2001, p. 194).

La concepción monárquica y oscurantista de la labor judicial debe ser abandonada por un nuevo ideal de jueces y juezas en el que su inserción y relacionamiento en la comunidad sea una práctica habitual. Esta transición supone un cambio de paradigma en la cultura jurídica, motivo por el cual nos gustaría plantear posibilidades a través de las cuales sea posible avanzar en ese sentido.

En primer lugar, existe la necesidad de realizar una nueva transformación en la capacitación judicial en América Latina. Como es sabido, un cambio importante se produjo con la incorporación de las destrezas y habilidades relacionadas con la oralidad, algo que fue incorporado en las prácticas de varias Escuelas Judiciales (González y Cooper, 2017). Con ese importante precedente, es necesario un avance mayor y poder incorporar en la capacitación judicial información sobre el contexto social en los cuáles nuestros jueces y juezas impartirán justicia. Como es sabido, las sociedades latinoamericanas se caracterizan por grandes niveles de desigualdad y heterogeneidad cultural lo que genera una necesidad importante de que la judicatura conozca toda esta información proveniente del contexto social y cultural de las comunidades en las cuáles impartirán justicia. Al respecto, la experiencia canadiense es muy valiosa en capacitar a jueces a través de información relacionada con la diversidad sexual, cultural y religiosa de la ciudadanía de Canadá (Lennox y Williams, 2013). Relacionado con este punto, es importante reforzar las experiencias de vivencia directa que pueden realizar jueces y juezas en conjunto con las comunidades más vulnerables ya que esto permitirá mejorar la perspectiva con que se acerquen con posterioridad a los/as usuarios/as.

Un segundo aspecto en la reingeniería del Poder Judicial es todo lo relacionado con la incorporación de la comunidad y la ciudadanía en la toma de decisiones. Como se consignó en el capítulo inicial, existe un proceso de recuperación del jurado popular como expresión máxima del juzgamiento penal en una república democrática. Ahora bien, junto con el fortalecimiento de la instancia del jurado popular en materia penal, también es importante que los Poderes Judiciales abran nuevos canales de comunicación con las comunidades, como por ejemplo con el establecimiento de Cortes Comunitarias en las cuáles la ciudadanía pueda intervenir en el funcionamiento de ella o Tribunales Vecinales para resolver conflictos de baja intensidad.

Reforma Policial y vinculación entre las políticas de prevención y persecución penal.

⁴⁵² Continúa Aldunate diciendo que “esto, en términos prácticos, se traduce en un deber de verdadera “ajenidad social” impuesto al juez (cuya herencia podemos percibir, sin dificultad, en nuestra actual cultura judicial).

En los movimientos de Reforma Procesal Penal, no existieron muchas transformaciones destinadas a la modificación de los organismos policiales, centrándose estas en el Poder Judicial, Ministerio Público y Defensa Pública. Con el paso del tiempo, se han podido identificar algunas limitaciones en el funcionamiento de los sistemas penales causadas por el bajo desempeño de los organismos policiales. Las dificultades en la recolección de evidencias y el resguardo del sitio del suceso, el respeto a la cadena de custodia o la baja calidad del trabajo de investigación policial están impactando a diario en la eficacia de los sistemas de persecución penal de la región.

Existe, por lo tanto, la necesidad de seguir concentrando recursos en la permanente capacitación de los organismos policiales, que permitan que éstos puedan mejorar sus procesos de trabajo y equipararse al resto de instituciones del sistema penal. De forma paralela, deben reforzarse los protocolos oficiales de procedimientos que permitan mayor transparencia y mecanismos de control del trabajo de los organismos policiales.

Ahora bien, para que todos estos esfuerzos puedan generar los resultados esperados, también es necesario que vayan acompañados de algunas transformaciones clave en la estructura de las policías latinoamericanas. Todavía es frecuente que muchos organismos policiales no estén completamente sometidos al poder civil y en donde sus cúpulas siguen siendo controladas desde lógicas endogámicas y militarizadas. Por otro lado, los niveles de transparencia activa de las policías siguen estando mucho menos desarrollados que en el resto de instituciones del sistema penal, generando muchas dificultades al trabajo de fiscalización y monitoreo que se puede y debe realizar desde la sociedad civil.

En otro orden de asuntos, también es importante que nos refiramos a la necesidad de generar nuevos espacios de encuentro y diálogo entorno al importante trabajo preventivo que realizan las policías. En muchos países, los trabajos y esfuerzos en el ámbito de prevención de delitos y en el control de la criminalidad no se realizan de forma concertada y dialogada. Incluso en los ámbitos reformistas, las instancias de debate son bastante diferenciadas y no existe un suficiente intercambio de ideas entre estos dos mundos.

Consideramos vital comenzar a generar vínculos sectoriales más específicos entre el mundo de la prevención de los delitos y las instituciones a cargo de la persecución penal. El Ministerio Público debe tener interés en que los delitos se puedan prevenir y los organismos policiales también deberán tener interés en que los delitos puedan ser perseguidos en forma eficaz.

Fortalecimiento y autonomía de la Defensa Pública.

Las Defensorías Penales Públicas en América Latina han transitado un difícil camino hacia el fortalecimiento de sus organizaciones y hacia la consolidación de algunas herramientas de gestión institucional necesarias para el buen desempeño de su misión destinada a garantizar el derecho a defensa en sus países.

En ese camino, se identificaron algunos desafíos de primera generación como el establecimiento de herramientas de diagnóstico de la demanda y la oferta, así como herramientas para el diseño

organizacional y control de gestión que permitieran dotar de mayor eficiencia institucional (CEJA y PNUD, 2006).

En la actualidad, los nuevos desafíos siguen teniendo que ver con la permanente necesidad de la Defensa Pública de fortalecimiento institucional y de equiparación presupuestaria con otros organismos del sistema de justicia penal.

