
CON LOS PIES EN LA TIERRA

Una evaluación de la Reforma Procesal desde la perspectiva de sus protagonistas

BEATRIZ LARRIEU DE LAS CARRERAS¹
CARLOS NEGRO FERNÁNDEZ²

*“Ante la indiscutible imprecisión de las teorías jurídicas a la hora de describir, explicar, predecir y controlar los conflictos entre las personas, los juristas suelen abominar de la vida real (algo así como que las cosas deberían ser de determinada manera y no hay modo que lo sean, por tanto la realidad está equivocada y no me importa). Y a la manera de Penélope de Serrat, se quedan con su bolso de piel marrón de la exégesis dogmática y su zapatos de tacón del análisis formal del lenguaje prescriptivo, sentados en la estación de sus conceptos, clasificaciones y teorías, sin importarles si su elaborado y perfecto mundo tiene alguna aplicación práctica a la hora de hacer el trabajo de abogar.”*³

I. INTRODUCCIÓN

La Reforma finalmente se hizo realidad. Si tomáramos como referencia la sanción de la Ley 17.897 de setiembre de 2005, que creó la Comisión para la reforma del proceso penal⁴, el proceso reformista cumplirá así los 14 años. Aunque podríamos remontarnos más atrás aún: la malograda Ley 16.893 de diciembre de 1997, antecedente necesario en este largo y tortuoso camino de transformaciones desde un sistema de justicia de perfil oscuro, de cuño esencialmente autoritario, hacia uno más democrático y republicano, capaz de legitimarse ante la ciudadanía por su transparencia y la calidad de sus decisiones.

Por ello, creímos necesario plantear una reflexión más allá de lo estrictamente jurídico. Una evaluación

desde *el territorio* de los primeros momentos de la Reforma, y que a la vez reflejara la manera cómo han evolucionado las prácticas de los principales operadores de lo que podemos llamar *Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. Prácticas atravesadas además por el cambio en el mapa de poder y por la resignificación de cada actor en un nuevo modelo procesal. Esto es, analizar cómo ha sido el comportamiento y cuál la percepción de sus protagonistas.

Precisamente, este trabajo es realizado en tanto operadores de la justicia, una en su calidad de jueza y el otro como fiscal. Así, durante estos veinte primeros meses de la implementación, los autores hemos discutido y reflexionado sobre las buenas y malas prácticas, los resultados obtenidos, así como los avances y también retrocesos legislativos.

Corresponde entonces analizar qué posición y relación se ha establecido entre la reforma y sus jueces, quienes en el nuevo y exclusivo rol de juzgadores debieron asumir el difícil desafío de despojarse totalmente de los poderes que les atribuían las *tradiciones inquisitivas*.⁵

Qué ha sucedido respecto a los defensores, tanto públicos como privados, quienes en diferente forma y con distintas expectativas, ingresaron a un

¹ Jueza Letrada Penal Especializada en Crimen Organizado de Tercer Turno.

² Fiscal Letrado Penal de Flagrancia y Turno de Segundo Turno.

³ Guillermo NICORA. **KISS. Keep it simply stupid! Técnicas de comunicación y persuasión ante el jurado.** Ed. Didot. CABA. 2018, pág. 127 y 128.

⁴ Art. 21.(Comisión para la reforma del proceso penal).- Créase una Comisión para elaborar las bases de la reforma del proceso penal, la que será integrada por un representante del Poder Ejecutivo quien la presidirá, de la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía de Corte, la Universidad de la República, la Asociación de Magistrados Judiciales, la Asociación de Magistrados Fiscales, la Asociación de Defensores de Oficio, el Colegio de Abogados del Uruguay, la Asociación de funcionarios Judiciales, la Asociación de Actuarios Judiciales y el Ministerio de Economía y Finanzas.

⁵ Conf. Alberto BINDER. En **Derecho procesal Penal. Tomo I. Hermenéutica del Proceso Penal.** Ad Hoc. Bs. As. 2013. Pág. 258-259.

sistema adversarial que les entregó una “*valija de herramientas*”, tan variada y novedosa, que les exigió una formación con la que no contaban y que además no fue la más pareja y completa.

Un capítulo ineludible ha sido el “*triple salto mortal*” que le tocó en suerte al Ministerio Público.⁶

La Fiscalía ha debido asumir no sólo el desafío de un sistema que la obliga a investigar en solitario –cuando otrora lo hacía en conjunto con los jueces–, sino además a litigar en pie de igualdad contra las defensas y a manejar la oralidad para presentar sus planteos ante un juez imparcial. Ha tenido también que asimilar la exposición mediática inherente a un sistema que por primera vez le abre sus puertas y ventanas a la opinión pública, lo que implica no sólo rendir cuentas de su producción, sino que también los obliga a lograr resultados que cuantitativa y cualitativamente satisfagan las expectativas generadas por el cambio.

La relación de los fiscales y las víctimas podría ser objeto de un análisis aparte. La reapropiación del conflicto que les pertenece por definición, ha determinado que aquellos que han sufrido y sufren en carne propia las consecuencias del delito, se sientan ahora empoderados y dispuestos a hacerse escuchar reclamando el papel que el nuevo marco legal –además– les reconoce. De aquel “*convidado de piedra*”⁷ del anterior sistema de Justicia penal, a esta presencia reivindicativa y desconcertante, en ocasiones querellante, que obliga al fiscal a la escucha y atención de necesidades en las que antes *nadie* reparaba. Este nuevo fenómeno es quizás el más complejo y removedor en todo este proceso, y abordarlo excede el propósito de este trabajo, por lo que se lo menciona únicamente por su impacto en el trabajo de las fiscalías.

La Policía por su parte también sufrió el cimbronazo del pasaje de un sistema de amplia autonomía en la investigación, el que fundamentalmente se cimentaba en la búsqueda de la –por todos– anhelada confesión, a desarrollar su trabajo bajo el contralor y dirección de una agencia que se pretende especializada y con sus mismos objetivos de persecución.

Así, la relación comenzó “*apurada*” por la falta de capacitación y preparación necesaria, y develó prácticas naturalizadas que violentaban garantías constitucionales y legales en materia de detenciones, indagatorias a imputados y registros de allanamientos de morada –entre otras–, generándose desencuentros no siempre explicitados que terminaron cimentando el relato (hoy aparentemente superado) de una Policía “*con las manos atadas ante el delito*”.

De todas formas, fiscales y policías comienzan a comprender que su “*vínculo*” será más que estable, y que además, no hay “*divorcio*” posible entre ellos, por lo que seguramente la “*relación*” que los une se irá consolidando con el paso del tiempo.

Nos hemos propuesto además entrelazar estas miradas al modelo con otras dimensiones, como la derivada de los cambios legislativos –proyectados en algunos casos y concretados en otros– ocurridos desde la implementación de la reforma hasta el presente.

Al referirse a la inminente puesta en marcha del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ley 27.063 de diciembre de 2014, que establece el sistema penal acusatorio a nivel federal, Alberto BINDER dijo:

*“El cambio de legislación ocurrirá tarde o temprano y, por eso mismo, ha comenzado una nueva pelea, sorda, la verdadera pelea, que está ahora en curso: debemos observar cómo se posicionarán los viejos actores de siempre en el nuevo escenario judicial que se produzca con la implementación del nuevo sistema acusatorio. (...) porque sabemos por experiencia que no hay peleas pequeñas y que en el día a día de los sistemas procesales vuelve a aparecer la reconfiguración inquisitorial, que es el gran problema del futuro.”*⁸

II. LA DIMENSIÓN PRÁCTICA

1) El papel de los jueces y el desarrollo de una nueva jurisprudencia

a) En la antesala a noviembre de 2017 se percibían resistencias en algunos jueces. Es que la reforma ponía en tela de juicio toda una tradición que caracteriza desde siempre a la judicatura uruguaya:

⁶ BINDER en *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y Puesta en Práctica*. Asociación de Magistrados del Uruguay. FCU. 2017, pág. 30

⁷ Juan B. J. MAIER, en “*De los delitos y las víctimas*”. AD HOC. Bs. As. 1992, pág. 185 y 186.

⁸ *Investigación y Acusación*. Editores del Sur. CABA. 2018.

su reconocida e incuestionable objetividad. Esta última entendida como *imparcialidad*, la que en nuestra versión inquisitiva de la justicia penal incluía el ideal de un juez capaz de suplir la actividad de las partes. Así, se afirmaba que nuestros magistrados penales eran capaces de investigar cual agencia de persecución, pero a la vez velar adecuadamente por las garantías del investigado. Y en ese orden de razonamiento, lo hacían además de una manera tan imparcial y eficiente que hasta la propia Defensa podía estar ausente en las llamadas “*audiencias*” del CPP 1980.

BINDER también alude a este fenómeno: “*Lo que ocurre en realidad es que él (el juez) realiza dos tareas que son esencialmente incompatibles entre sí: por un lado, debe ser investigador –y, como tal, el mejor investigador posible–; pero por otro, debe constituirse en custodio de las garantías procesales y constitucionales*”.⁹

Con semejantes poderes, los jueces y juezas compatriotas asistían a un nuevo relato que ponía en duda nada menos que su capacidad de conservar la imparcialidad a la hora de investigar, procesar, disponer la prisión preventiva, excarcelar, diligenciar pruebas de oficio, disponer medidas para mejor proveer que salvaran eventuales omisiones propias o de las partes, condenar y controlar la ejecución de la pena. Y, como era de esperar, no todos vieron con buenos ojos semejantes planteos.

Sin embargo, tiempo antes de implementarse la reforma, y con una activa participación en jornadas y cursos de capacitación de la gremial que los nuclea (Asociación de Magistrados del Uruguay), los jueces empezaron a familiarizarse con la realidad procesal de Chile a través de los capacitadores del Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), y con las reformas operadas en provincias argentinas a través de las visitas de colegas de dicho país.¹⁰

⁹ En **Introducción al proceso penal acusatorio**, INECIP, año 2000, p. 42.

¹⁰ Por la sede de AMU pasaron capacitadores y docentes como Jaime ARELLANO (Chileno, 28 y 29 de julio de 2017), Cristian RIEGO (Chileno, 28 y 29 de julio de 2017), Griselda STROGOLO (Argentina, 6 y 7 octubre 2017), Luis María CATERINA (Argentino, 6 y 7 octubre 2017), Gustavo PÉREZ URRECHU (Argentino, 6 y 7 octubre 2017), Gonzalo LÓPEZ QUINTANA (Argentino, 6 y 7 octubre 2017), Alberto BINDER (Argentino, 6 de noviembre 2017), Leonel GONZÁLEZ (Argentino, 10 de mayo 2018, 15 y 16 de junio 2018), Gonzalo RUA (Argentino, 7 diciembre 2018).

Y los frutos de este esfuerzo se vieron desde el primer día de vigencia del nuevo CPP. En efecto, y a pesar de los notables cambios operados a la reforma ya aprobada por una norma sancionada apenas cinco días antes de su implementación (la Ley 19.549 del 25 de octubre de 2017), nuestros magistrados encontraron en su nuevo rol de juzgadores imparciales, una zona amigable que les permitía desarrollar una tarea más apropiada a lo que había sido su original formación académica y profesional.

Así las cosas, el viejo *tándem* jueces-fiscales en gran medida se quebró.¹¹ Ya no bastaría con un pedido fiscal como fruto de una deliberación conjunta, para adoptar una resolución conforme a lo solicitado. Ahora el impulso fiscal empezaba a ser controlado bajo el escáner de las disposiciones constitucionales, legales e incluso internacionales, por cierto vigentes y aplicables desde antes de aquel 1º de noviembre.

A ello se agregaba una descarga de tareas que operaba a favor de la adaptación al cambio. La responsabilidad por los resultados de la investigación criminal, la exposición en los medios que ello conlleva y el impulso de oficio en el proceso, salían de la órbita de los juzgados y con ello se aliviaban las cargas de trabajo de sus recursos humanos.

b) Quizás el cambio que más impacto haya causado sea el referido a la prisión preventiva.

