

**MANUAL DE LITIGACIÓN PENAL
EN AUDIENCIAS DE LA ETAPA
PREPARATORIA**



Autores: Leticia Lorenzo y Enrique MacLean Soruco

El presente manual fue elaborado por:

Leticia Lorenzo

Enrique MacLean Soruco

Este manual puede ser copiado citando la fuente.

Índice

Introducción.....	5
PRIMERA PARTE: LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO ORAL	8
1. CONSIDERACIONES GENERALES	8
1.1. Importancia del tema y su especificidad	8
1.2. La actualidad boliviana en materia de medidas cautelares.....	10
1.3. La posibilidad de decisiones discrecionales por parte del Ministerio Público.....	12
1.4. La actualidad boliviana en materia de salidas alternativas.....	12
1.5. La tramitación de los incidentes en la etapa previa al juicio. Cuestiones problemáticas	15
1.6. Estructura del manual.....	16
2. LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE LA ETAPA PREVIA AL JUICIO.....	17
2.1 La Audiencia como metodología	17
2.2 Las etapas para la litigación	19
2.3. Temas a considerar.....	33
SEGUNDA PARTE: AUDIENCIAS EN PARTICULAR	41
3. Audiencias de medidas cautelares.....	41
3.1 La dinámica de una audiencia de medidas cautelares	41
3.2 El rol de cada uno de los actores en las audiencias de medidas cautelares.....	58
3.3. Herramientas de comprensión de los fines de la audiencia de medidas cautelares...	62
<i>Aclaración previa</i>	69
4. AUDIENCIA DE CONTROL DE APLICACIÓN DE UN CRITERIO DE OPORTUNIDAD.....	71
4.1 Dinámica de la audiencia	71
4.2 Partes de la audiencia.....	73
4.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de control del criterio de oportunidad.....	80
5. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO	85
5.1 Dinámica de la audiencia	85
5.2 Partes de la audiencia.....	86
5.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de suspensión condicional del proceso	90

6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.....	93
6.1 Dinámica de la audiencia	93
6.2 Partes de la audiencia.....	93
6.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de conciliación	96
6.4 Herramientas de comprensión de los fines de la conciliación	96
7. AUDIENCIA DE PROCESO ABREVIADO.....	100
7.1. Partes de la audiencia.....	100
7.2. El rol de los actores en la audiencia de procedimiento abreviado	101
8. AUDIENCIA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.....	102
8.1 Criterios para identificar cuando es necesario excluir prueba del juicio.....	107
8.2 Quién puede solicitar la exclusión probatoria	108
8.3. Audiencia de exclusión probatoria.....	109
8.4 Prueba sobre prueba	111
8.5 Finalización	114

Introducción

Hace poco más de un año se presentaba la primera edición de este Manual titulado “Manual de Litigación en Audiencias de Medidas Cautelares”, enfocada en forma exclusiva a las audiencias de medidas cautelares en función al objetivo de la reducción del hacinamiento penitenciario.

La publicación del Manual significó para nosotros una oportunidad de observar las audiencias de la etapa preparatoria y verificar si algún cambio había operado a partir de los criterios recomendados por este texto. Una de las conclusiones que podemos enunciar luego de este período, es que si bien las audiencias de medidas cautelares deben ser monitoreadas y la prisión preventiva en nuestro sistema continua siendo en la actualidad sobre utilizada, éste no es el único tema relevante a la hora de dar una mirada al desarrollo del procedimiento penal y el encarcelamiento de las personas.

Este trabajo nos ha permitido detectar que la realización de audiencias en la etapa preparatoria es una cuestión que debe abordarse no sólo desde la especificidad de las medidas cautelares, sino también extendiéndose a otras posibilidades, como lo son la aplicación de las salidas alternativas al juicio o las solicitudes de nulidades por parte de los litigantes. Esto en función a que comprobamos que una de las cuestiones problemáticas de la actualidad procesal de nuestro país se da porque, ante la falta de experiencia en materia de litigación oral, hemos llevado a todas las audiencias a la misma dinámica, independientemente de la finalidad que cada una persiga. Así, lo que decíamos originalmente con relación a la audiencia de prisión preventiva como una forma de mini juicio, se hace extensivo a otras audiencias, donde en lugar de discutirse cuestiones específicas comienza a debatirse la responsabilidad penal del presunto autor como si se tratara de un juicio.

En lo que refiere a los controles de mecanismos discrecionales utilizados por el MP, los controles a realizarse en una audiencia son puntualmente definidos por la ley y distan mucho de poner en discusión todo el caso con su fundamento probatorio.

En el caso de las salidas alternativas, enunciaremos como hipótesis de trabajo que dada su particularidad, requieren otro tipo de actividad de parte de los sujetos procesales, que permitan llegar a la audiencia de discusión y resolución de una salida alternativa con un cierto núcleo de acuerdos a ser evaluado por el juzgador. Esto, en la actualidad, es difícilmente comprobable en las prácticas de los tribunales.

Por su parte, los pedidos de exclusiones probatorias traen una discusión profunda sobre la concepción e interpretación judicial del sistema de nulidades, que parece estar obviada en la actualidad de nuestra práctica procesal.

A esta altura de la implementación, y verificando que el preso sin condena continúa siendo un lastre en nuestro sistema – repercutiendo esto en forma directa, como ya lo dijéramos en la primera edición del Manual, en el hacinamiento penitenciario – parece necesario comenzar a dar estas discusiones en forma particular, asumiendo un hecho que la realidad nos arroja en la cara: el resultado de todas las malas prácticas o incomprensiones del nuevo sistema, genera más gente en la cárcel, en la mayoría de los casos sin condena y en un porcentaje bastante significativo, por cuestiones que no deberían haberse procesado en primer lugar.

Estas comprobaciones y reflexiones son las que nos han llevado a emprender este proyecto de ampliación del manual original, ya que consideramos que nada resulta si nos quedamos sólo en la crítica de observador externo. Nuestra intención con este instrumento es plasmar los debates que se han dado en nuestro equipo de trabajo alrededor de los resultados de observación de las audiencias en las etapas previas, asumiendo que un principio rector de todas las instituciones vinculadas al sistema penal es el de la eficiencia en la respuesta de parte del Estado y el abandono de la arbitrariedad.

Esperamos que esta sea una herramienta que aporte al cumplimiento de ese principio y permita generar nuevas prácticas en la litigación, que nos alejen de la acción rabulesca y nos acerquen al cumplimiento efectivo de la ley.



Autores: Leticia Lorenzo y Enrique MacLean Soruco

PRIMERA PARTE: LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO ORAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Importancia del tema y su especificidad

En el transcurso de 2008 presentábamos el Manual de Litigación en audiencias de medidas cautelares, con el objeto de brindar a los lectores herramientas prácticas para la actuación en dichas audiencias. En ese sentido, el Manual estaba orientado principalmente a los litigantes en materia penal. Ante la posibilidad de reedición, pretendemos en esta oportunidad extender esa lógica de desarrollo a otro tipo de audiencias propias de la etapa preparatoria: las audiencias de salidas alternativas y las audiencias de exclusión probatoria, compartiendo la experiencia recopilada en la materia tanto en nuestro sistema como a nivel regional.

La reforma procesal penal implementada en Bolivia a partir de mayo de 2001 trajo cambios sustanciales al sistema de enjuiciamiento criminal. Actualmente, parece completamente instalada la idea del juicio oral como forma de juzgamiento y pese a los inconvenientes que se siguen atravesando para la producción de los juicios, en principio podríamos afirmar que la reforma está ya consolidada en ese ámbito. Una de las grandes promesas con las que se encaró este proceso, fue la de disminuir al mínimo posible la retardación de justicia, realizando procedimientos rápidos y efectivos donde la víctima tuviera una verdadera respuesta de parte del Estado y el imputado de la comisión de un delito recibiera su sentencia en la forma más clara y transparente posible.

Esta promesa, estuvo íntimamente vinculada con la modificación al sistema de medidas cautelares, dado que las cifras arrojadas por los primeros estudios referidos a la necesidad de la reforma, mostraban un sistema penitenciario colapsado, donde más del 80% de los detenidos se encontraba preso sin condena. Las medidas cautelares fueron el tema más visible en cuanto a la transformación que requería el sistema penal, pero no fue el único: se comprobaba, al verificar el estado del sistema en los años anteriores a la reforma, que el cambio estructural exigía un diseño que posibilitara salidas distintas al juicio tradicional, a fin de satisfacer a las partes en conflicto y brindar soluciones prontas y oportunas y en

función a eso el NCPP se ocupó de establecer una variedad de alternativas al juicio como formas posibles de finalizar la persecución penal. Adicionalmente, en términos de diseño el NCPP realizó una opción muy fuerte por la oralidad: no sólo el juicio debe desarrollarse en forma oral, sino que en la etapa preparatoria todas las decisiones que modifiquen derechos o extingan la acción deben tomarse utilizando la metodología de la audiencia.

Este último aspecto, de trascendente importancia en términos de cambio organizacional y cultural, sumado al enorme esfuerzo por instalar al juicio oral como centro del proceso, ha llevado a la comprensión equivocada de que las audiencias deben desarrollarse siempre con las mismas características. En otras palabras: se ha generado una práctica extensa de audiencias de etapa preparatoria que asemejan verdaderas audiencias de juicio.

Cercanos a cumplir diez años de implementación de la reforma y con diez años ya cumplidos desde la aprobación del NCPP (marzo de 1999), consideramos importante comenzar a dar nuevos debates y reflexionar sobre las formas de mejorar el sistema, ya que este es un proceso que nunca se agota. En ese sentido, establecer la diferenciación entre una audiencia de juicio y una audiencia de etapa preparatoria, asumiendo a la vez que por las características propias de la etapa preparatoria pueden darse una cantidad de audiencias de dinámicas muy distintas, de acuerdo a las finalidades que se persigan, aparece hoy como uno de los principales desafíos para optimizar el sistema de justicia penal. Recursos humanos y económicos se desgastan en organizar audiencias que se suspenden, duran tiempos excesivos, no producen información relevante para la decisión judicial o, simplemente generan decisiones que no corresponden a los pedidos originalmente realizados.

Este Manual pretende contribuir a esas reflexiones a partir de propuestas muy concretas en términos de las prácticas necesarias, desde el litigante y el juzgador, para lograr efectividad en las audiencias de la etapa preparatoria. En ese sentido, si bien se referirán temas de organización institucional, no es el objetivo central del Manual abordar a profundidad cuestiones vinculadas a la gestión más si debemos llamar la atención sobre la necesidad de

pensar las instituciones hacia la producción de audiencias y abandonar definitivamente la estructura propia de la construcción del expediente judicial.

1.2. La actualidad boliviana en materia de medidas cautelares.

En esta materia, el Nuevo Código de Procedimiento Penal (NCPP) adoptó un régimen de medidas cautelares acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo dos principios que estudiaremos a lo largo de estas páginas y que son de suma importancia para la materia que tratamos: la excepcionalidad y la proporcionalidad como rectores para la aplicación de medidas cautelares. En los primeros años de implementación del proceso oral, la detención preventiva disminuyó en su aplicación, pero en la actualidad enfrentamos una realidad bastante similar a la que veíamos cuando se comenzaba a discutir la reforma: las cárceles están nuevamente pobladas por presos sin condena.

Ante esta situación, adquiere importancia volver a reflexionar sobre el sistema de medidas cautelares, pero buscando nuevos ámbitos de debate, ya que creemos superadas varias discusiones de principios y fundamento tanto por la legislación como por la jurisprudencia generada alrededor del tema. Por ello, si la oralidad fue uno de los pilares de la reforma y nuestro país puede contarse entre los pocos de la región que tuvo la visión suficiente como para oralizar todo el proceso y no solamente el juicio, consideramos que el debate necesario en nuestra realidad procesal se traslada desde el plano teórico de principios y fundamentos **hacia las prácticas concretas** que se han instalado en estos años de sistema acusatorio alrededor de las medidas cautelares.

Como mencionáramos al inicio, a lo largo de los años de implementación, las audiencias han ido adquiriendo el protagonismo que merecen en un sistema que se precie de mantener la oralidad; sin embargo, no se ha dado – creemos – demasiada reflexión en nuestro medio sobre las distintas características que deben presentar las audiencias respondiendo a finalidades completamente diversas a lo largo de un proceso penal. Por ello, la observación de la práctica en la etapa preparatoria, fundamentalmente en materia de medidas cautelares, nos da cuenta de un espacio que se ha convertido, de una solicitud puntual para cautelar los

fin del procedimiento, en una especie de mini juicio donde el juez de instrucción comienza a conocer detalles y elementos probatorios que sólo vendrían a cuento si estuviera juzgándose la responsabilidad penal o inocencia de la persona. Esto genera, en principio, tres inconvenientes importantes:

1. La litigación de medidas cautelares ha perdido de vista su finalidad última que es el **desarrollo normal del juicio** y se ha convertido en una discusión sobre la responsabilidad penal del imputado. El resultado final de la decisión sobre la aplicación de una medida restrictiva de libertad ha ocasionado que la información transmitida al juez y la calidad de su decisión excluyan de su argumentación que la aplicación de una medida cautelar sólo será razonable en la medida de que la misma asegure el desarrollo normal del juicio con el menor perjuicio posible para el imputado.
2. La duración de una audiencia de medida cautelar es exagerada, con el consiguiente efecto negativo para la práctica jurisdiccional (otras audiencias deben suspenderse, el trabajo de preparación de la audiencia de medida cautelar es equivalente al trabajo de preparación de un juicio, las agendas de los juzgados comienzan a colapsar, se genera en definitiva, retardación de justicia)
3. El juicio, en lugar de ser la etapa central del proceso penal, se convierte en una teatralización de lo actuado, en la medida en que dado que la audiencia de discusión de la medida cautelar requiere tanta información, los litigantes comienzan a prepararse mejor para esa audiencia que para el espacio donde realmente debe discutirse la responsabilidad penal del presunto autor.

Esto nos lleva a plantear la necesidad de revisar estas prácticas y esbozar algunos criterios que consideramos necesarios en la actualidad del sistema procesal, a los fines de mejorar la calidad de nuestros procedimientos, dar a cada fase procesal la importancia que merece respondiendo a los fines que le son propios, y posibilitar que los litigantes asuman su rol con herramientas concretas que permitan una litigación de calidad, beneficiando al sistema en su conjunto.

1.3. La posibilidad de decisiones discrecionales por parte del Ministerio Público

El Manual incorporará bajo la mención de “decisiones discrecionales”, la posibilidad de ejercer control jurisdiccional sobre la aplicación de criterios de oportunidad. Realizaremos esta distinción en función a que, a diferencia del trabajo de consenso necesario que debe darse para la aplicación de una salida alternativa (donde debe haber una imputación formal realizada de parte del Ministerio Público), el criterio de oportunidad aparece en el NCPP como una excepción al principio de legalidad por la cual, encontrándose ante un caso de los regulados en la norma, el MP podrá prescindir de la acción penal.

Ahora bien, el criterio de oportunidad no es una herramienta establecida por la norma para posibilitar la corrección de errores en el trabajo del MP sino que tiene por finalidad posibilitar un uso racional de los recursos estatales, a partir de brindar la chance de abandonar la persecución en determinados casos con características legales específicamente establecidas.

Si un litigante considera que se está aplicando un criterio de oportunidad en un caso en el que no corresponde, ya sea porque es un caso que no constituye un ilícito penal, ya porque es un caso que constituyendo un ilícito penal no está comprendido dentro de las posibilidades de excepción, debe existir una instancia de control jurisdiccional que permita poner en discusión cualquiera de esas situaciones posibles. El manual procurará encarar una propuesta sobre la dinámica de esa audiencia en particular.

1.4. La actualidad boliviana en materia de salidas alternativas.

Las salidas alternativas al juicio, dentro del proceso penal, tienen la finalidad de permitir la resolución eficiente de causas que, por sus características, pueden admitir una solución más pronta, efectiva y eficiente que un juicio.

Dichas salidas son una herramienta que permite a los órganos de persecución penal priorizar sus recursos hacia la persecución de aquellos casos en los que por su relevancia social, la suficiencia probatoria o características propias vinculadas a la política criminal

establecida, ameriten una investigación orientada a la realización del juicio oral. Las salidas alternativas, de este modo, permiten brindar una respuesta pronta a las partes en conflicto y gestionar el mismo en forma efectiva, tomando en consideración los intereses del Estado y de los involucrados directos en el mismo.

El NCPP estableció un abanico de salidas alternativas al juicio justamente para permitir que los casos fueran gestionados en forma eficiente y que la respuesta posible no fuera necesariamente la punitiva sino que también se tomara en consideración el interés de la víctima y la posibilidad de reparación del daño sufrido; en adición, al contar con estas salidas, se pretendía también cumplir con dos objetivos vinculados también a las medidas cautelares: racionalizar el uso de la prisión y terminar los procesos en un plazo razonable.

El desuso o subutilización de las salidas alternativas se reflejan en el perfil de gravedad de las causas que se persiguen penalmente, en la sensación de la impunidad de los sectores victimizados de la sociedad y, consecuentemente, en la administración de los recursos estatales en la investigación y persecución de los delitos.

Las salidas alternativas al juicio además de descongestionar el sistema penal y proveer un mecanismo de control de la eficiencia de los órganos de persecución, tienen una finalidad de generar confianza en la comunidad respecto a la resolución de los casos. En el caso puntual de la suspensión condicional, permite generar confianza en el sistema judicial, ya que, sin tomar una decisión punitiva, crea un mecanismo de prevención de mutuo beneficio para la víctima y para el imputado condicionado al cumplimiento de condiciones impuestas por el juez. En el caso del procedimiento abreviado, la frecuencia de su uso indicará la solidez y contundencia en la imputación, y los elementos probatorios reunidos durante la etapa preparatoria (dejando siempre abierta la duda razonable sobre extorsiones al imputado o trabajo negligente de la defensa en la valoración de posibilidades de rebatir la acusación o la credibilidad de las pruebas).

Desde el punto de vista de la litigación oral, consideramos que dos son las principales dificultades que se han dado en materia de uso de salidas alternativas:

- Nuevos procesos de trabajo. El hecho de incorporar legalmente las salidas alternativas ha obligado a pasar de concebir al proceso como una cuestión lineal, donde todos los casos debían seguir exactamente los mismos pasos hasta su culminación independientemente de los involucrados, el delito, las exigencias, el conflicto en sí, a concebirlo como un abanico de posibilidades, donde la decisión inicial que el litigante debe tomar es cuál es el camino procesal – de los múltiples posibles que la ley le presenta – que desea seguir con el caso que se le ha presentado a su conocimiento. Como se verá en el transcurso de este manual, esa decisión inicial implica una variación estratégica y de actuación para cada caso, que nos lleva a abandonar aquella idea de trabajo lineal, donde con todos los casos el litigante podía obrar en forma similar. Consideramos que esta es una primera dificultad en función a que obliga a enfrentar el caso con una mirada distinta a la tradicional y asumir el reto de tomar decisiones en forma pronta, de acuerdo a la mejor gestión del conflicto.
- Nuevas exigencias técnicas. Adicionalmente a la necesidad de tomar decisiones sobre la base de múltiples posibilidades, el uso de salidas alternativas requiere de los litigantes una habilidad distinta a la tradicionalmente utilizada en los procesos judiciales: en tanto en un proceso tradicional la base es discutir la razón sobre un hecho controvertido por las partes, para el uso de una salida alternativa se requerirá una habilidad de negociación entre las mismas para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas. Es decir que en tanto en una audiencia tradicional las partes irán a presentar argumentos a favor y en contra de una determinada posición esperando que el juez decida, en una audiencia de salida alternativa (más allá de las particularidades que se verán en el desarrollo del manual sobre cada una de las mismas) las partes deberán contar con un consenso previo entre ellas, con una negociación sobre la solución del caso y deberán presentar conjuntamente ese consenso al juez para que éste verifique si el mismo cumple con los requisitos legales establecidos. Aquí se ve en forma bastante clara que la lógica varía y esto obliga a dinámicas diferentes. Las prácticas actuales muestran que esta nueva lógica, de carácter más conciliador, no ha sido aún incorporada como parte de las técnicas de los litigantes en su trabajo cotidiano y ello lleva a que las audiencias se

confundan y asuman un carácter controversial que en principio no tendrían por qué tener.

Siguiendo estos lineamientos, el manual presentará algunas pautas de trabajo para los litigantes en el uso apropiado y estratégico de las salidas alternativas al juicio.

1.5. La tramitación de los incidentes en la etapa previa al juicio. Cuestiones problemáticas

En este punto nos concentraremos principalmente en las solicitudes de exclusión probatoria que se dan durante la etapa preparatoria en función a que se plantea en este tema una cuestión problemática vinculada a la interpretación del régimen de nulidades del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Si bien es correcto que el NCPP establece la obligación de excluir prueba y anular lo realizado en función a un acto que ha vulnerado garantías constitucionales, no menos cierto es que siendo este un incidente con características tan específicas, su planteo y litigación no puede quedar librado a la interpretación antojadiza de cada litigante. Tanto durante la etapa preparatoria como en el transcurso del juicio propiamente tal, el planteo de exclusiones se ha convertido en un mecanismo dilatorio del proceso y ello obedece, en nuestro punto de vista, a una concepción errónea de la forma en que debe litigarse este tipo de planteos y a una excesiva permisión de planteos por parte de los jueces.

Una de las finalidades de la etapa preparatoria es permitir que los casos que lleguen a juicio lo hagan en forma “limpia”, con todos los elementos que se incorporarán en el debate saneados y sin cuestionamientos en cuanto a su legalidad y/ o pertinencia. Sin embargo, esto no equivale a afirmar que para la discusión de cada actuación deba realizarse una audiencia de “semi” juicio en la etapa preparatoria. Como se observa, el problema vuelve a repetirse: ante el planteo de una exclusión probatoria se realiza una audiencia en la que, en lugar de discutir en forma específica la ilegalidad cometida y el agravio o perjuicio concreto causado a la parte peticionante, se pasa a dar una discusión sobre la responsabilidad penal del presunto autor o la ausencia de la misma. Con esto, el juez que debe decidir no sólo no tiene clara la base para tomar su decisión con relación a la prueba a

excluirse sino que, en adición, pasa a establecer criterios sobre puntos que no vienen al caso para ese tipo de audiencias y que corresponden al debate propio del juicio oral.

En función a ello, y estableciendo algunos criterios sobre la interpretación del régimen de nulidades y la exclusión probatoria, avanzaremos sobre ese punto en el apartado específico del Manual.

1.6. Estructura del manual

El Manual que presentamos al lector está estructurado en dos áreas de trabajo:

1. Una primera parte de carácter general, dedicada a contextualizar la temática en la actualidad procesal boliviana y presentar las características comunes de litigación en las diferentes audiencias que pueden presentarse en la etapa preparatoria;
2. Una segunda parte de carácter específico, dedicada a analizar una a una las audiencias que se propone analizar el Manual, presentando sus características propias a la hora de litigar en las mismas, como así también entregando al lector algunas herramientas de comprensión de los distintos institutos que se presentan, principios que los rigen y finalidades de los mismos.

El orden de estas áreas no es azaroso, sino que pretende ayudar al lector a comprender los mecanismos que se requieren para modificar las prácticas y así mejorar los resultados de los litigantes y la calidad de la administración de justicia.

En función de ello, debemos aclarar desde el inicio que el lector no encontrará en las páginas que siguen a continuación complicadas elucubraciones sobre las discusiones actuales que existen en la academia alrededor de los temas a abordarse. No se desarrollará en estas páginas la historia y aplicación de las medidas cautelares, las salidas alternativas o los incidentes en el derecho comparado ni se harán referencias ampulosas sobre las diversas posiciones alrededor de la necesidad o no de utilizar estas herramientas. Y esto no por considerar de poco interés o valor ese tipo de discusiones y exposiciones, sino porque entendemos que este instrumento debe servir a otros fines: **facilitar el trabajo del abogado**

litigante y mejorar la situación de la justicia penal a partir de un análisis de las prácticas actuales y sus posibilidades de cambio al amparo de lo normado por el NCPP. Para ello, partimos de una base de realidad: el actual sistema diseñado por nuestro NCPP. Pero aclaramos también que esta herramienta no pretende lograr “mayores y mejores resultados en menos tiempo”, sino que tiene por objetivo posibilitar que quienes realizan en la actualidad un esfuerzo por ser rigurosos en el cumplimiento de su rol, cuenten con instrumentos de sistematización de su trabajo.

El Manual no se ocupará, entonces, de dar fórmulas mágicas ni recetas milagrosas para lograr un resultado positivo, sino que paso a paso irá desarrollando los diversos aspectos vinculados con la litigación oral de cada tipo puntual de audiencia.