En primer lugar, debemos mencionar el trabajo que se ha realizado al identificar los estándares necesarios para alcanzar estándares de defensa penal efectiva (Binder et al, 2015). Estos estándares nos ayudan a desterrar la idea de un derecho a la defensa desde un punto de vista meramente formal que ha estado presente en muchos de nuestros países.

Otro aspecto de desarrollo de la defensa tiene que ver con su focalización en determinados grupos de atención preferente, como por ejemplo los grupos vulnerables mencionados en las 100 reglas de Brasilia. En ese sentido, las Defensas Públicas deben incorporar unidades especializadas para atender a personas migrantes, pueblos indígenas, privados de libertad, mujeres, adultos mayores o adolescentes en conflicto con la ley penal entre otros.

Finalmente, un desafío en el cuál todavía hay mucho trabajo que realizar es la autonomía de las Defensorías Penales Públicas y su no dependencia de otras instituciones del sistema. Como mostramos en el primer apartado, todavía existen numerosas Defensorías que dependen del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. Existen numerosas razones para exigir autonomía institucional a la Defensoría, entre ellas destacamos la necesidad de que puedan participar en debates públicos sobre política criminal en defensa de las garantías; que exista un correlato institucional al principio de igualdad de armas, o que puedan proteger la autonomía funcional en el trabajo de los defensores (Moreno et. al, 2018).

2. Políticas públicas para la consolidación del sistema adversarial.

Transversalización del enfoque de género en la justicia penal

En América Latina, existe bastante bibliografía especializada en los fenómenos de la criminalización e invisibilización de las mujeres en conflicto con la ley (CEJA, 2010). En el último tiempo, estos estudios también han incluido a los colectivos LGTBI, estudiando el tratamiento que reciben por parte del sistema de justicia penal.

Además, la temática de la discriminación de la mujer ha estado presente entre los tratados del sistema universal de protección de derechos humanos desde el año 1979, con la suscripción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) que, por ejemplo, en su art. 15. 2 hace énfasis en que los tribunales deben prestar un trato equitativo y sin discriminación por razón de género.

Por su parte, el fenómeno de la violencia de género ha tenido bastante recepción en diversos instrumentos internacional de Derechos Humanos, entre los cuales se destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como *Convención de Belém do Pará que fue adoptada en 1994*. Dicha convención, junto con

realizar una definición de la violencia contra la mujer, genera una serie de obligaciones hacia los Estados relacionadas con la necesidad de contar con medidas de protección (muchas de ellas en el ámbito judicial) y de defensa de los derechos de las mujeres junto con políticas públicas que deben implementarse de forma progresiva.

Sin lugar a dudas, un ámbito en el que no ha existido excesivo desarrollo hasta el momento tiene que ver con la vinculación entre la agenda de trabajo de la reforma procesal penal con el movimiento feminista y de reivindicación de los derechos mujeres. Desde aquí queremos sugerir algunas áreas de trabajo en las que podría profundizarse el trabajo en los próximos años.

En materia de litigación penal, sería importante que en el trabajo de preparación de la Teoría del Caso que se realiza por la fiscalía y las defensas pueda realizarse integrando la perspectiva de género cuando las mujeres o la población LGTBI son parte en el proceso penal. De esta manera, al momento de configurar los elementos fácticos (que junto a los jurídicos y probatorios componen la Teoría del Caso) deberemos identificar todos aquellos aspectos que giren en torno a las personas, tales como su capacidad la forma en la que se expresó a fin de destacar hallazgos que impacten en la Teoría del Caso (Pérez, 2018).

En el ámbito de las salidas alternativas, en América Latina existe bastante controversia en relación a la posibilidad de promover su uso en casos de violencia de género. Algunos países han optado por prohibir legalmente esta posibilidad mientras que otros son más permisivos al respecto. Uno de las ideas o principios que suelen regir el ámbito de la gestión de conflictos es que la violencia no es mediable. Esta idea ha sido refutada desde algunos ámbitos de la justicia restaurativa que han logrado exitosos resultados incluso en paradigmáticos conflictos armados como el caso de la ETA en el País Vasco o el IRA en Irlanda. Ahora bien, en el ámbito de los conflictos interpersonales no podemos olvidar que los casos de violencia de género se caracterizan por un alto nivel de desigualdad entre las partes, lo que nos indica que los mecanismos colaborativos no serían una instancia adecuada para su conocimiento. A pesar de ello, el problema que encontramos aquí es que dentro de la categoría de violencia de género muchas veces encontramos conductas típicas como las amenazas que no necesariamente suponen violencia física y en donde se está desaprovechando la posibilidad de componer dichos conflictos.

En el ámbito de las políticas públicas judiciales, en la última década hemos sido testigos de la proliferación de unidades de género en los Poderes Judiciales así como de medidas institucionales tendientes a la promoción del respeto de los derechos de las mujeres en el ejercicio de sus derechos. A pesar de ello, queremos constatar que mientras no exista una presencia equilibrada de mujeres en los órganos jerárquicos de las instituciones del sector justicia (tal y como si existe en los órganos inferiores jerárquico), continuaremos presentando problemas en la incorporación de la perspectiva de género en el funcionamiento cotidiano del sistema de justicia.

Algunos países como México, Bolivia y Brasil han desarrollado protocolos para juzgados con perspectiva de género. Estos instrumentos son sumamente valiosos ya que generan recomendaciones concretas sobre un aspecto de gran complejidad: ¿Cómo abordamos las desigualdades estructurales derivadas del género de las personas en el complejo proceso de tomar decisiones judiciales en el marco de un proceso judicial? Para esto, los protocolos aportan varias recomendaciones en cada etapa procesal en donde muchas de ellas están relacionadas

con realizar preguntas (de la forma adecuada) a los y las usuarias de la justicia para obtener información sobre su situación personal que permita entender sus particularidades derivadas de la desigualdad de género.