En efecto, de “*pena anticipada*” dictada en base a la apreciación de pruebas diligenciadas por el propio juez, por sí y ante sí, en un presumario que fungía de verdadero juicio sumario (o sumarísimo en las ocasiones en que el imputado se encontraba detenido) fuimos a una prisión dispuesta con finalidades auténticamente cautelares. Y ello sin perjuicio de algunas concesiones legales en contrario, como las normas sobre indicadores para establecer el peligro de fuga de acuerdo a las circunstancias, naturaleza del hecho y gravedad del delito (art. 226 lit. c); o la presunción de riesgo para la sociedad en sede de reincidentes, reiterantes, y en crímenes de lesa hu-

¹¹ En este tema es necesario seguir avanzando. Nuestra propia idiosincrasia como país de cercanías conspira contra esta imprescindible separación. Habrá que seguir trabajando para lograr una nítida distinción entre los vínculos personales inherentes a quienes desempeñan tareas en un mismo ramo de actividad, y las relaciones estrictamente profesionales entre los jueces y las partes.

manidad y genocidio (art. 227.2); o la del peligro de fuga o entorpecimiento procesal para casos de reincidencia o reiteración cuando el Ministerio Público impute determinados delitos (art. 224.2 en la redacción de la Ley 19.653 de 8 de agosto de 2018). Aunque también justo es destacar que no hemos sido originales en esta materia y la mayoría de los modelos procesales latinoamericanos recogen normas de similar naturaleza, incluso contrariando los estándares fijados por organismos internacionales de derechos humanos.¹²⁻¹³

Es que a partir de la solución aportada por la Ley 19.549 y la redacción que dicha norma le dio al art. 266 CPP, la decisión respecto a la imposición de una medida cautelar se tomaría en base a otros parámetros, a saber: los resultados de la investigación fiscal, el contralor horizontal entre las partes y el *debate argumentativo* respecto a la necesidad o no de la adopción de la medida.

Así, el desahogo probatorio ocurriría como mecanismo excepcional, y siempre y cuando lo solicitare la Defensa (inc. 3° del 266.6). De tal suerte, únicamente corresponde al defensor o defensora asumir el riesgo de facilitar al juez el conocimiento directo de la evidencia, la que al servirle de insumo para la eventual adopción de la cautela, podría debilitar su imparcialidad en contra del imputado.

El tema fue uno de los puntos más debatidos en los tiempos previos a la implementación. En efecto, y desde la publicación de un artículo académico a favor de una interpretación que luego se consagrara

en la ley¹⁴, tuvo lugar una polémica acerca del ámbito de aplicación y alcance del art. 15 de la Constitución, el concepto de semiplena prueba, la adopción de la cautelar a partir de pruebas efectivamente producidas frente al juez o jueza, y todo ello a partir de cuestionamientos que reivindicaban posturas pretendidamente garantistas.¹⁵

Ahora bien. No obstante la profundidad del debate y lo encontrado de las posiciones, fue la práctica forense la que demostró no sólo el estricto cumplimiento por parte de los tres sujetos del proceso de la norma del art. 266.6 –la que al 1 de noviembre de 2017 no tenía más de cinco días de vigencia–, sino que además han sido escasos los casos de producción de pruebas a pedido de las defensas.¹⁶

Pero si ello no fuera razón suficiente para abandonar posturas reñidas con la filosofía del sistema adversarial y los principios de imparcialidad y oralidad que la dominan¹⁷, y si a pesar de ello no nos

¹⁴ **Audiencias previas al juicio en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio.** Beatriz LARRIEU, Carlos NEGRO. En Revista de Derecho Penal n° 24. FCU. 2016, págs. 17 a 29.

¹⁵ Respecto a este extremo siempre es bueno citar a Guillermo NICORA, quien allá por el año 2007, en el XXIV Congreso de Derecho Procesal de Mar del Plata, hablaba de prisión preventiva, exigencias probatorias, y reclamos pseudo garantistas. Decía:

“Como el juez solo dicta una prisión preventiva cuando ha sido convencido que el imputado es bastante culpable, parece bastante justificable dejarlo preso sin juicio previo. Entonces resulta bastante tolerable que el juicio demore un par de años, total, va cumpliendo, porque casi seguro es culpable. Lo extraño del caso es que desde las mejores intenciones, los autores más garantistas (y con ellos todos los defensores) son los primeros que aplican impropriamente la primera regla de las medidas cautelares (verosimilitud del hecho): no solo permiten, sino que además exigen que el fiscal convenza al juez de que el imputado parece muy culpable.” (Los destacados son en el original)

¹⁶ En el **Informe 2018 sobre el funcionamiento del nuevo CPP en el primer año de la implementación**, del OBSERVATORIO JUSTICIA Y LEGISLACIÓN de la Facultad de Derecho de la UDELAR (www.fder.edu.uy/ojl), se establece: *“En la audiencia de formalización se puede solicitar prueba, pero podría suceder que esta posibilidad no fuera aprovechada. Sin embargo, entre los entrevistados (pese a que algunos no habían tenido todavía mucha experiencia con el nuevo CPP) se destacaron situaciones puntuales donde se pidió o se contestó prueba esgrimida para fundar la prisión preventiva. De todos modos, no parece la situación más frecuente. Como se observa en la siguiente tabla, la mayoría de los defensores señalan que no proponen evidencia cuando el fiscal pide prisión preventiva (seguramente, por entender que no es pertinente hacerlo).*

¹² Sólo a vía de ejemplo, ver art. 140 del CPP Chile, según texto dado por la Ley 20.253 de 2008.

¹³ Ya hace años la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por sentencia del 12 de noviembre de 1997 dictada en el caso *“Suárez Rosero vs. Ecuador”*, entendió que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito endilgado constituye una pena anticipada y viola el principio de inocencia, previsto en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos expresó que *“(…) la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7.5 (…). Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin”* (Informe 35/07 del 1° de mayo de 2007, párrafo 81).

hiciéramos cargo de una realidad construida pacíficamente por los protagonistas del SJPA, la Suprema Corte de Justicia vino a laudarlo en su sentencia N° 667 del 28 mayo de 2018.

En histórico fallo por su relevancia jurídica y política, nuestro máximo órgano judicial abogó con sólidos argumentos por darle un alcance preciso a normas constitucionales como la del art. 15, a conceptos como los de privación de libertad, arresto, semiplena prueba, imparcialidad judicial, principio de inocencia, contralor horizontal y debate argumentativo

Dada la extensión del fallo, y en honor a la economía del presente trabajo, sólo transcribiremos algunos párrafos que puedan resultar ilustrativos de la contundente posición de la Corte en este tema:

“Es por tal razón que sostienen –sin dudas– que la semiplena prueba en cuestión y en el marco del novel proceso no exige el desarrollo de actividad probatoria ante el juez de formalización sobre el hecho, sus circunstancias y la participación, como solución de principio. Por el contrario, conviene que la semiplena prueba está referida a la exigencia de evidencias probatorias –entendidas como elementos ponderables y objetivos– recabados por la Fiscalía, que será el único elemento convictivo al que el Juez de formalización podrá acceder respecto del hecho, sus circunstancias y participación del sujeto formalizado. Justamente, el Juez en esta instancia procedimental no debe “contaminarse” –esta es la solución de principio que el sistema pregona oficiando como conductor de la actividad probatoria, solución que le dotaría de un preanunciado posicionamiento sobre la culpabilidad de un sujeto y que, en puridad, importaría extrapolar el viejo presumario a la formalización.(...)”

¹⁷ Una de los tantos aportes y modificaciones operadas por la Ley 19.549 fue la inclusión de la oralidad como principio del proceso penal en la enumeración del art. 12. Y ello por cuanto es a la vez instrumento y contenido de los demás principios. Según Alberto BOVINO:

“La oralidad, en consecuencia, es un modo de comunicación, es método de ingreso de información y de discusión en el marco de un procedimiento y, también, es mucho más que ello. En este punto, sus particularidades permiten que la oralidad opere como cristalización de una serie de principios políticos estructurales del procedimiento penal.” (Principios políticos del procedimiento penal. Editores del Sur. CABA, 2018. Pág. 109).”

La verosimilitud de la eventual existencia del hecho delictivo y de la participación del imputado no se genera a través de la compulsión directa de los medios de prueba, sino por la coherencia, suficiencia y consistencia argumentativa en la solicitud fiscal respecto a la solidez de las evidencias con las que cuenta y, en el mismo sentido, la postura que asuma la Defensa del imputado en torno al grado de convicción que aquellas representan. Solución esta que marca paralelismo y coherencia con lo dispuesto en el art. 266.1 del N.C.P.P.

(...) Concluyendo, ante un marco constitucional flexible, el legislador, al estructurar el modelo adversarial, previó que la pretensión ejercitada por el Ministerio Público (solicitud de formalización con pedido de medidas cautelares) habrá de ser analizada por el Juez con base en las evidencias que ponga de manifiesto en su relato el Fiscal en el marco de un contradictorio argumental con la Defensa del imputado (art. 266.1 y 6 del N.C.P.P.).”

Cabe precisar que las transcripciones son de aquellos puntos en los cuales la mayoría de la Suprema Corte se integró con los votos de los Ministros Minville, Hounie y Turell, tal como queda claro en los puntos II.1 (reconocimiento expreso de la mayoría por parte de la Ministra Martínez), y en los puntos IV.2.1.IV y IV.2.1.V, (adhesión del Ministro Turell a los fundamentos de los Ministros Hounie y Minvielle).

c) Otro de los aspectos desarrollados por la jurisprudencia ha sido el de la naturaleza del acto que admite el pedido fiscal de la formalización de la investigación.

En los sistemas procesales penales de Latinoamérica que han servido de inspiración a nuestra reforma, como lo fue el chileno, la formalización de la investigación es un simple acto de comunicación por el cual el fiscal, en audiencia ante el juez de garantías, le informa al imputado que está siendo investigado por la comisión de determinado delito que debe explicitar. Y esta comunicación, como tal, no requiere ninguna decisión judicial.^{17bis}

^{17bis} **Código Procesal Penal Chile. Artículo 229. Concepto de la formalización de la investigación.** *La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.*

El CPP uruguayo no recogió esa regulación de la formalización de la investigación, por lo cual los jueces y el resto de los sujetos procesales debieron interpretar y delimitar el alcance del diseño legal.