A partir de haber desarrollado la dinámica de la audiencia y los roles de cada una de las partes, pasaremos sí, a trabajar sobre algunos aspectos de sustento teórico. Pero nuevamente valga la aclaración: esto no se hará no en función de la discusión de la academia sino al servicio de la mejor litigación en los tribunales. Por ello, todo en el manual se irá vinculando permanentemente con los criterios fijados con relación a la realización de la audiencia de medida cautelar, núcleo central de este trabajo.

2. LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE LA ETAPA PREVIA AL JUICIO

2.1 La Audiencia como metodología

La oralidad es uno de los grandes avances que ha conquistado Bolivia en su sistema de administración de justicia penal. El hecho de que prácticamente se ha superado la discusión sobre sus ventajas nos permite analizar a las audiencias más allá de su sentido constitucional.

La audiencia es una metodología de trabajo y debe ser vista como tal por los litigantes, un entendimiento pleno de las reglas implícitas de esta metodología logrará un desempeño más eficiente en su desarrollo.

En la audiencia las partes transmiten información relevante al juez para que este tome una decisión que tenga la mayor calidad posible.

La relevancia de la información se encuentra previamente establecida por las disposiciones legales, en cuanto a los requerimientos específicos de información necesaria para la toma de una decisión. Y su control se encuentra en manos del Juez, el que deberá limitar las intervenciones a aquellos puntos que aporten elementos para la resolución respectiva.

Las partes además realizan un control de la información de su contraparte, no sólo sobre la relevancia sino sobre la veracidad de esta información. La calidad de la información depende directamente de su veracidad, la información falsa no puede fundar la decisión y la contraparte debe encargarse de hacer notar esta falsedad. (hablamos de falsedad en términos de una afirmación que no es verdadera, no respecto al tipo penal).

La calidad de la transmisión de la información dependerá también del orden en la exposición y la construcción de argumentos lógicos por parte de los litigantes. Las capacidades de oratoria de los litigantes y sus técnicas de vocalización otorgarán, quizá, un plus a la exposición, pero en una audiencia la calidad de la transmisión de información va ligada a la construcción de juicios lógicos y no de peroratas sentimentales. Por ejemplo: si contamos con la afirmación “Defendido es un buen Padre” y la usamos en un discurso sobre como *la forma en que Defendido asume su paternidad es loable y que una persona con tan altos valores morales no pudo ir a la cárcel* entonces realizamos una transmisión de información de baja calidad. Pero podemos transmitir la misma afirmación de manera relevante, A) “Defendido es un buen padre” B) “La hija de Defendido esta en la escuela con una beca” C) La beca que tiene la hija de Defendido ha sido gestionada por él y, de acuerdo a los dichos de las autoridades escolares, Defendido concurre mes a mes al colegio a informarse sobre la situación de su hija. Por lo tanto: “Defendido no fugará pues ello implicaría la separación de la hija o la perdida de la beca, ambos extremos no son admisibles en base a la afirmación inicial (A)”

La decisión del juez siempre va ligada a una petición de una de las partes y su calidad dependerá de la información proporcionada. Una Resolución impecable en su fundamentación, con citas legales y jurisprudenciales y con coherencia interna sin duda no sólo es deseable sino exigible al juez; sin embargo estos atributos de la Resolución no implican una decisión de calidad. La decisión del juez, en el caso de una audiencia de medidas cautelares, tendrá altos estándares de calidad siempre que **asegure los fines de la medida cautelar y la proporcionalidad en su aplicación**¹. En el caso de las salidas alternativas, tendrá altos estándares de calidad siempre que compruebe que la decisión ha sido asumida por las partes en forma voluntaria y existe cumplimiento de los requisitos de procedencia de la salida, sin coacción de ningún tipo.

2.2 Las etapas para la litigación²

Previamente a ingresar en las audiencias específicas, haremos una primera referencia a las etapas que un litigante debería considerar como pasos de trabajo para acudir a una audiencia en general.

Una aclaración para la lectura del texto es que si bien habrá puntos relacionados específicamente con la labor de una de las partes (por ejemplo, la medida cautelar nunca será solicitada por el abogado defensor), quien esté haciendo una revisión desde la posición contraria debe considerar las recomendaciones que se realizan ya que servirán de mucho a la hora de preparar la estrategia de contestación a las peticiones puntuales que se vayan formulando en la audiencia.

2.2.1 Análisis del Caso.

Como punto de partida, diremos que quien va a solicitar una medida cautelar no debe considerar esta decisión como una isla de su caso, sino que debe asumirla como **parte de una estrategia** que ya ha sido definida en la elaboración de su teoría del caso. Esto implica

¹ En la actualidad el alto número de detenidos preventivos y el tiempo de su detención refleja que las decisiones no tienen la calidad necesaria y esto es responsabilidad de todos los actores involucrados.

² Este apartado ha sido elaborado sobre la base de la “Pauta para Litigación en Audiencias Preliminares” del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. www.cejamericas.org

que la primera tarea que el litigante deberá realizar, al momento de tener conocimiento de un caso, será la elaboración de su propia **teoría del caso**.

Sin pretender hacer una exposición extensa sobre este tema, que excede la finalidad de este Manual, recordaremos algunas cuestiones sobre la teoría del caso que son necesarias para que el litigante tenga clara la importancia de su construcción:

La teoría del caso es la **versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio**. Está compuesta por tres partes:

- a) La teoría jurídica
- b) La teoría fáctica
- c) La teoría probatoria

Desde el punto de vista del litigante para determinar la existencia de un caso con relevancia penal (un caso “defendible” tanto desde el punto de vista de la acusación como desde la defensa), deberá estar en condiciones de, en el caso de la acusación, cubrir esas tres partes con **elementos suficientes** (entendiendo como elementos suficientes aquellos hechos que se subsuman en cada uno de los elementos del tipo penal y que puedan ser acreditados con pruebas idóneas para tal fin).

En el caso de la defensa, el abogado deberá verificar que es viable cuestionar alguna de las partes que la acusación considera tener cubiertas con su teoría del caso. Y destruir la argumentación de la acusación desde la misma perspectiva, para ello la defensa también precisa de la construcción de una teoría de caso.

Estas son las primeras y esenciales tareas del litigante y para ello, debe tener capacidad de definir y encontrar las diferencias entre lo que es un hecho, lo que es un concepto jurídico relevante al hecho y lo que es un elemento probatorio, y cómo se relacionan los tres.

Confusión del litigante entre hecho y concepto jurídico

Nos detendremos en este punto ya que una de las principales falencias que suelen observarse en la presentación de los casos en audiencias tiene que ver con la enorme confusión que existe en los litigantes entre **hecho** y **elemento o concepto jurídico**.

Recordemos que, desde el inicio de un caso, desde que un cliente llega a la oficina a contarle a su abogado una historia. Una víctima llega a la fiscalía a presentar su denuncia, un detenido se reúne con su abogado, para darle su versión de los hechos, todos los abogados escuchamos versiones de hechos sucedidos en el pasado.

Como litigantes, al escuchar estas historias, debemos comenzar a diferenciar estas categorías de hecho, norma y prueba para realizar el análisis del caso en función a ellas. El análisis puede ir dándose mediante la formulación de ciertas preguntas estratégicas básicas:

- a) ¿Cuál es la calificación jurídica probable de este hecho?
- b) ¿Existen hechos suficientes para cubrir los elementos del tipo penal por el que podría acusar o por el que debería defender a la persona?
- c) ¿Existen hechos suficientes para acreditar que la acción fue dolosa?
- d) ¿Existen (o existirán, ya que la tarea de la etapa preparatoria será la búsqueda de las mismas) pruebas suficientes para acreditar cada uno de los hechos que se están afirmando?

La construcción de un caso no es una cuestión menor; y es un tremendo error estratégico el considerar que “sobre la marcha” puede irse armando un caso. El momento para determinar si el abogado puede llevar adelante un caso o no, es el primer momento en que tiene conocimiento de él y responde esas preguntas. Las respuestas ayudarán a determinar si es conveniente que se concentre el trabajo en llevarlo adelante o si es mejor decirle a la persona que no existe posibilidad de litigarlo. Asumimos, en este punto, que un defensor público no podría decirle a su defendido que tiene un caso “indefendible”. En este caso puntual, la importancia de realizar el análisis del inicio es concentrar la atención y el trabajo en lograr elementos que permitan – si realmente estamos ante un caso que no tiene ninguna posibilidad de defensa – que la sanción impuesta sea la menos gravosa para el acusado. En el caso de la acusación pública, por el contrario, la realización de este análisis de inicio sería de suma utilidad para convertir al rechazo de casos en lo que realmente debe ser: una

herramienta que permita descongestionar al sistema y no un mecanismo librado al uso arbitrario de cada funcionario de acuerdo a sus necesidades estadísticas; lo propio para la aplicación de salidas alternativas.

Decíamos que la principal dificultad que suele observarse desde el inicio en los casos es la confusión permanente entre hecho y elemento jurídico. Por ello, a los fines de facilitar la labor de construcción de los hechos, veamos una posible definición de lo que un hecho es: *hecho, es una acción que se ha llevado a cabo, adelantándose a cualquier evento que pudiera dificultarla o impedirlo. Es una cosa que sucede.* Lo importante, en la descripción de un hecho, es librarlo de abstracciones. Cuando digo:

“El hoy procesado ingreso forzosamente al domicilio de la ofendida y valiéndose de violencia procedió a apoderarse de todos los bienes muebles que se encontraban en la habitación pero siendo sorprendido por ésta en el lugar, tomó un arma blanca con la cual amenazó ferozmente a la señora provocándole un pánico inmovilizador y huyendo con los bienes muebles”

El litigante que escucha o lee esta forma de relato puede imaginar algunas ideas sobre lo que sucedió:

- a) Al parecer se ha cometido un robo
- b) Al parecer fue un hombre
- c) Al parecer la víctima fue una mujer.

Estos datos, sin embargo no corresponden a los **hechos** ocurridos porque están plagados de calificaciones jurídicas sujetas a interpretación.

No podemos perder de vista que lo que se juzga en un proceso penal son hechos, acciones. Este relato, debido a que está plagado de abstracciones no puede enmarcarse en la definición de un hecho. Pasemos a analizar: *“ingresó forzosamente”*

Para afirmar que alguien ingresó “forzosamente” debe describirse cuáles fueron sus acciones puntuales: ¿Rompió un vidrio? ¿Pateó la puerta? ¿Hizo un boquete en la pared de la casa? ¿Rompió la cerradura? Y así, podríamos seguir agregando hipótesis **de hecho** que

se subsumen en la abstracción, en la categoría jurídica “forzosamente”. No olvidemos que los tipos penales describen conductas de forma abstracta, para posibilitar a los litigantes subsumir la infinidad de situaciones de hecho que las constituyen. Si un Código Penal tuviera que definir cada posible acción subsumible en los elementos del robo... ya puede el lector imaginar la extensión que tendría el código penal que hiciera eso con todos los delitos tipificados.

El ejercicio analítico de la categoría jurídica “forzosamente”, que se confunde con un hecho, podría repetirse con varias de las afirmaciones realizadas en ese relato: *valiéndose de violencia procedió a apoderarse de todos los bienes muebles...*

Proponemos al lector el ejercicio de transformar ese párrafo en tantas afirmaciones de hecho como sean necesarias para establecer un sustento fáctico a esas abstracciones, y verá entonces la importancia de tener clara esta diferenciación.

Una vez identificados los hechos del caso y la norma legal aplicable al mismo (teoría fáctica y teoría jurídica), la tarea será identificar la necesidad de prueba necesaria para acreditar la existencia de cada uno de los hechos que posteriormente se presentarán en el juicio. En este momento, la acusación buscará “llenar” la teoría del caso (a partir de identificar la prueba necesaria para cada hecho y determinar la posibilidad de obtener la misma) y la defensa buscará “vaciar” la teoría del caso de la acusación (a partir de identificar cuáles elementos probatorios son necesarios y no podrán ser obtenidos por la acusación)³.

En función a ese trabajo de construcción y análisis de la teoría fáctica, la jurídica y la probatoria, el litigante deberá, como finalización del análisis del caso, **proyectar** el alcance del mismo: ¿es un caso que tiene probabilidad de llegar a juicio? ¿es un caso que tiene muchas dificultades en la obtención de prueba y por tanto no resulta conveniente iniciar la

³ También podría darse el caso de una defensa planteando una teoría del caso propia (existencia de causa de justificación; existencia de causa de exclusión de la punibilidad; etc.). Sin embargo, a los efectos de facilitar la ejemplificación con el común de los casos, nos regiremos por el trabajo de una defensa que plantea cuestionamientos sobre la teoría del caso de la acusación.

investigación? ¿no es un caso penal? Diversas situaciones pueden darse a partir de este análisis inicial y en función a las mismas se determinará la actuación que el litigante tendrá durante todo el proceso. Por ello insistimos en la importancia de realizar este análisis de inicio: será de su concreción y pertinencia que surja nuestro trabajo de litigación como expresión de una estrategia clara y ordenada o como diversos hechos aislados inconsistentes unos con otros e ineficientes para defender los intereses de la parte que representamos.

Recapitulando: La primera tarea del litigante a momento de tener conocimiento de un caso es **analizarlo y pensar en una posible teoría del caso** (esto no quiere decir que el litigante cuente con todos los elementos, sobre todo probatorios en el primer momento, pero sí que debe estar en capacidad de hacer un análisis sobre los elementos necesarios para determinar cuál es el mejor camino para el caso en concreto).

2.2.2. Decisión sobre el caso

Realizada la proyección, el litigante debe decidir cuál será el camino procesal que seguirá con el caso:

- a. ¿Iniciará (en el caso de la acusación) efectivamente la investigación? Si del análisis del caso surge que el hecho no constituye delito, que la persona indicada no ha participado en el hecho (o, poniendo un ejemplo distinto pero muy común, que la persona no ha sido identificada y es imposible con los datos que existen su identificación posterior) o que no es posible obtener la prueba suficiente para acreditar la existencia del hecho, el NCPP establece la posibilidad de **rechazar** el caso. Esta es una primera decisión posible para el acusador – donde la defensa tiene también intervención ya que puede demostrar al acusador la imposibilidad de ir adelante con el caso y, en consecuencia, obtener esta decisión de su parte –. Otra posibilidad existente para la acusación en el mismo sentido es la presidencia de la persecución penal a través de la aplicación de un criterio de oportunidad; en esta segunda posibilidad, existiendo un hecho constitutivo de un delito, la acusación considerará (ya sea a partir del análisis propio o de la instancia de la defensa,

recalcando nuevamente que la participación de la defensa en las decisiones que tome la acusación es importante y puede influir en la solución temprana del caso) que el mismo cae en la categoría de la escasa relevancia social, la pena natural para la persona imputada, la posibilidad de perdón judicial en caso de condena, o la posibilidad de una pena mayor en otra persecución penal. En función de alguna de esas situaciones (que, es importante recalcarlo, deberán ser acreditadas con hechos del caso concreto), la acusación podrá solicitar la procedencia de un criterio de oportunidad y terminar el caso en un momento inicial del mismo.

- b. Iniciando la investigación, ¿cuál será el camino procesal que le dará a la misma?
 - a. Buscará un convenio. Una de las tareas que deberán realizarse, en términos de decisión, si se define el inicio de la investigación, será explorar las posibilidades concretas de llegar a un acuerdo que posibilite la aplicación de una salida alternativa (conciliación, suspensión condicional del procedimiento). Ya hemos hecho mención a la complejidad de fijar un proceso con múltiples caminos frente a la forma de trabajo anterior, donde todo seguía el mismo camino. Cuando estudiemos cada audiencia en particular veremos algunos de los criterios a tomar en cuenta para evaluar la posibilidad de una salida alternativa pero asumamos de inicio que este es un trabajo de análisis que obliga a ambas partes: si la acusación no ha evaluado la posibilidad de una salida, bien puede ser la defensa quien la promueva a partir de conocer los intereses y posibilidades reales de la persona imputada.
 - b. Buscará un proceso simplificado. En aquellos casos en que exista prueba suficiente y la acusación considere que llegado el momento del juicio obtendrá sin problemas la condena solicitada, podrá buscar un procedimiento abreviado como forma de evitar el tiempo de un juicio y dar una solución más pronta al caso; nuevamente aquí la defensa tiene una participación importante ya que puede buscar la aplicación de esta medida como una forma de evitar una pena mayor para la persona imputada y ese será un factor clave a la hora de analizar la conveniencia o no de someterse a esta posibilidad de culminación del proceso.

- c. Buscará llegar a juicio. En aquellos casos en que la acusación considere que es necesario llegar a juicio y posible obtener la evidencia suficiente para acreditar la existencia del hecho, responsabilidad del imputado y procedencia de la pena, la decisión se orientará a utilizar el tiempo de la etapa preparatoria para obtener esos elementos y presentarlos en un juicio oral; aquí la defensa se preparará, como se ha mencionado más arriba, para cuestionar las afirmaciones de la acusación y lograr una sentencia favorable para la persona imputada.
- c. Qué herramientas procesales precisarán ser utilizadas durante la investigación. Aquí una de las preguntas cruciales será por el uso o no de medidas cautelares y en caso afirmativo la decisión por cuál será la medida cautelar a solicitar al juzgador. Dado que este es un punto de desarrollo específico del Manual, nos remitimos a la parte correspondiente para profundizar el mismo.

2.2.3 Preparación de actuaciones.

Respondidas las preguntas del apartado anterior, la siguiente tarea del litigante será prepararse concretamente para las audiencias que surjan en razón de la decisión que haya tomado. Esa preparación implica elaborar una lista de necesidades puntuales para la audiencia.

- a. **Ensayo de argumentación.-** El litigante debe ensayar sus argumentaciones de acuerdo a los objetivos concretos que persiga con su solicitud. Si lo que busca es la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá demostrar al juez que nos encontramos ante un caso que constituye un delito pero, a la vez, entra en los supuestos excepcionales del Art. 22 del NCPP y, por tanto, está en facultad de prescindir de la persecución penal. Si lo que se busca es la aplicación de una salida alternativa, nuevamente deberá acreditarse ante el juez que nos encontramos frente a un caso constitutivo de un tipo penal y proceden las causas específicas para la procedencia de la salida (es un delito en el que se prevé la suspensión condicional de la pena en el caso de la suspensión condicional del proceso; es un delito de contenido patrimonial y no tiene por resultado la muerte en el caso de la

conciliación; etc.). Si lo que se busca es la aplicación de una medida cautelar, deberá presentar el caso desde el punto de vista de la acreditación del supuesto material como de la existencia del peligro procesal. Este trabajo de ensayo previo (que no requiere días de preparación, evidentemente, ya que los tiempos con los que los litigantes trabajan son muy acotados; es un trabajo de ensayo que puede realizarse en poco tiempo, una vez que se tiene ya elaborada la teoría del caso y claras las ideas sobre lo que se pretende), permite al litigante detectar sus propias falencias y corregirlas antes de presentarse en la audiencia y quedar en evidencia ante la contra parte. Una vez se tenga elaborada la teoría del caso, es más fácil ensayar la argumentación en espacios de tiempo acotados.

El ensayo de la argumentación evitará la improvisación de la audiencia, la preparación de una guía de litigación es deseable y personal de cada litigante. En este manual incluimos un formulario que puede ser empleado con esta finalidad para el caso de las medidas cautelares, este formulario deberá ser llenado no como un trabajo adicional sino como una guía o ayuda memoria del trabajo de preparación de la audiencia.

- b. **Verificar fuentes de información** Establecidos los hechos concretos que relatará en la audiencia, es importante que determine cuál será la información relevante para acreditar esos hechos. Por ejemplo: si la acusación decide solicitar la detención preventiva en función a la existencia de peligro de fuga porque el imputado no tiene arraigo, deberá realizarse un trabajo para verificar esta situación (entrevistar al jefe del imputado, a los vecinos, a probables amigos, etc.). Nótese que este trabajo en numerosas ocasiones ya ha sido realizado por la policía en el momento en que el fiscal conoce el caso, así que lo importante es aprender a identificar, dentro del cuaderno de investigación, cuál es la información relevante para la audiencia, de forma tal de poder contar con ella sin dilaciones.
- c. **Preparar material y documentación necesaria para la audiencia** La parte debe estar preparada para acreditar cada una de sus aseveraciones. Si, por ejemplo,

la parte acusadora sostendrá que el imputado no tiene una relación laboral fija, es importante que tenga a la mano el acta de la entrevista que se tomó a su empleador, en caso que la defensa cuestione la veracidad de la misma.

Volveremos sobre este punto más adelante, cuando tratemos cuestiones de acreditación en la audiencia de medida cautelar. Por el momento diremos que lo importante es que tanto la parte acusadora como la defensa, concurren a la audiencia con claridad sobre cuáles son los respaldos con los que cuentan respecto a la información que van a brindar en la audiencia y dónde se encuentran esos respaldos.

Suele observarse en numerosas audiencias cómo los litigantes recorren el cuaderno de investigación de palmo a palmo buscando respuestas que no logran encontrar. Por ello es importante desprenderse de la idea del cuaderno de investigación como mágica fuente que proporciona respuestas para todos los problemas que se presentan a los litigantes.

El cuaderno de investigación es una herramienta que proporciona al litigante múltiples sub herramientas. Si el litigante concurre a una audiencia de medida cautelar, es probable que el respaldo que precise para acreditar sus argumentos se encuentre contenido en el cuaderno de investigación, pero si no cumplió con el trabajo previo de identificación de los respaldos necesarios marcándolos o separándolos en una carpeta diferente, que sirva para la litigación de la audiencia de medida cautelar, probablemente tenga que acudir a la práctica de buscar toda información sobre la marcha lo que no sólo genera problemas de tiempo al tribunal sino que, lo que es peor, genera problemas de credibilidad para el litigante (*¿qué sabe este abogado del caso cuando no puede encontrar en su propia herramienta de trabajo un documento importante para esta audiencia?*, podría cuestionarse el juez a la hora de tomar la decisión)

- d. **Anticipar los argumentos de contrario y preparar respuestas** Finalmente, es importante que el litigante (tanto la acusación como la defensa) se prepare para responder a las argumentaciones de la otra parte.

No podemos perder jamás de vista que uno de los principios fundamentales del proceso acusatorio es la contradicción: **la posibilidad de que sea la otra parte la que realice un control de calidad sobre la información que el litigante trae ante el juez.** En función a ello, el juez siempre estará interesado en conocer y analizar los cuestionamientos que la otra parte realice a las afirmaciones que el litigante realice en audiencia. Si como litigante no me preparo previamente para, más que responder, adelantarme a esos cuestionamientos, mi trabajo quedará incompleto.

Por ello, en el caso de la acusación, una vez definidas las solicitudes que se realizarán el siguiente punto a trabajar será pensar cuál será la posición de la defensa, por dónde podrían venir sus cuestionamientos y qué elementos existen para contestar esos cuestionamientos. La argumentación eficiente deberá considerar los argumentos y deberá plantearlos en la misma intervención, la práctica de la litigación nunca puede depender de la negligencia del contrario y mucho menos de la suerte, el razonamiento *“ojalá que el defensor no se de cuenta de esto...”* no es válido, si la argumentación tiene alguna falencia que no puede ser corregida esta debe explicarse al juez, con esto se priva a la defensa de la posibilidad de señalar con contundencia la falta y en muchos casos, con la argumentación adecuada, incluso evita que el hecho sea considerado por el defensor que ha visto como la aparente falencia ha sido explicada.

Desde la defensa, el trabajo a realizar será siempre sobre la base del supuesto de las solicitudes de la acusación, recordando siempre que su tarea no es oponerse a todo sin razón alguna, sino identificar con claridad dónde están los puntos débiles o cuestionables y enfocarse a esos puntos para lograr un resultado favorable a su defendido.

La Audiencia de medidas cautelares es exigente para la defensa en el sentido de que ella deberá construir su argumentación como respuesta **inmediata** a la exposición de la acusación. Sin embargo, el defensor diligente tendrá a su favor un trabajo previo **de anticipación de argumentos**. El defensor sabe que la acusación deberá limitarse a argumentar sobre el presupuesto material y los riesgos procesales por lo que su trabajo será adelantar el análisis sobre ambos puntos y litigará en la audiencia **únicamente** respondiendo a estos argumentos, la preparación previa tienta al defensor a argumentar sobre todos los aspectos preparados, sin embargo una exposición de este tipo no es relevante, el defensor preparado no podrá ser sorprendido por la acusación y deberá cuidarse de argumentar sólo respecto a la solicitud de la acusación, en la audiencia la información no relevante es información que perjudica.