La reivindicación del paradigma restaurativo en la resolución del conflicto primario.

Acerca de los objetivos del sistema de justicia penal

Cuando nos referimos a los objetivos del sistema de justicia, tradicionalmente se ha distinguido entre el objetivo de la resolución de conflictos o el objetivo de implementar políticas a través de la aplicación de la ley al hecho particular (Damaska, 1986). Nuestro posicionamiento está en la conceptualización del sistema de justicia penal como un paradigma de Gestión de la Conflictividad en contraposición al habitual paradigma del Orden (Binder, 2015). En ese sentido, a la hora de hablar de conflictos queremos hacer un énfasis en el conflicto primario que ocasiona la aparición de un conflicto secundario que vendría siendo la infracción que el imputado comete por incumplir la ley dictada por el legislador⁴⁵³.

Sin perjuicio de ello, es importante destacar que los objetivos en el sistema de justicia penal no deben ser vistos como excluyentes sino como complementarios. Por lo tanto, en el sistema adversarial existe un fuerte compromiso con la verdad, aunque sea distinta la forma en que nos acerquemos a ella. Siguiendo nuevamente a Binder (2012, pág. 21) el compromiso del juez adversarial con la verdad “debe ser tan grande que no debe buscarla”. Por el contrario, el/la juez/a, desde su fuerte compromiso con la imparcialidad, debe exigir la verdad al acusador para que superen los estándares probatorios y pruebe la verdad de sus acusaciones.

Tensiones entre los modelos retributivos y restaurativos de justicia.

El movimiento de reforma procesal penal logró completar la implementación del sistema penal adversarial en América Latina, iniciando dicho proceso en 1994 en Guatemala y culminándolo en Uruguay en 2017. En dicho intervalo temporal, se logró consolidar un sistema procesal penal de carácter acusatorio o adversarial adaptado en base a las problemáticas y particularidades de Latinoamérica (Langer, 2008).

Sin perjuicio de ello, interesa ver cómo este modelo de enjuiciamiento adversarial se ha hecho cargo de la tensión entre dos visiones opuestas de entender el derecho penal: una basada en la

⁴⁵³ “Existen dos formas básicas y antagónicas de comprender al derecho penal. Según una, que se llamará “derecho penal del conflicto”, trata de intervenir en la conflictividad social, mediante la selección de algunos conflictos respecto de los cuales “no queda otro remedio” que intervenir con el poder penal. Las razones de esa elección son complejas y están reguladas por los distintos principios que conforman el universo del derecho penal como *ultima ratio*. Para la otra visión – de raíces inquisitoriales –, el derecho penal es, ante todo, una infracción, una desobediencia. Allí no predomina el conflicto primario sino el conflicto secundario. El caso no es que Juan le pegó a Pedro y lo dañó (conflicto base) sino que Juan, en tanto le pegó a Pedro, desobedeció a la ley, a la orden de no dañar (conflicto secundario). Subyacen aquí dos cosmovisiones sobre el poder penal que compiten desde hace más de cien años”. (Binder, 2014, pág. 35)

Justicia Retributiva que le confiere a la pena un valor ejemplarizante o la Justicia Restaurativa que busca que las partes logren componer su conflicto y hacerse cargo de sus consecuencias en forma colaborativa y en base al perdón y arrepentimiento.

En la actualidad, podemos comprobar como los sistemas adversariales se han alineado del lado de la Justicia Retributiva, quizás debido a la visión de las salidas alternativas como formas descongestionadoras y no vinculadas a la solución del conflicto o bien porque ha permeado cierto discurso social más beligerante contra la delincuencia.

Además, los sistemas adversariales en América Latina, ofrecen una serie de alternativas al proceso judicial dentro de lo que comúnmente se ha llamado diversificación de las respuestas que ofrece el sistema de justicia. Las salidas alternativas más comunes y reguladas en todos los países son los acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento. El fundamento de estas instituciones es doble: por un lado, que el sistema judicial ofrezca respuestas más adecuadas en función de las características de los conflictos y, por otro lado, mejorar la eficiencia del sistema de justicia ya que estas salidas tienen tiempos de tramitación más reducidos.

En la actualidad, hemos comprobado como las salidas alternativas se están aplicando en una lógica de descongestión del sistema, existiendo muy poco énfasis en la posibilidad de que sirvan para solucionar conflictos. Esto se constata por ejemplo, en la imposición de condiciones excesivamente abstractas y desvinculadas de la solución del conflicto primario en el caso de la suspensión condicional del procedimiento. Además, la propia regulación ha sido bastante restrictiva e cuando a los tipos de delitos, etapas procesales o soluciones al conflicto que ofrece (Rua y González, 2017).

Además de las salidas alternativas tradicionales, algunos países han incorporado mecanismos más sofisticados como la Justicia Restaurativa. A ésta podemos definirla como una teoría de la justicia que no se basa en la imposición de castigo o dolor (Christie, 1984) sino que se basa en la reconciliación, el perdón y la sanación entre las partes, quienes se hacen cargo de forma conjunta de las consecuencias del conflicto. Uno de los mayores expertos en el tema, el australiano John Braithwaite (2008), considera que además, la Justicia Restaurativa al estar basada en la participación ciudadana en la resolución de los conflictos, supone una gran oportunidad para restablecer la confianza en el sistema democrático. Algunos países como México o Costa Rica han incorporado en su legislación diversos mecanismos y técnicas que encajan dentro de esta idea de Justicia Restaurativa.

Con la finalidad de revertir esta situación y consolidar el paradigma del sistema de justicia como un mecanismo de gestión de la conflictividad proponemos dos grandes líneas de intervención en los sistemas de justicia latinoamericanos:

a) Reforma integral al sistema penal para la incorporación del paradigma restaurativo.