Jaime ARELLANO, en exposición en el Seminario Internacional de AMU celebrado en julio de 2017, dijo:

“Llama la atención que en clave de sistema acusatorio, la manera que se concibe la formalización en el código uruguayo. En los sistemas acusatorios, la formalización es una comunicación a través del tribunal de parte de la fiscalía al imputado respecto que se ha iniciado una investigación en su contra por la presunta comisión de determinado delito. A partir de esa comunicación (formalización) se atribuye al sujeto investigado la calidad de imputado, con los derechos que ello conlleva: designación de Defensor; acceso a los registros del Ministerio Público y participar de todas las actuaciones de la investigación (...) el rechazo de la formalización solo es posible en caso de vicio evidente de la solicitud (...) Lo normal en los sistemas comparados es que la defensa se limita a pedir aclaraciones a la fiscalía, pero en general van más bien encaminadas a que se cautele el derecho de defensa, que haya una congruencia entre la formalización y lo que vendrá en la segunda etapa que es la acusación, y luego entre la acusación y la defensa (...) En el código uruguayo la formalización, valga la redundancia, es muy formal, muy de corte inquisitivo en que pareciera que el juez casi tendría que entrar al mérito. Lo lógico en un sistema acusatorio es que el control de la acción persecutoria le corresponde al MP, y éste decide si ejerce o no la acción, pero una vez que decide ejercerla, lo que hace a través del tribunal es comunicar a la persona y someterla al control jurisdiccional”

Vale decir, el modelo uruguayo permite rechazar la formalización si falta tipicidad, lesividad, y excepcionalmente, si en el debate oral quedara en entredicho la participación del imputado. En el modelo chileno, en cambio, *“el juez no puede evaluar el mérito de la formalización, es facultad autónoma del fiscal”*.¹⁸

Sobre este aspecto se han pronunciado nuestros cuatro tribunales de alzada. Así el TAP 1er Tur-

no en sentencia n° 221/2019 dijo: *“Si bien el art. 266.2 CPP impone a la Fiscalía enunciar los medios de prueba con que cuenta, ello no significa que el Juez a cargo de la audiencia, y en ejercicio de funciones de juez de garantías, deba examinar si los hechos que aquella argumentara se encuentran justificados. En nuestro sistema, la formalización de la investigación no supone necesaria o regularmente, un pronunciamiento judicial sobre los hechos y la participación del investigado, a la manera del procesamiento.*

De regla, no corresponde examinar en la audiencia de formalización si la prueba sobre la responsabilidad del imputado es suficiente, porque ello es materia a examinar en el juicio oral si la acusación se concretare. Tampoco es propio de la audiencia de formalización, ingresar a las cuestiones sobre licitud o admisibilidad de la prueba que postula la Defensa, las que en su caso, serán consideradas en la audiencia de control de acusación.

Partiendo pues de tales extremos, cabe señalar que el relato fáctico de la Fiscalía hace referencia a un hecho típico, y desde que los agravios refieren a temas carga de la prueba, resulta plenamente compatible la decisión adoptada por el A quo, la que debe ser mantenida.

De todos modos, no cabe duda que no obstante la relativización señalada, el control judicial no debe significar un antejuicio de la culpabilidad, exigiendo la demostración de los hechos y participación del imputado”.

Por su parte el TAP 2° Turno en sentencia n° 134/2018, expresó:

“¿Cuál es entonces la actividad a cargo del juez en este contexto?”

La respuesta es que parece imprescindible armonizar los criterios para resolver el tema y, ello, por la sencilla razón de que al juzgador le es imperioso expedirse.

Así, debe valorar la razonabilidad del pedido, obviamente en base a lo que se le plantea sin que implique ningún juzgamiento sobre el fondo de la cuestión y, ello, por la sencilla razón de que no se debate en la audiencia de formalización la responsabilidad del sospechoso sino sobre la existencia de los elementos objetivos con que cuenta el actor sobre determinados sucesos acaecidos que describe en su plataforma fáctica, los cuales estarían vin-

¹⁸ Leonel GONZÁLEZ. 11/5/2018, amu.org.uy.

culando a determinado ciudadano como participando en ellos según los medios probatorios que dispone, en fin, es una valoración de potencialidad del planteo que justifique la formalización.”

El TAP 3º, en sentencia n° 348/2018, sobre este tema entendió:

“En el ordenamiento procesal penal patrio a texto expreso se establece que la formalización de la investigación tiene importantes consecuencias, mucho más allá de las que resultarían de un ámbito simplemente informativo: “(...) aparejará la sujeción del imputado al proceso y dará comienzo al sumario (artículo 16 de la Constitución de la República). Cuando se produzca en causa en la que pueda recaer pena de penitenciaría, tendrá el efecto previsto en el artículo 80 de la Constitución de la República” (inc. final del art. 266.6 NCPP), y en los hechos significa además la inscripción en el registro de antecedentes del Instituto Técnico Forense.

Asimismo, esa vinculación del imputado con el proceso que se inicia habilita por ejemplo a que la Fiscalía solicite una medida de máxima coerción como lo es la prisión preventiva, entre otras (art. 221.1 NCPP).

Y más allá de todas las consideraciones legales que vienen de realizarse tampoco puede obviarse la innegable estigmatización irreparable que tal sujeción implica.

Debe tenerse presente además que la actividad del Juez en esta audiencia no se limita a ser un simple controlador del cumplimiento de los requisitos de la solicitud fiscal y escucha de la “comunicación” fiscal; el Juez debe resolver el planteo del Ministerio Público.

Por último, en opinión del TAP 4º, en sentencia n° 305/2018:

“En el aspecto sustancial, específicamente respecto al agravio de la Defensa que refiere a la carencia de elementos objetivos suficientes para formalizar las actuaciones del Ministerio Público, se entiende que no es de recibo ya que carecen de eficacia enervante de la decisión adoptada.

En efecto, las evidencias manejadas por la Fiscalía actuante en su carpeta de investigación, a las que tuvo acceso la Defensa, –a las que por expreso mandato legal no le corresponde acceder al Juez– y sus alegaciones respecto a tales informes,

constituyen los elementos objetivos suficientes exigidos por la norma legal para solicitar primero y formalizar después la investigación, tal como lo hizo el a-quo en la audiencia prevista legalmente al efecto.

El cuestionamiento de la Defensa, más allá de las consideraciones formuladas respecto a la redacción del Art. 264 del Código del Proceso Penal 2017, refieren al fondo del tema. El resultado de las interceptaciones telefónicas, los testigos, los informes de entidades financieras, corresponden en el proceso ordinario a la etapa de juicio oral.”

d) Otro de los puntos que merece detenimiento, y que incluye a todos los sujetos del proceso, es el referido a la comunicación entre ellos y el aporte de información relevante en las audiencias, esto es, *la oralidad de los planteos y el manejo del lenguaje en las audiencias.*

La oralidad es el medio más humano y natural de comunicación, y por ello más simple, directo y efectivo que la escritura. En relación al proceso penal, ayuda a simplificarlo, llevándolo a una idea más cercano a lo cotidiano.¹⁹

Pero además, en el sistema acusatorio, la oralidad constituye el instrumento para hacer efectivo, entre otros, el principio de la publicidad. *“La publicidad es una consecuencia de la forma republicana y en este sentido, apunta prioritariamente a la facultad de los miembros de la comunidad de controlar a todos aquellos que, de un modo u otro, deciden los destinos de las personas gobernadas”*²⁰.

Es decir, solamente mediante audiencias orales y públicas es posible el conocimiento de la ciudadanía de la actividad de la Justicia.

Y por ello es imperioso, además, atender al lenguaje que deben utilizar los operadores judiciales.

En abril de 2016, los representantes de España, Paraguay, Colombia, Bolivia, Chile y Ecuador, acordaron una propuesta para la XVIII la Cumbre Judicial Iberoamericana.

¹⁹ **Manual de oralidad para jueces y juezas durante las fases previas al debate**, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, Costa Rica, 2006, pag. 40-41.

²⁰ Alberto BOVINO. **Principios políticos del procedimiento penal**, Editores del Sur, CABA. 2018, p. 94.

Finalmente el punto 63 de la declaración final quedó redactada en este tenor:

“Afirmamos que la legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y que ello constituye un verdadero derecho fundamental del debido proceso; a tal efecto, entendemos que es esencial el uso de un lenguaje claro, e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales, y una argumentación fácilmente comprensible”

Frecuente y erróneamente asimilado con el saber jurídico erudito, el uso de un lenguaje barroco, anacrónico y exótico, se ha naturalizado en la práctica forense a través de los tiempos encontrando en el escriturismo su máxima expresión. Así cuanto más incomprensible resulte el planteo, a menos público llegará y con ello se satisfarán pretensiones de saberes exclusivos, pero sobre todo, excluyentes.

Dice BOVINO:

“El juez (y las partes agregamos nosotros) no escribe para el abogado (ni los abogados y fiscales para los jueces añadimos). Por supuesto es posible que la parte requiera de la intervención del abogado para aclarar algunas cuestiones técnicas. Sin embargo, la resolución judicial, especialmente en el ámbito del derecho penal, debe ser comprendida sin necesidad de un “traductor”. Las resoluciones que dictan nuestros jueces están destinadas a personas que revisten el carácter de parte pero que, antes que eso, son habitantes sometidos a su jurisdicción y con derecho a acceder a ella.”²¹

El mismo autor destaca cómo las palabras establecen jerarquías, a la vez que pretenden demostrar sabiduría y seriedad técnica. Así el indagado o imputado puede ser *el prevenido o el justiciable*, o el más despectivo *reo*. Eso sí, siempre escritos con minúscula. En cambio, todo lo referido a jueces y fiscales, comienza con mayúsculas, aunque ello no corresponda gramaticalmente: *Tribunales, Juez, Alto Tribunal, Alzada, Fiscal, Representante de la causa pública, Defensor*, o el tan habitual *distinguido Defensor*; con frecuencia utilizado a la hora de descalificar su planteo.

La lista es interminable. Los incendios son *focos ígneos*, y para la cultura del trámite los expedientes, *autos*. Las etapas y actos judiciales *actuaciones*; los médicos raramente lo son y más frecuentemente se llaman *galenos*; y el *intrínquilis* es una forma de calificar la imposibilidad de encontrarle sentido alguno al planteo de la contraparte.

Todas estas cuestiones fueron resueltas, casi sin proponérselo, con el manejo de la oralidad. La audiencia democratiza la información y obliga a los profesionales del derecho a dirigirse entre sí y hacia los legos en cuestiones jurídicas, como los imputados, testigos y público presentes, en un lenguaje de uso habitual y por todos conocidos.

En este aspecto el pasaje al nuevo sistema ha sido determinante, y el lenguaje críptico característico del sistema inquisitivo y escrito parece haber quedado atrás.

Sin embargo, la oralidad sigue siendo uno de los puntos más débiles del SJPA, y son muy comunes las lecturas a viva voz de escritos en sustitución de los argumentos orales. Estas gambetas a la oralidad implican un deterioro de la calidad de las audiencias, y con ello del debate argumentativo, repercutiendo en definitiva en las decisiones judiciales.

A tal extremo lleva la inercia escritural, que en muchos casos las solicitudes fiscales de audiencia de formalización con imputados detenidos se formulan de la misma manera que las de aquellas que no los hay. A saber, las exigencias del pedido escrito del art. 266.2 (solicitud de formalización *con* detenidos) se trasladan al pedido de audiencia de formalización *sin* detenidos, ignorando la salvedad que establece la propia norma del art. 266.2 y 266.4.

Esta práctica, además de incrementar innecesariamente las cargas de trabajo²², hace que la información que debiera llegar al conocimiento del juzgador a través de la argumentación oral del fiscal, ocurra en forma anterior a la audiencia, la que se desarrolla-

²² Este fenómeno también es reconocido por BINDER, quien dice:

“Cuando el sistema está sobrecargado, los operadores (que inexorablemente son inexpertos en una primera etapa) tienden a reproducir lo que ya saben hacer, es decir, las viejas prácticas. Estas viejas prácticas (por su formalismo, demora, ritualismo, dificultad) sobrecargan más el sistema generando un círculo vicioso muy nocivo.” **La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial**. AD HOC. Bs. As. 2012, pág. 155.

²¹ **Con estos jueces NO HAY DERECHO**. Volumen I. Editores del Sur. CABA. 2018, Pág. 36.

rá entonces con un tribunal que conoce los hechos y la teoría del caso de la parte acusadora, aunque no los argumentos defensivos de la contraria. Lo que de alguna manera también afecta el principio de igualdad de partes, de cuya custodia es responsable el juez.

En definitiva, la oralidad plena es una de las materias pendientes y corresponde a los jueces, como directores del proceso (art. 20 CPP), exigir a las partes su cumplimiento efectivo, sea en los pedidos de formalización, de medidas cautelares, contestaciones, controles de acusación, alegatos de apertura y clausura, exámenes y contra exámenes de testigos y peritos. Asimismo, y cuando el caso lo permita, la lectura de las sentencias debería ceñirse a la reseña del capítulo del considerando, el fallo y la pena, de modo de dar agilidad a la audiencia y facilitar al imputado la comprensión del resultado del juicio que se le ha seguido²³.