2.2.4 Sustento en la audiencia.

Finalmente, cubiertas todas las tareas hasta aquí definidas, el litigante deberá realizar su preparación final para sostener sus peticiones o cuestionamientos en la audiencia de medida cautelar. La idea central que el litigante debe tener en mente a la hora de prepararse para la audiencia, es la de **pertinencia**, teniendo la capacidad de:

AUDIENCIA				
	Medida Cautelar	Control criterio de oportunidad	Salida Alternativa	Exclusión probatoria
ACUSACIÓN	Relatar en forma puntual el hecho (supuesto material);			
DEFENSA	Solicitar las aclaraciones necesarias si el hecho no estuviera claramente subsumido en un tipo penal específico			Presentar la actuación vulneratoria del MP y el agravio puntual al imputado
ACUSACIÓN	Dar al juez elementos suficientes para acreditar un peligro procesal	Acreditar la pertenencia del caso concreto a uno de los supuestos	Acreditar la pertenencia del caso concreto a uno de los supuestos	Acreditar la legalidad de la actuación y/ o la inexistencia

DEFENSA	en concreto;	supuestos del Art. 22 NCPP	procedencia de salida alternativa	de de agravio
	Presentar elementos que cuestionen la existencia del peligro procesal	Fijar su acuerdo con el MP o puntos de diferencia.	Fijar su acuerdo con el MP o los puntos de diferencia	
ACUSACIÓN	Justificar la necesidad temporal de la medida en función a la investigación		Fijar las condiciones establecidas para la reparación del daño y, en su caso, el tiempo para la extinción de la acción	
DEFENSA	Fijar su criterio sobre la temporalidad de la medida		Fijar su acuerdo con el MP o los puntos de diferencia	

En líneas generales, las partes deberán tomar en cuenta, para su actuación en las audiencias, la necesidad de:

- a. Adelantar los cuestionamientos de la contraparte, con argumentos sólidos y creíbles;
- b. Realizar una presentación que tenga coherencia interna
- c. Identificar las posibles inconsistencias internas del relato de la contraparte
- d. Argumentar concretamente sobre la base de los planteos realizados por la contraparte

Ahora bien, la tabla presentada líneas arriba no tiene pretensiones de fijar criterios fijos y rígidos sobre cómo debe asumirse cada audiencia pero, a partir de un intento de delineación sobre la dinámica de las audiencias, puede observarse con mayor claridad lo que se afirmara en la parte inicial de este Manual:

- La audiencia de medida cautelar será una audiencia con características esencialmente controversiales. En tanto la acusación sostenga una solicitud, la

defensa procurará el rechazo de la misma o, llegado el caso, la disminución en cuanto a la restricción de los derechos del imputado. La labor del juez, por su parte, será de dirimidor entre dos posiciones encontradas, quedando en su cabeza la decisión final sobre cuál de las partes ha acreditado con mayor fundamento su posición;

- Las audiencias de control de criterio discrecional de la acusación (oportunidad) o aplicación de salida alternativa, serán audiencias con un carácter más conciliatorio debido a que es de esperarse que acusación y defensa concurren a la misma con una idea previa del acuerdo al que arribarán y que justificarán delante el juez; si se observa en la descripción mínima que se realiza en la tabla, a diferencia de la audiencia de medida cautelar en que la defensa tiene un rol de control y controversia mayor, en la audiencia de salida alternativa sería de esperarse que la defensa acuerde ciertos puntos con la acusación y que resulte excepcional el planteo de una controversia. En este caso, la función del juez ya no estará tan orientada a “dar la razón”, puesto que asumimos que existe un acuerdo básico entre las partes en la petición; ello lleva a considerar que en estas audiencias el juez tendrá que tener una atención preferencial a verificar que el caso traído a su conocimiento se encuentra dentro de las permisiones establecidas por la ley y, en adición, a comprobar que los involucrados en el conflicto (principalmente el imputado) han asumido esta salida en forma informada y voluntaria;
- La audiencia de exclusión probatoria, por su parte, tendrá como característica que la parte peticionante será la defensa, en función a que se solicitará la exclusión de una actuación realizada por la acusación que causa un agravio a los derechos del imputado y el debido proceso; en este sentido, el sentido común nos lleva a concluir que las obligaciones variarán, ya que será la defensa la encargada de acreditar la veracidad de sus afirmaciones, quedando la acusación en un rol de defensa de la legalidad de su accionar. En este caso entonces, la mirada del juez volverá a tener la función dirimidora, pero aquí la exigencia probatoria estará puesta hacia la defensa.

Insistimos en que este planteo esquemático no puede seguirse como una regla cerrada, pero consideramos importante hacer este planteo como criterio a seguir para analizar

posteriormente en concreto el contenido de cada audiencia, ya que resulta de utilidad a los fines de establecer la necesidad específica y pertinencia de la actuación de las partes en cada audiencia.

Habiendo realizado todas estas tareas, el litigante estará en condiciones de concurrir a la audiencia y sostener su posición con eficacia.

2.3. Temas a considerar

2.3.1 Cuestiones probatorias.

Una discusión muy frecuente en torno a la actividad propia de las audiencias de la etapa preparatoria versa sobre la posibilidad de producción de prueba. En este sentido, es importante señalar que la regla en estas audiencias es que **no se produce prueba**. La prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada en el mismo y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta; el hecho de convertir a estas audiencias en un espacio donde se reciben testigos, se aporta evidencia material, etc., refuerza varias ideas erróneas:

- En el caso de la audiencia de medida cautelar, se fortalece la idea de esta audiencia como un mini juicio o de ensayo de juicio.
- En el caso de las salidas alternativas, se fortalece la idea de que existe una confrontación, cuando la realidad de la salida alternativa es que se arriba a la misma a partir de un proceso de acuerdo, donde ambas partes manifiestan voluntad en sentido de poner fin al proceso por la vía de la salida.
- En el caso de la exclusión probatoria en particular y de las audiencias de resolución de incidentes en general, se fortalece la forma de “litigio indirecto”, consistente en discutir cuestiones que no tienen relevancia para el fondo del asunto en proceso y, a través de ese mecanismo dilatorio, retrasar los resultados del caso que se está investigando.

La discusión en una audiencia de de la etapa preparatoria se dará primordialmente sobre la base de los argumentos que las partes presenten. Evidentemente, el abogado debe tener un respaldo para sus afirmaciones, como se ha señalado al establecer los pasos necesarios para el análisis del caso; pero ello no significa que el abogado deba producir pruebas en la audiencia. Por ejemplo, en nuestro caso la acusación sabe que *el imputado no tiene una estabilidad en el trabajo y sabe que el amigo que se le conoce vive en la Argentina por lo que él está pensando en irse para allá*. Esto lo sabe porque tuvo una entrevista con el jefe del imputado, quien le refirió todos estos extremos.

En un sistema que se basa en el **principio de buena fe de los litigantes**, la defensa ha sabido previamente a la audiencia que el jefe del imputado se ha entrevistado con la fiscalía y les ha comunicado estas informaciones (bien porque se le ha permitido al defensor participar en la entrevista, bien porque se le ha proporcionado una copia del registro de la entrevista realizada), si el defensor considera que hay algún punto que no está claro, puede concurrir a entrevistarse personalmente con el jefe, para aclarar los aspectos que considere necesarios.

En definitiva, lo que pretendemos decir es que no es necesario que la acusación lleve a la audiencia de medidas cautelares al jefe a declarar porque ya ha cubierto varias actividades que dan credibilidad a sus dichos: ha tomado un registro de la entrevista, lo ha proporcionado a la defensa, tiene una transcripción de ese registro consigo en la audiencia.

En el mismo sentido, no es necesario que en una audiencia de salida alternativa la acusación lleve consigo toda la prueba de cargo, ya que la base para la aplicación de estas medidas es la asunción de responsabilidad por parte del imputado y, por ello, el estándar de exigencia probatoria para la acusación disminuye notoriamente, trasladándose la evaluación del juzgador hacia la voluntariedad informada de parte del imputado para asumir esa responsabilidad (es decir, a verificar que el imputado está claro en lo que significa seguir adelante con la salida alternativa en términos de asumir la responsabilidad, probablemente comprometer la reparación del daño causado y renunciar al derecho a un juicio oral, público, contradictorio y continuo).

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

Por lo expuesto, y de acuerdo al desarrollo que venimos realizando, **cuando un litigante decide solicitar una audiencia con un determinado objetivo (solicitud de medida cautelar, aplicación de salida alternativa, incidente de exclusión de una prueba obtenida en forma ilegal) no puede concurrir a la audiencia a improvisar una historia**, sino que está obligado a contar con una argumentación clara, estructurada adecuadamente y con los respaldos necesarios como para hacer de su relato una cuestión creíble y no cuestionable por la contraparte. Ello no implica que en estas audiencias deba traerse una lista de testigos y evidencias para producir, puesto que, en primer lugar la finalidad de la audiencia no tiene relación con la definición de la forma en que el hecho sucedió y, en segundo lugar, la etapa de producción y valoración de la prueba es el juicio oral.

Esto nos lleva a otro punto de distinción entre las audiencias de la etapa preparatoria y la audiencia de juicio oral: el rol del juez. En tanto en un juicio se pretende que el tribunal o juez de sentencia se mantengan lo más distantes posibles de la producción de información, permitiendo que las partes produzcan su prueba en la forma en que lo estimen conveniente, en una audiencia de la etapa preparatoria no sólo es posible sino que en algunos casos resulta enormemente necesario que el juez asuma un rol activo en la aclaración de ciertos puntos. Así, si en el caso de la controversia sobre la información dada a la acusación por el jefe del imputado la defensa comienza a dispersar su argumentación intentando poner en discusión cuestiones alejadas al peligro que se está discutiendo, el juez como director de la audiencia tiene toda la facultad para intervenir y preguntar concretamente a la defensa “cuál es la base que tiene para decir que la acusación está mintiendo o cambiando el contenido de

la información?”. La intervención de los jueces realizando preguntas aclaratorias, consultando sobre el respaldo de información que las partes tienen, impidiendo que las discusiones se desvíen del (o los) objetivo que motivó la audiencia, es esencial para lograr una decisión de calidad.

En adición, es importante también asumir que dado que **no nos encontramos en una audiencia de juicio**, las herramientas de producción de información deben ser mucho más desformalizadas. Si el jefe del imputado se encuentra presenciando la audiencia y surge esta controversia que venimos relatando (la acusación dice que le dijo una cosa, la defensa manifiesta que esto no es así), no es necesario (y de hecho sería muy cuestionable) que se “llame como testigo” al jefe del imputado, se le tome juramento y se lo someta a las reglas del interrogatorio y conainterrogatorio. Nótese que el NCPP establece esas previsiones **para la audiencia de juicio**, no así para las audiencias de la etapa preparatoria. Si esta controversia sobre los dichos del jefe surgiera, y el jefe estuviera en la audiencia, el juez sencillamente podría preguntarle “qué fue lo que usted le dijo a la fiscalía cuando lo entrevistaron?” y escuchar la respuesta del sujeto, como un aporte a mejorar la calidad de la información que tomará en cuenta en su decisión. Debe tenerse en cuenta que la decisión del juez en esta audiencia concreta no es una decisión sobre la responsabilidad penal del imputado o la ausencia de la misma y, en consecuencia, no puede pretenderse que los estándares de actuación y producción de información sean los mismos porque ello equivaldría a sostener que cada audiencia del proceso penal debe ser un juicio propiamente tal, cuestión que no tiene posibilidad de sostenerse.

2.3.2 Formas de argumentación.

Muy brevemente, en este punto recordamos lo que estudiábamos sobre la teoría del caso: es importante que el litigante pueda construir proposiciones fácticas, afirmaciones de **hecho**. El tribunal conoce el derecho, conoce la doctrina existente sobre el punto que se está discutiendo y conoce también la jurisprudencia producida. No es necesario entonces concurrir a la audiencia a dar una clase al tribunal (que, por cierto, suele ser una actividad de los litigantes que cae muy mal a los jueces).

¿Qué es lo que el tribunal desconoce? **Los hechos del caso y los hechos que acreditan el peligro procesal.** El litigante debe hablar al tribunal en **el lenguaje de los hechos**, debe ser claro y puntual al explicar al tribunal qué ocurrió y por qué están reunidos hoy en esta audiencia. No es necesario que cite a todos los autores que han definido extremos posibles del peligro de fuga, lo necesario, en esta audiencia, es que mostremos al tribunal **hechos** que permiten concluir que el imputado probablemente intentará la fuga.

Lo propio desde el punto de vista de la defensa: el tribunal conoce la Constitución Política del Estado y sabe también que el principio de proporcionalidad y excepcionalidad deben ser respetados en la aplicación de medidas cautelares, por lo que afirmar esto y no decir nada son equivalentes en una audiencia de este tipo. Lo que el tribunal necesita es el análisis sobre por qué, en este caso puntual, bajo estas circunstancias puntuales, la proporcionalidad no se cumpliría. O bien por qué no existe, el peligro procesal alegado por la otra parte.

Es necesario asumir que el litigante no es un académico o, más bien, que el rol del litigante en un proceso penal no es dar conferencias magistrales. De nada le servirá a la víctima que el tribunal piense que el fiscal sabe mucho de derecho, si ese “saber mucho” no sirve para lograr una detención preventiva porque no se hizo una correcta explicación de los hechos del caso. De nada le servirá al imputado tener por abogado a un erudito si la erudición pasa por concurrir a los tribunales a dar conferencias sobre las implicancias y derivaciones del derecho constitucional a la defensa en juicio, que no servirán en el caso concreto para impedir la aplicación de la detención preventiva.

Trabajar sobre los hechos no es un trabajo menor ni de mala calidad. **Trabajar sobre los hechos es el desafío más grande que se impone al litigante en un sistema que nos ha acostumbrado a trabajar sobre abstracciones.** Una persona no actúa con dolo porque el litigante afirme que “*actuó dolosamente*”, actúa con dolo si el litigante afirma que “*días antes había manifestado a José Juárez que tuvo una discusión con la víctima y que este era un tipo que no merecía estar en este mundo. Adicionalmente concurrió a la armería ‘el tiro chueco’ y consultó sobre los precios de distintas armas llevándose un revólver y el día del hecho se ocupó de llamar a la secretaria de la víctima para preguntarle a qué hora estaría*

solo en el consultorio 'su amigo', resultando que la muerte se produjo por un disparo del revólver que él había comprado, a la hora que la secretaria señaló telefónicamente”

Lo que interesa es mostrar al lector cómo el lenguaje de los hechos es el lenguaje que rige nuestra actividad. La función del litigante es construir una historia con respaldo probatorio (no un invento) que permita poner en el tribunal una imagen lo más clara posible, para la toma de la decisión.

2.3.3 Instrumentos de trabajo y recolección de información.

Es importante que el litigante desarrolle herramientas de trabajo que le faciliten la preparación de los casos para audiencias. Ya hemos mencionado al cuaderno de investigación o carpeta de juicio como una herramienta contenedora de muchas otras sub herramientas. Es importante desarrollar una metodología de trabajo para la litigación.

Partiendo siempre del esquema de la teoría del caso, es importante realizar:

- a) Directorios de testigos con datos para saber dónde ubicarlos personalmente o a través de un teléfono, en caso de precisar corroborar detalles
- b) Bosquejos pequeños con la información fundamental que cada actor ha proporcionado para no tener que frenar la intervención en la audiencia en búsqueda de un dato perdido
- c) Bosquejos de las intervenciones en audiencia, en el estilo de ayudas memoria que permitan seguir un hilo conductor
- d) Fichas con referencias doctrinarias sobre aspectos discutidos en materia de medidas cautelares; resúmenes jurisprudenciales sobre los aspectos que puedan controvertirse en audiencia
- e) Resúmenes de casos propios, de los argumentos que surtieron un efecto positivo; etc.

No existe un modelo ideal de litigante, lo importante es que cada uno se transforme en la mejor versión de sí mismo y ello requiere el desarrollo de una metodología específica

que puede resultar costosa de inicio pero que con el transcurso del tiempo facilitará la labor del litigante porque no tendrá que preparar cada audiencia como si fuera la única sino que contará con un respaldo elaborado previamente que le dará más seguridad en su accionar.

En el caso de los miembros de instituciones (Ministerio Público, Defensa Pública) es importante que este accionar forme parte de los estándares institucionales, de forma de mejorar no sólo la calidad del trabajo propio sino también de toda la entidad.

2.3.4 Tiempos.

Finalmente, con relación a la ejecución propiamente tal de la audiencia, quisiéramos referirnos al tiempo en dos sentidos:

- a. El momento de realización de la audiencia. Generalmente la audiencia de medida cautelar se solicita entre las primeras medidas de la etapa preparatoria, lo cual implica que no se cuenta con *toda* la información del caso sino que se tienen algunos antecedentes válidos como para sostener con cierta certeza que se trata de un caso penal con probabilidades de juicio. Ello nos lleva a recomendar que los objetivos sean modestos: todo el desarrollo que venimos realizando tiene que ver con darle al litigante herramientas para que pueda cumplir más efectivamente con su labor a partir de lo que efectivamente tiene, y no para pensar la litigación desde el mundo ideal donde en 24 horas conseguimos toda la información necesaria para lograr una audiencia perfecta. En este sentido, volvemos al tema de la preparación y la argumentación: es importante, tanto desde la acusación cuanto desde la defensa, se recomienda ensayar los argumentos que se van a dar en la audiencia de medida cautelar de forma tal de lograr una presentación compacta y convincente sobre la base de la información que se posee.
- b. Un segundo aspecto es la duración de la audiencia en sí. En la medida en que se cumpla con las finalidades planteadas y que la actuación de las partes sea clara y concreta, rigiéndose por los límites de la pertinencia, una audiencia de medida cautelar – por ejemplo – no debería tomar más tiempo que media hora. Acordamos en que existen casos excepcionales y que no se puede establecer previamente un

tiempo para todas las audiencias, pero también debemos asumir que los casos excepcionales son justamente eso: excepciones, y que la mayoría de los casos que llegan a los tribunales son sobre cuestiones bastante simples y de fácil resolución. Es importante tomar en cuenta este aspecto desde el punto de vista de los litigantes, en sentido de asumir que deben **lograr captar la atención de los jueces y transmitir información relevante en tiempos breves**, y desde el punto de vista de los jueces en sentido de conducir la audiencia basándose en la regla de la pertinencia de la información aportada y las discusiones planteadas. Caso contrario, volvemos al problema ya relatado en numerosas ocasiones de transformar a las audiencias de medida cautelar en pequeños juicios.

SEGUNDA PARTE: AUDIENCIAS EN PARTICULAR

3. Audiencias de medidas cautelares

3.1 La dinámica de una audiencia de medidas cautelares

En esta sección ingresaremos a estudiar concretamente la realización de la audiencia de medida cautelar. Un primer punto de importancia, es recordar que nos encontramos en la **etapa preparatoria**, lo cual implica que estamos preparándonos para el juicio, no realizando un *juicio en cuotas*.

Cada audiencia de esta etapa preparatoria tendrá su finalidad particular y **en nada se relacionan con la posibilidad o no de lograr una sentencia condenatoria o de absolucón**. Por ello, el litigante debe concentrarse, en esta etapa, en acreditar sustento para las peticiones que formule, no así en producir prueba sobre la ejecución del hecho por parte del imputado, cuestión esta que será debatida en el juicio oral y público.

Insistimos en este punto porque es la audiencia de medida cautelar la que más riesgo genera de comenzar, como decíamos en la introducción, con la realización de “mini juicios”. No pretendemos ser reiterativos, por lo que nos remitimos a lo ya relatado en los puntos referidos a la preparación del caso de cara a la medida cautelar, para recordar que **las finalidades de esta audiencia son completamente distintas a la del juicio oral**.

En la audiencia de medidas cautelares procuraremos verificar si existen elementos que obliguen a restringir la libertad del imputado para garantizar la continuación del proceso.

3.1.1 Condiciones básicas para solicitar medidas cautelares

La realización del análisis inicial (elaboración teoría del caso) nos proporciona un dato importante: la posibilidad de solicitud de una medida cautelar estará reservada a aquellos casos en que el análisis lleve al litigante a suponer, en principio, dos cuestiones:

- a. Que el caso en cuestión llegará con probabilidad a juicio;

- b. Que existe efectivamente un riesgo para que el juicio no se realice si no se aplica la medida cautelar;

3.1.2 Decisión sobre si existe posibilidad de llegar a un juicio.

Si bien puede suceder – y frecuentemente sucede en la práctica forense – que se soliciten medidas cautelares en casos que terminarán con una salida alternativa, nótese la falta de coherencia estratégica e incluso normativa de estos casos: la finalidad de la medida cautelar es garantizar la realización del juicio. La finalidad de la salida alternativa es posibilitar un camino distinto del juicio, que acelere los procedimientos en los que no hay riesgos ni connotaciones mayores.

¿Cómo se explica entonces, que un litigante busque aplicar medidas cautelares (detención preventiva u otras) contra el imputado si su objetivo no es llegar con el caso a juicio sino que se apliquen salidas alternativas?

Esta forma de proceder no se justifica ni siquiera en casos de aplicación de procedimientos abreviados, y aquí la experiencia comparada nos muestra cómo el procedimiento abreviado aplicado a casos donde los imputados se encuentran cumpliendo una medida cautelar suele convertirse en una salida obligada para el imputado, a quien se le ofrece una pena similar al tiempo que ha permanecido en detención preventiva a cambio de evitar el juicio, porque la acusación tiene conciencia de que, en caso de llegar a juicio, no logrará una condena.

Por ello es que afirmamos que la utilización de medidas cautelares tiene una directa relación con la decisión inicial de llegar con un caso a juicio. Así debe asumirlo la acusación y así debe considerarlo la defensa, para preparar su estrategia tomando en cuenta estos elementos en caso de que el caso que esté defendiendo pueda solucionarse en forma previa.

Es importante aclarar que no intentamos con estas afirmaciones generar una “regla cerrada” en sentido que “si se ha impuesto una medida cautelar resulta obligatoria la realización de un juicio”, dado que asumimos que pueden darse situaciones en que el acusador consideró

inicialmente la posibilidad de llegar a un juicio pero por diversas razones (el acusado que decide asumir su responsabilidad y solicita un procedimiento abreviado, la víctima que comunica al acusador que ha arribado a un acuerdo para la reparación del daño que le resulta más efectivo que la concurrencia a juicio, la investigación posterior al inicio del caso que no genera los elementos probatorios que en principio se creyeron de existencia, etc.) le resulta conveniente la aplicación de una salida distinta. De lo que sí estamos convencidos, a partir de la observación de las prácticas actuales, es que el uso de las salidas alternativas al juicio en nuestros días no se está dando por razones estratégicas (como los ejemplos que se mencionan más arriba) sino más bien por razones de urgencia (vencimiento de plazos sin haber realizado tareas de investigación) o extorsión (habiendo realizado las tareas de investigación se asume que no existen elementos suficientes para probar el hecho y se precisa justificar la detención de la persona procesada) y esto es algo que no sólo es posible evitar sino que es obligatorio evitar para un sistema de justicia penal confiable. En ese sentido consideramos que un criterio importante para definir la corrección o arbitrariedad en la solicitud de imposición de una medida cautelar es la posibilidad real de llegar a juicio con el caso que el acusador consideró al momento de pedir la medida.

3.1.3 Decisión sobre la estrategia del caso.

Una vez realizado el análisis y asumiendo que la primera decisión está tomada en sentido de ir con el caso hasta juicio, corresponde decidir puntualmente cuál será el camino procesal que se seguirá durante la etapa preparatoria. Aquí **lo primero** que el litigante debe decidir es:

- a) Si solicitará una medida cautelar
- b) En caso afirmativo, cuál será esa medida.

Estas decisiones no pueden ser tomadas al azar sino que tienen directa relación con el conocimiento que tenga de los hechos del caso, por lo que nuevamente el instrumento de trabajo del litigante será la teoría del caso que ha elaborado para analizar las posibilidades del mismo.

Una vez que el litigante tenga elaborada su teoría del caso si existen elementos fácticos (de hecho) suficientes para sostener la posible comisión de un hecho ilícito, la primera cuestión que debe observarse es si existe peligro procesal, es decir, si existe riesgo para la continuación del proceso.

En nuestro sistema procesal penal, esto significa establecer si existe alguno de los siguientes peligros:

- a. Posibilidad de fuga, es decir posibilidad de que la persona perseguida penalmente se sustraiga de la acción de la justicia
- b. Posibilidad de obstaculización en la averiguación de la verdad, es decir posibilidad de que la persona intimide, amenace o coaccione a posibles testigos o destruya evidencia material; o
- c. Posibilidad de reincidencia, en aquellos casos en que la persona perseguida hubiese tenido un proceso anterior;

Como puede notarse, la exigencia específica para la solicitud de imposición de una medida cautelar, impone al litigante ir más allá de los elementos específicos del caso y buscar elementos que permitan sostener alguno de esos tres peligros en su argumentación oral.