La única forma de obtener buenos resultados implementando modalidades de Justicia Restaurativa, es adoptar una política pública consensuada entre todas las instituciones del sistema de justicia, el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Solamente, actuando de forma concertada se logrará revertir la cultura y las prácticas basadas en el cumplimiento de las metas institucionales y en la visión descongestionadora de las salidas alternativas. A continuación señalamos algunas de las áreas que deberán ser tenidas en cuenta en esta reforma integral al sistema de justicia penal:

En el plano legislativo, existe una necesidad de regular la solución del conflicto como un principio del sistema, tal y como se realiza en el art. 12 del Código Procesal Penal en Neuquén (Argentina). Por otro lado, también es necesario sofisticar las alternativas procesales disponibles incluyendo técnicas propias de la Justicia Restaurativa como las conferencias del grupo familiar, los círculos o paneles restaurativos o la mediación penal, entre otros (Soletto y Fandiño, 2017). A diferencia de las salidas alternativas que son concebidas en lógica de Justicia Negociada, estos mecanismos permiten un mejor tratamiento del conflicto desde un punto de vista restaurativo.

En el ámbito formativo, es necesario llevar adelante un proceso de capacitación a los operadores del sistema de justicia (jueces, fiscales y defensores) para que conozcan y sepan aplicar las técnicas necesarias para solucionar los conflictos de las partes en clave restaurativa. Muchas veces, los operadores del sistema judicial son resistentes a estos cambios por desconocimiento o por no poseer las herramientas necesarias.

Desde una perspectiva de política pública se hace necesario implementar una unidad a la que puedan ser derivados los casos para llevar adelante procesos de Justicia Restaurativa, ya que los especialistas deben ser personas con formación en el ámbito psicosocial. En cuanto a la ubicación institucional, cualquier organismo podría ser idóneo. Ahora bien, es fundamental que existan acuerdos entre todas las instituciones ya que todas van a recibir beneficios con un buen funcionamiento de estas modalidades de tratamiento de casos. Además, como el tratamiento de los conflictos con este paradigma requiere de más horas de trabajo de los operadores del sistema de justicia que en la Justicia Negociada en donde solamente opera una transacción entre las partes. Por lo tanto, es fundamental que las instituciones celebren convenios interinstitucionales en donde fijen cuáles son los conflictos que van a priorizarse y cómo será la forma de trabajo de los operadores, generando en la medida de lo posible orgánicas especializadas.

Finalmente, habrá que analizar con atención las principales tensiones entre el funcionamiento de la Justicia Restaurativa, ya que puede existir conflicto a la hora de aplicar principios o estándares típicos de la justicia penal tales como el debido proceso o la averiguación de la verdad. En ese sentido, sería importante generar nuevos estándares de funcionamiento que puedan regular mínimamente la forma de actuación a través de estos mecanismos (Mera, 2009).

b) Plan de revitalización y reconfiguración de las salidas alternativas al proceso penal

Como mencionamos anteriormente, en la mayoría de países de la región, las salidas alternativas al proceso penal se siguen aplicando con una lógica descongestionadora y con una visión muy marginal en cuanto a su potencial para servir como mecanismos para gestionar la conflictividad. Nuevamente, nos encontramos con el desafío de proceder a través de una reforma integral y en la cual participen todas las instituciones involucradas. A continuación, señalaremos los principales cambios para obtener resultados en este ámbito:

Desde un punto de vista normativo, hay que reducir los requisitos legales para optar a una de estas salidas. También es necesario evitar la exigencia de trámites previos como por ejemplo que se requiera la formalización de la investigación ya que supone una traba burocrática y que limita la posibilidad de atender tempranamente los conflictos.

Desde un punto de vista práctico, hay que concientizar a los operadores del sistema de justicia para que las salidas alternativas puedan funcionar con el objetivo de ayudar a solucionar los conflictos de las partes. Una alternativa necesaria es que las condiciones impuestas en el caso de la suspensión condicional o el acuerdo reparatorio, sean discutidas y acordadas en base a cómo van a ayudar a solucionar el conflicto primario de las partes. Por lo tanto, es fundamental que todas las partes cuenten con información empírica fiable para poder tomar estas decisiones y debatirlas en el seno de la audiencia. Deben desaparecer aquellos acuerdos basados en el cumplimiento de condiciones o medidas que sean excesivamente abstractas y que no tengan conexión con el conflicto primario de las partes.

Este plan integral de revitalización de las salidas alternativas se topa de lleno con un tema que exploraremos en profundidad más adelante y que dice relación con los resultados que produce el sistema y cómo podemos analizar si éstos son de buena o mala calidad. Tradicionalmente, se ha pensado que las salidas alternativas al proceso penal eran resultados de buena calidad, porque en términos de eficiencia producían ventajas en el sistema y por otro lado están basadas en acuerdos entre las partes lo que hace presumible que exista satisfacción con el resultado alcanzado. Una de las limitaciones de este enfoque es que solamente se hace cargo del resultado final o término que se produce sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto o la posibilidad de que este término ponga fin al conflicto. Para ello, es necesario combinar los habituales indicadores de resultado (30% de casos finalizados a través de suspensión condicional) con indicadores de proceso (30% de casos gestionados a través de varias sesiones de mediación). En el próximo apartado profundizaremos sobre estas nuevas herramientas relacionadas con la mejora de la calidad de los resultados del sistema de justicia penal.

Política de mejoramiento de la calidad de los resultados del sistema penal

Uno de los grandes éxitos del movimiento de reformas al proceso penal en América Latina fue haber generado modernos sistemas procesales que permitieron alcanzar niveles de eficiencia mucho más elevados que los presentes en los sistemas de carácter inquisitivo. Por otro lado, en varios países la justicia penal fue la punta de lanza en el complejo proceso de incorporación del Poder Judicial a la evaluación de su desempeño y al cumplimiento de determinados objetivos institucionales tal y como sucede con otras instituciones del Estado.