La instauración de los juicios por jurados en varias provincias argentinas, como Neuquén, Río Negro, Mendoza, Provincia de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, y San Juan, su inminente implementación en Entre Ríos, y la definitiva puesta en marcha del CPP Nación a nivel federal (que también los contempla), dejará en evidencia la ineludible necesidad de comunicarnos en forma auténticamente oral en las audiencias, y hacerlo además en un lenguaje claro y accesible a todos los ciudadanos y ciudadanas.

2) Continuación. La ejecución de la pena

La ejecución de la pena –última etapa del proceso penal– tradicionalmente ha sido la etapa más descuidada. Desde el punto de vista del derecho procesal penal, la ejecución de las penas privativas de libertad se ha caracterizado por la definición del carácter administrativo de la institución penitenciaria

y la ausencia de control judicial sobre la vida carcelaria.

Más modernamente se ha entendido que un sistema garantista de ejecución de penas, supone al penado como un sujeto de derechos, limitados de acuerdo a los términos de la condena, pero siempre colocando a los derechos humanos en el centro del procedimiento penal. Y para ello, es necesario que las personas privadas de libertad cuenten con recursos efectivos que les permitan acceder a los órganos jurisdiccionales, y que éstos resuelvan sus planteamientos en un plazo razonable, con eficacia real frente a la autoridad administrativa, conforme lo establece el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El CPP actualmente vigente recogió esa posición y atribuyó al juez de ejecución un amplio campo de competencias en el art. 288, a efectos de salvaguardar los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Entre ellas se incluye, justamente, el contralor y revisión sobre decisiones administrativas tales como la clasificación y las progresiones o regresiones en el cumplimiento de la pena en reclusión, los traslados y las sanciones de personas privadas de libertad superiores a treinta días (literales c y d), y la decisión sobre peticiones relativas al trato penitenciario (literal e).

En el ámbito institucional, la Suprema Corte de Justicia resolvió –entre noviembre de 2017 y marzo de 2018– la creación de juzgados especializados en ejecución y vigilancia, contándose a la fecha con tales juzgados en los departamentos de Montevideo (5), Canelones (2), Maldonado (1), Paysandú (1) y Rivera (1).

Entendemos que el nuevo sistema ha revalorizado la función del juez de ejecución, quien ya no es más un mero controlador de trámites –tantas veces a cargo de las oficinas judiciales– sino que se le otorgan competencias para decidir temas de relevancia, tales como la concesión del beneficio de libertad anticipada (art. 288 lit. j del CPP) y la revocación de libertades vigiladas (art. 12 ley n° 19.446), entre otros. Y ello además de las funciones de vigilancia que señalamos anteriormente, con facultades suficientes para controlar la forma en que se cumplen efectivamente las penas privativas de libertad y procurar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los penados.

²³ Debe señalarse que la Ley 19.670 del 15 de diciembre de 2018 reguló el registro de audiencias por sistema AUDIRE (arts. 237 a 244). En el art. 238 dispone que, además del registro mediante audio, el acta sucinta en soporte papel que contendrá, entre otros datos, “*los decretos, resoluciones o sentencias dictados en la misma, que serán transcritos en su totalidad*”. Esta exigencia podría afectar la oralidad en el dictado de las resoluciones, por lo cual deberán buscarse soluciones que permitan cumplir la norma sin alterar la dinámica de la audiencia.

Es de resaltar que en la etapa de ejecución se respetan los principios que rigen el sistema procesal penal acusatorio y adversarial y, en general, los jueces han adoptado la audiencia como metodología de trabajo a efectos de la resolución de las diversas cuestiones que se plantean.

Así, en relación al trámite de la revocación prevista en el art. 12 de la ley n° 19.446 (anterior al CPP), ha entendido el TAP 2° Turno en sentencia n° 194/2018:

“En efecto, ante una vista otorgada por mandato verbal (fojas 37), la Fiscalía solicitó la revocación del beneficio de la libertad vigilada en función de lo dispuesto por el art. 12 de la Ley N° 19.446 (fojas 38), a lo cual el Sr. Juez de primer grado hizo lugar sin tramitar un incidente ni escuchar a la contraparte, lo cual resulta claramente improcedente (fojas 39).

A juicio de la Sala la vía pertinente para resolver el artículo es el incidente con debate en audiencia, que parece lo más razonable visto el sistema procesal y lo que establecen los arts. 276 y 279 del CPP e, incluso, por el propio criterio que adelantaba el Ministerio Público en la causa de la IUE-604-27/2018 “(...) se comuniquen la formalización a la causa antecedente (...) a los efectos que se proceda en la misma conforme a derecho fijándose audiencia en la misma (...)” (fojas 31).

Si bien el tema a resolver implica obviamente un incidente, el mismo no está expresamente previsto en el nuevo proceso penal, pero el cuerpo normativo para estas situaciones regula la fórmula general prevista en el art. 276 del CPP, por lo que parece adecuado a ello recurrir.

En cualquier caso, incluso si se entendiera que la resolución fuera factible de adoptarse sin convocar al debate en audiencia, ese punto pasa a resultar un aspecto secundario, ya que lo principal es la indefensión provocada por una resolución tomada por la Justicia sin contradictorio de partes”.

3) Los fiscales

a) Para los integrantes del Ministerio Público el cambio de sistema fue, sin lugar a dudas, bastante más complejo.

Dejaron de ser esos funcionarios casi invisibles, sin la responsabilidad directa en la investigación y

prácticamente ajenos al impulso procesal, que actuaban a la sombra del juez, con el cual además se confundían, formando a menudo sociedades profesionales con una finalidad única y común: *la persecución criminal inquisitiva*.

El *tándem* no incluía por cierto a la Defensa. Y ello redundaba en un confort aún mayor para ambos sujetos procesales, quienes difícilmente quedarán expuestos al incómodo contralor de ésta, validándose su actuación únicamente en función del desarrollo y resultado de la investigación.

La falta de compromiso directo con la *instrucción* les permitía a los fiscales además quedar a salvo de las demandas de los medios de comunicación, los que veían en los jueces a los verdaderos “*dueños*” de la información.

Asimismo, la ausencia de posibilidades procesales para las víctimas que caracteriza al modelo inquisitorial, determinaba que éstas fueran un mero objeto de prueba, a quienes no se les debía ni atención ni protección por parte del sistema de Justicia. Su presencia se limitaba a brindar su declaración (en el mejor de los casos ante el juez), sin recibir ni siquiera una mínima información sobre cuál sería su suerte, o la de quien le había provocado el sufrimiento del delito.

Para el cambio de modelo, los fiscales fueron los mejor preparados y capacitados desde incluso antes de la promulgación de la Ley 19.293. Cursos y charlas de fiscales norteamericanos, colombianos, argentinos y chilenos fueron impartidos a todos los niveles de la Fiscalía.

Sin embargo, y tal cual la advertencia de BINDER en la sede de la AMU, los fiscales no vislumbraron en su real dimensión las tareas que les esperaban, y ello sólo ocurriría una vez que el sistema empezara a rodar.²⁴

Y así en la madrugada misma del 1 de noviembre del 2017 empezaron a conocer que sus tareas eran tan variadas como complejas. El *develamiento* incluyó atender los llamados de la Policía, que ahora encontraba un interlocutor permanente a quien efectuarle *todo* tipo de consultas y a toda hora; resolver en situaciones de flagrancia respecto a la con-

²⁴ BINDER en *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Implementación y Puesta en Práctica*. Asociación de Magistrados del Uruguay. FCU. 2017, pág. 31.

ducción de personas detenidas; pedir al juez –y justificarlo en debida forma– las órdenes de detención que antaño éste resolvía con sólo una comunicación telefónica; decidir el mérito de la solicitud de la formalización o la oportunidad de la imputación; litigar con un defensor en pie de igualdad y ante un juez de garantías para obtener la imposición de una medida cautelar; recolectar evidencia para los juicios cuidando el estricto respeto de la cadena de custodia y luego ingresarla válidamente al juicio como prueba; manejar la oralidad para efectuar los planteos y recursos en audiencia; negociar penas sin relegar indebidamente la pretensión punitiva que se les exige a los fiscales; atender a las víctimas y protegerlas; preparar a los testigos para el juicio; contemplar los reclamos de la prensa para que la marcha de las investigaciones y las decisiones tomadas sean de conocimiento público. Y además de todo ello, capacitarse continuamente para atender las exigencias continuas que plantea un sistema en pleno desarrollo.

b) Los primeros meses de la reforma sin dudas que no fueron fáciles para los fiscales. Sin embargo, a fuerza de profesionalismo, lograron que el bajo desempeño que advierten las cifras de formalizaciones en los cuatro primeros meses, comenzara a revertirse haciendo de ello una tendencia que se mantiene al día de hoy.

Según los últimos datos publicados por la Fiscalía General de la Nación al 1 de julio de 2019²⁵, mientras en los cuatro primeros meses de la implementación las formalizaciones que prosperaron judicialmente no superaron las 696 de febrero de 2018, ya en marzo de ese año sobrepasaban las 900. Y desde agosto no descienden de las 1.000, trepando a las 1.473 en marzo de 2019.

De un promedio de 851 formalizaciones en el primer semestre de la implementación, se pasó a las 1.168 del segundo semestre, y a las 1.294 del período enero a mayo del corriente año.

Por los datos aportados por el Departamento de Estadísticas del Poder Judicial²⁶, durante los años 2015 y 2016 (los dos últimos años completos de vigencia del código anterior) la cantidad de

procesamientos no superó las 9.872 y 11.125 respectivamente, frente a las 7.613 formalizaciones de este último semestre del corriente año, y las 15.418 del período mayo 2018 a mayo 2019.

c) Si hablamos de porcentajes de personas que ingresaron al sistema carcelario durante la vigencia de uno y otro sistema, en el año 2016, los privados de libertad en virtud de procesamientos con prisión (la única forma posible de ingreso a prisión por aquellas épocas, dado que las condenas efectivamente cumplidas en régimen de privación de libertad continuaban la reclusión “cautelar”) no superaron el 66,1 % del total en el promedio país.

De acuerdo a los datos del Observatorio Justicia y Legislación de la Facultad de Derecho mencionado, el porcentaje de personas privadas de libertad a partir de la implementación de la Reforma, sea en condición de formalizadas con prisión preventiva o de condenadas a penas privativas de libertad (prisión o penitenciaria), fue del 58% del total de imputados. Si se tiene en cuenta que estas cifras resultan del período noviembre 2017 a noviembre 2018, o sea incluyendo los cuatro primeros meses de adaptación de los fiscales al nuevo modelo, las diferencias no impresionan como demasiado dramáticas.

Ahora, si se toma el período febrero y marzo de 2019 (según los datos del informe publicado por la FGN con fecha 29 de abril de 2019²⁷), el porcentaje de personas que ingresaron al sistema penitenciario sea en calidad de penados o formalizadas, es del 72%.²⁸

Asimismo, el número de personas privadas de libertad (uno de los aspectos sobre los cuáles se hizo mayor hincapié a la hora de cuestionar el desempeño de los fiscales y la eficiencia del nuevo CPP) a noviembre de 2017 era de 10.993, mientras que a mayo del corriente esa cifra trepa a las 11.009 de personas que se encuentran recluidas en las cárceles uruguayas.²⁹

²⁵ <http://www.fiscalia.gub.uy/>

²⁶ Datos del Departamento de Estadísticas del Poder Judicial para el año 2016.

²⁷ <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/v/7971/1/innova.front/continuan-creciendo-las-imputaciones:-informe-con-datos-cerrados-a-marzo.html>

²⁸ Debe tenerse presente que el dato incluye a adolescentes, los que según el propio informe representan el 5,6% del total de personas imputadas o condenadas.