En función a los elementos con que se cuente, podrá decidirse la medida a solicitar, ya que como anterioridades expondrá, uno de los principios rectores del régimen de medidas cautelares es la proporcionalidad y ello implica que **no procede cualquier medida para cualquier caso**, sino que la medida solicitada debe ser proporcional con la pena esperada y con el riesgo efectivamente existente.

Por lo tanto, para tomar la decisión sobre la medida cautelar a solicitar, el litigante deberá realizar una valoración de los elementos fácticos que puede exponer en audiencia.

Ejemplo: si la única información con la que cuenta la acusación es que el imputado *no tiene domicilio conocido*, sin más datos al respecto, ello parece ser bastante débil como para pedir una detención preventiva por existencia de riesgo de fuga,

Piénsese, desde el punto de vista de la defensa, desde donde podría alegarse que el acusado no tiene domicilio conocido en función a que realiza trabajos temporales y por ello se muda por distintos lugares de la ciudad buscando la cercanía de su puesto de trabajo, pero que existen muchos testigos que pueden acreditar que ha permanecido todo el último año en la ciudad. O establecer que la falta de un domicilio en el caso específico no implica el riesgo de fuga por las características especiales del imputado, esta argumentación en todo caso deberá ser específica **para el caso concreto** las discusiones abstractas que no aportan información al juez para el caso concreto deben ser evitadas por su inutilidad.

Como veremos en apartados posteriores, en la audiencia de medida cautelar las partes tendrán que argumentar sobre la procedencia o no de la petición de medida cautelar, y ello implica contar con la mayor cantidad posible de información **relevante**, es decir información que sirva a los fines de la resolución que se pretende obtener.

Una cuestión bastante común en las audiencias es la formulación de una “relación de expediente” al momento de tomar la palabra, tanto desde la acusación que suele dedicar mucho tiempo a relatar las actuaciones policiales como un observador externo, cuanto de la defensa, que suele reiterar lo ya relatado por la acusación intentando cuestionar formalidades sin mayor trascendencia a los fines de la audiencia⁴.

Ese tipo de accionar burocrático, aleja a los litigantes de su función: entregar información **relevante** al juez para la toma de una decisión de calidad. En el caso de audiencias de medidas cautelares es irrelevante la discusión sobre aspectos que no tengan relación con la posible participación del imputado en el hecho y la existencia o ausencia de los peligros procesales arriba citados.

⁴ El control de la defensa e incluso del juez respecto a las garantías del imputado debería darse en un momento diferente de la etapa preparatoria, ya sea por la vía incidental o incluso a través de una excepción.

Por ello en la audiencia de medida cautelar, en la etapa de decisión la acusación deberá intentar un ensayo de argumentación clara y concisa con dos objetivos básicos:

- a) Demostrar existencia de supuesto material (existencia del hecho y participación del imputado en él).
- b) Demostrar existencia de riesgo (peligro) procesal e identificar la naturaleza de este peligro.

Se entiende que la defensa, dependiendo de las particularidades del caso, buscará desacreditar la existencia de alguno de estos dos elementos.

Sobre lo anterior, cabe indicar que en las audiencias de medidas cautelares el litigante no puede solicitar la medida cautelar alegando que existen al mismo tiempo peligro de fuga, de obstaculización y de reincidencia. No se trata de *intentar todo para obtener algo*, porque eso no es un accionar estratégico. Este comportamiento, ante un juez perspicaz, probablemente lleve a los litigantes a **no obtener nada. No debe olvidarse que la litigación oral no admite las improvisaciones o las estrategias de transmitir al juez argumentos superfluos buscando que el juez escoja “cualquiera” de ellos, a la larga esta “estrategia” perjudica la credibilidad del abogado. Un juez que escucha que una y otra vez (en casos diferentes) son empleados los mismos argumentos sin especificación al caso concreto desconfiará de estos argumentos.**

El litigante debe decidir en este momento cuál será el peligro procesal sobre el que se enfocará en la audiencia, de forma tal de dar contundencia al caso.

Para ejemplificar, pensemos en un litigante que solicita la medida cautelar de detención preventiva, ya ha expuesto el supuesto material (relatando el hecho, sin apelar a abstracciones, como hemos descrito en el punto anterior y calificándolo en el tipo penal correspondiente) y posteriormente fundamenta el peligro procesal, en estos términos:

Solicito la detención preventiva debido a que existe riesgo procesal de fuga y de obstaculización de averiguación de la verdad. Existe riesgo de fuga porque el Señor X no tiene arraigo en esta ciudad, cuestión que afirmamos en función a varios extremos que paso a relatar:

- *Habiendo esta fiscalía entrevistado a las personas que viven en la zona donde fue hallado, ninguna de ellas ha manifestado conocerlo;*
- *Su empleador, el Señor Juan de los Palotes, ha referido a esta fiscalía en una entrevista realizada con él luego del hecho, que el Sr. X es tremendamente inconstante en su trabajo, que han pasado incluso semanas sin que aparezca a trabajar y que la única razón por la que conserva su puesto es porque ha aceptado cobrar por día trabajado, por lo que en realidad no tienen una relación de dependencia fuerte;*
- *El Señor X no tiene pareja, hijos, ni parientes cercanos, sino que vive solo desde que llegó a la ciudad, no constando datos de ninguna persona que pueda declarar él ningún detalle relevante;*
- *El único amigo que se le conoce al Sr. X, según los dichos del entrevistado Juan de los Palotes en la entrevista que hemos mencionado con anterioridad, ha marchado a la Argentina hace más de ocho meses y desde entonces una de las afirmaciones permanentes del Sr. X es que desea partir hacia ese país porque existen mayores oportunidades de trabajo.*

Por estos extremos, dado que no tiene familia, no es constante en su trabajo, no se le conocen amigos y la única persona con la que ha mantenido relación se marchó del país, generando en él la intención de seguirle, esta fiscalía considera que existe peligro real de que el Sr. X abandone el país, más aún sabiendo como sabemos que la frontera entre Bolivia y Argentina es muy fácil de cruzar evitando los controles migratorios.

Pero adicionalmente existe peligro de obstaculización de la verdad, en función a que hay sólo un testigo presencial del hecho, una persona de edad, el Sr. Pedro Perez, quien cuenta ya 75 años y ante la entrevista con la fiscalía ha manifestado estar muy

asustado por la posibilidad de tener que declarar en el juicio, ya que habiendo visto al Sr. X cometer el hecho y creyéndolo violento, teme que este pueda hacerle algo. Por ello, también existe peligro de obstaculización de la verdad por parte del Sr. X y solicitamos la aplicación de la detención preventiva.

Nótese, por un lado, la contradicción entre las dos argumentaciones: si la persona se va a fugar ¿cómo va a obstaculizar la verdad cuando esto implica intimidar a los testigos y/ o destruir evidencia material?

Si existe riesgo de fuga, esto quiere decir que el peligro concreto es que la persona escape y no pueda realizarse el juicio; si la persona escapa, parece evidente que, al menos personalmente, no podrá realizar acciones para obstaculizar la verdad.

Ello nos lleva a afirmar que, en la mayor parte de los casos (salvo excepciones tan extrañas que podrían ser considerados casos de laboratorio) cuando se argumenta la existencia de dos peligros a la vez, suele caerse en una contradicción en la argumentación que en términos ideales obligaría al juez a no acreditar la existencia de ninguno.

Adicionalmente, nótese la diferencia en la calidad de la argumentación: este litigante ha realizado un trabajo bastante metódico para acreditar el peligro de fuga. Se ha cerciorado que nadie conoce al imputado en el lugar donde fue encontrado, que su empleador no tiene una relación laboral sólida con él sino que lo mantiene porque le paga al día, ha averiguado que no tiene familia, que el único amigo que tiene está en la Argentina por lo que podría ir hacia ese país con relativa facilidad, etc.

Cada uno de estos argumentos, sostenido en forma individual podría parecer débil, pero vistos en su conjunto podrían ser utilizados con bastante posibilidad a favor de la acusación para solicitar la medida cautelar.

3.1.4 Argumentación desde el rol de la defensa

Utilizando el caso citado como ejemplo, el trabajo de la defensa consiste en contra argumentar de forma tal de debilitar las afirmaciones de la fiscalía, por ejemplo acreditando que:

- a) Nadie conoce al imputado donde fue encontrado porque se mudó hace una semana, pero en su anterior domicilio de dos años estuvo como secretario de la Junta Vecinal;
- b) Su empleador asegura que no tiene relación laboral con él debido a que existe una denuncia de su parte ante el Ministerio de Trabajo por unos salarios adeudados
- c) El imputado no tiene familia directa pero sí mantiene contacto con una tía lejana
- d) Su amigo vive en la Argentina pero él no tiene ninguna posibilidad real de ir a ese país debido a que no tiene suficientes recursos porque su empleador no le paga desde hace seis meses; etc.

La defensa deberá hacer la misma tarea que la fiscalía realizó para argumentar la falta de arraigo, y tomar la decisión de si puede oponerse a la detención preventiva o si le conviene argumentar desde el principio de proporcionalidad.

En el caso del ejemplo la parte acusadora ha realizado una buena tarea para acreditar la falta de arraigo, pero a la hora de referirse al peligro de obstaculización, cuenta más los problemas que su caso tendrá en el juicio (tiene un solo testigo) que un hecho que sirva al juez para verificar la obstaculización.

Además la argumentación de la fiscalía continúa mencionando los sentimientos de ese testigo, pero no hechos concretos, por tanto es una argumentación bastante más que débil, que no sólo no servirá en términos de acreditación del peligro procesal concreto de obstaculización, sino que adicionalmente debilitará la argumentación anterior del peligro de fuga (un juez al momento de decidir podría pensar *“si el litigante tuviera certeza de que el*

peligro de fuga existe, no debería apelar a este segundo argumento, sobre todo con tanta debilidad”).

Recapitulando, en la fase de decisión el litigante deberá tener en claro los siguientes extremos:

- a. ¿Puede demostrar el supuesto material? Dicho en otras palabras: ¿tiene un relato de hecho que pueda subsumir en un tipo penal estableciendo la posible responsabilidad del imputado?
- b. ¿Existe riesgo procesal suficiente para la solicitud de una medida cautelar?
- c. ¿Qué riesgo procesal es el que existe en concreto y cuáles son los extremos fácticos (los hechos concretos) que le permitirían sostener ese riesgo en una audiencia de solicitud de medida cautelar?
- d. ¿De acuerdo a los extremos fácticos que acreditan el riesgo procesal, cuál sería la medida cautelar proporcional al riesgo existente que el litigante debe solicitar en la audiencia?
- e. ¿Por cuánto tiempo precisaría el litigante que esa medida cautelar sea impuesta?

Desde la defensa, deberá también trabajarse a partir de esas preguntas, pero haciendo un trabajo de contra argumentación; es decir, encontrando respaldo fáctico que le permita al defensor oponerse a los dichos de la acusación.

El último punto, relativo a la duración de la medida cautelar deberá ser considerado por la defensa en el sentido que el tiempo de duración razonable de la etapa preparatoria ha sido establecido por el Tribunal Constitucional también como un tiempo de preparación de la defensa, la estimación de este periodo deberá considerar que en la mayoría de los casos el tiempo máximo de seis meses resulta no sólo suficiente sino que es exagerado. La argumentación sobre el tiempo de imposición de esta medida en el caso concreto implica asumir la responsabilidad del trabajo eficiente en la investigación y la recolección de elementos de defensa, en principio el litigante no tiene incentivos para reducir este tiempo, pero el deber de la defensa debe empujarlo hacia la instauración de prácticas de litigación

que obtengan decisiones judiciales sobre el tiempo razonable de imposición de la medida cautelar.

3.1.5 Partes de la audiencia.

Una aclaración necesaria antes de comenzar con el desarrollo de este punto es que la descripción que realizaremos sobre lo que consideramos deberían ser las partes de una audiencia de medida cautelar es una propuesta formulada por los autores de este Manual a partir de la experiencia en la litigación y en la observación de audiencias de este tipo.

Diversos trabajos de investigación realizados nos han permitido identificar los problemas más frecuentes en materia de medidas cautelares y es a partir de la búsqueda de soluciones prácticas a esos problemas, que proponemos este modelo de audiencia, ya que consideramos que con la estructura que se relatará se resguardan de la mejor manera posible los derechos de ambas partes y se posibilita al juez la recopilación de la información de mejor calidad posible en la audiencia.

Ello no implica que esta descripción constituya una *receta* sobre cómo realizar en concreto una audiencia de medida cautelar; preferimos sugerirla como una pauta para estandarizar las prácticas procesales de la actualidad.

Realizada esa aclaración, pasemos a la descripción de la audiencia. En materia de medidas cautelares, la audiencia debería permitir tres momentos concretos de discusión:

- a. Existencia del supuesto material
- b. Existencia del peligro procesal y proporcionalidad de la medida solicitada
- c. Tiempo de duración de la medida cautelar, en caso de imponerse

Cuando hablamos de **momentos concretos** de discusión, referimos que cada una de esos momentos debería abrirse a la posibilidad de debate por ambas partes. Es decir:

3.1.5.1 Participación probable del imputado en el hecho (supuesto material)

En primer lugar se presenta desde la acusación el supuesto material (relato del **hecho** y posible intervención del imputado); asumimos que en la mayor parte de los casos que se litigan en los tribunales, este es el momento en que se realizará la imputación formal, por lo que ese relato del hecho cubrirá dos fines:

1. Posibilitar el derecho de defensa del imputado (derecho a la intimación) y
2. Comunicar al juez la existencia de uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar.

Desde este primer momento, la acusación debe manejarse con precisión. Realizada la presentación por parte de la acusación, el juez debería dar la palabra a la defensa para que argumente lo que considera necesario (solamente si la defensa tiene algo que decir sobre el punto); aquí, la labor del juez será central para evitar desvíos en la discusión: en este primer momento el debate será básicamente sobre dos puntos:

- El relato realizado por la acusación debe cubrir cada uno de los elementos del tipo penal imputado (vinculación entre teoría jurídica y teoría fáctica) y eso debe quedar claro al imputado ya que su derecho a la defensa implica conocer y comprender el hecho que se le atribuye y la calificación jurídica que se le está dando.
- El relato realizado por la acusación debe dejar claramente establecido **CÓMO** participó el imputado o **cada uno de los imputados** en el hecho;

La discusión debe ser muy específica sobre esos aspectos, lo cual significa que el juez deberá ser cuidadoso en controlar a la defensa para que no desvíe de esos puntos. No es, por ejemplo, un momento para que la defensa comience a debatir cuestiones probatorias (recordemos cuál es la finalidad de esta audiencia). Si el relato del hecho ha sido claro, ha cubierto todos los elementos del tipo penal con afirmaciones de hecho y ha podido situar al imputado como participante en el mismo, la defensa no tendrá alegación posible en este punto (recordemos siempre, y a continuación lo veremos, que habrá otros momentos de discusión).

Realizado el relato del hecho de parte de la acusación y asumido el conocimiento de parte de la defensa, si el supuesto material ha quedado acreditado, el juez debe dar la palabra a la acusación para iniciar el segundo momento de discusión.

3.1.5.2 Peligro procesal

Este segundo momento será para la discusión del peligro procesal y la medida cautelar solicitada. Nuevamente será la acusación la que realice su presentación fijando, como decíamos líneas arriba, la **pertinencia** de la discusión (por ejemplo: si la acusación solicita medida cautelar por peligro de obstaculización, no será pertinente una argumentación de la defensa en sentido que no existe peligro de fuga, ya que ese peligro no ha sido alegado por la acusación). Recordemos en este punto que, desde la acusación, es importante ser sistemático y concreto. Una exposición ordenada podría realizarse de la siguiente forma:

- Identificar claramente cuál es la medida cautelar solicitada y cuál el peligro procesal alegado
- Establecido el peligro procesal (teoría jurídica puntual para la solicitud de medida cautelar) establecer cuáles son los extremos de hecho que llevan a la acusación a afirmar que efectivamente existe ese peligro (teoría fáctica concreta para la solicitud de medida cautelar)
- Fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada respecto a la magnitud del riesgo procesal acreditado;

Establecidos esos extremos, el juez dará la palabra a la defensa para que se pronuncie sobre la solicitud de la acusación. Como decíamos, la acusación ya ha fijado la pertinencia y esto implica una obligación de rigurosidad de parte de la defensa, que no tiene este tiempo para hablar de lo que en ese momento venga a su mente sino que tiene que referirse puntualmente a los extremos fácticos alegados por la fiscalía. Las posiciones que podría adoptar la defensa serán:

- a) La no procedencia de la medida cautelar en virtud a la inexistencia del peligro procesal alegado;
- b) La procedencia de una medida cautelar menos gravosa asumiendo que existe el peligro procesal pero que la proporcionalidad manda que la medida sea menor; o
- c) La procedencia de la medida cautelar en virtud a que no existe ningún elemento que permita cuestionar la petición de la acusación (evidentemente este es un caso improbable, pero puede llegar a darse bajo determinadas circunstancias).

Entiéndase que estas son posiciones alternativas que la defensa puede tomar y que **la opción por una u otra debe haber sido decidida con anterioridad a la audiencia.**

Sería totalmente incoherente una defensa que concurre a la audiencia negando la existencia del peligro procesal para luego solicitar una medida sustitutiva a la detención preventiva. Y esto resulta una cuestión fundamental que los litigantes desde la defensa deben tener clara: **siempre que el defensor solicite la aplicación de una medida sustitutiva, está asumiendo la existencia del peligro procesal y discutiendo la proporcionalidad.**

En muchas audiencias se observa que el defensor comienza su argumentación diciendo que *“no existe peligro procesal por las razones que paso a exponer...”* y culmina solicitando que se aplique una medida sustitutiva a la detención preventiva. El litigante debe ser cuidadoso con incurrir en ese error, puesto que el mismo resta fuerza a la argumentación de la defensa.

Si la defensa va a solicitar la aplicación de una medida sustitutiva, debe partir de asumir los hechos que considere que efectivamente están acreditados tal y como los ha relatado la acusación, pero cuestionando el valor que la acusación les ha dado para la solicitud de medida cautelar.

En el ejemplo que venimos analizando, la defensa en lugar de negarse a la existencia del peligro de fuga podría iniciar su argumentación estableciendo que *“Si existe peligro*

de fuga, pero ese peligro es mínimo y veamos por qué: si bien es cierto que mi defendido no tiene un domicilio conocido, no cuenta con muchas personas que lo conozcan ni con familia en la ciudad, no concurre en forma permanente a su fuente de trabajo sino que lo hace de acuerdo a su necesidad, no es menos cierto que su situación socio económica actual no le permite ni siquiera alquilar un cuarto en forma permanente para vivir dignamente; mucho menos cuenta con posibilidades para emprender una fuga. No tiene antecedentes penales y la pena que enfrenta en caso de resultar condenado en un juicio no es alta, por lo que no parece tener desde ese ámbito un incentivo que le haga pensar en escapar. La circunstancia de no contar con demasiados amigos hace que sea bastante improbable que encuentre un lugar donde esconderse y, adicionalmente, se ha presentado a todas las citaciones que se le han formulado desde que se inició la investigación. En función a ello y para tranquilidad de la acusación, desde la defensa solicitaremos que se imponga un arraigo y la obligación de presentarse semanalmente a la fiscalía, por considerar que sí existen los extremos que la acusación ha relatado pero que no son suficientes como para imponer una detención preventiva sopesándolos con los argumentos recién expuestos desde esta parte”

El lector puede observar en este ejemplo cómo, a partir de asumir una actitud distinta a la de “negar todo lo que afirma la contraparte”, pueden obtenerse resultados más provechosos para el defendido, ya que el juez que escuche esta argumentación tendrá, al menos, que realizar un esfuerzo bastante significativo si desea imponer de todas formas la detención preventiva, ante la redimensión que ha dado la argumentación de la defensa.

La estrategia de litigar la libertad irrestricta o la detención preventiva es peligrosa; si bien todos los defensores deben buscar que su defendido tenga la menor cantidad de inconvenientes posibles, es necesario asumir que esa posición (o libertad o detención) genera, al menos, estos inconvenientes:

- Priva al juez de la información relevante que le podría servir a los efectos de tomar la decisión de una medida cautelar sustitutiva de la detención preventiva.

Al litigar al todo o nada, se deja al juez con la información necesaria únicamente para tomar una de estas decisiones y esto perjudica la posibilidad de aplicación de una medida **proporcional**.

- El litigante pierde credibilidad ante el juez, pues su estrategia de “libertad en cualquier caso” o “detención en cualquier caso” creará una percepción de que el litigante no busca que el proceso continúe sino que únicamente quiere “ganar” sin dar mayor importancia a las particularidades del caso que se esté litigando.

3.1.5.3 Tiempo de duración de la medida

Finalmente, quisiéramos llamar la atención sobre un punto que no se discute en la actualidad pero que consideramos de gran importancia para la imposición de medidas cautelares: **el tiempo de duración de la medida**. Si bien nuestra legislación no hace ninguna referencia a este punto, no es menos cierto que no existe una prohibición al respecto por lo que creemos que es perfectamente sostenible que este aspecto debe ser discutido en la audiencia.

El fundamento para la discusión del tiempo de duración de la medida cautelar tiene que ver con su finalidad: se imponen medidas cautelares debido a que el sistema pretende lograr cumplir los fines del proceso cuales son averiguar la verdad y aplicar la ley penal sustantiva.

Si la acusación considera que para el cumplimiento de esos fines debe restringirse la libertad de la persona perseguida penalmente en forma previa al juicio y la probable sentencia, generalmente será **en virtud a que debe concluir la investigación** para lograr contar con los elementos de prueba suficientes para demostrar su caso en un juicio. Parece razonable, en ese contexto, que el juez sepa cuánto tiempo precisará la acusación para concluir esa investigación y presentar su acusación y, en función a ello, se determine un tiempo preciso de duración de la medida cautelar (sujeto a las revisiones que sean necesarias y a las posibles ampliaciones dentro de los plazos fijados por el NCPP). De esta forma, se permite generar una obligación a la acusación en sentido de **culminar las**

investigaciones (no podemos dejar de observar que en la actualidad muchas personas que se encuentran en detención preventiva por meses no han visto avanzar la investigación seguida en su contra prácticamente en nada desde el momento en que se dictó la medida cautelar). Esto tiene relación con la “tranquilidad” que la acusación tiene al poner a la persona en prisión: preso el imputado, no sufrirá presiones sociales para llegar a juicio, ya que puede responder cuantas veces le pregunten que el imputado está en la cárcel.

Con la fijación de un tiempo de duración de la medida cautelar se abre un nuevo espacio para el ejercicio de derecho de defensa en el que puede también obtener resultados positivos en dos ámbitos: por un lado, logra que si el juez decide la imposición de una medida cautelar, al menos que sea por el menor tiempo posible y por el otro, al tener un tiempo concreto de duración de la medida cautelar, tiene también un tiempo estimado de duración de la investigación y realización del juicio.

La división de la audiencia en estas tres fases de discusión tiene su fundamento principal en la posibilidad de permitir efectivamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado. Hemos dicho que la primera fase será la que menos discusión genere, porque generalmente la acusación estará en capacidad de acreditar sin mayores problemas el supuesto material; pero puede suceder que esto no sea así. Puede darse el caso, por ejemplo, de que en una imputación con múltiples personas, uno de los imputados no haya estado efectivamente en el lugar de los hechos y, por tanto, contra él no pueda acreditarse el supuesto material. La defensa debe tener la posibilidad de discutir estos asuntos de inicio y de tener una resolución al respecto, para no entrar en contradicciones en su propia argumentación; nótese que sería muy complicado para la defensa afirmar que *mi defendido no fue, pero no existe peligro de fuga* ya que la segunda afirmación implica que la primera es falsa (¿por qué nos habla del peligro de fuga si nos está diciendo que su defendido no estuvo en el lugar de los hechos?).

Esta discusión escalonada, moderada por el juez, puede generar de una parte un mejor ejercicio del derecho de defensa y, de otra, audiencias más controladas desde el punto de vista de los puntos debatibles y los impertinentes.

3.2 El rol de cada uno de los actores en las audiencias de medidas cautelares.

Procede a continuación hacer una breve referencia a la tarea puntual de cada una de las partes en una audiencia de medida cautelar. Ya se ha desarrollado con bastante detalle el grueso de la actividad y la dinámica que estas audiencias deben tener, pero creemos necesario hacer algunas puntualizaciones sobre el accionar concreto de acuerdo a cada rol en el proceso.

3.2.1 Acusación.

Como sabemos, el Ministerio Público se rige por el **principio de objetividad**, lo cual implica que no es un acusador a rajatabla sino que debe asumir responsabilidad de esclarecer los hechos y, en casos en que el imputado no sea responsable, cesar en su persecución.