En ese sentido, han sido numerosos los avances como la creación de Oficinas Judiciales, la figura de los administradores de tribunales o las Oficinas de Gestión de Audiencias. En todos estos casos, se asentaron ideas fundamentales como la ineludible necesidad de división entre funciones jurisdiccionales y administrativas o la incorporación de profesionales de otras áreas al quehacer judicial.

En el ámbito del Ministerio Público, los resultados en términos de eficiencia también han sido notables. De hecho, uno de los problemas de primera generación como fue la incapacidad de manejar la carga de trabajo por el MP (CEJA, 2005) ya ha sido superado en la mayoría de países de la región quienes pueden al menos gestionar toda la carga de trabajo que ingresa en las fiscalías aplicando las facultades discrecionales que la nueva normativa adversarial les ofrece.

En el ámbito de la Defensa Pública también se han creados mecanismos que permiten aumentar la eficiencia tales como la creación de defensorías especializadas por etapa procesal, por ejemplo o la creación de unidades de apoyo como el caso de las Divisiones de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile.

Todos los esfuerzos mencionados han sido muy valiosos y son una base fundamental del funcionamiento de la justicia penal moderna ya que permiten que los resultados del sistema se produzcan en plazos razonables lo que es una garantía en sí misma y por otro lado otorga grandes beneficios a la sociedad en su conjunto por la prestación de un servicio público de justicia de calidad.

A pesar de ello, lamentablemente, en algunos países ha existido cierta actitud de exacerbación de la urgencia por alcanzar resultados cuantitativos sin observar cuál es la calidad de los mismos. Los casos de Chile y México han sido muy significativos de cómo se ha fomentado el énfasis en la consecución de objetivos basados en indicadores de resultado con mayor énfasis en elementos cuantitativos que cualitativos. Por ejemplo, en Chile, a través del sistema de evaluación del desempeño del Ministerio Público se promovió el uso de la suspensión condicional del procedimiento. De esta forma, todos aquellos/as fiscales que conseguían que sus casos terminasen a través de esta salida tenían una buena evaluación del desempeño en sus funciones. Ahora bien, el problema se detectó cuando comenzó a existir una preocupación acerca de la baja calidad real que suponían esas suspensiones condicionales ya que no solucionaban el conflicto primario, sus condiciones no se controlaban y generaron una percepción ciudadana de impunidad (CEJA, 2017).

Es importante destacar que el sistema de justicia penal debe mantener una estricta evaluación a través de indicadores de resultado (mayoritariamente cuantitativos) que debe alcanzar ya que esto nos permite comprobar que las instituciones pueden manejar de forma adecuada la carga de trabajo y dar salida a las causas en un plazo razonable. Ahora bien, si analizamos los indicadores de mediación habituales en la justicia penal, vemos como la mayoría de éstos están planteados como indicadores de resultado, en los cuáles lo que se mide es cómo una causa fue terminada (Ej. Sentencia condenatoria) sin un necesario contenido que nos permita apreciar mayor calidad en dichos términos.

A continuación realizaremos algunas recomendaciones de cara a mejorar los indicadores de monitoreo y dirigir su uso hacia la obtención de resultados que permitan acreditar mayor calidad en las actuaciones del sistema de justicia penal.

En primer lugar, los indicadores de resultado muchas veces no son construidos obedeciendo a ningún objetivo y por lo tanto son indicadores vacíos o que sólo dan cuenta de la eficiencia del sistema (Ej. Número de sentencias condenatorias). Se debe avanzar hacia una resignificación de dichos indicadores ya sea en una lógica de garantías procesales, género o Derechos Humanos, por ejemplo.

Una segunda idea dice relación a que los indicadores de resultado, que han sido históricamente construidos en base a elementos cuantitativos deben de ser complementados también con un enfoque cualitativo, ya que eso nos va permitir obtener información más profunda relacionada con la calidad de la prestación del servicio de justicia desde el punto de vista de los y las usuarias.

Finalmente, además de los usuales indicadores de término que nos permiten identificar cuantas causas se resuelven a través de una salida judicial o no judicial, también se deben incorporar indicadores de proceso, que nuevamente suelen poner su foco en cuáles son las características del procedimiento realizado y el grado de satisfacción de las y los usuarios. Estos indicadores serán muy útiles por ejemplo cuando evaluemos la calidad del servicio prestado a través de una mediación o algún mecanismo de Justicia Restaurativa, por ejemplo.

De la coordinación interinstitucional a una gobernanza de la reforma.

Las reformas procesales penales fueron concebidas como políticas de Estado capaces de suscitar acuerdos transversales entre diversas fuerzas políticas en el contexto de la recuperación democrática y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Podríamos decir que este tipo de políticas de Estado se insertan dentro de un contexto político de consensos basados en la gobernabilidad democrática, entendida esta como “un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas societales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz” (Camou 2001, pág. 36)454.

Es así que la implementación de un sistema de enjuiciamiento penal adversarial y garantista siempre fue concebido como un consenso en base a una política de Estado en la que se involucrasen sectores ideológicos contrapuestos como la derecha liberal o la izquierda progresista, quienes impulsaron estos procesos tanto como fuerzas de gobierno como de oposición. Los ejemplos de Chile y Uruguay fueron muy sintomáticos en cuanto a los consensos transversales generados entre diversas corrientes ideológicas. Desgraciadamente, al producirse los procesos de contra-reforma que consignamos en el primer apartado de este informe, ninguno de estos sectores ideológicos tuvo reparos a la hora de atentar contra principios esenciales del sistema acusatorio como la presunción de inocencia o la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Otro de los aciertos de los movimientos de reforma al proceso penal fue plantear estas transformaciones al sistema de justicia como un componente mínimo en la reconfiguración de las democracias latinoamericanas. Es significativo el caso de Guatemala, primer país en adoptar un código procesal penal acusatorio, en donde la reforma al sistema de justicia se incorporó como un elemento fundamental de los Acuerdos de Paz455 que sentaron las bases del post conflicto y la nueva democracia.