²⁹ Informe citado, publicado el 1 de julio de 2019 en <http://www.fiscalia.gub.uy/>.

d) Vale decir, luego que los fiscales superaron el previsible período de adaptación a un cambio de las proporciones que implica el pasar de un sistema inquisitivo a otro adversarial, las cifras indican que su trabajo es cada vez más eficiente en términos repressivos, cumpliéndose también aquí lo que anunciaba BINDER en la primer semana de la implementación de la reforma.

III. LAS DEFENSAS

a) Las realidades de las defensas no aparecen para nada homogéneas. Y ello se refleja en la percepción que los propios defensores tienen acerca del nuevo modelo. En efecto, mientras la Defensa Pública se mostró entusiasta ante la implementación de un sistema de Justicia que por primera vez reconocía su rol y planteaba un estándar de igualdad de armas del que jamás habían gozado, con algunos defensores privados ello no ocurrió de la misma manera.

La praxis penal que dominaba en el viejo sistema -que no siempre reflejaba el aprendizaje adquirido en nuestras universidades y más bien eran el producto de hábitos y costumbres conocidos sólo por entendidos en la materia- y la falta de posibilidades de capacitación para los profesionales del medio, hizo que no todos y todas las profesionales liberales se adaptaran con facilidad a la nueva forma del ejercicio de la defensa penal.

El destierro de la prisión preventiva como pena anticipada y con ella del incidente excarcelatorio, sumado a que la mayor cantidad de causas culminan en horas o días en virtud de la abreviación de los procesos, obligó a los abogados y abogadas a plantearse una nueva forma de trabajar, y a la búsqueda de estrategias que marcaran el diferencial que persigue quien puede y quiere elegir la contratación privada de un defensor o defensora.

Por supuesto que ha habido profesionales que lo lograron fácilmente (manejando adecuadamente las estrategias de negociación, mostrándose como hábiles litigantes en audiencias, asesorando y representando los intereses de las víctimas), aunque muchos otros sintieron una merma en su volumen de trabajo y quizás por ello se manifiestan críticos con el nuevo sistema.

b) Pero lo que resulta poco menos que indiscutible es que el nuevo sistema posiciona a las defen-

sas en un plano al menos más cercano a la anhelada *igualdad de armas*. No obstante ello, no podemos desconocer que la Defensa Pública carece de los medios que le permitan realizar sus propias investigaciones, y así sustentar los planteos que les resulten más favorables. Sin dudas en este aspecto el sistema de Justicia sigue teniendo una asignatura pendiente.

Ahora bien, según el informe del Observatorio de la FDER ya citado, en el 76 % de los casos los defensores públicos reconocen una efectiva igualdad de partes en más del 60% de los casos en los que han intervenido. Ello les permite concluir a los investigadores que los defensores cualitativa y cuantitativamente *“convergen en que el principio de imparcialidad se ha implementado con éxito.”*

En referencia a las garantías procesales y los controles de detención (un fenómeno de por sí nuevo más allá de las exigencias constitucionales ya existentes), también un 76% reconoce en el nuevo escenario procesal un mejoramiento en las garantías de los imputados, y sólo un 6,7% se manifiesta en desacuerdo o muy en desacuerdo con ello.

c) Sobre los controles de detención el 92% de los encuestados entiende que se han respetado las garantías de los imputados siempre o casi siempre.

d) El control horizontal de las evidencias reunidas por el fiscal es uno de los pilares en los que se asienta el sistema acusatorio, dado que ello permite que la información que llega al juez y le permite por ejemplo disponer una medida cautelar, sea lo más fidedigna posible evitando a la vez la contaminación y prejuizgamiento que implicaría el contralor judicial directo del legajo fiscal.

Por ello resulta tan importante conocer cómo ha sido el funcionamiento en este aspecto, y si las defensas han podido acceder fluidamente a la carpeta investigativa en forma previa a la audiencia, posibilitándose así un real ejercicio del derecho de defensa.

El 68% de los encuestados manifestó que siempre accedió a la carpeta en forma completa, y un 32% más admitió que siempre lo hizo más allá de algún caso puntual en que ha tenido dificultades, por lo que el 100% declaró que accedió libremente y con dificultades en muy pocas excepciones al contralor de las evidencias de la Fiscalía.

Porcentajes similares se advierten respecto a la antelación con la que se accede a la carpeta y la coincidencia entre el contenido de la carpeta y las argumentaciones en audiencia de los fiscales.

e) Hay sin embargo un ítem en el que no existen coincidencias tan importantes y que merece detenernos: la asistencia a las diligencias de investigación, las que incluyen el interrogatorio de víctimas y testigos. En efecto, el 46,7% de los encuestados manifestó que asistió en todos los casos, mientras que el 42,7% menciona que no lo hizo, y si sólo en algunos casos.

No ha habido una discusión profunda en esta materia, pudiéndose sí advertir que existe un reclamo de algunos defensores (entre los que no se cuentan los defensores públicos de adultos de la capital) para participar en la investigación de la Fiscalía.

El art. 259.2 CPP prevé expresamente la facultad del defensor, el imputado, e incluso la víctima de acceder a los registros y los documentos de la investigación, y el art. 264 CPP obliga al fiscal a llevar un legajo con las actuaciones cumplidas, el que quedará a disposición de la defensa, el imputado y la víctima.

Vale decir, la normativa posibilita el amplio acceso de la Defensa a la investigación. Más esto en ningún modo implica participar en la misma. Y ello porque cada una de las partes recoge las evidencias para sustentar las respectivas teorías del caso, existiendo el deber únicamente para la Fiscalía de permitir el acceso de la Defensa al legajo de evidencias. Y para ello, la Fiscalía cuenta con los medios como para grabar e incorporar a la carpeta digital a través del SIPPAU (Sistema de Información del Proceso Penal Acusatorio) todas las declaraciones que hubiere recabado en el marco de sus investigaciones, de las que existe la obligación, salvo casos excepcionales (art. 259.3 CPP) de proporcionarlas a la Defensa (art. 71.4) y a las víctimas (art. 81.2 lit. a).

En una lógica acusatoria, las partes son las que recopilan sus evidencias, existiendo un ámbito natural, que no es otro que la audiencia, donde se dirimirán las posibles diferencias, frente a un juez imparcial que será quien en definitiva emita el fallo sobre la cuestión planteada. En esa etapa de recolección de evidencias, no se producen pruebas, lo que implica que para que se cumplan sus fines no es necesaria la presencia de ambas partes. Ello única-

mente es exigido en aquellas diligencias definitivas e irreproducibles, como los reconocimientos (art. 169.3 CPP).

Como dice Jorge BACLINI:

*“En los restantes casos la presencia de la defensa no debe reputarse como necesaria. (...) Tal control también se materializa con la facultad que tiene la defensa de poder acceder al legajo de investigación del fiscal y de poder realizar las diligencia para su investigación. Desde tal perspectiva, el fiscal puede permitir que la defensa y obviamente el querellante, presencien el desarrollo de estos actos. Así lo primero que es menester aclarar es que se trata de **una facultad del fiscal** la autorización a que otras partes presencien o en su caso asistan al acto.”³⁰ (Destacado en el original)*

En consonancia con ello, la Instrucción General N° 7 FGN establece:

“No se debe confundir el derecho de los intervinientes a acceder a las resultancias de las diligencias de la investigación, con su participación en las diligencias de investigación.

Las diligencias de investigación se efectuarán en ausencia del indagado, su defensa y la víctima, y sólo cuando el fiscal del caso lo estime útil accederá a que aquéllos las presencien, pudiendo excluirlos en cualquier momento si su presencia dificulta el desarrollo de la diligencia.” (Destacados nuestros)

Vale decir, la presencia de los defensores en las indagatorias efectuadas en etapas investigativas, en principio, no debe ser habilitada por los fiscales, y salvo en aquellos casos excepcionales que ello se entienda útil para los fines de su investigación podrán autorizarlo.

e) Otro cambio sustancial en materia de derechos es lo atinente a la entrevista previa del defensor con el imputado detenido. En el sistema anterior, donde la búsqueda de la confesión constituía el principal objetivo de la indagatoria, esta instancia era sistemáticamente denegada tanto en dependencias policiales como (salvo excepciones tan puntuales como honrosas) en los Juzgados. La incomunicación del detenido era absoluta hasta el momento que

³⁰ Jorge BACLINI. En *Investigación y Acusación* cit, págs. 82 y 83.

se enfrentaba ante el fiscal y el juez instructor (o ante el funcionario en el que éste delegaba la tarea).

Pues en este aspecto, en el 88% de los casos encuestados, los defensores reconocen haberse entrevistado con sus representados sin restricción alguna. Y sólo en un 9,3% de los casos se menciona que no se pudo o hubo alguna restricción.

f) La percepción de los defensores respecto al proceso abreviado merece también un destaque: *según el informe del Observatorio de la FDER, la totalidad de los defensores penales de adultos considera que el juicio abreviado es una buena herramienta.*

O sea, más allá de las críticas de las que ha sido objeto la estructura abreviada por parte de sectores políticos y académicos, la praxis de los operadores del SJP indica que se lo practica y promueve con gran intensidad³¹, viendo en esta alternativa procesal una herramienta no sólo útil, sino además conveniente para los intereses de ambas partes.

g) Por último, y siempre con los datos de la FDER, se advierten reclamos por parte de las defensas acerca de la frecuencia en que se disponen medidas cautelares con restricción de la libertad. En este sentido, más de un 33,4 % de los defensores encuestados manifestaron su desacuerdo al postulado de los encuestadores de que la prisión preventiva cumple una función estrictamente cautelar. Aunque la mayoría de las opiniones sí acordó con la propuesta, haciéndolo en un 52%.

g) En suma, y más allá de diferentes enfoques y opiniones, y de la diversidad de realidades que se aprecian en el ejercicio de la defensa pública y la privada, puede afirmarse que los profesionales que actúan directamente en el SJP aprueban y legitiman el modelo, reconociendo sus virtudes y ventajas comparativas. Es que, definitivamente, un proceso oral y público siempre beneficia a la parte más débil.³²

³¹ De acuerdo a las mediciones de la FGN consultadas, desde la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, entre el 70 y el 71,1% de los casos resueltos lo fue mediante el juicio abreviado.

³² Conf. Ma. Fernanda LÓPEZ PULEIO. En *Investigación y Acusación* cit. Pág. 112.

III. LA DIMENSIÓN NORMATIVA. EL IMPULSO Y EL FRENO

Este aspecto, si bien escapa a los operadores que actúan directamente en el territorio, merece ser tenido en cuenta como objeto de análisis desde la particular perspectiva que permite el trabajo cotidiano, siempre condicionado por las circunstancias objetivas en el que se desarrolla.

1) La “reforma de la reforma”

Más arriba adelantábamos la trascendencia de la reforma de octubre de 2017 (Ley 19.549), la que le dio al CPP aprobado en 2014 una dimensión acusatoria más adecuada y respetuosa de su filosofía y reglas estructurales.

La inclusión de una norma que separa las funciones de contralor de detención y garantías de la de juzgar, atribuyéndoselas a jueces distintos (art. 25.4 y 29 CPP); la inclusión del reconocimiento de personas como medida de investigación (art. 169.3); la posibilidad que el defensor acuda al órgano judicial en caso de negativa del fiscal de ordenar las diligencias que aquel le solicite (art. 260 inc. 4°); la regulación de todo lo atinente a la carpeta investigativa del fiscal (art. 264); el ya destacado agregado de los puntos 6 y 7 al art. 266; la decisiva inclusión de la audiencia de control de acusación o preparación del juicio del art. 268 que deroga la audiencia preliminar, extraña al proceso acusatorio; la regulación del juicio oral prevista en los arts. 269 a 271; el reconocimiento expreso de las reglas del examen y contraexamen de testigos y peritos al final del art. 270.5; la sustitución del “proceso extraordinario”³³ por el pro-

³³ Debe destacarse que el llamado proceso extraordinario regulado en la formulación legal original de la Ley 19.293, a los problemas de diseño que tenía el proceso ordinario, le sumaba la celeridad de los plazos, los que cuando el proceso tramitaba con personas detenidas no superarían las 48 horas. Y ello aun cuando los imputados negaran su responsabilidad en los hechos que se le atribuían. En definitiva se rendía homenaje al presumario del sistema inquisitivo, con el agravante que en vez de procesamiento, todo ello culminaría con un fallo de condena.