Sin embargo, esto no puede confundirse con una obligación de esquizofrenia de parte de la fiscalía: no podemos pretender que el fiscal cumpla la tarea de acusar y defender al interior de un proceso. Consideramos que desde el momento en que la acusación solicita una medida cautelar, está tomando posición en sentido que la persona imputada ha cometido un delito y, por tanto, su tarea debe orientarse a recolectar elementos que sirvan para probar esa hipótesis, no a defender al imputado.

En este contexto, uno de los desafíos principales para la acusación en una audiencia de medida cautelar es posibilitar el ejercicio del derecho de defensa sin comprometerse más allá de lo debido.

Esto quiere decir que, por una parte, debe realizar un relato del hecho completo, que permita a la defensa observar que hay hechos subsumibles en cada uno de los elementos del tipo penal; pero, de otra parte, ese relato del hecho debe ser lo suficientemente escueto como para no comprometer la prueba de hechos que aún no se sabe si cuentan con ese respaldo probatorio. Insistimos en un punto: no se trata de asumir una acusación que

engañe a la defensa, pero sí de generar estrategias de litigación y **contar con una acusación que no se comprometa más allá de lo que pueda probar.**

Esta será una de las tensiones permanentes en una audiencia de medida cautelar: una acusación que brinda poca información y una defensa que reclama la apertura de esa información.

Por otra parte, siguiendo la línea presentada en sentido de aprovechar las herramientas y elementos con los que efectivamente se cuenta, la acusación debe ser la que más trabajo dedique a preparar argumentaciones sobre la base de los escasos elementos que pueda obtener en el tiempo previo a la audiencia de medida cautelar. Esta no es una tarea fácil, pero tampoco es imposible. Recordemos que el lenguaje del litigante es el lenguaje de los hechos y, en ese sentido, la acusación debe aprender a presentar los hechos de forma tal que den asidero a las peticiones que realice, y no como islas desconectadas unas de otras.

Finalmente, el **gran desafío** desde la acusación es **racionalizar el uso de medidas cautelares**. El análisis sobre la excepcionalidad y la proporcionalidad deben estar siempre presentes a la hora de determinar si procede o no solicitar una medida cautelar, de forma tal de **devolver al régimen de medidas cautelares su finalidad original y evitar convertirlo en un placebo para no asumir la responsabilidad de realizar juicios donde se logren condenas verdaderas.**

3.2.2 Defensa

Con relación a la defensa, es importante que el trabajo que desde aquí se realice siempre se planifique desde la óptica de la acusación. Esto quiere decir que para planificar la estrategia de defensa, en primer término debe tratar de establecerse cuales serán los argumentos y peticiones que formulará la acusación, de forma tal de no planear en vacío la defensa. No debe perderse de vista que **la pertinencia es un límite que fija la acusación al establecer los puntos de discusión, y es sobre ellos sobre los que la defensa debe prepararse.**

Una cuestión a considerar es que el defensor debe estar más atento al cumplimiento de los requisitos de cada fase de la audiencia (por ejemplo que se haga un relato que contenga todos los elementos del tipo penal al momento de la fundamentación de existencia del supuesto material) que a tratar de ingresar con argumentaciones por fuera de lo establecido (por ejemplo, intentar discutir cuestiones de prueba en la primera fase de discusión).

Por otra parte, es importante que el defensor esté atento a las promesas que haga la acusación en el sentido que se desarrolló previamente: esta audiencia no es una isla sino que forma parte del proceso, y si la acusación dice que necesita encontrar a 50 testigos y transcurre el tiempo de detención o de la medida que se trate y no aparece ni uno, entonces puede cobrarle esa inactividad logrando una situación favorable para su cliente.

También debe recordarse, sobre la base de los ejemplos ya estudiados, que ser **un buen defensor no es oponerse a todo, sino buscar la solución más favorable al defendido de acuerdo a los elementos que realmente tenga en su poder y conocimiento**. Es resumen, un buen defensor siempre maneja su trabajo sobre el principio de buena fe.

Finalmente, la defensa también tiene un rol importante para la racionalización del uso de las medidas cautelares, al que pueden servir las prácticas que hemos relatado previamente pero que también tiene que ver con impulsar en forma permanente controles sobre la actividad de la acusación y la funcionalidad de la aplicación de medidas cautelares para mejorar los procesos o para legitimar malas prácticas.

3.3.3 Juzgador

En el caso del juzgador, dos son sus tareas: conducir la audiencia y decidir las peticiones formuladas. Con relación a la conducción de la audiencia, el juez debe ejercer una “amable firmeza”; esto implica que sin convertirse en un juez autoritario debe aclarar a las partes desde el inicio que no permitirá que las discusiones se salgan del contexto en el que están planteadas y de los fines para los que la audiencia ha sido convocada.

Una buena práctica, desde el juzgador, es establecer de inicio las “reglas de juego”, lo cual implica comunicar a las partes, como primera actuación antes de comenzar con el debate, cuáles serán las partes de la audiencia, qué se discutirá en cada parte y qué no podrá discutirse. Establecer los momentos en los que el juez intervendrá de oficio (por ejemplo, cuando alguna de las partes está ingresando en terrenos impertinentes a los fines de la audiencia) y qué conductas no estarán permitidas (por ejemplo, elevar el tono de voz, insultar a la contraparte o al tribunal, etc.). De esta forma, las partes ya están advertidas sobre cómo debe ser su accionar y, llegado el caso, las llamadas de atención o sanciones que el juez pueda imponer tendrán una discusión menor ya que se advirtió previamente sobre las obligaciones que cada uno tenía en la audiencia.

Controlar los tiempos es también importante desde el punto de vista del juez. Somos conscientes de que el juez no puede establecer previamente tiempos de intervención, pero sí tiene la potestad de interrumpir a la parte que está siendo redundante en su exposición o impertinente en su argumentación (nuevamente, no se trata con esto de recomendar acciones autoritarias, pero en aquellos casos en que un juez nota que la parte se está repitiendo en los dichos, puede interrumpirla para decirle que el extremo al que se refiere ya ha quedado claro y que si tiene algo más que agregar proceda con el siguiente punto, por ejemplo). A partir de este ejercicio, pueden lograrse audiencias más ordenadas con información de mayor calidad puesta al servicio de la decisión.

Solemos afirmar que la función del juez en una audiencia es casi pedagógica, ya que al dirigir la audiencia está también conduciendo a las partes; en este sentido es importante que el juzgador asuma la responsabilidad de lograr audiencias de calidad, exigiendo preparación de parte de los litigantes e impidiendo la improvisación en el tribunal.

En cuanto a la decisión, es en ese momento donde se ve desde la óptica del juzgador la importancia de haber recibido hechos desde las partes. De la misma forma que durante todo el capítulo hemos establecido que las partes no pueden decir que *existe peligro de fuga porque el imputado se va a fugar*, lo propio sucede con la decisión del juez: **si el juez decide imponer una medida cautelar, debe tener elementos fácticos que le permitan**

afirmar que cada uno de los requisitos establecidos por el NCPP se han cumplido en este caso concreto, porque existen proposiciones fácticas que acreditan la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de un determinado peligro procesal y la necesidad de una determinada cautela. **Sin una explicación clara, desde los hechos del caso, de la decisión del juez, esa decisión resulta recurrible.** Por ello, parte de la función pedagógica del juez debe pasar, necesariamente, por exigir a las partes que expliquen su caso en concreto y no a través de abstracciones.

A partir de estas exigencias y prácticas, consideramos que el juzgador también se convertirá en un agente de racionalización en el uso de las medidas cautelares.

3.3. Herramientas de comprensión de los fines de la audiencia de medidas cautelares.

3.3.1 Fundamentos del régimen de medidas cautelares

Los fines tradicionales del proceso penal se constituyen a partir de la necesidad de averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva. La verificación de las condiciones de procedencia de la pena estatal, está en permanente tensión con la obligación estatal de evitar toda afectación a los derechos y garantías del imputado; esta tensión, debe resolverse en el proceso penal posibilitando el más amplio cumplimiento de los derechos del imputado pero generando, a la vez, mecanismos que aseguren que el proceso penal culminará, cumpliendo su fin.

Cuando la resolución que el proceso penal da a esta tensión pone mayor peso en la aplicación de la pena que en el respeto por los derechos del imputado, estamos ante un modelo autoritario de procedimiento penal; ejemplos de esto encontramos en aquellos sistemas que siguen manteniendo la detención durante la investigación como la regla, sin generación de ningún tipo de alternativas que permitan al imputado aguardar su juicio en libertad; otro ejemplo de este tipo de sistema está dado por aquellos procesos que no fijan ningún tipo de límite temporal, permitiendo que el proceso no tenga prácticamente fin y que la incertidumbre pese sobre la persona perseguida sin ningún tipo de respuesta ni para ella, ni para la víctima del conflicto.

La tendencia de la reforma procesal penal en América Latina en general y en nuestro país en particular, ha sido la de posibilitar una resolución equilibrada de esa tensión, donde los derechos de la persona perseguida penalmente son reconocidos y se establecen mecanismos concretos para el reclamo de su respeto pero, a la misma vez, se mantienen ciertas herramientas que permiten que, llegado el caso de precisarlas, la persecución penal pueda hacer uso de ellas a los fines de cumplir los fines procesales.

Entre estas herramientas procesales, surge el régimen de medidas cautelares, como aquellas medidas que la acusación podrá solicitar para restringir en distintos grados la libertad del imputado cuando éste ponga en riesgo la consecución de los fines del proceso. El fundamento para la imposición de una medida cautelar determinada será, entonces, la necesidad de resguardar el cumplimiento de los fines del proceso y, por ello, sólo podrá imponerse en la medida en que existan acciones de parte del imputado que pongan en riesgo la averiguación de la verdad (tradicionalmente a partir de la intimación a testigos o la destrucción de pruebas materiales) o la aplicación de la ley penal sustantiva (sustrayéndose del proceso e impidiendo la realización del juicio).

3.3.2 Medidas cautelares y garantías constitucionales

Por restringir, limitar o afectar un derecho fundamental como es la libertad de la persona, las medidas cautelares deben ser utilizadas en forma excepcional y siempre velando por el respeto a las garantías constitucionales del imputado. Para ello, la regulación legal debe ser específica al determinar los requisitos para su procedencia y regular los principios que deben regir su aplicación.

Es importante, y veremos aquí la dificultad que se presenta en nuestro sistema, que la utilización del régimen de medidas cautelares no vulnere la garantía constitucional del juicio previo. Recordemos que la garantía de juicio previo implica que nadie puede sufrir de una pena sin haber tenido un juicio oral, público, contradictorio y continuo. Cuando la medida cautelar de detención preventiva comienza a aplicarse como una regla de procedimiento de facto, como parece suceder en nuestro sistema por estos días, donde

vamos camino a superar el 70% de detenidos preventivos, la detención preventiva pasa de ser una medida estrictamente procesal a convertirse en una pena anticipada.

Por ello, la regulación legal precisa del Código de Procedimiento Penal, en una primera instancia, y la revisión judicial estricta de la existencia de los requisitos en cada caso concreto, son obligaciones inquebrantables para mantener un cierto equilibrio que permita mantener a la medida cautelar en su finalidad procesal de cumplimiento de los fines de averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal sustantiva.

En nuestro sistema, adicionalmente, debe considerarse que hasta la fecha no existen recintos diferentes para alojar a condenados y procesados, por lo que todos los detenidos se encuentran sometidos prácticamente a las mismas condiciones de detención haciendo aún más invisible esa distinción entre medida de carácter procesal y pena efectiva. Entonces, una primera exigencia desde la garantía del juicio previo es la de **no convertir a la detención preventiva en una pena anticipada** y mantenerla en su estricto carácter procesal.

Una segunda garantía que entra en juego cuando se establece un régimen de medidas cautelares, es la de inocencia a la que podríamos definir como una valla frente a la arbitrariedad y la aplicación de la pena de sospecha. Para aplicar una sanción, la acusación deberá realizar un trabajo de construcción de certeza con relación a la responsabilidad penal de la persona, caso contrario, la garantía de inocencia siempre prima y la persona debe mantener su libertad.

En función a esta garantía y a sus implicaciones en el proceso es que suele cuestionarse fuertemente la aplicación de medidas cautelares, ya que significarían la aplicación de una sanción a un inocente. Sin embargo, de una parte debemos recordar lo mencionado con relación al juicio previo: la medida cautelar es una herramienta procesal y no una sanción, y en tanto se mantenga en ese cause, puede aplicársela sin vulnerar, en principio, la garantía de inocencia; de otro lado, recordemos la necesidad de resolver la tensión entre el respeto por los derechos del imputado y la verificación de las condiciones para aplicar la ley penal

en forma equilibrada: este equilibrio implica respetar los derechos de la persona perseguida penalmente, pero también manda darle herramientas a la acusación para la averiguación de la verdad.

A partir de esas afirmaciones, la aplicación de una medida cautelar debe ser controlada desde varios aspectos: por una parte, deben verificarse los requisitos establecidos por la ley para posibilitar la medida cautelar; adicionalmente, la acusación debe demostrar que precisa de la aplicación de esa medida cautelar para lograr su investigación, ya que de otra manera no podrá seguir adelante; este punto es el que distingue a la medida cautelar de la sanción, la medida cautelar se solicita desde una necesidad instrumental de lograr la investigación para presentar un caso y solicitar la imposición de una sanción. La medida cautelar no puede solicitarse sin ese sustento, cual si fuera una pena, porque allí sí estaríamos ante una flagrante violación al principio de inocencia en juicio. Y en función a estas dos cuestiones, parece deducirse sin demasiado problema que la temporalidad en la aplicación de la medida cautelar es de fundamental importancia: si esta se solicita para lograr mejorar la investigación, la acusación no puede hacer esa solicitud y luego relegar el caso al olvido, sino que a partir de la obtención de la medida debe agilizar la investigación de forma tal de presentar su caso a juicio a la brevedad posible. Estas exigencias deben cumplirse para no ingresar en un conflicto, al aplicar una medida cautelar, con la garantía de inocencia del imputado.

Veamos, a partir de lo hasta aquí expuesto, algunos principios necesarios a tomar en cuenta para la imposición de medidas cautelares.

3.3.2.1 El peligro procesal no se presume

La ley de procedimientos fijará, de acuerdo a la regulación específica, cuáles son los requisitos generales para la aplicación de medidas cautelares. Pero estos requisitos no pueden entenderse como existentes en todos los casos, ya que ello sería violatorio de la garantía de inocencia.

El tribunal debe, en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias fácticas ciertas presentadas por los litigantes, formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de aplicación de una medida cautelar. Nótese la relación de este principio con lo que hemos relatado como trabajo de las partes en la audiencia de medida cautelar: si los litigantes no entregan proposiciones fácticas, afirmaciones de hecho que permitan al juez verificar esa existencia en concreto, el juez no puede disponer la aplicación de una medida cautelar en función a este principio y su vinculación con la garantía de inocencia.

3.3.2.2 Excepcionalidad

El principio de excepcionalidad surge directamente de la combinación entre el derecho de toda persona a la libertad ambulatoria y la prohibición específica en el ámbito penal de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme, es decir, la garantía del juicio previo.

La obligación general que impone el principio de excepcionalidad es el de aplicar siempre la medida menos gravosa, incluso en aquellos casos en donde las medidas discutidas no involucren la privación de libertad, siempre se debe optar por la que perjudique menos el derecho del imputado a esperar su juicio libre.

Este principio genera distinto tipo de obligaciones que es importante tener en cuenta a la hora de analizar el régimen de medidas cautelares:

- a. Al Poder Legislativo, cuando regula un régimen de medidas cautelares, en sentido de fijar varias y diversas formas de cautelar los fines del proceso y no sólo estableciendo la detención (si se fija una sola medida es imposible luego determinar cuál es la procedente en cada caso concreto, ya que no existirán posibilidades alternativas);
- b. A los Tribunales, en cada caso concreto en el que intervienen, explicando en su decisión a la luz de este principio cuáles fueron los criterios que llevaron a seleccionar la medida impuesta por sobre las otras posibles;

3.3.2.3 Proporcionalidad

Este principio se establece con la finalidad de impedir que, aún en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal mayor que la propia reacción del estado en caso de condena. En tanto esa es la limitación que impone el principio de proporcionalidad, se traduce en la práctica en:

- a. La prohibición de aplicar una medida cautelar de privación de libertad en aquellos casos en que no se espere, en el supuesto de una condena, una pena privativa de libertad;
- b. Cesación de la medida cautelar cuando el tiempo impuesto equivalga o supere el tiempo de pena esperado para el delito perseguido;
- c. Obligación de establecer, de acuerdo a los elementos concretos del caso presentado, la medida que resulta adecuada para impedir que el peligro procesal se efectivice. En este punto la tarea de las partes en el debate que se dará en la audiencia de solicitud de la medida resulta de fundamental importancia en cuanto la calidad de la información que proporcionen determinará la decisión del juez.

3.3.2.4 Provisionalidad

Este principio establece que la medida cautelar debe tener una limitación temporal. En primer término, es necesario asumir que la medida debe cesar no bien cesen las causas que la justificaron. Si, por ejemplo, se solicitó una detención preventiva por la existencia de peligro de obstaculización de la verdad en función a que el imputado ha amenazado a un testigo para que no declare y se ha logrado la declaración anticipada de este testigo, ya no tiene sentido continuar con la medida cautelar en tanto la prueba ha sido obtenida.

Puesto en otras palabras: la desaparición de un requisito de una medida cautelar originalmente legítima, determina a partir del momento de la desaparición, la ilegitimidad de la medida.

Esto también establece la obligación de establecer un límite temporal a la detención preventiva que en el caso de nuestro país se ha establecido en dieciocho meses sin condena y veinticuatro meses con condena no firme.

Pero dentro de este límite es importante también recordar lo que se mencionara al momento de describir la audiencia, en sentido de la necesidad de discutir en concreto la duración que se precisa para la medida cautelar.

Aclaración previa

A partir de este punto y hasta referirnos a la exclusión probatoria, pasaremos a analizar un tipo de audiencias que hemos definido, al inicio del Manual, como de carácter más conciliatorio que la audiencia descrita en el punto anterior. En este sentido, quizá resulte reiterativo hacer una referencia a cada una de ellas en particular pero hemos considerado importante la división en función a que si bien el accionar de las partes puede ser coincidente en cuanto a la forma de presentarse en la audiencia, es importante considerar que estamos hablando de tres cuestiones diferentes en los siguientes apartados:

- a. **Facultades discrecionales del Ministerio Público** otorgadas por la ley. Este es el caso de esta primer audiencia que analizaremos, referida al criterio de oportunidad como excepción al principio de legalidad procesal. En este caso, la ley ha determinado que bajo determinadas circunstancias que se encuentran específicamente reguladas, el Ministerio Público puede decidir la prescindencia de la persecución penal. En principio, en este caso no requiere ningún consenso sino que es una decisión que está dentro de su ámbito de facultades. Sin embargo, como veremos en el desarrollo de este apartado, pueden encontrarse algunos casos en los que el criterio de oportunidad se desvirtúe en su finalidad y es allí donde aparece la necesidad de control jurisdiccional para verificar que nos encontramos en los límites establecidos por la norma para su uso;
- b. **Mecanismos alternativos al juicio.** Este es el caso de la suspensión condicional del procedimiento y la conciliación, como alternativas al juicio donde la reparación del daño causado aparece como un elemento más importante que la sanción estatal y, en función a ello, ante la existencia de un acuerdo entre los protagonistas del conflicto y la posibilidad legal de procedencia de alguna de estas dos alternativas, la acción penal se extingue. A diferencia del criterio de oportunidad, en este caso la decisión no es autónoma del Ministerio Público, sino que debe partir de un consenso entre las partes. Esto no debe entenderse en sentido que debe realizarse un largo y burocrático proceso de reuniones previas entre la acusación y la defensa para arribar a este consenso, sino que debe considerarse a la hora de realizar el análisis del caso como una posibilidad y, llegado el momento de la audiencia, la acusación debe

tener clara cuál es su necesidad y su posibilidad de negociación al igual que la defensa; en otras palabras: quince minutos antes de producirse una determinada audiencia puede arribarse a un acuerdo si las partes tienen claros sus puntos a negociar y los puntos a solicitar a la contra parte. Aquí aparece como una necesidad el contar con una defensa activa, clara en el análisis de los casos, que pueda impulsar estas salidas en aquellas circunstancias en que el Ministerio Público no lo haya planteado como una opción (siempre partiendo de la base de la importancia de arribar a acuerdos que satisfagan a ambas partes)

- c. Mecanismos simplificados.** Es el caso del procedimiento abreviado, encontramos una forma simplificada de juicio, ya que a diferencia de lo que sucede con los mecanismos anteriores, en este caso se aplicará una pena concreta al finalizar la audiencia, siguiendo determinadas reglas establecidas por la norma. En este caso estaremos en una audiencia con características más controversiales que las anteriores, pero sin embargo volvemos a encontrar el elemento de consenso de voluntades, por lo que también asumiremos una lógica de acuerdo previo entre las partes que puede facilitar el desarrollo de la audiencia y poner en cabeza del juez, esencialmente, la responsabilidad de verificar que ese acuerdo ha sido voluntario y que se da en los límites de lo reglado por la normativa.
- d. Exclusión probatoria.** En este caso, como hemos señalado, la posición de las partes es la que varía ya que a diferencia de la dinámica usual, donde el Ministerio Público solicita las decisiones y la defensa se opone, aquí es la defensa la que viene a cuestionar un accionar del Ministerio Público, quedando este en posición de defender la legalidad de su actuación. Ello varía no sólo el orden de las intervenciones sino también las responsabilidades de los litigantes, ya que quien realiza una solicitud tiene la obligación de acreditar la procedencia de la misma (es decir: así como el Ministerio Público tiene que acreditar que existe supuesto material y peligro procesal para la aplicación de una medida cautelar, en este caso la defensa tendrá que acreditar la existencia concreta de un agravio para la persona imputada a partir de un accionar del Ministerio Público en forma ilegal). Esta audiencia, siendo a nuestro entender la más específica en términos de discusión, ha permitido que la práctica del litigio indirecto y la dilación del procedimiento a partir

del mismo se imponga en nuestro sistema. Por ello hacemos un tratamiento especial en términos de fundar nuestra posición y, en la medida de lo posible, impulsar nuevas prácticas que permitan redimensionar la posibilidad de exclusión de prueba y el comprender el momento para tal finalidad.

4. AUDIENCIA DE CONTROL DE APLICACIÓN DE UN CRITERIO DE OPORTUNIDAD

4.1 Dinámica de la audiencia

Como mecanismo discrecional del Ministerio Público, existe una cierta tendencia a considerar que la aplicación del criterio de oportunidad debería ser una cuestión básicamente controlada en cuanto a su formalidad. En función a ello, se ha sostenido incluso que no es necesaria la realización de una audiencia para tal fin. Sin embargo, esto no resulta tan claro cuando se analizan las consecuencias prácticas de la aplicación de este mecanismo y las problemáticas que pueden presentarse en su utilización.

La consecuencia del uso del criterio de oportunidad es la extinción de la acción penal (con las salvedades en cuanto al momento en que la misma opera que realiza el NCPP, pero en principio asumamos que una vez que el MP decide un criterio de oportunidad, está decidiendo la extinción, antes o después, de la acción), lo cual implica la imposibilidad a futuro de perseguir a la persona por este hecho;

En principio, esta es una decisión válida de parte del Ministerio Público, que como hemos referido debe potenciar el uso de sus recursos analizando cuáles son los casos con relevancia y posibilidad de llegar a una etapa posterior del proceso; sin embargo, hemos detectado con el criterio de oportunidad tres cuestiones altamente problemáticas sobre las que debe prestarse especial atención:

- Aplicación de esta herramienta a casos que no configuran delito, como forma de descargar responsabilidad en casos que se han ingresado al sistema y luego, analizados en su contenido, se han visto como casos no penales. Ante la posibilidad de recibir cuestionamientos en su labor (incluso procesamientos disciplinarios), los

operadores han encontrado en el criterio de oportunidad una herramienta para *ocultar* en alguna medida su falencia de análisis inicial.

- Aplicación de la herramienta a casos que, constituyendo delito, no ingresan realmente en los supuestos establecidos por el NCPP sino que requieren un procesamiento más detenido e, incluso, tendrían que llegar a juicio. Sin la existencia de un control efectivo de parte del juez, estos casos quedan en el olvido sin ninguna consecuencia y hechos que ameritarían una investigación de fondo son extinguidos sin mayor información sobre los mismos.
- La temporalidad en la decisión. Como herramienta discrecional del Ministerio Público, se esperaría que el criterio de oportunidad sea utilizado en los primeros momentos del proceso, de forma tal que su utilización sirva para descargar el trabajo de la fiscalía de aquellos casos que no tienen posibilidad de investigación y, de esa forma, se orienten los recursos a los casos que sí deben tener continuidad. Sin embargo, suele observarse que el criterio de oportunidad se utiliza con cierta frecuencia en procesos que llevan meses en el sistema, incluso en algunos que están a punto de extinguirse por transcurso de la etapa preparatoria. Esto lleva a pensar en la hipótesis de que esta herramienta no está siendo utilizada con su verdadera finalidad sino que está, nuevamente, supliendo falencias en la investigación: como no se realizan las tareas de investigación necesarias para ir con el caso a una etapa posterior, ni se exploran posibilidades de acuerdo con la contra parte para llegar a una solución alternativa, se aplica el criterio de oportunidad para suplir esas falencias.