Coordinación interinstitucional y Reforma Procesal Penal

454 La idea de gobernabilidad de Camou (2001) permite superar la idea dicotómica entre Gobernabilidad e Ingovernabilidad y nos permite analizar diversos niveles de profundidad en base a tres elementos: a) El nivel de la cultura política; b) en nivel de las reglas institucionales y del juego político; c) los acuerdos entorno al rol del Estado y las políticas públicas.

455 En concreto nos referimos al Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática que preveía la creación de una Comisión de Fortalecimiento de la Justicia “con el mandato de producir mediante un debate amplio entorno al Sistema de Justicia, un informe y un conjunto de recomendaciones susceptibles de ser puestas en práctica con la mayor brevedad.” (Garavano et. al, 2014)

Una de las herramientas principales para poder abordar con éxito la implementación de la reforma procesal penal fue la creación de instancias de coordinación interinstitucional formales entre las instituciones del sistema de justicia penal. En palabras de Vargas (2005, pág. 83) para que estas instancias sean más eficientes deben ser “formales, con reuniones periódicas y con representantes de niveles operativos. [es importante la] generación de acuerdos escritos y seguimientos a los mismos”.

Si queremos hacer un balance acerca de la anterior recomendación de Vargas, la experiencia regional es tajante al respecto. Aquellos países que planificaron la implementación de la reforma procesal penal a través de instancias de coordinación interinstitucional lograron obtener mejores resultados en el desempeño del nuevo sistema adversarial. Por el contrario, los países con instancias de coordinación nulas o débiles, se caracterizaron por presentar problemas de funcionamiento graves, que en algunos casos incluso supusieron situaciones críticas para el trabajo de los nuevos sistemas orales.

Ahora bien, es necesario identificar también que las instancias de coordinación interinstitucional se han quedado debilitadas cuando el proceso de implementación propiamente tal finaliza y el sistema adversarial se encuentra en operación. En algunos países como México, incluso se decidió eliminar el organismo a cargo de la implementación del sistema (SETEC) al entenderse que el proceso de implementación había finalizado. Otros países como Chile, mantuvieron sus mesas de coordinación interinstitucional pero de forma mucho más debilitada, sin grandes equipos técnicos y en una lógica mucho más formal que no permite identificar problemas concretos.

Los ejemplos mostrados anteriormente son síntomas de que no existe una agenda clara acerca del rol que deben desempeñar las instancias de coordinación interinstitucional y las comisiones de seguimiento y monitoreo en los contextos post reforma en los que el sistema de justicia penal adversarial ya se encuentra implementado. Producto de esta falta de claridad y debate al respecto, es que las instancias de coordinación han desaparecido y las que permanecen se han diluido y quedado resignadas a un papel meramente formal.

En ese sentido, consideramos que el enfoque de las políticas públicas incrementales de Lindblom puede ser interesante ya que nos propone un modelo de toma de decisiones en base a la evaluación empírica de las decisiones pasadas y basado en la consecución de objetivos intermedios que de forma concatenada nos va a permitir alcanzar objetivos más ambiciosos (Lindblom, 1992). Este enfoque nos va a permitir identificar qué aspectos del sistema adversarial se encuentran ya consolidados y en cuáles debemos proyectar nuevos esfuerzos de forma realista y en base a evidencia empírica.

Hacia una gobernanza del sistema de justicia penal

El concepto de gobernanza no es pacífico, sino que por el contrario existen diversas visiones contrapuestas entre sí. A pesar de ello, existe una visión importante que la concibe como un paradigma superador de la gobernabilidad producido por el incremento de las demandas sociales, el debilitamiento del margen de maniobra del Estado y el fracaso de la regulación centralizada (Merrien, 1998 cit. Por Hutfy et al, 2006).

En gran parte, la gestación de la idea de gobernanza surge con los intentos de realizar reformas estructurales a los Estados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que en muchos casos no tuvieron el efecto esperado y que cuestionaron la efectividad del Estado en la formulación de dichas políticas. Producto de esto, se comienza a identificar la necesidad de cooperación del Estado con otros actores no pertenecientes a él como podrían ser las empresas o los sindicatos, por ejemplo. Existen diversas modalidades de llevar adelante formulación de políticas o estrategias basadas en la gobernanza pero uno de los requisitos es que el poder esté distribuido en la sociedad pero no de manera fragmentada e ineficiente (Mayntz, 2001).

Estas nociones relacionadas con el paradigma de la gobernanza en contraposición a la gobernabilidad pueden ser de inspiración a la hora de identificar cómo desde los diversos espacios institucionales y sociales se puede generar una agenda de trabajo en pos de la consolidación del sistema de justicia penal adversarial en Latinoamérica.

Las instancias de coordinación interinstitucionales planteadas en una lógica formal como la suma de Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público y Defensa deben abrirse a nuevos actores institucionales y sociales que tienen mucho que decir en términos de funcionamiento práctico de la justicia penal. Por ejemplo, no existe gran conexión entre las instancias de coordinación y el Poder Legislativo, el que con sus procesos de inflación penal y creación de delitos impacta determinadamente en la carga de trabajo del sistema de justicia. En ese sentido, los proyectos de reforma legislativa (procesal o sustantiva) debiesen siempre estar acompañados de diagnósticos y estudios de impacto que nos permitan identificar que existe una base de evidencia empírica en las reformas y que se pueden prever las consecuencias económicas y prácticas. Si bien estas recomendaciones de técnica legislativa pueden ser aplicadas a cualquier ámbito, en el funcionamiento de la justicia penal presentan total urgencia y relevancia para que puedan ser aplicadas.