Sobre este tema, Diego CAMAÑO dijo: “Finalmente, un tema preocupante del proyecto de reforma es el llamado “proceso extraordinario”, pues habilita el dictado de una sentencia de condena en las primeras 48 horas. Con ello se pretende “salvar” las reiteradas observaciones de la comunidad internacional en cuanto al problema del altísimo

ceso abreviado; y la inclusión de las vías alternativas de resolución del conflicto en los arts. 382 a 401 CPP, son sólo algunos de los cambios operados por una *reforma de la reforma*, imprescindibles para poner en marcha el SJPA.

2) La proyectada *contrarreforma*

a) Ya en funcionamiento el nuevo modelo procesal, y pasados los primeros tiempos de adaptación y aprendizaje de los operadores respecto de las nuevas reglas y roles que les imponía un cambio de tales dimensiones, el sistema comenzó a asentarse y día a día la eficiencia en la persecución criminal fue incrementándose. Así lo demuestran las cifras y mediciones, único método riguroso de evaluación de una política pública como lo es una reforma procesal de estas características y dimensiones.

b) Sin embargo, desde algunos sectores políticos se puso la mira en el SJPA a la hora de atribuir responsabilidades en el incremento del fenómeno delictivo, y se plantearon modificaciones al CPP de distinto tenor y alcance.

Advierte BINDER, que aunque suene extraño, no es creíble un proceso de reforma de la justicia penal que no provoque una *contrarreforma* en un plazo relativamente corto.

*“Si ello no ocurre es porque en realidad, no se ha logrado introducir ninguna práctica relevante contraria a la tradición inquisitorial.”*³⁴

Pues bien, efectivamente y no habiendo transcurrido los primeros siete meses de la implementación

número de presos sin condena. La cuestión es que de nada sirve sustituir ese problema por uno nuevo: el de los condenados sin garantías. En efecto, resulta sencillamente imposible cumplir cabalmente con los estándares internacionales sobre el debido proceso, que en síntesis establecen el “derecho a un juicio justo”, si se habilita la vía de la condena al término de las 48 horas de detención. Sólo para dar un ejemplo, es evidente que ello vulneraría gravemente –si se toman en cuenta los estándares internacionales que surgen de la jurisprudencia del sistema regional y universal de protección de derechos humanos– el derecho a la defensa, que exige contar con el “tiempo y los medios adecuados” para preparar y ejercer la mejor defensa del imputado.” (En **Aportes para la Reforma Penal y Procesal**. PNUD, Presidencia de la República, INR. Noviembre de 2011, Pág. 40.)

³⁴ En **La implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial** cit. pág. 43.

de la reforma, por Mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 13 de mayo 2018, fue enviado al Parlamento un proyecto que cumplía con las características de aquella anunciada *contrarreforma*.

Así, entre otros aspectos fundamentalmente referidos a los alcances de la actuación policial³⁵, se establecía un régimen de preceptividad para la prisión preventiva, lo que en los hechos desnaturalizaba completamente el sistema acusatorio.³⁶ Y ello por cuanto, en determinadas situaciones, y sin haberse determinado aún la responsabilidad penal del imputado, se le anticipaba la sanción del encierro. Se vol-

³⁵ Un ejemplo es el alcance que pretendió darse al art. 61 del CPP, y que hoy –en nuestra opinión– claramente no tiene. En un informe inédito sobre este Proyecto suscrito por el Dr. Carlos Uriarte y dirigido al Instituto de Derecho Penal, se consignaba:

“En el art. 61 proyectado se suprime el primer párrafo de la norma vigente, que expresa: “La autoridad administrativa solo podrá interrogar autónomamente al imputado a los efectos de constatar su identidad”. Y, además, retoma el texto vigente al disponer que “Cuando el imputado manifieste su voluntad a declarar, se tomarán las medidas necesarias para que declare ante el fiscal”, suprimiendo la palabra “inmediatamente”, que sigue a la expresión “declare”. El párrafo final del artículo establece que “Si esto no fuera posible, se podrá consignar las declaraciones que voluntariamente quiera prestar, previa autorización del fiscal y bajo su responsabilidad”.

En el texto actual, la Policía no puede recibir nunca la declaración del imputado, salvo para identificarlo (Valentín, cit.). En el párrafo final del artículo vigente, se supone que si el imputado no puede declarar de inmediato, se tomarán las declaraciones que voluntariamente quiera prestar, previa autorización del fiscal y bajo su responsabilidad. Al eliminarse la regla de que la policía sólo puede interrogar a los efectos de la identificación y al suprimir la inmediatez de la declaración, parecería que el imputado puede declarar ante la policía con amplio margen (Valentín, cit.). El límite de la voluntariedad de la declaración es frágil en ese contexto jurídico. Y queda la duda si la policía se limita a recibir la declaración o puede interrogar; si bien es razonable una interpretación limitativa de la actividad policial en el caso, la situación no es la misma fuera de la inmediatez y sin la limitación del interrogatorio a la identidad.” (El destaque nos pertenece)

³⁶ El art. 223 quedaba redactado de la siguiente forma: *“En los casos de reiteración, reincidencia o habitualidad, indistintamente, de los siguientes delitos, la prisión preventiva del imputado será de aplicación preceptiva, mientras dure el proceso y hasta que la sentencia quede ejecutoriada...”*

La lista de delitos coincide con la del art. 1 de la Ley 19.446, a la que se agregan el atentado violento al pudor (art. 273 del CP) y los delitos incorporados por la Ley 19.580, de 22 de diciembre de 2017.

vía al régimen de penas sin juicio del régimen anterior, confirmando de este modo su tenor inquisitivo y contrarreformista.³⁷

c) Finalmente, el Proyecto cargaba sus tintas en el objetivo dilecto de quienes haciendo caudal de casos puntuales –y ultra promocionados mediáticamente–, demonizan el **instituto del proceso abreviado**.

En el entendido que su existencia responde a causas más ligadas a razones de política criminal, a las economías de los sistemas de justicia, y la racionalidad en la distribución de los recursos públicos, nuestra Suprema Corte de Justicia por unanimidad de sus miembros ha dejado al proceso abreviado a salvo de cualquier cuestionamiento de inconstitucionalidad.

En el fallo arriba citado, nuestro máximo órgano judicial dijo:

“Si analizamos los mecanismos de negociación entre acusador y acusado a la luz de ambos modelos, es fácil ver que estos se ajustan perfectamente a la lógica o dinámica del modelo de la disputa. En efecto, si el proceso penal es una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan negociar sobre aquélla, poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o so-

*bre si siquiera existe alguna. Este es uno de los elementos que explica por qué el plea bargaining –cuya práctica masiva en el sistema estadounidense es relativamente reciente es ampliamente aceptado por los operadores de este sistema jurídico –jueces, fiscales y abogados defensores– (cf. Langer; Máximo, ob. cit., pág. 121). El modelo de la disputa no es solo una suma de elementos procesales, sino que supone un auténtico modelo cultural sobre qué es el proceso penal. Como tal, en los sistemas procesales penales concretos que se acercan a tal modelo, éste incide en la forma en que los operadores del sistema penal piensan y perciben los problemas procesales. Y conforme a este modelo cultural, es natural que las partes, que son dueñas de la disputa, puedan negociar sobre ella.”*³⁸ (Desataque nuestro)

Ahondando la fundamentación, agrega la Ministra MARTÍNEZ:

“La regulación del proceso abreviado no transgrede el principio del debido proceso. De conformidad con lo dispuesto por el art. 12 de la Constitución: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”. El contenido de la referida disposición se ve complementado con las siguientes garantías previstas en la propia Constitución: a) derecho a la igualdad (art. 8); b) prohibición de los juicios por comisión (art. 19); c) abolición de los procesos penales en rebeldía y de las pesquisas secretas (art. 21 y 22); d) el principio de inocencia (art. 20); e) el derecho a la defensa técnica (art. 16). Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 72 de la Constitución, tales disposiciones pueden ser complementadas con los derechos fundamentales que emanan del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de esta breve descripción de las normas que regulan el punto, el proceso abreviado debe ser, necesariamente, calificado como un “proceso legal”, ya que cumple con todos los requerimientos previamente relacionados. El legislador estableció en el art. 272 del N.C.P.P.: los supuestos en los que resulta posible ingresar al proceso abreviado; la necesidad de previa noticia de los hechos que constituyen la imputación; y la conformidad y aceptación expresa del proceso por el imputado.

³⁷ El Profesor Uriarte decía a este respecto: *“Esta disposición es ostensiblemente inconstitucional e inconvencional. En primer lugar, porque vulnera la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, constitucionalmente consagrada (según vimos antes), porque afecta de iure categorías específicas de imputados, sea por su condición de reiterantes, reincidentes o habituales, como por el tipo de delito involucrado (en contra de la jurisprudencia firme de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En segundo lugar, vulnera el principio de igualdad, al discriminar según autores (art. 8 de la Constitución; Convención Americana, art. 24; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14). En tercer lugar, vulnera el principio de inocencia sentado en el art. 217: a) en general, por consagrar la prisión preventiva preceptiva; b) en particular, porque autoriza la prisión preventiva en virtud de un delito (tipo penal) per se, que en el caso de los reiterantes no ha recaído sentencia firme de condena (aunque existan elementos de convicción al respecto) (Constitución, art. 12; Convención Americana, art. 8.2; Pacto, art. 14.2). En cuarto lugar, al anclarla a las características de los imputados o de los delitos, se determina la irrefutabilidad de la prisión preventiva; con ello se afecta el derecho a la defensa (Constitución art. 12; Convención Americana, art. 8.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3).”*

³⁸ Sent. n° 667/2018, punto IV.1, págs. 50 y 51.

*El cumplimiento de tales requisitos deberá ser controlado por el tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 273.3 del N.C.P.P. Finalmente, al momento de regular el contenido de la sentencia del proceso abreviado, el nuevo Código del Proceso Penal echa por tierra cualquier consideración de posible desplazamiento de la función propiamente jurisdiccional del tribunal en el punto. En este sentido, según la recta interpretación del art. 273.4 del N.C.P.P., el juez podrá dictar una sentencia con contenido absolutorio o de condena y, asimismo, en caso de que la sentencia imponga una condena, ésta no podrá superar la pena solicitada por el Ministerio Público (art. 273.4 del N.C.P.P.). De ese modo, la sentencia no será una mera aprobación de un acuerdo, sino que, por el contrario, su dictado implicará el ponderado estudio de los requisitos de procedencia y del contenido del acuerdo”.*³⁹

Salvados cuestionamientos de esta especie, y a pesar de las críticas de calificados sectores de la doctrina⁴⁰, el proceso abreviado, como vimos, ha sido un instrumento ampliamente utilizado por fiscales y defensores como salida alternativa al juicio oral.

Jaime ARELLANO dice que mediante el proceso abreviado:

*“Se está colocando en una balanza la búsqueda de salidas prontas y las garantías del juicio oral del sistema acusatorio. Por eso debe pensarse el juicio oral como iluminador de todo el sistema. Cuando se opta por un proceso abreviado, el contraste debe ser entre lo que podría obtenerse desde el punto de vista de las garantías si el caso fuera a juicio oral, teniendo presente los antecedentes de la carpeta investigativa del fiscal y me pregunto que obtendría el sistema, el defendido, en el juicio oral. Al igual que con la prueba y la sentencia tratamos de reconstruir hacia atrás, de construir historia, de manera imperfecta, en este caso lo que hago es mirar al futuro y prospectar lo que ocurriría en el juicio oral”.*⁴¹

³⁹ Págs. 55 a 57.