Si bien las tres situaciones llevan a pensar en una responsabilidad en cabeza del Ministerio Público, como institución que tiene la potestad de hacer uso de la herramienta, consideramos que esto no es del todo cierto ya que como se ha mencionado con anterioridad, el control de calidad del trabajo de una parte debe realizarlo la contraparte y esto no tiene que ver sólo con la litigación de cuestiones puntuales (el control sobre la procedencia o no de una medida cautelar, por ejemplo) sino que tiene también que ver con el control sobre el accionar de la contraparte en el transcurso del proceso y la posibilidad de promover determinadas acciones cuando se está faltando a la obligación legal. La defensa

puede oponerse a un criterio de oportunidad cuando busca aplicarse a un caso que no constituye delito, ya que en ese tipo de situaciones no se ha alcanzado siquiera el piso para comenzar a discutir dentro de un procedimiento penal; la víctima puede oponerse a la procedencia de un criterio de oportunidad cuando el hecho reviste una gravedad que lo pone por encima de los estándares fijados por el Art. 21 del NCPP; la temporalidad en la decisión de aplicar un criterio de oportunidad debe ser un tema informado en la audiencia de discusión de su procedencia, ya que es importante también comenzar a evaluar en qué momento se está haciendo uso de esta herramienta para medir el cumplimiento real de la finalidad con la que fue regulada.

En todas las situaciones descritas el juez jugará el rol de contralor y, por tanto, es necesario que las mismas se ventilen en una audiencia. De allí la importancia de tratar este tema en específico y determinar cuáles son las características propias de la audiencia de control de procedencia de criterio de oportunidad.

4.2 Partes de la audiencia

4.2.1 Existencia del hecho y configuración del tipo penal

Instalada la audiencia el juez dará la palabra a la acusación para que realice una descripción del hecho y de su calificación jurídica. No volveremos sobre la forma en que debe describirse el hecho ya que la referencia a tal punto ha sido dada en la primera parte de este Manual y hemos referido también en extenso el tema al describir la forma de discusión del supuesto material en la audiencia de medidas cautelares.

Ahora bien, en función a uno de los problemas que describíamos al iniciar este apartado, a diferencia de lo que sostenemos con relación a las medidas cautelares en sentido a que rara vez la defensa irá a litigar sobre la existencia del supuesto material, en el caso del criterio de oportunidad consideramos que la defensa debe ser muy estricta en cuanto a la exigencia de pedir una descripción que de detalle de la existencia de todos y cada uno de los

elementos constitutivos del tipo penal por el que el Ministerio Público ha iniciado el procedimiento.

Como hemos mencionado, no son pocas las ocasiones en que el Ministerio Público “sobre imputa”, ya sea calificando como delito un hecho que no llega a tal categoría, ya sea usando un tipo penal más gravoso que el que correspondería para la calificación del hecho relatado. En función a ello, la defensa debe desarrollar una habilidad muy fina para detectar los casos en que el Ministerio Público está calificando como delitos hechos que no lo son, y pedir todas las aclaraciones que considere necesarias para llegar a la aplicación de un criterio de oportunidad.

Habrà quien sostenga que ante el resultado del criterio de oportunidad (extinción de la acción) no hay necesidad de que la defensa haga un trabajo de litigación contradictoria, puesto que el resultado para la persona defendida será en todo caso la libertad. Sin embargo, esta es una concepción errónea, ya que el hecho de obtener la libertad por aplicación de un criterio de oportunidad en un caso que originalmente descrito no constituía siquiera un delito, es un indicador de mal funcionamiento tanto del Ministerio Público como de la defensa y en función a ello debe llamar a la reflexión y a la acción sobre los funcionarios que utilizan estas medidas en esa forma no permitida por la ley. No podemos perder de vista que el principal contralor del trabajo del Ministerio Público resulta siendo la defensa en un proceso adversarial, y de allí la importancia de controlar con calidad cuándo un hecho está entre los comprendidos por el NCPP para proceder penalmente y cuándo esto no ocurre para, en el segundo caso, marcarlo claramente al juez a los efectos que tome la decisión correspondiente. Ahora bien, el lector se preguntará cuál es la decisión correspondiente de parte del juez en este tipo de situación, dado que correspondería un sobreseimiento y esa es una medida que de acuerdo al NCPP está en cabeza del Ministerio Público, no del juez de instrucción. Desde nuestro punto de vista, encontrándonos ante esta situación y estando en la posición del juez, dado que el Ministerio Público ha solicitado una audiencia en un proceso penal y no ha podido acreditar con el relato de su hecho la existencia real de un posible delito (no ha cubierto los elementos del tipo penal con proposiciones fácticas), una vez puesto esto en relevancia a partir de las afirmaciones del

defensor, el juez podría declararse incompetente para seguir viendo el caso, en función a que el NCPP establece claramente cuáles son las competencias de un juez de instrucción (Art. 54) y en ningún caso hace referencia a conocer y tomar resoluciones en casos no penales.

Recapitulando, en esta primera parte de la audiencia la función del Ministerio Público será presentar ante el juez el hecho sometido a procedimiento demostrando que el mismo se subsume completamente en los elementos de determinado tipo penal. Si este relato es completo y la defensa acuerda con el mismo (que es la situación que habría de esperarse en este tipo de audiencias), se pasará a la siguiente fase. Si la defensa considera que el hecho planteado por el Ministerio Público no constituye delito y ha existido una sobre imputación, deberá marcar concretamente las ausencias existentes para que el juez tome una decisión de acuerdo a lo que hemos afirmado en el párrafo anterior.

4.2.2 Tiempo transcurrido desde el conocimiento del hecho por parte del MP y la solicitud de criterio de oportunidad

Un segundo punto importante a establecer en esta audiencia (que no necesariamente debe verse como una “etapa” o “parte” de la audiencia, ya que bien podría ser parte del relato del hecho), es el vinculado con el tiempo que ha transcurrido desde que se comenzó el procedimiento y el momento en que se está aplicando el criterio de oportunidad. Esto obedece a varias razones:

- Consideramos que es importante para medir la calidad del trabajo del Ministerio Público tener información para determinar cuál es el promedio temporal para el uso de esta herramienta, ya que si se comprobara que efectivamente la mayoría de los pedidos se realizan cuando la etapa preparatoria está al vencer, comprobaríamos que está siendo mal utilizada.
- En el mismo sentido, es importante para la evaluación que el juez realice del caso contar con el dato del tiempo, ya que en principio puede pensarse que una persona que lleva varios meses sometida a proceso penal estará más condicionada en su

voluntad a asumir cualquier decisión que le sea propuesta de parte del Ministerio Público y que signifique terminar con la persecución.

Si bien en principio es difícil pensar que un criterio de oportunidad no se autorice porque ha transcurrido demasiado tiempo desde el inicio del proceso, sí consideramos que es obligación del juez verificar la calidad del trabajo del Ministerio Público e independientemente de la procedencia en el caso concreto del criterio de oportunidad, determinar que se oficie a la autoridad de la institución en aquellos casos donde se compruebe que el criterio se ha utilizado para suplir falencias de investigación y evitar cumplimiento de casos.

4.2.3 Subsunción bajo una de las causales del Art. 21 NCPP

Acreditada y resuelta la existencia de un hecho constitutivo de un tipo penal, el fiscal deberá acreditar ante el juez en cuál de las posibles causales del Art. 21 NCPP se comprende el hecho en cuestión. Recordemos que las posibles causales establecidas por dicho artículo son:

- a. Escasa relevancia social y reparación del daño;
- b. Pena natural y reparación del daño;
- c. Pena esperada carece de importancia con relación a la pena impuesta en otra causa;
- d. Previsible el perdón judicial y reparación del daño; o
- e. Pena esperada carece de importancia con relación a la esperada en otros delitos o en un proceso seguido en el extranjero cuya extradición ha sido concedida;

Al realizar el análisis del caso la acusación deberá evaluar, entonces, que el hecho en concreto pueda subsumirse en alguna de estas circunstancias. Como se observa, son cinco alternativas distintas en las que puede caer un caso en concreto. La tarea de la acusación será, en la audiencia, mostrar al juez cómo el hecho que ha relatado se comprende en alguna de esas circunstancias.

No estamos entonces ante criterios que puedan aplicarse matemáticamente a cada caso que se lleve a audiencia, sino que la acusación deberá mostrar el fundamento por el cual un caso se comprende allí.

Por ejemplo, si quiere la aplicación de un criterio de oportunidad en función a que el delito es de escasa relevancia social, podrá ser que esto opere en función a criterios generales establecidos por la Fiscalía General (por ejemplo, que no se persiguen hurtos con un valor inferior a un cierto monto de dinero, digamos por ejemplificar inferiores a US\$ 250); el fiscal deberá relatar el hecho estableciendo que el valor de la cosa sustraída es menor a esa cantidad (ya que ese es el punto que tomará para justificar la escasa relevancia), luego deberá establecer que es un criterio general del Ministerio Público no perseguir ese tipo de delitos por considerarlos de escasa relevancia social y, adicionalmente, deberá dar la justificación de ese criterio general (por ejemplo, establecer que el mismo se ha tomado en función a que el estudio de las causas sometidas a conocimiento del Ministerio Público en los últimos años dio por resultado que el porcentaje de causas ingresadas con esas características podrían haberse resuelto por vías alternativas no judiciales con mejores resultados y en función a ello se ha determinado un programa de desjudicialización de estos casos acompañado de un programa de resolución alternativa de conflictos llevado adelante por una institución determinada). Lo importante en el ejemplo – importante para la presentación en audiencias – es que las partes deben dar al juez elementos concretos que funden la procedencia de determinado criterio ya que no pueden decir que el delito es “de escasa relevancia” porque es “poco relevante” sino que tiene que haber un contenido concreto para la “escasa relevancia”.

Lo mismo sucede con los casos de pena natural. Si la persona imputada ha sufrido un daño a consecuencia del delito, debe relatarse concretamente cuál ha sido ese daño que justifica la aplicación del criterio. Así, si la persona imputada se cayó de la ventana por la que intentaba sacar las especies y sufrió una fractura en la pierna, debiendo permanecer internado y con yeso durante seis meses, la acusación podría fundar el criterio de oportunidad en que, por una parte, las especies se recuperaron y, por otra, la persona imputada sufrió en su integridad las consecuencias de su acción al tener que concurrir a un

hospital, quedar internado, tener que permanecer con yeso durante dos meses y, adicionalmente, cubrir todos los gastos que esa acción le ocasionó.

Esto mismo debe realizarse con cada una de las causales que se seleccionen, en el caso concreto, para la procedencia del criterio de oportunidad.

La cuestión de la reparación

Como se observa, algunas de las causales de procedencia del criterio exigen que, en adición a encontrarse en esa situación, la persona imputada repare o comprometa la reparación del daño a la víctima. En este entendido, es importante que la acusación, al momento de relatar cuál es la causal de procedencia, explique también la consistencia del acuerdo reparatorio y la posibilidad real de cumplimiento del mismo por parte de la persona imputada, de forma tal de brindar esa información necesaria al juez.

Sin embargo, aquí el juez deberá ser muy cuidadoso en términos de no interferir en el acuerdo reparatorio. La obligación del juez es verificar la voluntariedad de las partes para la realización del mismo; no puede variar los términos por considerarlos injustos o cuestión por el estilo. Así, si en el caso de la tentativa de robo la víctima ha suscrito un acuerdo estableciendo que considera su daño reparado porque recuperó las especies y no quiere ninguna indemnización adicional, por más que el juez considere que eso no es justo, no puede involucrarse promoviendo que adicionalmente se le pague una indemnización a la víctima, porque no es un asunto de su competencia. Puede sí informarse sobre cómo se dio ese acuerdo, cuánta información recibió la víctima sobre sus derechos, pero no puede convertirse en “el abogado de los intereses de la víctima” si comprueba que esta ha asumido ese compromiso en forma voluntaria e informada.

La situación de la víctima

De la misma forma que afirmábamos, al establecer la importancia de describir concretamente el hecho y su calificación, que allí la defensa debe estar atenta para evitar

que se esté calificando penalmente un hecho que en realidad no constituye delito, en el caso de las causales de procedencia del criterio de oportunidad es la víctima (o su abogado) quien tendrá la oportunidad de manifestar su oposición si considera que la acusación está “sub dimensionando” la gravedad del hecho o sobre dimensionando alguna circunstancia que permita incluirlo en las causales de criterio de oportunidad. Esto en función a que de la misma forma que para la aplicación del criterio debe llegarse a un piso (debemos estar frente a un delito), la ley también ha fijado un techo (tiene que estar comprendido en las causales establecidas por el Art. 21 NCPP) y si hubiera distorsiones, ya sea subiendo al piso cuestiones que están por debajo o bajando al techo cuestiones que están por encima, el criterio de oportunidad perdería su finalidad. Por ello, es importante que si la víctima desea manifestar su oposición el juez le de la oportunidad de hacerlo.

Sin embargo, en este punto debemos ser muy cuidadosos en sentido de la pertinencia, ya que la oposición de la víctima, en caso que exista, debe ser a partir del aporte de información de calidad que permita al juez verificar que el caso en concreto no puede ser incluido dentro de los casos posibles para el uso del criterio de oportunidad. Esto implica que la víctima no puede concurrir a la audiencia a decir “no porque no”, no puede oponerse sobre la base de la nada, sino que debe aportar información que permita comprobar que la acusación no está dando todos los datos importantes para decidir el caso. Por ejemplo, en el caso de la escasa relevancia, si se trata de una víctima que habita en determinada zona geográfica donde todos los delitos de los últimos tiempos son contra la propiedad y en su mayoría no superan el monto que la acusación ha planteado como mínimo de acuerdo al criterio general sostenido por el Ministerio Público, en tal caso el juez podría evaluar la no procedencia del criterio de oportunidad en función a que un criterio establecido a nivel interno en la institución no puede privar del derecho a acceder a la justicia a una población entera; o si en el caso de la tentativa de robo que terminó con la persona imputada con una quebradura, la víctima acredita que las especies no fueron recuperadas debido a que en la caída se rompió tanto el televisor cuanto el equipo de música y ahora ya no son utilizables, esto también podría significar una variación en la decisión judicial.

Lo importante será, entonces, aquí también aportar con hechos concretos que contribuyan a una mejor valoración de parte del juez.

4.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de control del criterio de oportunidad

Como hemos venido mencionando, partimos de la base del ideal de este tipo de audiencias: el acuerdo y consenso previos. En ese contexto, el ideal para la actuación de las partes sería sobre la base de un análisis del caso que les permita determinar de inicio que posibilidad hay de llevar el hecho concreto a un criterio de oportunidad.

Si eso puede ser dialogado entre la acusación y la defensa en forma previa, tanto mejor a los fines de realizar una audiencia expedita donde los acuerdos aparezcan claros. Pero si por cuestiones de tiempo, coordinación, carga de trabajo, etc., estas reuniones previas no pueden llevarse adelante, es importante también asumir que en la medida en que las partes tengan claridad sobre su caso, los acuerdos pueden efectuarse momentos antes de la audiencia sin demasiados inconvenientes. Si como litigantes hemos realizado un análisis y sabemos cuáles son nuestras posibilidades, la negociación con la contraparte será mucho más sencilla que si ante un planteo concreto tenemos que recurrir al estudio de todo el cuaderno de investigación.

4.3.1. Acusación

En el caso de la acusación, diremos que lo importante en su accionar es que el análisis del caso que lleve a la conclusión del criterio de oportunidad sea pertinente y no supletorio de malas estrategias anteriores. Por ello, al momento de plantear su teoría del caso la acusación debe estar muy clara en términos del tipo de hecho que se está pensando perseguir, preguntándose, de partida:

- ¿Constituye este hecho un delito? ¿Qué delito?

- ¿Existen proposiciones fácticas que cubran cada uno de los elementos del tipo penal?
- ¿Es un hecho de relevancia, que debe ser investigado y pasar a una etapa siguiente del proceso?
- ¿Es un hecho que pueda gestionarse por la vía del Art. 21 NCPP?

Es importante determinar desde el inicio del caso estas cuestiones, de forma tal de optimizar el uso del criterio de oportunidad en el sentido que venimos relatando: un criterio de oportunidad aplicado meses después de iniciada la investigación es un indicador de mal funcionamiento. En adición, es importante considerar la aplicación del criterio en función a identificar los hechos concretos que se aportarán en la audiencia para fundar la procedencia del mismo sobre la base de qué causal de las establecidas por el NCPP y a la claridad para el posible acuerdo previo con la defensa.

Durante la audiencia, como se ha mencionado, corresponderá a la acusación establecer la existencia del hecho y su calificación penal, la pertinencia del criterio en términos de temporalidad y la procedencia del mismo por corresponder a uno de las posibilidades establecidas en el Art. 21 del NCPP. Es importante notar que por las características de los casos que llegarán a criterio de oportunidad (relativamente simples en su mayoría) y las obligaciones de acreditación legal, el tiempo que tome a la acusación acreditar la procedencia, debería ser mínimo. Por el contrario, un fiscal que concurre a la audiencia a realizar una relación del expediente, contando todas las actuaciones que se han realizado, muestra desde el inicio que no tiene claros los objetivos de la audiencia.

Es importante también recordar que otro punto a acreditar por parte de la acusación en los casos ya señalados es la existencia de un acuerdo de reparación; por tanto, a la hora de presentar el caso en la audiencia, el fiscal deberá tener claro si está ante un supuesto que requiera esa información adicional y deberá tener claros los elementos de hecho que existan en el caso para acreditar la existencia de la misma.

Para evitar controversias, es altamente recomendable que la acusación cumpla con su obligación de dar aviso a la víctima sobre su decisión no en un sentido formal (una notificación al efecto) sino en un sentido sustancial, procurando que la víctima comprenda las razones para proceder por esta vía y acuerde con la posición de la acusación.

4.3.2. Defensa

En la defensa caerá gran parte de la responsabilidad por controlar que el criterio de oportunidad sea utilizado de acuerdo a su finalidad original. Quien ejerza la defensa deberá tener presente aquellas cuestiones que hemos identificado como problemáticas y, sobre todo, verificar que la acusación no ingrese al sistema penal casos que no constituyen delito.

Adicionalmente, como hemos venido diciendo, es importante que la defensa asuma una actitud proactiva en términos de buscar la aplicación de criterios de oportunidad en aquellos casos que, llegados a su conocimiento y constituyendo efectivamente casos penales, puedan salir del sistema por la vía de la aplicación de un criterio de oportunidad. Aquí el gran desafío para la defensa es superar la forma de trabajo tradicional en sentido de “defender todos los casos de la misma forma”, ya que si un defensor se encuentra frente a un caso que no tiene posibilidades de continuar en el sistema (ya sea por su escasa relevancia, ya sea porque el mismo imputado tiene otros procesos, ya sea por cualquiera de las causales de procedencia de la oportunidad) y la acusación no ha promovido, es la defensa quien debería buscar el acuerdo con la acusación para lograr una solución pronta a ese caso.

En este sentido, podemos establecer dos necesidades de actuación para la defensa:

- De promoción, en aquellos casos que analizados desde la visión defensiva puedan gestionarse en forma eficiente con la aplicación de un criterio de oportunidad y, de esa manera, tener una solución pronta y oportuna;
- De control, en aquellos casos en los que, según su propio análisis, no existan elementos suficientes para proseguir con el proceso penal y, en consecuencia, la actuación de la acusación esté sobredimensionando un hecho no penal.

Adicionalmente, es importante que la defensa cumpla con la labor de informar a la persona imputada penalmente y conozca su posición y posibilidad efectiva en el caso a los efectos de:

- Acreditar la voluntariedad de la persona imputada de acceder al criterio de oportunidad habiendo sido informado de su consecuencia;
- Cubrir, en aquellos casos en que corresponda, un acuerdo reparatorio para la víctima, que sea de cumplimiento posible sobre la base de su situación específica actual y no sobre la base de abstracciones.

4.3.3. Juez

Como hemos mencionado en otras partes de este Manual, es importante que el juez tenga en este tipo de audiencias un rol altamente proactivo que permita el cumplimiento de varios objetivos:

- En primer lugar, cumplir con la finalidad de la audiencia desde su posición de juez, cual es comprobar la existencia de un caso penal, la inclusión de este caso penal dentro de los criterios permitidos para la procedencia de la oportunidad y el conocimiento y acuerdo de todas las partes para la aplicación de la misma;
- Esto implica, la transmisión de información efectivamente útil de parte de ambas partes, lo que lleva a limitar la intervención de la acusación a relatar los hechos estrictamente necesarios para cumplir el objetivo fijado en el punto anterior y no así toda el cuaderno de investigaciones;
- De parte de la defensa, también tendrá que tener una función proactiva en sentido de impedir, de una parte, que la defensa quiera entrar a discutir cuestiones propias de un juicio (como la existencia de determinada prueba o el alcance de la responsabilidad penal en abstracto) y, a la vez, impulsar al cumplimiento de la finalidad de control que la defensa debe ejercer sobre la labor del fiscal consultando si está de acuerdo con el relato del hecho, si está de acuerdo con la calificación jurídica, si considera que la calificación jurídica ha sido cubierta por el relato de la acusación, etc.

- Adicionalmente, a los efectos de no distorsionar la finalidad de esta audiencia, es importante también que el juez tenga control sobre los “intentos de producción de prueba” de las partes. Más allá de la importancia del control, debemos recordar que estamos ante una audiencia que se basa en un acuerdo y que generará una consecuencia bastante leve en términos de punición para la persona imputada, lo cual nos ha llevado a sostener que la controversia entre las partes debería ser, en el ideal, menor en estos casos. Es bastante poco probable que ante este escenario, se haga necesario producir prueba y si las partes lo intentaran, deben dejar claro previamente para el juez la necesidad de la misma y la pertinencia con relación a qué punto controvertido. Por ejemplo, en el caso que hemos utilizado, si el fiscal ha dicho que le parece suficiente para entenderlo como *pena natural* el hecho de que la persona imputada haya sufrido una fractura, necesite un yeso de dos meses y haya cubierto su cuenta médica, resultaría absolutamente impertinente que la defensa quisiera producir el testimonio del médico que atendió a la persona imputada y le puso el yeso para acreditar que tendrá que estar con el mismo durante tres meses, ya que más allá de la diferencia de tiempo (el fiscal dice dos meses, el defensor dice tres meses), ello no afecta en ninguna medida el consenso sobre la decisión que el fiscal está solicitando se apruebe por el juez. Es sumamente importante que los jueces desarrollen habilidades para identificar cuándo existe una controversia y cuándo esa controversia afecta al fondo de la decisión que se solicita y, en esos casos, también con una actitud proactiva, hagan las consultas posibles y pertinentes con relación a los elementos que puedan mejorar la información (el médico que se encuentra en la sala formulándole algunas preguntas; el certificado de la clínica que obra en poder de la acusación o la defensa, etc.) sin convertir ese espacio en un espacio de producción de prueba al estilo del propio del juicio oral porque, recordamos, estamos en una etapa anterior y la dinámica de intervención de las partes y de producción de información varía sustancialmente.

5. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

5.1 Dinámica de la audiencia

Brevemente diremos como introducción que la suspensión condicional del proceso es un mecanismo alternativo al juicio que permite suspender la investigación temporalmente, sometiendo a la persona procesada a una serie de condiciones vinculadas al hecho en concreto que, de cumplirse en un plazo determinado, posibilitan la extinción de la acción penal.

Como lo hemos venido relatando, vemos en concreto que con este mecanismo se busca brindar una solución diferente al juicio y la posible pena privativa de libertad para aquellos casos en los que, haciendo una evaluación de sus circunstancias y contexto, resulte más efectivo en términos de las finalidades del proceso penal someter al sujeto imputado a un sistema de control y seguimiento diverso con relación a la respuesta penal tradicional, esto es, la cárcel.

El NCPP se ha ocupado de regular con precisión los casos de procedencia de esta salida pero aún así, dada su finalidad y la generación de obligaciones adicionales para las instituciones (ya que alguien deberá asumir la responsabilidad de controlar el cumplimiento de las condiciones que se impongan en la suspensión), la acusación deberá hacer una evaluación caso a caso para determinar la pertinencia o no de utilizar esta salida.