Por otro lado, las instancias de prevención del delito en las que participan las policías en muchos casos de forma coordinada con representantes comunitarios, no suelen estar representadas en las mesas de coordinación del sistema de justicia penal.

Por lo tanto, deben constituirse nuevos espacios y mesas de gobernanza del sistema de justicia penal, que permitan incorporar a otros actores que se consideren necesarios para la correcta consolidación de la justicia penal adversarial. Dichas instancias pueden ser utilizadas de forma persuasiva hacia nuevos interlocutores como los medios de comunicación sobre los que siempre ha existido cierta resistencia a la hora de trabajar en forma conjunta y que producto de dicha lejanía no siempre se han relacionado de forma adecuada con los nuevos sistemas de justicia penal.

Además en las instancias de coordinación y monitoreo del sistema de justicia penal es fundamental que exista participación por los organismos de la sociedad civil que tengan un rol no sólo observador sino también fiscalizador y con capacidad real de injerencia en la fijación de políticas y estrategias de intervención.

Junto con proponer desde aquí la creación de mesas de gobernanza del sistema de justicia penal lo más abiertas posibles tanto a nivel nacional como local, también queremos advertir de la importancia de que los actores institucionales clásicos comprendan los roles que deben preservar. Por ejemplo, en una instancia que tenga por objetivo la generación de estrategias de

control de la criminalidad en determinado territorio, no sería razonable que el Poder Judicial tenga participación ya que debe resguardar su imparcialidad.

Nuestras sociedades latinoamericanas cada día son más abiertas y por lo tanto cada vez existirán más actores y representantes sociales que tendrán que aportar su grano de arena para contribuir a que el modelo de enjuiciamiento republicano y democrático pueda consolidarse y resistir así los embates que provengan tanto del viejo modelo inquisitivo abandonado como de nuevos enemigos que aparezcan en el horizonte.

Anexo I. Pautas de elaboración de los informes locales.

Estimado/a autor/a:

El estudio para el cual usted ha sido seleccionada/o es consecuencia de un convenio de colaboración entre CEJA y el Programa Estado de Derecho para América Latina de la Fundación Konrad Adenauer. Se trata de una obra colectiva donde todas y todos los autores y autoras deben seguir las mismas pautas formales y de contenido que permitan unificar y hacer comparables los resultados de sus trabajos. Esto servirá además para facilitar la presentación en el Congreso Internacional.

Como objetivo central este proyecto busca obtener información de tipo descriptiva concreta y crítica acerca del real funcionamiento de ciertos institutos claves puestos en marcha con la reforma procesal penal en su país. Ellos han sido clasificados en tres ejes que hemos dotado de interrogantes para que puedan ser abordados de forma comparativa a los fines de la elaboración del informe final.

Estructura para la elaboración del informe.

El informe debe estructurarse en tres partes.

- Introducción con breve reseña de los antecedentes de la reforma procesal penal:
- Ley que introdujo la reforma y su fecha
- Modo de implementación de la reforma y su estado actual: parcial o total (por regiones o en todo el país simultáneamente)
- Organismo encargado de su implementación
- Descripción de los tres ejes, utilizando las preguntas guías señaladas más abajo.

Las preguntas guías no deben responderse una a una. Su función es servir de disparadores de la información que debe ser contenida al describir el estado actual del eje. Al seguirlas, lo/as diverso/as autores y autoras permitirán que la comparación entre los distintos informes sea posible.

- Conclusión
- Análisis personal sobre el estado actual de la reforma en su país desde los tres ejes.

A continuación, se pone a disposición del/a autor/a preguntas que le permitirán una mejor estructuración de la información requerida.

Eje temático 1: Oralidad y Calidad de la litigación

¿Cuáles son las audiencias orales previstas en la ley?

¿Cuáles de estas audiencias efectivamente se realizan con debates orales y públicos?

En base a las audiencias que efectivamente se realizan ¿cómo juzgaría la calidad de la litigación en las audiencias?

Indicadores para audiencias centrales

Audiencia de Control de detención:

(A) ¿el/la juez/a o la defensa controlan el cumplimiento de los plazos legales?; (B) ¿se chequea si hubo apremios ilegales en contra del imputado? (C) ¿se revisa si al imputado se le leyeron sus derechos?

Audiencia de formalización de la investigación o formulación de imputación:

(A) El modo de relatar los hechos por parte de la fiscalía; (B) rol de la defensa (¿cuestiona la descripción de los hechos?); (C) rol del/a juez/a (¿interviene en caso de que la fiscalía presente una deficiente descripción de los hechos?)

Audiencia de Medidas cautelares:

(a) ¿Se respeta la estructura de discutir primero el supuesto material y luego el procesal? (b) ¿con qué información se discuten los riesgos procesales? (sobre la situación personal del/a imputado/a; o sobre el monto de pena y tipo de delito); (c) ¿se fija un tiempo de duración de la medida cautelar?; (d) ¿se fijan mecanismos de control de las medidas cautelares?

Audiencia de Salidas alternas:

(a) ¿Cuál es el rol del/a juez/a en el control de los acuerdos?; (b) ¿qué tipo de reglas de conducta se suelen aplicar?; (c) ¿las reglas de conducta están asociadas a los conflictos primarios del/a imputado/a y víctima? (d) ¿El/la magistrado/a toma en consideración aspectos personales de las partes para fijar las medidas?

Etapa intermedia:

(a) ¿El/la juez/a adopta un rol activo o pasivo en el control de la prueba presentada por la acusación?; (b) ¿se discute en profundidad sobre la relevancia y legalidad de la prueba

que presentan las partes?; (c) ¿se utiliza esta audiencia como la última instancia para llegar a acuerdos entre las partes?