⁴⁰ En esa línea se han expresado Luis F. NIÑO (Revista Derecho Penal N° 24. FCU. 2016. Págs. 31-40), Alberto BOVINO (cit. Por NIÑO), Luigi FERRAJOLI (cit. Por BACLINI, en CPP Santa Fe, comentado y anotado. Tomo III. Jurs. Pág. 253), y Bernard SHUNEMANN (En RDP N° 11, 2000. Pág. 111-119), entre otros.

⁴¹ En **Jornadas Internacionales del CPP**. AMU. Julio 2017.

Y ello a pesar que al igual que en otros países de Latinoamérica, inicialmente se plantearon resistencias en filas judiciales, seguramente vinculadas a la sensación de una suerte de “pérdida de poder”.

Al respecto, Mario BUFARINI dice:

*“El proceso acusatorio –al menos en sus reglas teóricas– a diferencia del proceso inquisitivo, donde las fronteras del ejercicio del poder –con la figura preponderante del juez de instrucción– estaban bien claras y demarcadas, tiene contornos distintos. Porque ese ejercicio de poder circula –por momentos– de una manera más horizontal y funciona a través de mecanismos de acción, reacción y control permanente donde las tres partes del sistema –acusación, defensa y jurisdicción– tienen funciones de actuación propia pero a la vez de control de la contraparte, o de ambas partes, como hace el juez. El rol, las competencias y el poder de cada una de las partes para decir los hechos y el derecho es lo que entiendo se pone en juego en esta problemática. Por eso, el debate sobre la admisión o inadmisión del proceso abreviado y la discusión de las partes en las instancias superiores son un capítulo claro de esas disputas de poder”.*⁴²

Tras esos primeros momentos, la idea del “juez mero homologador” fue quedando atrás, advirtiéndose la real dimensión de la función jurisdiccional en el proceso abreviado, en dos etapas básicamente: al efectuar el control de la admisibilidad del acuerdo, y a la hora de decidir sobre la culpabilidad del imputado.

En efecto, en un primer momento, el juez de garantías efectúa un control respecto del consentimiento voluntario del imputado en los hechos que se le atribuyen y las evidencias recolectadas, así como de la aceptación libre y voluntaria del procedimiento abreviado, sus alcances y las consecuencias de esa conformidad. Ese control ha determinado casos de rechazos judiciales de acuerdos ante dudas sobre la voluntad del imputado. Y más aún, si bien el juez no tiene participación en la celebración del acuerdo, en la práctica puede llegar a cumplir un rol activo en cuanto advertir que las condiciones establecidas en

⁴² **Problemas de admisibilidad en procedimientos abreviados. Funciones, límites y potestades de las partes**” D P y C 2017 (septiembre), 11/09/2017, 99 - Sup. Penal 2017 (septiembre), 1.- Cita online: AR/DOC/2038/2017.

el mismo resulten viables y adecuadas a la personalidad del imputado y al delito por el cometido, colaborando en la adopción de medidas que aceptadas por las partes, implican una mejora sustancial del acuerdo.

En la segunda etapa, esto es de decisión, el juez deberá valorar los hechos acordados a la luz de la evidencia reunida por el fiscal, teniendo presente que se exceptúa del proceso abreviado la exigencia de la plena prueba exigida para la condena (art. 142.3 CPP introducido por el art. 14 de la Ley 19.469).

Es indiscutible sí que la admisión de los hechos por el imputado no equivale al reconocimiento de su culpabilidad, y que el juez *debe* pronunciarse sobre su responsabilidad penal. Así ha opinado el TAP 3er. Turno sobre esta etapa de decisión:

“(...) lógicamente el Juez debe entrar a considerar el aspecto sustancial de la cuestión, esto es, por ejemplo si los hechos relatados en el acuerdo celebrado se adecúan o no a la figura penal por la que se acordó la condena, o si se han cumplido requisitos de procedibilidad exigidos por la ley para determinadas figuras delictivas, etc. Este segundo abordaje evade lógicamente las cuestiones formales, ya controladas en el primero, y puede llevar a que –a pesar del acuerdo arribado por las partes– no se acoja tal pretensión y se absuelva al imputado. En este sentido debe tenerse presente que el proceso abreviado se rige por lo establecido para el ordinario con específicas modificaciones (art. 273 NCPP) y el art. 119.2 del mismo cuerpo normativo dispone que ‘la sentencia definitiva puede ser de absolución o de condena’. Además, el propio art. 273.4 habilita tal solución en cuanto consigna que la sentencia en este juicio abreviado no necesariamente debe ser de condena, al decir ‘... el juez dictará sentencia, la que en caso de ser condenatoria (...)’.”⁴³

En tanto la sentencia –sea de condena o de absolución– debe ser motivada, es necesario que la fiscalía presente las evidencias colectadas durante la investigación, que deberán ser suficientes para fundar la acusación y en su caso la condena. Por otra parte, este es el modo de evitar que los fiscales puedan ejercer presiones indebidas para lograr acuer-

dos cuando no cuentan con la evidencia suficiente para obtener una condena en juicio oral.⁴⁴

Como es natural, y atento a las características del proceso abreviado, la mayoría de las sentencias recaídas han sido de condena acogiendo el acuerdo celebrado, por lo que son escasos hasta el momento los pronunciamientos en segunda instancia.

Sin embargo, en los casos relevados, se extrae que los tribunales de alzada han marcado posición en tres puntos que fueron discutidos antes del inicio de la reforma, a saber:

i) la pena acordada puede ser inferior al mínimo legal previsto para el tipo penal imputado.

Sobre el punto el TAP de 2do. Turno, dice:

“La ley procedimental revocó tácitamente los límites mínimos de las penas establecidas en el derecho sustancial al habilitar el punto en aplicación de los acuerdos con el Ministerio Público, por tanto, es legítimo individualizar la pena por debajo del límite de la prevista en el Código Penal”⁴⁵.

Y el TAP 4º expresa:

“(...) el nuevo CPP faculta su reducción en un tercio, en el marco del proceso abreviado, lo que no se encuentra acotado al mínimo previsto para la figura.”⁴⁶

Y esto con la excepción de los casos previstos en el art. 273.6 (incorporado por el art. 9 de la ley nº 19.653), también señalado por el fallo, lo que abona la solución adoptada.

ii) La pena que fije el juez en la sentencia nunca puede ser más alta ni su forma de cumplimiento más gravoso que el acordado:

El fallo del TAP de 3er. Turno menciona:

“El señor Juez concluyó que la pena de dieciséis meses de prisión debería ser de ‘cumplimiento efectivo’, lo que lleva a que la forma de efectivizar la sanción impuesta en la sentencia sea más gravosa que la solicitada por la propia Fiscalía, contra-

⁴³ Sent. Nº 169/2018.

⁴⁴ Sobre los riesgos de devaluar los controles judiciales en los procesos abreviados ver el artículo publicado en el periódico “El Mercurio Legal” de Chile por Mauricio DUCE. **La combinación perfecta: algo sobre el riesgo de condenar a inocentes en procedimientos abreviados y simplificados.** En <https://derecho.udp.cl/el-mercurio-legal-la-combinacion-perfecta-algo-sobre-el-riesgo-de-condenar-a-inocentes-en-procedimientos-abreviados-y-simplificados-mauricio-duce/>

⁴⁵ Sent. Nº 253/2018.

⁴⁶ Sent. Nº 102/2018

riando el expreso pedido del titular de la acción pública y socavando uno de los aspectos que seguramente fue tomado como base por las partes para arribar al acuerdo presentado”.⁴⁷

iii) En lo concerniente a la forma o modo del cumplimiento efectivo del acuerdo, el art. 273.5 del CPP (incorporado por el art. 9 de la ley n° 19.653) dispone que “el imputado deberá cumplir de manera efectiva el acuerdo alcanzado con Fiscalía”.

El tema fue objeto de análisis por parte del TAP de 1er. Turno.

Así en un primer fallo dictado en IUE 253-167/2018, y redactada por el Ministro TORRES, se estableció:

“Norma (la Ley 19.653) que sustituyó dicho artículo en la redacción que le había asignado la Ley No. 19.436 y que, entre otras adendas, impuso para el proceso abreviado la obligación (“deberá” dice la norma) del imputado de “cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía”.

Pero rectamente leída e interpretada dicha disposición en sustancia tampoco cambia las tornas en relación con lo que disponía el artículo mencionado antes de su vigencia, en tanto lo que en definitiva consagra no es más que una obligación del imputado que, ciertamente, ya estaba consagrada, si se quiere implícitamente, en el Código, cuál es la de cumplir “de manera efectiva y en todos sus términos” el acuerdo alcanzado con la Fiscalía.

En este orden, la cuestión -ahora y antes- se desplaza a los “términos” en los cuales se redactó el acuerdo al que se arribó y se admitió judicialmente.

Por consiguiente, dependerá de cuáles son tales “términos” y sobre todo la manera cómo han sido redactados, lo que permitirá definir si el imputado y/o el Juez de alguna manera vulneraron las cláusulas allí consagradas.

Ello implica que si el Ministerio Público pretende alcanzar un determinado resultado como consecuencia inexorable del acuerdo, cuya será la carga jurídica de evitar en la redacción de las cláusulas todo aquello que legítimamente pueda ser susceptible de ser interpretado de una manera distinta por los restantes operadores.”

⁴⁷ Sent. N° 169/2018.

Y en fallos dictados en IUE 395-213/2018 e IUE 395-23/2019, redactado por la Ministra Graciela GATTI, el TAP se pronunció en la misma línea y dijo:

“Siendo así y a falta de especificación en contrario, no puede identificarse el término “prisión efectiva” a inaplicación del régimen derivado de la redención de pena por trabajo o estudio, que no modifica la condena, ni su forma de cumplimiento, sino que refiere únicamente a como se liquida el plazo de privación de libertad tomando en cuenta no sólo la pena impuesta sino las demás regulaciones propias del proceso de ejecución.

En todo caso, si se pretendía que el plazo fuera inamovible a todos los efectos, debió explicitarse de tal forma ya fuera excluyendo los institutos que se entendían no aplicables, fijando un día de vencimiento pre establecido o haciendo al menos una remisión al concepto resultante de a la Instrucción N° 10 que ahora, al apelar, se menciona.”⁴⁸

d) También el Proyecto en su art. 273. 5 plantea una restricción para la posibilidad de aplicar penas alternativas como la libertad vigilada⁴⁹. Ello suponía que le quedara vedado a las partes la negociación en base a libertad vigilada total o parcial (las llamadas penas “mixtas”), pero no se eliminaba esa posibilidad respecto a las sentencias de condena emanadas del juicio oral y público. La consecuencia de esto hubiera sido la sobrecarga innecesaria de tareas del sistema y la –inútil– exposición pública y revictimización de testigos y víctimas, en causas donde el propio imputado hubiera reconocido a la contraparte acusadora su responsabilidad en los hechos a cambio de un régimen de libertad vigilada.

Pero además, al no restringir las penas alternativas a la hora del dictado del fallo definitivo en el juicio oral y público, el resultado que se pretendía evitar finalmente ocurre si el juez entiende que corresponde la aplicación de una pena de esta naturaleza.

3) La reforma aprobada

Luego de un intenso debate del que participaron las gremiales de jueces, defensores y fiscales, los Institutos de Derecho Penal y Procesal, así como

⁴⁸ Sent. N° 189/2019, N° 301/2019 y N° 308/2019 del TAP 1°.