Por su parte, la defensa tiene aquí una herramienta de gran utilidad para descargar casos del sistema y dedicarse a los que requerirán una defensa en juicio. Esto no quiere decir, y no debe entenderse de esa forma, que se promueva una “defensa de primera” para los casos que vayan a juicio y una “defensa de segunda” para los que puedan quitarse del sistema antes, sino todo lo contrario: un defensor, al momento de hacer el análisis de su caso, tiene cierta claridad sobre las posibilidades que tiene de llegar a un juicio y obtener una absolución y las posibilidades que tiene de, por la vía de un acuerdo previo, evitar la prisión de la persona imputada. Hacer este análisis es de suma importancia si se quiere cumplir en

forma real con las máximas de brindar una defensa de calidad y otorgar un defensor de confianza a las personas imputadas penalmente; un defensor de confianza, que realiza su trabajo en forma eficiente, es aquél que analiza el caso y comunica todas las posibilidades con sus ventajas y riesgos a la persona procesada, para que ésta pueda tomar una decisión verdaderamente informada.

La suspensión condicional del proceso no sólo es una herramienta que permite descongestionar el sistema, sino que posibilita una solución de mayor calidad para las partes involucradas, y es en ese sentido como consideramos que debe entenderse. Veamos a continuación las partes de esta audiencia.

5.2 Partes de la audiencia

5.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal

No nos detendremos en este punto porque se repite con relación a las audiencias anteriores, por lo que seguimos la misma dinámica: al inicio de la audiencia la acusación debe relatar el hecho y su calificación al juez y la defensa debe tener la posibilidad de manifestarse sobre ese punto en términos de acordar con la calificación (situación ideal en una audiencia de consenso) o bien pedir las aclaraciones y / o realizar los cuestionamientos que considere necesarios (situación de excepción si asumimos que existe el consenso, pero que puede llegar a darse y es importante respetar a los efectos de comprobar la voluntad y conocimiento de las partes involucradas en el conflicto).

5.2.2. Acreditar la procedencia de acuerdo a las exigencias del NCPP

Recordemos la regulación que el NCPP realiza a partir del Art. 23 para la suspensión condicional del proceso, estableciendo que la misma procede cuando:

- Sea previsible la suspensión condicional de la pena. (es decir, cuando a. se piense en solicitar una pena privativa de libertad que no exceda de tres años; y b. el agente no haya sido objeto de condena anterior nacional o extranjera por delito doloso;).

- La persona imputada preste su conformidad para reparar el daño o afianzar suficientemente la reparación;
- El caso se encuentre en la etapa preparatoria.

A partir de esto, vemos que la tarea concreta de la acusación, una vez acreditada la existencia de un caso penal y realizadas las aclaraciones – si existieran – hacia la defensa, será demostrar al juez que, en caso de llegar a juicio, no es su intención solicitar una pena mayor a los tres años y en función a ello es altamente probable la suspensión condicional de la misma debido a que la persona imputada no tiene antecedentes penales.

Adicionalmente, y este será un punto en el que el juez deberá poner especial atención, la acusación deberá acreditar que existe voluntad de parte de la persona imputada de someterse a la suspensión condicional del proceso; en este punto si bien no es necesario – y de hecho sería hasta contraproducente en términos de la finalidad de la salida – que la acusación acredite que ha tenido varias reuniones de discusión con la defensa y la persona imputada, que han llegado a un acuerdo luego de horas, o cuestiones por el estilo, sí resulta relevante que la acusación acredite que existe un acuerdo previo en ese sentido. Ello podrá significar, en algunos casos puntuales, que sí ha existido una reunión en la que se le ha explicado a la persona procesada el significado de la suspensión y las obligaciones que sumirá pero también puede significar, en otros casos, que la acusación y la defensa han intercambiado brevemente criterios antes del inicio de la audiencia y han llegado al acuerdo sobre la base de lo que ya ha conversado previamente la defensa con la persona imputada. Incluso puede significar la posibilidad de que la acusación solicite en la misma audiencia un breve intermedio para discutir con la defensa y la persona imputada la procedencia del acuerdo.

Lo que pretendemos significar es que ante la voluntad legislativa de promover este tipo de mecanismos como menos gravosos y más efectivos para la gestión de la conflictividad y ante la inexistencia de prohibiciones o reglas estrictas de formalidad para la realización de la audiencia, es importante que la misma se lleve adelante con una flexibilidad tal que se permita que el fondo (comprobar la voluntad del imputado de acceder a la suspensión)

prime sobre la forma (realizar x cantidad de reuniones de x cantidad de horas donde nunca sabremos si el imputado participó y/o comprendió lo que se discutía).

En ese sentido, es importante asumir que “tiempo previo” no es el equivalente de “calidad en la solicitud”. Si la acusación ha hecho en forma individual su tarea de análisis y proyección del caso y la defensa ha hecho lo propio, es mucho más probable que lleguen a la audiencia con pretensiones sino similares al menos conciliables, a que logren una solución reuniéndose durante horas en forma previa a la audiencia, pero sin ningún conocimiento del caso en concreto.

A partir de estas afirmaciones, será tarea del juez entonces, de manera informal, una vez escuchada la acreditación de la acusación sobre la solicitud de suspensión condicional del proceso, consultar a la defensa y a la persona imputada sobre el acuerdo en la procedencia de tal medida. Si existe acuerdo (situación ideal) puede pasarse a la fase de discusión de las condiciones; si no existe acuerdo (situación posible), puede promoverse por parte del juzgador un tiempo de intermedio en la audiencia para que el defensor pueda conversar con su defendido y, a la vez, pueda conversar con la acusación para intentar un acuerdo. El éxito de esta audiencia, recordemos, está dado por la efectividad en arribar a una solución que esté en posibilidad de todas las partes involucradas realizar; no está dado por la presencia de las partes y la suspensión de la misma por formalidades o falta de imaginación en la promoción de acuerdos.

5.2.3. Acreditar la pertinencia de las condiciones solicitadas y el plazo de cumplimiento de las mismas

Asumido por ambas partes el acuerdo sobre suspender condicionalmente el procedimiento, seguidamente el juez dará la palabra a la acusación para que exponga las condiciones que solicita cumpla la persona imputada durante el tiempo de suspensión. En esta etapa la acusación tendrá que acreditar dos cuestiones:

- La procedencia de las condiciones con relación al hecho concreto. El Art. 24 del NCPP establece una serie de condiciones que no resultan taxativas sino sólo ejemplificativas

de las obligaciones que la acusación podría solicitar cumpla la persona imputada. Lo importante es asumir que las condiciones en cuestión deben estar vinculadas a la prevención que quiere realizarse con relación al hecho concreto. Si se trata de un delito que se cometió a causa del exceso de alcohol por parte del imputado, parece razonable que se le imponga al condición de no consumir bebidas alcohólicas; pero si el imputado ha manifestado que es abstemio debido a su religión, parece absolutamente innecesario imponerle una condición en específico que viene siendo una regla de conducta durante toda su vida. Si el delito vincula la animadversión del imputado con una persona en específico parece razonable imponerle como condición que no concurra al lugar de trabajo de esa persona en específico a los efectos de evitar futuras disputas; pero si resulta que el lugar de trabajo lo es también del imputado, parece exagerado pedirle que renuncie a su trabajo para cumplir la condición y habrá que buscar mecanismos alternativos de evitar que las dos personas se encuentren. En función a esto, entonces, la acusación deberá fundar en hechos concretos vinculados al caso la solicitud de cada una de las condiciones que solicite.

- En segundo lugar, deberá fundar la extensión de tiempo para el cumplimiento de las condiciones. Recordemos que de acuerdo al NCPP el período de prueba no podrá ser inferior a un año ni superior a tres y en ningún caso excederá el máximo de la pena prevista. Sobre esta base normativa, la acusación deberá establecer el plazo específico solicitado en el caso concreto y las razones que la llevan a pedir ese plazo y no otro.

Una vez establecidos estos extremos por la acusación, la defensa será consultada en cuanto a verificar el acuerdo con los mismos. De la misma manera que hemos expuesto anteriormente, el ideal será que la defensa brinde su acuerdo en función al consenso previo existente entre las partes o al análisis similar del caso realizado y la comunicación de posibilidades a la persona imputada; pero en caso de existir desacuerdo, deberá explorarse cuáles son las causas y permitir que la defensa exponga sus puntos controvertidos. Si la controversia se diera con relación a las condiciones solicitadas por la acusación o el plazo de duración de las mismas, deberá aportar elementos fácticos que permitan al juez valorar su posición y, en definitiva, decidir cuál de las dos partes tiene la razón con relación a las condiciones y/ o el plazo de cumplimiento de las mismas en la resolución.

5.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de suspensión condicional del proceso

5.3.1. Acusación

La actuación de la acusación en esta audiencia parte tiempo antes de la misma, con el análisis del caso y la determinación de la posibilidad de suspender el mismo. A diferencia de lo que hemos referido con el criterio de oportunidad, cuya aplicación debería ser inmediata con relación al conocimiento y análisis del caso, con la suspensión asumiremos que es probable que la misma se aplique no sólo al inicio sino más adelantada la investigación, en función a que puede suceder que las pretensiones inicialmente formuladas en la teoría del caso resulten luego difíciles de cumplir y en consecuencia se busque un acuerdo alternativo al juicio.

Es importante asumir que independientemente de la existencia previa de un acuerdo o no con la defensa, la acusación debe asumir un rol conciliador en este tipo de audiencias, ya que se está buscando el cierre del caso a partir de una resolución que favorezca a todas las partes. Por ello, la comunicación con la defensa es importante, sino antes, durante la audiencia, para procurar un consenso que permita que la audiencia se desarrolle sin mayores controversias y se arribe a la solución en forma pronta.

5.3.2. Defensa

En el caso de la defensa, como hemos mencionado anteriormente, resulta importante que se asuma un rol proactivo en términos de buscar este tipo de salidas. El defensor es quien conoce las posibilidades y necesidades del imputado; en función a ello, si el imputado manifiesta su voluntad de reparar el daño y terminar el proceso sin ir a juicio, el defensor debe comunicarlo a la acusación y esa comunicación debe ser efectiva: nuevamente debe superarse la formalidad de “notificar” por la sustancia de “discutir y acordar”.

Parte del trabajo del defensor debe ser la promoción de estos acuerdos que favorezcan la parte que representa. En ese sentido, sostenemos que cuanto mejor sea el trabajo previo de la defensa, menor será su intervención en la audiencia, ya que si ha logrado un acuerdo previo que favorezca los intereses de la persona imputada, al momento de la audiencia sólo deberá manifestar el acuerdo con los términos expuestos por la acusación. Recordamos aquí una vez más: los abogados no cobramos por palabra pronunciada sino por solución arribada. Un sistema oral no hace “famosos” o da “status” de buenos litigantes a quienes más hablan sino a quienes logran mejores soluciones. Y lograr una buena solución en un sistema adversarial requiere mucho trabajo de análisis, proyección, información a la parte representada y búsqueda de acuerdos. Ese es el trabajo que debe realizar el defensor y cuanto más eficiente sea en el mismo, más se notará con el éxito de los acuerdos en las audiencias.

5.3.3. Juez

Nuevamente aquí debemos hacer referencia a la necesidad de que el juez se asuma como director de la audiencia y oriente la misma al cumplimiento de los objetivos que se han planteado:

- Toda información que no haga a la existencia del hecho, su tipificación, la posibilidad de procedencia de la suspensión y la pertinencia de las condiciones y su suspensión, es impertinente en esta audiencia. El juez debe diseñar la audiencia en función de ir obteniendo información sobre cada uno de esos puntos sin permitir que las partes desvíen sus exposiciones hacia cuestiones vinculadas con la formulación del expediente, la dogmática en general o cualquier tema que no tenga directa relación con los necesarios para aprobar una suspensión condicional;
- Otro punto central de preocupación que el juez debe tener es el conocimiento y voluntad de parte de la persona imputada. Debe comprobar que está clara tanto en el significado de renunciar al juicio cuanto en la posibilidad de cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, con la reparación acordada con la víctima. En este sentido apelamos nuevamente a la sustancia por sobre la formalidad: si el juez pregunta a la persona imputada *“es usted consciente de que por este acto está renunciando a su*

derecho constitucional a juicio y quedará sujeto al sistema de persecución penal hasta tanto acredite que en el plazo pactado ha cumplimentado en forma efectiva las condiciones de comportamiento solicitadas por el representante del Ministerio Público?” no parece que vaya a entender tan bien como si el juez le pregunta “usted está claro en que durante 1 año y medio va a tener que hacer una serie de cosas y recién cuando se cumpla ese tiempo usted va a quedar libre de este proceso penal?” “usted sabe que podría negarse a esto y tener un juicio donde la fiscalía tendría que probar que usted cometió el delito por el que lo están investigando?”. Lo importante desde el punto de vista del juez debe ser comprobar la efectiva voluntad y para ello su lenguaje debe ser lo más llano posible, exigencia que debe trasladar a las partes.

- Sin extendernos, recordamos aquí también la importancia de que el juez maneje en forma efectiva la posibilidad o no de traer elementos probatorios y la forma informal de intervención de los mismos en la producción de información, siempre recordando que no estamos en una audiencia de juicio sino en una audiencia de la etapa preparatoria.

6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

6.1 Dinámica de la audiencia

La conciliación es un mecanismo que, en forma similar a la suspensión condicional del proceso, se incorpora como posibilidad alternativa de terminación del proceso, sin necesidad de llegar al juicio oral.

A diferencia de la suspensión, que impone la obligación de cumplir determinadas condiciones en un plazo para extinguir la acción, en el caso de la conciliación una vez firmado el acuerdo conciliatorio y homologado por el juez, la acción penal queda extinguida. Esto implica que en caso de existir un incumplimiento en el acuerdo, la parte que desee reclamar podría hacerlo por la vía del derecho privado, pero no podría reabrir el proceso penal. Es importante dejar claro eso porque se han observado casos donde se extorsiona a las partes involucradas en el conflicto (en algunos casos a las víctimas, en otros a los imputados) a sobre cumplir acuerdos con la amenaza de “reapertura” del proceso. Esto es imposible: la consecuencia del acuerdo conciliatorio es la extinción de la acción penal y, en función a ello, no podría volver a investigarse a la misma persona por el mismo hecho.

Ante esa consecuencia, aparece como muy necesario desarrollar un control estricto de la voluntad de las partes durante la audiencia, pero siempre asumiendo que control no significa reemplazo y en función a ello, si las partes han arribado a un acuerdo y este acuerdo ha sido realizado en forma voluntaria, encontrándose dentro de las posibilidades legales, no hay forma de establecer oposición desde el punto de vista del juez.

6.2 Partes de la audiencia

El Art. 27.6 del NCPP abre la posibilidad de conciliación cuando nos encontremos ante un delito de contenido patrimonial que no tenga como resultado la muerte. A su vez, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece como una de las obligaciones de los fiscales de materia la promoción de la conciliación.

En función a las características propias de la conciliación, consideramos que el trabajo para el acuerdo comienza en forma previa a la audiencia no sólo en el sentido de análisis y proyección del caso, como hemos mencionado en los apartados anteriores, sino en el sentido de reunir a las partes y discutir las posibilidades reales de acuerdo. No estamos aquí, como sí lo estábamos en la suspensión condicional del proceso, en una hipótesis donde cada parte pueda trabajar y analizar las cosas en forma individual. Para que una conciliación proceda y sea exitosa, consideramos que es esencial que la víctima y el imputado hayan tenido una reunión previa (o más) a la audiencia donde hayan fijado sus posiciones y discutido sus posibilidades de asumir responsabilidades y ceder intereses con relación a la otra parte.

Excede la posibilidad de este manual el desarrollo de técnicas específicas de conciliación, pero consideramos que es una obligación poner una alerta en sentido que la única forma de lograr conciliaciones exitosas es ocuparse, previamente a la homologación, de brindar esos espacios de discusión, con conciliadores experimentados que conozcan las técnicas que se ocupan en este tipo de procesos y que generen puentes entre las partes para el arribo a acuerdos.

Una vez arribados a un acuerdo conciliatorio y realizado ese trabajo previo, se solicitará la audiencia que tendrá las siguientes partes:

6.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal

Al igual que en los casos anteriores, corresponderá a la acusación relatar el hecho ante el juzgador y acreditar que el mismo se halla en la porción de delitos que tienen contenido patrimonial y no tienen por resultado la muerte, de acuerdo a los requisitos establecidos por el NCPP.

El juez podrá dar la palabra a la defensa que entendemos que en esta audiencia tendrá un rol mucho más pasivo que en las audiencias anteriormente descritas, en función a que

sostenemos la necesidad de ese trabajo de consenso previo sin el cual es imposible pensar en una audiencia de homologación de acuerdo conciliatorio.

6.2.2. Acreditación de la existencia del acuerdo y su contenido

En este punto, la acusación deberá relatar el proceso que se ha seguido para arribar al acuerdo conciliatorio. En esto, nuevamente, no es necesario que se haga una “relación de reuniones”, como cumplimiento de un requisito formal sino que lo que consideramos esencial que quede acreditado es:

- Que ha existido, por lo menos, un encuentro presencial entre la víctima y el imputado (independientemente de que haya estado presente o no su abogado en el caso de la víctima, ya que por las características propias de la conciliación lo importante es que ella de su acuerdo; en el caso del imputado sí es importante la presencia de su defensor por la obligación de brindar defensa técnica durante el proceso, que entendemos se extiende a esta actuación en particular);
- Que en ese encuentro han sido la víctima y el imputado quienes han manifestado sus intereses para la solución del conflicto, sus posiciones respectivas y sus posibilidades reales de arribar a un acuerdo;
- Que se ha arribado a un acuerdo sobre la base de lo discutido por la víctima y el imputado y que el mismo ha sido firmado en forma voluntaria por ellos;
- Que tanto la víctima cuanto el imputado están claros en que la homologación (aprobación) del acuerdo en esta audiencia significa la extinción de la acción penal, lo cual significa que en caso que el mismo se incumpla no existirá posibilidad de reabrir el caso en la vía penal sino que tendrán que recurrir a la vía civil para exigir su cumplimiento;
- El contenido del acuerdo en concreto;

Nuevamente, la defensa tendrá un rol pasivo en función a que entendemos que la existencia del trabajo previo ha llevado a este consenso y en función a eso bastará con que acuerde la exposición realizada por la acusación.

6.2.3. Homologación del acuerdo

Si el juez entiende que se han cumplido los requisitos legales y ha existido voluntad de parte de la víctima y el imputado para arribar a esta solución, homologará el acuerdo y declarará extinguida la acción penal.

6.3 El rol de cada uno de los actores en la audiencia de conciliación

No haremos referencia a la actuación por separado de las partes debido al desarrollo específico que hemos hecho y la particularidad de esta herramienta, que entendemos como la más cercana a la búsqueda del consenso de todo el NCPP. En ese sentido, diremos que consideramos básico para el uso de la conciliación el trabajo conjunto de acusación y defensa, en sentido de promover los acuerdos de víctimas e imputados.

En el caso del juez, es importante que se asuma como un contralor de la voluntad pero no como un evaluador de la calidad de los acuerdos. La homologación judicial es un proceso que rompe con la lógica de encuentro propia de la conciliación (en tanto la conciliación busca que las partes sean quienes solucionen su conflicto, el sistema judicial busca que un tercero decida sobre el conflicto de las partes. Compatibilizar esas dos lógicas de actuación puede resultar una tarea complicada e incomprensible por quienes estamos acostumbrados a trabajar en un sistema de controversia y no de consenso) y en tanto tal, debe ser entendido con precaución: si bien es importante que el juez compruebe la voluntariedad de las partes, ello no lo habilita a intervenir en el contenido del acuerdo o su forma de cumplimiento; con relación al contenido del acuerdo, la única función que el juez tiene es la de verificar que el mismo se encuentre dentro de la ley, el resto, es entera responsabilidad de las partes que han arribado al mismo y debe ser respetado en ese sentido.

6.4 Herramientas de comprensión de los fines de la conciliación

Finalmente, en este punto, quisiéramos dejar brevemente algunos elementos de reflexión sobre el significado de la conciliación y sus particularidades, como invitación al lector a

interiorizarse en las técnicas específicas para utilizar esta herramienta, que puede ser de gran utilidad para el logro de mejores soluciones en el proceso penal.

La conciliación es un proceso de consenso y confidencial, económico, participativo y flexible, de solución de conflictos en el cual una o más personas imparciales – conciliador o conciliadores – asisten a personas, organizaciones y/ o comunidades hacia el logro de una variedad de objetivos

Es un proceso de consenso: no se impondrá una solución sino que se buscará que quienes se encuentran en conflicto (las partes) lleguen a un acuerdo, a un consenso que las deje conformes en cuanto a la solución que se tome

Es un proceso confidencial: lo que sea dicho durante la sesión de conciliación quedará entre las partes y el o los conciliadores. La información que las partes traigan a la sesión de conciliación no podrá ser utilizada para ningún fin distinto al de arribar a un acuerdo en esa sesión.

Es un proceso económico: una de las grandes ventajas de la conciliación es que, a diferencia de un proceso judicial en el que generalmente deberé contratar a un abogado para que me asista, aquí los gastos de dinero que realice serán mucho menores, por lo que es un proceso más accesible para todos y todas

Es un proceso participativo: esto implica que en la sesión de conciliación, las verdaderas protagonistas son las partes. Como conciliadores, nuestra tarea será acompañarlas y ayudarlas a buscar una solución, pero la solución en sí deberá salir de la intervención activa, de la participación de las partes en conflicto

Es un proceso flexible: si bien existen principios que rigen a la conciliación, esto no quiere decir que debamos seguir reglas absolutamente rígidas. Cada sesión de conciliación podrá ser distinta de acuerdo a las circunstancias del conflicto que se esté tratando y como conciliadores debemos tener la habilidad de generar comodidad para cada situación particular

Busca el logro de una variedad de objetivos:

- Lograr su propia solución
- Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía
- Mejorar sus relaciones
- Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial
- Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto
- Resolver conflictos subyacentes

Premisas que la sustentan

- El conflicto, como aspecto natural de la vida, se percibe como un reto y una posibilidad de cambio positivo;
- Las mejores soluciones son aquellas que son prácticas, imaginativas, equitativas, duraderas y satisfactorias para las partes;
- La comunicación adecuada favorece la eficiente resolución de conflictos;
- La participación del conciliador y las partes en la búsqueda de soluciones es necesaria;
- El conciliador goza de las condiciones adecuadas para realizar su gestión;
- La cooperación o confianza se puede crear con la pertinente acción del tercero;
- El balance de poder fomenta un mejor manejo, y eventual resolución, del conflicto;

Diferencias entre la lógica del proceso judicial y el proceso de conciliación

	Proceso Judicial	La conciliación
Nivel de solución	Pretensiones/ posiciones	Problemas
Criterio de solución	La ley aplicable	Criterios flexibles
Atmósfera	Adversarial	Cooperativa

Orientación hacia el conflicto	Hacia la discusión del pasado	Hacia la búsqueda de soluciones a futuro
Control del proceso	Vertical	Horizontal

7. AUDIENCIA DE PROCESO ABREVIADO

7.1. Partes de la audiencia

El primer paso en una audiencia de procedimiento abreviado es otorgar la palabra al fiscal para que exponga los hechos que se le imputan al acusado, y la fundamentación de la pena que se solicita. Por la naturaleza del procedimiento no es necesario fundamentar sobre la prueba, ya que se trata de un mecanismo simplificado, fundado principalmente en la admisión de culpabilidad, por tanto, a lo mucho el juez podrá requerir la enunciación de los elementos probatorios reunidos durante la investigación, sin necesidad de producirlos en audiencia (de producirlos, la audiencia se convertiría en una audiencia de juicio, lo cual elimina la calidad de “abreviado” al procedimiento)

Finalizada dicha exposición el juez debe hacer el siguiente control con carácter detallado y estricto. Deberá verificar:

- a. Si el imputado comprendió la imputación de los hechos hecha por la acusación.
- b. Si admite libre y voluntariamente ser responsable por los hechos que se le imputan y sobre los cuales está admitiendo culpabilidad. En caso de respuesta negativa, el procedimiento debe interrumpirse y el juez dispondrá la continuación del proceso.
- c. Si comprende la pena que ha solicitado el fiscal y si está de acuerdo con la cuantía solicitada por el fiscal.

7.1.1. Posibles objeciones de la víctima

El Código de Procedimiento Penal permite que la víctima objete la aplicación de procedimiento abreviado y haga conocer las mismas al juez. Por esta razón, la negociación sobre la aplicación del procedimiento abreviado en todos casos debería incluir a la víctima, con dos finalidades:

- a. Anticipar las posibles objeciones que pudiera tener la víctima a la aplicación de esta salida y tratar de superarlas a través de la negociación.