Audiencia de Juicio oral:

(a) ¿Se advierte que las partes tengan una estrategia sobre el caso?; (b) ¿cuál es la calidad de los exámenes y contraexámenes? (c) ¿el/la magistrado/a asume un rol pasivo o introduce algún tipo de pregunta? (d) ¿está regulado el juicio por jurados? ¿Para qué casos? ¿Cuál es el análisis sobre su funcionamiento? ¿El juez dicta sentencia inmediatamente o difiere su decisión –condena o absolución- para más adelante? ¿Se utiliza esta etapa para llegar a acuerdos entre las partes?

Recursos y ejecución:

¿Cómo se sustancian los recursos?, ¿Se realizan audiencias para la etapa de impugnación? ¿Con qué alcance?; ¿Cómo se sustancian los procesos en la fase de ejecución de la pena?

Eje temático N° 2: Protección del sistema de garantías del imputado

1. ¿Cuál es la actuación del/a defensor/a en el proceso? ¿Qué tipo de intervención realiza en las audiencias? (Por ejemplo: se entrevista con el/la imputado/a de forma previa a la audiencia de control de detención; presenta prueba propia en la audiencia de medidas cautelares; cuestiona la relevancia de la información aportada por el/la fiscal en la etapa intermedia; presenta planteos sobre el acceso a la carpeta de la fiscalía durante la investigación; adopta una teoría del caso propia en el proceso; entre otros.)

2. Cumplimiento de las garantías (condiciones de verificación o teoría del juicio):

(A) Imparcialidad (¿el/la juez/a gestiona intereses en las audiencias? ¿Cuida mostrarse imparcial?); (B) contradicción (¿existen posibilidades para contradecir y cuestionar la acusación?); (C) publicidad (¿cuál es el grado de publicidad de las actuaciones durante el proceso?). (D) Derecho a ser oído (¿Juez/a invita al imputado/a a que participe en las audiencias?, ¿El/la juez/a habla con el imputado en lenguaje comprensible (permanecen latinismos y/o tecnicismos en sus intervenciones, etc).

3. El paradigma restaurativo como una garantía del imputado.

¿Cuál es la regulación normativa de la mediación penal y Justicia Restaurativa?; (B) ¿Existen delitos en los que se encuentre o haya encontrado prohibido el uso de la mediación? (C) ¿Existen límites para el caso de reincidentes? (D) ¿Existen unidades de

mediadores u otras figuras para llevar adelante los procesos de mediación o justicia restaurativa?

Eje temático N° 3: Reorganización de las instituciones del sistema penal

1. ¿Cuáles son los sistemas de defensa que existen? ¿Qué facultades tienen? ¿Cuál es la ubicación institucional de las Defensorías Públicas? ¿Existen sistemas de defensa especializada por etapa procesal o por grupos vulnerables de atención?
2. ¿Han existido cambios en la organización de la judicatura? ¿Persiste un modelo vertical o se han implementado colegiaturas horizontales? ¿Existen oficinas judiciales o estructuras a cargo de la parte administrativa? ¿Los jueces/as conservan facultades administrativas? ¿Existen órganos especializados para niños, niñas y adolescentes? ¿Se aplica alguna modalidad de justicia restaurativa o enfoque restaurativa en los casos de niños, niñas y adolescentes o adultos? ¿En caso de existir se trata de proyectos piloto o tienen ámbito nacional?
3. ¿Existe alguna unidad de análisis criminal en el Ministerio Público para el estudio de los mercados o fenómenos criminales? ¿Qué estructura tiene la unidad de análisis criminal? ¿Existe alguna iniciativa relacionada con persecución penal comunitaria?

Metodología de las Fuentes.

Podrá consultar fuente abierta, flexible, recurrir a la experiencia propia. Asimismo, es indispensable la realización de cuatro entrevistas (perfil de los entrevistados: un/a juez/a, un/a fiscal, un/a defensor/a y un/a experto/a que pueda aportar una mirada transversal sobre el proceso reformista).

Requisitos formales

Extensión: 15 páginas (sin contar carátula, índice, bibliografía y anexos).

Tamaño de hoja: Carta

Márgenes: Normal. Superior: 2,5 cm. Inferior: 2,5 cm. Izquierdo: 3 cm. Derecho: 3 cm.

Tipo y tamaño de letra: Times New Roman, 12.

Interlineado: 1,5.

Títulos en negrita.

Subtítulos en cursiva.

Fuentes: Se deberán citar conforme normas APA ej. (González, 2017, p.10). Citas textuales de más de 4 líneas irán como nota al pie.

Anexos: Podrán incorporarse al final, pero no formarán parte de las 15 páginas. Se prefiere máximo dos hojas de anexo, de ser posible.

En la última década se han implementado reformas a los sistemas de justicia que han marcado un antes y un después en aplicación concreta de garantías constitucionales y principios procesales en comparación con el antecesor. Tras la implementación del sistema acusatorio en los países de la región, ha habido aciertos y desaciertos, implementaciones complejas, avances y retrocesos prolongados en el tiempo que requieren un reajuste que permita reacomodar las piezas que integran esta maquinaria judicial con el objeto de seguir brindando a los y las justiciables un servicio de justicia de calidad y responsabilidad hacia los usuarios/as.

Los informes realizados por cada uno/a de los y las autores/as dan cuenta de las realidades locales en materias como: oralidad y calidad de la litigación, garantías del/ la imputado/a y organización de las estructuras judiciales, aspectos en los que ha existido impacto en los países de la región en la aplicación práctica del sistema acusatorio. Luego, del análisis crítico de dichos aportes, se erige una obra final que delinea una próxima agenda de trabajo para los países involucrados, recogiendo las experiencias reseñadas.

Con esa impronta, Alberto Binder, en su prólogo, advierte que “Este estudio es una muestra más de esa vocación de analizar, comparar y evaluar lo realizado y a partir de una reflexión crítica proponer nuevos caminos para continuar con la tarea de construir una justicia penal que ponga en vigencia el modelo de nuestros bloques de constitucionalidad”.