⁴⁹ Ley 19.446, art. 2 y siguientes.

otras organizaciones de la sociedad civil como IELSUR y el Colectivo de Pensamiento Penal y Criminológico, los que se manifestaron unánimemente en forma contraria al Proyecto, éste fue modificado en varios de sus aspectos más controvertidos, quedando lo que luego se convertiría en la Ley 19.653 de 27 de agosto de 2018.

La Ley 19.653 introdujo varias modificaciones al CPP vigente:

a) Se incorporaron normas relativas a la actuación policial y a las medidas de investigación que no requieren orden fiscal (arts. 1 a 5 modificativos de los arts. 49, 50, 53, 54, y 59). De esta manera se buscaba clarificar que la Policía contaba con ciertos márgenes de autonomía para desarrollar sus cometidos como auxiliar de la Fiscalía, en un intento de revertir la *sensación* impuestas por un relato “*de las manos atadas*” que había ganado cierto terreno en filas policiales.

b) El art. 6º prevé que las medidas cautelares del art. 224 (incluida la prisión preventiva) quedarán vigentes a pesar de la suspensión de actuaciones derivadas de su remisión a la Suprema Corte de Justicia en virtud de las acciones de inconstitucionalidad por vía de excepción u oficio.

Se recoge en este punto lo resuelto por sentencia nº 671/2018, por la cual la SCJ desestimó la inconstitucionalidad opuesta contra un extenso articulado del CPP, pero entendió, siguiendo a constitucionalistas de la talla de Jiménez de Aréchaga y Cassinelli Muñoz, que:

“(…) se debe conjugar el efecto procesal de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por quien se entiende lesionado en su interés directo, personal y legítimo, y los derechos fundamentales a la seguridad e integridad (art. 7 de la Carta) de quienes, con la libertad del imputado, se hallan en un particular estado de vulnerabilidad. En tal marco, este Colegiado concluye que la suspensión de los procedimientos ordenada por la Constitución no priva al Juez de la causa de la posibilidad de adoptar las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público para precaver la obstrucción y hasta la sustracción del imputado al proceso”.

c) Se modificó el art. 223 quitándole su frase final que establecía “*En ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva.*” El cambio

no apareja consecuencias relevantes desde que la preceptividad de la prisión preventiva colide con el resto de las normas del propio CPP, además de normas de rango constitucional y convencional, tal como ya fuera mencionado.

Y en esta materia, la modificación más importante está referida a sustitución del art. 224, al que se le agregan dos numerales. En ellos se regula una suerte de presunción de peligro de fuga, ocultamiento o entorpecimiento de la investigación, así como riesgos para la seguridad de la víctima y la sociedad, cuando el imputado detente las calidades de reiterante o reincidente, y en forma conjunta con ello, la Fiscalía impute una serie de figuras delictivas.

La disposición podría llegar a entenderse como una presunción absoluta que obligara a la imposición de la prisión preventiva en determinados casos, si no fuera porque, como sucede con la norma del art. 227.2 vigente, las llamadas presunciones de riesgo procesal o para la sociedad deben analizarse respecto al caso concreto no pudiendo leerse nunca como generales y absolutas.

Y a ello se le suma que el segundo de los numerales incluidos por la ley dice que en los casos del numeral anterior será *obligatorio para el Ministerio Público* solicitar la prisión preventiva, dejando de lado cualquier imposición a los magistrados en este aspecto.

Si tenemos en cuenta que en los casos de reincidencia y reiteración, y salvo casos excepcionales, los fiscales argumentaban a favor de la necesidad de la cautela de prisión preventiva atento a lo previsto en el art. 227.2, y que el listado además refiere a delitos calificados habitualmente como graves, lo que por imperio del art. 226 lit. c ya quedaba abarcado en los indicadores del peligro de fuga, se tiene como resultado que, en puridad, la norma no ha tenido mayor repercusión en la práctica de los operadores.

d) En materia de procesos abreviados la novedad estuvo dada por la inclusión de tres numerales al art. 273.

El art. 273.5 que obliga al imputado cumplir en forma efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado; el 273.6 que establece la prohibición de pactar una pena inferior al mínimo en delitos contra la indemnidad sexual y homicidios; y el 273.7 sobre la obligación de notificar las víctimas de los acuerdos en el plazo de 10 días.

Salvo el punto 6, las modificaciones no pueden entenderse como relevantes tampoco en este caso. En efecto, la norma del punto 5 alude a un cumplimiento efectivo y en su totalidad con los términos *del acuerdo*, y no necesariamente ello significa que el imputado deba resignar el derecho a la libertad anticipada u otros de similar naturaleza como la redención de penas por trabajo o estudios previstas en el art. 291 lit. d CPP y en el art. 13 de la ley 17.897.

No obstante ello, la Instrucción General de FGN N° 10 en su punto XI.II.C establece:

“El imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía.”

- En caso de ser en su totalidad pena privativa de la libertad, la prisión será de cumplimiento efectivo, no aplicando el beneficios de la libertad anticipada, ni el beneficio de reducción de pena por trabajo y/o estudio.”

Ahora bien, la norma obliga administrativamente a los fiscales más en modo alguno afecta la discrecionalidad judicial, por lo que de pretenderse limitar los derechos a la libertad anticipada o reducción de la pena por trabajo o estudios, ello deberá quedar expresamente consignado en el acuerdo.

Por último, cabe reiterar la referencia a las sentencias n° 189/2019 y 308/2019 del TAP 1er Turno mencionadas anteriormente (ver pie de página N° 46), y resaltar que los jueces de ejecución –en general– admiten el beneficio de la redención de pena aún en caso de condena dictada en procesos abreviado.

Por tanto, en esto tampoco se aprecian cambios demasiado importantes.

e) Donde sí creemos que se innovó, y para mal, con consecuencias reales aunque no fácilmente reconocibles, es en las limitaciones a los acuerdos en delitos contra la indemnidad sexual. La experiencia (dado que en materia de abuso sexual las mediciones son dominadas por las llamadas *“cifras negras”*) demuestra las dificultades que presentan la investigación y recolección de evidencias en este tipo de delitos, siendo el proceso abreviado una herramienta más para lograr mayores posibilidades punitivas. Y por otro lado, las restricciones a las posibilidades de acordar obliga a celebrar juicios -o en su caso prueba anticipada- donde asoman inevitablemente los riesgos de revictimización.

f) La participación de la víctima en el proceso abreviado quedó regulada en dos numerales: el art.

273.4 que dispone que el juez debe *“oír a la víctima”* en forma previa al dictado de la sentencia, y el art. 273.7 que prescribe que en caso que la víctima no hubiera estado presente, *“será notificada del acuerdo alcanzado entre la Fiscalía y el imputado”*.

El numeral referido a la comunicación del acuerdo alcanzado es objeto de discusión entre los operadores judiciales. Más allá de la referencia al *“acuerdo”* y no a al fallo como objeto de la notificación, la cuestión controvertida ha sido si, a partir de esa notificación, la víctima tiene o no legitimación para impugnar la sentencia dictada.

Entendemos que en tanto el art. 273.7 CPP no establece las medidas que podría adoptar la víctima en caso de no aceptar el acuerdo, ni consagra ninguna excepción a la legitimación para impugnar establecido en el art. 360 CPP, esa comunicación no pasa de ser una notificación sin consecuencias procesales.

Sobre el tema se pronunció el TAP 3er. Turno en sentencia n° 35/2019:

“En efecto, se le reconoce el derecho a recurrir pero ‘solo’ en aquellos casos en que la resolución le causa un perjuicio... que la propia norma requiere que sea directo –‘directamente’–. O sea que la resolución cuestionada debe aparejar una consecuencia perjudicial directa e inmediata a los intereses del impugnante, vulnerando así un interés actual, propio y concreto de la víctima recurrente...”

g) Los arts. 10 y 11 restringen el derecho a la libertad anticipada para determinados delitos, y en los casos de reincidencia y reiteración de otros. Lo que no llega a comprenderse es la razón de la discriminación en unos u otros casos.

h) Finalmente se incluye la que quizás sea la norma más cuestionable de la ley, que se injerta como una cuña inquisitiva en el nuevo modelo. Nos referimos a las diligencias para mejor proveer.

Mejor llamadas *“medidas para mejor condenar”*, la posibilidad del juez de disponer o realizar actividad probatoria violenta ferozmente los principios acusatorio y de imparcialidad que se encuentran en la base del modelo adversarial.

Sin embargo, los jueces respetando las reglas que dominan el nuevo sistema, no las han dispuesto, o al menos hasta el día de la fecha no hemos tenido conocimiento de casos en que ello hubiera ocurrido.

i) En conclusión, y en general, la ley que pretendía dar un giro al sistema procesal vigente desde el 1 de noviembre de 2017, no fue más allá de una alerta sobre la necesidad de la defensa de un modelo auténticamente republicano y democrático por parte de quienes tenemos la responsabilidad de trabajar en él.

4) Los nuevos proyectos

En los días en que se escribe este trabajo se conocen nuevos intentos reformistas. Uno de reciente estado parlamentario, y otro acordado en la Comisión para el Seguimiento del Sistema Procesal Penal, creada también por la Ley 19.653, integrada por el Ministro del Interior, un Ministro de la Suprema Corte de Justicia y el Fiscal de Corte.

Mientras la primera de las iniciativas pretende la inclusión de nuevas estructuras procesales (como el denominado “proceso simplificado”) y la reformulación del proceso abreviado, la interinstitucional en cambio, no contempla ninguna modificación del CPP, y sí el acotamiento del alcance del instituto de la libertad vigilada cuyo origen es anterior a la vigencia del Código vigente⁵⁰.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma procesal penal ha sido profunda, dejando atrás un proceso inquisitivo que fue sustituido por un código que implantó un modelo acusatorio y adversarial. Pero el cambio de código no determina por sí solo y en forma inmediata el cambio de las prácticas de los operadores.

Sobre el tema dice Gonzalo RUA:

“En el mejor de los casos prepara el campo, el terreno, para que opere un duelo entre las viejas

*inquisitivas y las nuevas prácticas que un norma pretende imponer, duelo que opera en cada una de las instituciones que componen el sector justicia y en cada actividad que estas desarrollan”.*⁵¹

Intentamos en este trabajo hacer un repaso de esas prácticas, más allá que, como se ha dicho en varias oportunidades, las evaluaciones a escasos meses de la implementación de un nuevo sistema respecto de otro con siglos de historia sobre sus espaldas, nos parecen –por lo menos– prematuras y arriesgadas.

Pero la realidad de la justicia penal uruguaya, en la cual el código vigente mantiene normas que no se corresponden totalmente con un modelo acusatorio, obliga a seguir de cerca *el día a día*.

Es que estamos inmersos en ese *duelo de prácticas*, en el que de antemano se favorece al modelo anterior, dominado por el secreto, el formalismo escritural y ritual, y la ausencia de garantías, aun cuando sólo sea porque es el más conocido por todos.

Nuevamente con BINDER decimos que:

*“Las prácticas inquisitoriales no se reproducen solas sino a través de miles de pequeñas acciones que son realizadas por personas que posiblemente no tengan ninguna intención de reproducir el sistema inquisitivo. Por eso a partir del comienzo de la implementación es tan importante seguir de cerca lo cotidiano.”*⁵²

Entendemos que el camino recién comienza, y en él seguiremos transitando, analizando y cuestionando las prácticas, y proyectando soluciones que tiendan a la profundización del único sistema de justicia compatible en un Estado de Derecho.

⁵⁰ Debe mencionarse que finalmente de la comisión interinstitucional surgió un proyecto que también incluyó modificaciones al CPP, finalmente aprobado como Ley 19.831 de 18 de septiembre de 2019, cuyo tenor desconocían los autores de este trabajo al momento de su redacción.

⁵¹ Gonzalo RUA. “La dimensión política de la reforma procesal penal” en **Estudios sobre el sistema penal adversarial**, Ed. Didot, 2018, p. 14.

⁵² **La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial**. Cit. Pág. 157.