- b. Lograr acuerdos entre el imputado y la víctima que permitan justificar cuantías de pena más bajas y mayor satisfacción de los intereses de la víctima.

De suscitarse una objeción de la víctima por la aplicación del procedimiento abreviado el juez le concederá la palabra para fundamentar la objeción y posteriormente al imputado y al fiscal para pronunciarse sobre el sustento de la objeción (si esta objeción se hizo evidente durante las negociaciones con la víctima, la anticipación en el conocimiento de éstas serán de suma utilidad para el imputado y para el fiscal en la preparación de la contraargumentación).

7.1.2. Decisión

Cumplido lo anterior, corresponderá al juez fallar sobre la cuantía de la pena que se le impondrá al imputado.

7.2. El rol de los actores en la audiencia de procedimiento abreviado

Al tratarse de un mecanismo simplificado y no de una salida alternativa, el grado de controversia puede resultar mayor en este tipo de audiencias (sobre todo en lo que refiere a la discusión sobre la pena, que es el punto central de negociación entre las partes).

Sin embargo, consideramos que lo expuesto en los anteriores apartados sobre las obligaciones de cada una de las partes corresponde también a ser considerado en lo que refiere al procedimiento abreviado.

En cuanto al juez, la principal recomendación a recordar es la necesidad de comprobar el fondo de la cuestión y asegurarse que efectivamente el imputado comprende cuál es el derecho al que está renunciando y qué consecuencias está asumiendo.

8. AUDIENCIA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Hemos llegado a la última audiencia que nos interesa exponer en este Manual, referida a la exclusión probatoria.

Desde hace tiempo, una de las preocupaciones que surge con mayor frecuencia en las discusiones sobre la actualidad de la reforma procesal penal es la vinculada a la conversión que han logrado ciertos litigantes del proceso penal en un terreno fangoso donde el juez nunca tiene real conocimiento de lo que se le va a solicitar, por qué se le va a solicitar y cuál será su posible respuesta ante tal solicitud. La exclusión probatoria es una especie de “reina soberana”, en ese contexto, de las prácticas dilatorias instaladas en nuestro sistema.

Este apartado del Manual no pretende ser la conclusión sobre el tema, sino más bien el inicio de un debate serio sobre los problemas que se están dando y las distorsiones en la interpretación de las reglas del NCPP en materia de exclusiones probatorias. Por ello, siguiendo con nuestra premisa inicial de no dar discusiones teóricas o dogmáticas, si nos vemos, en este punto, en la necesidad de exponer algunos puntos de partida que seguramente requerirían mucha más discusión que sólo algunas páginas de exposición; desde la visión de los autores, estos puntos de partida son el producto de largas charlas, reflexiones y debates y el exponerlas en este texto es una invitación no tanto a acordar como a cuestionar, profundizar y desarrollar criterios ya sea a favor o en contra de lo que a continuación se expondrá.

No puede haber discusiones de exclusión probatoria en juicio oral

En primer lugar, quisiéramos partir de esta afirmación que si bien resultará provocadora y cuestionable en nuestro contexto actual, consideramos bastante más que sustentable desde una correcta interpretación de lo que el debido proceso y el juicio previo significan.

Brevemente diremos que la garantía de juicio previo establece una obligación estatal de diseño de un proceso penal con determinadas características, algunas de carácter objetivo (forma) y otras de carácter subjetivo (sujetos intervinientes).

Desde lo objetivo, nos establece la obligación de, para decir que tenemos cumplida la garantía del juicio previo, desarrollar unas determinadas características de ese juicio: publicidad, oralidad, contradicción, inmediación. No desarrollaremos cada una de estas características porque excede el objetivo de esta exposición y entendemos que en el desarrollo actual de la reforma estamos en condiciones de consensuar ese punto.

También la garantía nos establece ciertas obligaciones en cuanto a los sujetos intervinientes: división de funciones que posibiliten contar con un tercero independiente e imparcial decidiendo, una acusación en cabeza de un órgano distinto del judicial que tenga todas las potestades de investigar y acusar en forma autónoma y objetiva y una defensa que garantice que toda persona sometida a proceso penal contará con la asistencia técnica necesaria para comprender el procedimiento en su contra y definir la mejor estrategia de litigación en el mismo. Este segundo punto también parece bastante asumido en nuestros días.

Ahora bien, en cuestión de diseño de procedimiento, entendemos que la garantía del juicio previo no se limita a darnos una serie de características para el juicio como tal, sino que nos establece otras obligaciones, que podríamos resumir diciendo que la garantía de juicio previo nos dice también que este juicio debe ser **preparado**, en sentido que el Estado no quiere llevar a juicio a personas por capricho, discriminación o arbitrariedad sino que quiere que sus órganos tengan cierto grado de certeza antes de acusar penalmente a una persona y **controlado**, en sentido que el Estado asume que los hombres somos falibles y por tanto la persona que reciba una sentencia penal debe tener la posibilidad de que la misma sea revisada. Los temas de control, vinculados al diseño de recursos, no serán tocados aquí.

Pero la obligación de tener un juicio **preparado**, entendemos que es el fundamento para diseñar una etapa previa al juicio (en nuestro sistema la etapa preparatoria), que permita a la acusación recolectar elementos de prueba suficientes para determinar si acusa, busca una alternativa, aplica un mecanismo discrecional o sobresee el caso y a la defensa controlar la

actuación de la acusación y acumular elementos para su estrategia propia de defensa en caso de tener que concurrir al juicio; toda esta actividad controlada también por un tercero imparcial e independiente que determine las condiciones de cumplimiento cuando se afecten o intervengan los derechos de alguna de las partes involucradas.

En este contexto, entendemos a la etapa preparatoria como la fase del proceso destinada a:

- Descartar los casos que llegados a conocimiento de la acusación no constituyen casos penales o no tienen posibilidades de investigación;
- Solucionar anticipadamente los casos que llegados a conocimiento de la acusación y constituyendo casos penales, tienen posibilidad de arribar a un acuerdo entre la víctima y el imputado y terminarse sin juicio;
- Determinar los casos que llegarán a juicio y trabajar para que dichos casos lleguen a esa instancia “limpios”, es decir, sin posibilidades de cuestionamientos por legalidad o pertinencia.

Este último punto es el que nos interesa desarrollar: con relación al juicio, la finalidad de la etapa preparatoria es posibilitar su ejecución sin rupturas a la lógica de la continuidad, la inmediación y la contradicción. En ese sentido, si como defensor tengo conocimiento de una ilegalidad en el accionar de la acusación para la obtención de un determinado elemento probatorio, mi oportunidad de cuestionar la legalidad es la etapa preparatoria. La lógica de cuestionamiento de la prueba en el juicio es la lógica de marcar sus problemas de credibilidad, no de legalidad o pertinencia. Si un litigante plantea un incidente de exclusión probatoria en el juicio, su posibilidad de plantearlo (remota, por cierto) es por la vía de la objeción: objetar la incorporación de una determinada prueba marcando brevemente el fundamento de la misma. Un juicio oral no puede tramitarse con la presentación de incidentes escritos porque, de una parte, se rompe la lógica de los principios propios del juicio (con lo que se vulnera la garantía del juicio previo) y, por otro, se incumple la finalidad de la etapa preparatoria que es, justamente, con relación al juicio permitir su ejecución en armonía con los principios que lo sustentan (con lo que también estamos vulnerando la garantía del juicio previo).

Por ello, consideramos que las exclusiones probatorias por problemas de legalidad y/ o impertinencia son incidencias propias de la etapa preparatoria y es allí donde deben plantearse, volviéndose improcedentes al momento de llegar al juicio, puesto que si se ha permitido llegar hasta el juicio con una determinada prueba en concreto, se ha asumido la legalidad y pertinencia de la misma y sólo podrá cuestionarse a partir de un contraexamen por credibilidad, que es la herramienta idónea en esa fase para tal fin.

Las discusiones sobre exclusión probatoria deben concentrarse en una sola audiencia

Si bien el sistema boliviano no ha diseñado una “etapa intermedia” en específico, a partir de las afirmaciones recién realizadas consideramos que es sustentable afirmar que, a los efectos de discutir temas probatorios, lo más eficiente (que no aparece prohibido en ninguna parte del NCPP) resulta concentrar todas las discusiones en una audiencia única, al finalizar la etapa preparatoria.

¿Por qué afirmamos esto? Porque no podemos perder de vista que cuando un litigante (el defensor, en este caso) solicita la exclusión de una prueba lo hace en función a que la misma puede producir un agravio en cuanto a la persona representada. Partiendo de esa afirmación, resulta bastante evidente que el agravio concreto que una prueba puede producir al imputado, se dará al momento del juicio y no en cualquier caso, sino en caso de recibir una sentencia condenatoria que base su fundamento en la valoración de esa prueba determinada. Como se ve, la etapa preparatoria está bastante lejos de producir un agravio concreto al imputado a partir de la obtención de una prueba.

Sin embargo, hemos afirmado que **el momento** para discutir la legalidad y pertinencia de la prueba **es la etapa preparatoria**, en función a la necesidad de permitir que sólo llegue al juicio la prueba obtenida en forma legal y pertinente para acreditar los extremos que la acusación sostendrá en su acusación. En función a ello sostenemos que es necesario, entonces, que previamente a cerrar la etapa preparatoria, se convoque a una audiencia en la que las partes presenten sus argumentaciones con relación a la prueba cuestionada por legalidad (ha sido obtenida incumpliendo las formas establecidas por la ley) o pertinencia

(no es necesaria para acreditar ninguno de los extremos de hecho afirmados por la acusación).

Hacer una audiencia para cada incidente de exclusión probatoria que a una parte se le ocurra plantear durante la etapa preparatoria no sólo es ineficiente en términos de control de los tiempos procesales y concentración, sino que no suma nada al respeto por las garantías del imputado ya que, como hemos mencionado, para que las garantías se vulneren debe producirse un agravio en concreto y es imposible que una prueba del hecho en cuestión agrave el imputado hasta tanto no haya sido valorada en su contra en una sentencia. Por ello, debe realizarse una audiencia única, en la que las partes puedan plantear, la defensa sus cuestionamientos y la acusación su defensa de la legalidad de los procedimientos y, a la vez, ambas partes puedan discutir sobre la pertinencia de la prueba presentada por la otra, en forma tal de garantizar que el juicio se desarrollará respetando los principios que lo conforman.

En el juicio se discute credibilidad

Muy brevemente, debido a que este es un punto que correspondería poner en discusión en un manual referido a litigación en juicio, consideramos que la consecuencia a partir de las afirmaciones anteriores es que los litigantes que quieran cuestionar un elemento probatorio en el ámbito del juicio sólo podrán hacerlo, como estándar de actuación, sobre la base de la credibilidad de la misma (es decir, cuán sostenible es que esta prueba pueda acreditar este hecho).

En esa lógica, si el litigante ha planteado un incidente de exclusión probatoria por ilegalidad en la etapa preparatoria (por ejemplo, se registró el domicilio más allá de lo autorizado en la orden de registro, que autorizaba entrar sólo a la habitación y revisaron toda la casa) y el juez ha decidido permitir la inclusión de esa prueba en el juicio en contra de lo solicitado; en ese caso, el litigante podrá volver sobre la legalidad, pero con otra técnica: a partir del conainterrogatorio. Es decir, durante su ejercicio de conainterrogatorio preguntará a la persona que realizó el allanamiento si no es cierto que

la orden de allanamiento que tenían autorizaba sólo a registrar el domicilio, a lo que el testigo deberá responder con la verdad (porque si miente tendremos el respaldo de la orden de allanamiento para mostrar la contradicción y será una ganancia para nuestro argumento); a continuación se le preguntará si no es cierto que el elemento secuestrado fue encontrado en la cocina, a lo que deberá responder con la verdad (nuevamente, porque tendremos el documento de respaldo) y así continuaremos, mostrando que la prueba que se ha obtenido y ha ingresado a juicio ha sido obtenida en un exceso de parte de la policía con relación a la autorización recibida judicialmente y, en función a ello, no tiene ninguna credibilidad porque no tenemos idea de si era real o fue plantada o qué pasó en ese lugar en ese momento. Como se ve, puede resultar enormemente impactante en términos de valoración trabajar los temas de legalidad a partir de cuestionar la credibilidad de la prueba, en lugar de apelar a la dilación del incidente.

Estas reflexiones son las que orientan el diseño de esta parte final del Manual, referido a la audiencia de discusión de exclusiones probatorias.

8.1 Criterios para identificar cuando es necesario excluir prueba del juicio

Si bien, en un sistema acusatorio existe libertad probatoria, ello no debe entenderse en sentido de que toda la prueba es admisible para ingresar al juicio.

Las partes pueden ofrecer cuantas pruebas deseen, pero existen causas de exclusión fundadas en el debido proceso que, como contrapeso a la libertad probatoria, ameritan la exclusión de ciertas pruebas cuando exista:

- a. **Impertinencia (Art. 171, CPP):** La prueba no aporta elementos a la teoría del caso de la parte que pretende introducir dicha prueba en juicio. La impertinencia es una causal de exclusión de la prueba como medida de precaución de la dilación innecesaria del juicio. A tiempo de decidir la pertinencia el juez no decide sobre la credibilidad de la prueba porque ello se discutirá en el juicio. Ante un incidente de exclusión probatoria por impertinencia de la prueba lo que debe demostrarse es que la prueba impertinente no generará información relevante a la teoría fáctica de la

acusación o de la defensa. La relevancia se debe valorar en función al contenido de cada teoría fáctica.

- b. **Redundancia (prueba excesiva, Art. 171, CPP):** La prueba aporta elementos a la teoría del caso de la parte que pretende introducir la prueba, pero, la misma parte ya ha ofrecido otros elementos probatorios que pretenden introducir la misma información. También existe redundancia cuando se pretende aportar abundante prueba que provea únicamente información sobre la cual no existe controversia. La redundancia, si bien es una causa de exclusión de prueba excedente, no es una causal de exclusión absoluta. Hay que tener en cuenta que un litigante puede ofrecer más de una prueba para demostrar la misma proposición fáctica como forma de reforzar la credibilidad de su teoría del caso en el contexto particular. En este caso, el juez debe valorar cuantos elementos probatorios redundantes son admisibles para tal efecto sin que ello produzca la dilación excesiva del juicio.
- c. **Notoriedad de hechos públicos (prueba excesiva, Art. 171, CPP):** La prueba ofrecida pretende demostrar hechos de amplio conocimiento público por notoriedad. En cualquier caso los hechos notorios son proposiciones fácticas de discusión innecesaria en el juicio, salvo que las partes aporten elementos particulares que trasciendan el conocimiento general, pero que estén vinculados a dichos hechos notorios.
- d. **Ilegalidad o ilicitud de la prueba (Art. 172, CPP):** La prueba fue obtenida mediante medios ilícitos en inobservancia de los límites, restricciones o condiciones establecidas en el procedimiento penal para la obtención de dichas pruebas.

8.2 Quién puede solicitar la exclusión probatoria

Por la naturaleza acusatoria del procedimiento la posibilidad de excluir prueba por lo general es promovida por el imputado, titular de las garantías que limitan el accionar del Estado en el ejercicio de la acción penal, especialmente en los casos de prueba ilegal.

Sin embargo, en caso de que el imputado pretenda introducir prueba dilatoria por impertinencia, redundancia o notoriedad, para precautelar el debido proceso la parte acusadora puede solicitar la exclusión de dicha prueba. En cualquier caso, resulta muy

improbable que la parte acusadora promueva incidente de exclusión probatoria fundado en la ilegalidad de la prueba, puesto que los límites, restricciones y condiciones que restringen la obtención de prueba, rigen por esencia a los órganos promotores de la acción penal y a las agencias de investigación del Estado.

8.3. Audiencia de exclusión probatoria

8.3.1 Definir el objeto de la discusión

Considerando que la exclusión probatoria tiene por finalidad dar cumplimiento a la garantía del debido proceso mediante el control de prueba inadmisibles la audiencia deberá circunscribirse a la verificación de impertinencia, redundancia, prueba excesiva o ilegalidad del elemento probatorio, según pretenda demostrar el quien promueve el incidente.

Bases para la discusión de impertinencia o redundancia

Para los casos de incidentes de exclusión probatoria fundados en impertinencia o redundancia, el juez de la etapa preparatoria debe asegurarse de moderar el debate de tal forma que quede clara cuál es la teoría fáctica (versión de los hechos) de la parte que ofrece que la prueba cuya exclusión se solicita. De otra forma, el juez, cuya labor consiste en “filtrar” elementos probatorios en todo lo que sea relevante y legalmente admisible para su incorporación al juicio, no tendrá base o referencia para establecer los hechos que la parte pretende demostrar en el juicio para establecer el vínculo de pertinencia directa o indirecta del elemento probatorio en cuestión.

Bases para la discusión de prueba excesiva o prueba ilegal

Para los casos de incidentes de exclusión probatoria fundados en el exceso de la prueba por pretensión de demostración de hechos notorios, o para los casos de prueba ilegal, el juez no necesitará confrontar dicha prueba con la teoría del caso porque ante una situación de

exceso o ilegalidad, no se pretende proteger la relevancia de la prueba con el juicio (porque puede existir plena relevancia), sino se pretende evitar que:

- a) Elementos innecesarios ingresen al juicio para producir dilación, por superabundancia.
- b) Elementos obtenidos mediante procedimientos o métodos ilícitos ingresen al juicio.

8.3.2 Desarrollo de la audiencia

A tiempo de instalarse la audiencia y de darle la palabra a la parte que promovió el incidente de exclusión probatoria, es necesario que el juez con carácter previo aclare lo siguiente:

- a) Que la audiencia NO tiene por objeto la discusión de la culpabilidad del imputado por el hecho que se le imputa, ni la credibilidad de la prueba cuya exclusión se solicita, por tanto, cualquier argumentación que vaya orientada a estos tópicos podrá ser objetada e interrumpida por el juez.
- b) Que el objeto de la discusión serán las causales de inadmisibilidad de la prueba que alegue la parte incidentista y que ambas partes deberán referirse a dichas causales y a los antecedentes del proceso relevantes a la procedencia o improcedencia de dicha causal.

Abierto el debate, la parte que promovió el incidente deberá exponer:

1. El elemento probatorio cuya exclusión se solicita.
2. La causal de inadmisibilidad de dicho elemento.
3. La fundamentación de las circunstancias de la causal (dependiendo de la causal, el juez podrá solicitar al incidentista que provea información sobre la teoría fáctica de la contraparte conforme a lo descrito en el punto anterior, que presente antecedentes de la investigación etc).

Concluida la fundamentación del incidentista, la parte que ofreció la prueba cuya exclusión se solicita deberá decidir, en función a su teoría del caso, y a la situación particular de la prueba cuya admisibilidad está en cuestión si se allana al pedido del incidentista o si solicitará que la petición del incidentista se declare improcedente.

En este segundo escenario la parte contraria deberá:

1. Fundamentar sobre aquellos factores que hacen que la prueba sea admisible en juicio (desacreditar los fundamentos del incidentista).
2. Presentar los antecedentes que respalden los fundamentos de la admisibilidad de la prueba (esta parte es opcional, porque, en virtud al principio acusatorio, el incidentista tiene la carga de la demostración de la inadmisibilidad).

8.4 Prueba sobre prueba

Dependiendo de la causal de inadmisibilidad que se alegue, es posible que las partes litigantes procuren presentar prueba sobre hechos relevantes a la inadmisibilidad de elementos probatorios reunidos con relación al hecho investigado.

Respecto a dichos elementos, corresponde hacer una aclaración para evitar la confusión de las audiencias de la etapa previa en general y de la de exclusión probatoria en particular, en cuanto a los intentos de producción de prueba.

Tomemos por ejemplo, un proceso por delito de estafa seguido contra Juan Perez, en el cual se presenta un incidente de exclusión probatoria fundado en causal de prueba ilegal porque los elementos documentales y materiales de la supuesta estafa se obtuvieron a través de un allanamiento realizado sin orden judicial en el domicilio de Juan Perez. Existen varios elementos probatorios de este nuevo hecho (allanamiento ilegal) que podrían acreditar la obtención ilegal de los documentos y materiales, por ejemplo:

- a) La vecina del habitante del domicilio allanado que observó el ingreso de efectivos policiales al inmueble, forzando a patadas la puerta.

- b) La declaración de uno de los investigadores que participó en el allanamiento y que intentó convencer a sus compañeros de no ingresar al inmueble porque no tenían orden de allanamiento y el fiscal no estaba presente.
- c) La declaración del habitante del inmueble, presente al momento del allanamiento.

La interrogante que surge: **¿Es necesario convocar a la vecina, el investigador o el habitante del inmueble sean interrogados en audiencia (producción de prueba testifical) la audiencia de exclusión probatoria? No para la audiencia de exclusión probatoria dentro del proceso contra Juan Perez.** Si sería necesario interrogarlos y producir la prueba testifical para la audiencia de juicio por delito de allanamiento que Juan Perez podría seguir contra los investigadores que lo realizaron.

Es, sin embargo deber del incidentista presentar ante el juez los antecedentes de la causal, por ejemplo, el cuaderno de investigaciones cuya revisión pueda evidenciar al juez de garantías el incumplimiento de una formalidad legal (ej. Entrega de la orden emitida por el juez, firma del testigo hábil, cumplimiento de horas establecidas por ley para allanamientos, etc).

Es importante recalcar que la producción de prueba es siempre una necesidad del juicio y no de las audiencias de la etapa previa. El fundamento de esta distinción está en la FINALIDAD de dichas audiencias. Un juicio es una audiencia orientada a establecer ausencia o existencia de responsabilidades contra un acusado o un imputado. Por el contrario en las audiencias de la etapa previa las decisiones que toman los jueces de garantía no están orientadas hacia el establecimiento de responsabilidades, sino a que la preparación del juicio (investigación) se conduzca dentro de los límites legales, por tanto no existe necesidad de valoración de prueba.

Nuevamente, es importante aclarar que las audiencias de exclusión de prueba ilegal no tienen por objeto juzgar a quienes obtienen prueba ilegal, sino excluir prueba ilegal para que no ingrese al debate de un juicio futuro sin perjuicio sirva posteriormente para un posible juzgamiento disciplinario, civil o penal, en cuyo caso la prueba sobre prueba se

convierte en la prueba de los hechos de un juicio sobre el investigador, el fiscal o el funcionario público que cometió una infracción en el acto de obtención ilegal de la prueba.

Considerando el principio básico de que las audiencias de la etapa previa (preparatoria) no son de juzgamiento ni determinación de responsabilidades, ello implica que el juez de garantías se encuentra plenamente autorizado para controlar la actividad de investigación del Ministerio Público y de la Policía Nacional, y ello es precisamente parte de las audiencias de exclusión probatoria fundadas en causal de prueba ilegal.

Con base en la naturaleza de control de límites y garantías que tiene el juez supervisor de la etapa preparatoria, es perfectamente admisible que, sin perjuicio de la carga de la demostración de la causal que tiene el incidentista, ésta carga no sea absoluta, y el juez, en su rol de control, **exija rendición de cuentas a los funcionarios policiales o fiscales** sobre la forma en la que se condujeron los actos de investigación que, de acuerdo al incidentista, infringieron los requisitos y formalidades de ley. De esta forma, el juez de una audiencia de exclusión probatoria, además de exigir al incidentista fundamentación sobre la procedencia de la causal, cuando la contraparte son funcionarios del Estado, debe exigir la demostración de que las actuaciones realizadas se condujeron conforme a ley. Ello no implica una inversión de la carga de la prueba, porque, como habíamos mencionado, la audiencia no es una audiencia de juicio, sino una audiencia de evaluación del accionar del Estado.

Esta finalidad permite y autoriza plenamente, con fundamento en la necesidad de control jurisdiccional de la etapa preparatoria, que el incidentista no sea el único en la demostración de la procedencia de la causal, sino en que la contraparte acusadora demuestre haberse conducido conforme a ley en relación a dicha causal.

Por todo lo anteriormente anotado, durante las audiencias de exclusión probatoria es necesario presentar los antecedentes que acreditan la existencia de un factor de exclusión (prueba sobre prueba), **sin embargo no es necesario producir dicha prueba en audiencia**, sino simplemente presentar ante el juez dichos elementos respetando el contradictorio concentrando el debate sobre los puntos en controversia.

8.5 Finalización

Una vez ambas partes hayan expuesto su fundamentación y presentación de antecedentes alrededor de la causa de inadmisibilidad de prueba, el juez deberá decidir la procedencia o improcedencia del incidente, velando siempre por la necesidad de que la prueba cuya credibilidad se debatirá en juicio haya sido:

- a) Legalmente obtenida.
- b) Pertinente a la teoría fáctica de la parte que la ofrece.
- c) Necesaria (no obvia) y esencial (no redundante)