

Rubén A. Chaia

# La prueba en el proceso penal

---

Proceso acusatorio. Carga probatoria. Prueba ilegal.  
Medios de prueba. Construcción de la verdad.  
Investigación preparatoria. Etapa intermedia. Juicio oral.  
Valoración-arbitrariedad. Motivación de la sentencia.  
Jurisprudencia vinculada

2ª edición  
actualizada  
y ampliada  
1ª reimpresión



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

lejos de ser el norte, pareciera haber perdido todo contenido, al menos en lo que a "justicia" retributiva se refiere, porque jamás podríamos escindirla, fraccionarla o verla como un paradigma aplicable sólo a los "otros", a los "justiciables", pero no a "nosotros".

La justicia tiene que ser entendida como un "todo" y se hace justicia tanto cuando se dicta una sentencia, como cuando se nombra un empleado o funcionario y, para ello, este poder estatal debe someterse al escrutinio público en todos sus ámbitos. Si bien no tiene un método electivo similar a los demás poderes, no hay dudas que se encuentra obligada a rendir cuenta de todos sus actos, incluso de aquellos que deciden cuestiones administrativas como son: nombramientos, partidas presupuestarias y demás temas que, muchas veces, por administraciones deficientes, egoístas o complacientes, condicionan y, por cierto, limitan la actividad jurisdiccional.

En definitiva, considero necesario fijar estímulos y transparentar la gestión de modo tal que se pueda aumentar la capacidad operativa y, con ello, mejorar la eficiencia en las respuestas, lo que seguramente, redundará en un mayor nivel de confianza de la ciudadanía para con el Poder Judicial.

— § 34 —

**ETAPA INTERMEDIA**

Superada la instrucción preparatoria, los códigos procesales más modernos<sup>20</sup> de forma previa a la celebración del juicio oral y con el fin de evitar que el tribunal se contamine al tomar decisiones que ciertamente lo harán inclinarse a favor de una parte afectando previ-

<sup>20</sup> Códigos procesales penales de Chubut, art. 295 y ss.; y Santa Fe, arts. 294, 295, 300, 301, 302, 303, ss. y concs. También el Código Procesal Penal de Buenos Aires prevé el control de un juez de garantía y la eventual realización de una audiencia a pedido de parte, pero con la intervención del mismo tribunal de juicio (véanse arts. 334, 335, 337, y 338). La provincia de Entre Ríos incorporó esta etapa intermedia de manera pretoriana y luego mediante el Acuerdo del ST, previendo la celebración de una audiencia oral y pública a propósito de controlar y eventualmente remitir la causa a juicio.

siblemente su condición de tercero imparcial, prevén una “etapa intermedia” mediante la cual se prepara y define el futuro del plenario, se establece qué y cómo se va a desarrollar el contradictorio.

El trámite tiene los siguientes pasos: en primer lugar el fiscal remitirá la acusación al juez, la que deberá contener los siguientes requisitos:

1. Los datos que sirvan para identificar al imputado y al defensor designado.
2. La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado, en caso de contener varios hechos punibles independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.
3. Los fundamentos de la imputación y los medios de prueba que propone para el juicio.
4. Los preceptos jurídicos aplicables.
5. La indicación del tribunal competente para el juicio.
6. Las circunstancias de interés para determinar la pena o la medida de seguridad y corrección, con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas.
7. La pretensión punitiva provisoria. Si se prevé la posibilidad de efectuar una imputación alternativa, podrá hacerlo, con indicación de los fundamentos y las normas aplicables.

Allí, la acusación fiscal será notificada a las partes. El querellante puede adherir o formular una acusación autónoma. El defensor tiene la oportunidad de objetarla, oponer excepciones u otras defensas. Todos quedan en condiciones de ofrecer las pruebas que consideren pertinentes. Paso seguido, el juez convocará a los involucrados a una audiencia en la cual, previa exposición de las presentaciones realizadas por cada parte, definirá el objeto de controversia o los términos de la acusación y los medios de prueba que utilizarán las partes a fin de incorporar los elementos de convicción que estimen convenientes conforme a la teoría del caso que han elaborado.

El magistrado actuante se encuentra investido de poderes suficientes para fijar el tema a debatir y para incluir o excluir las prue-

bas conforme a criterios de legalidad, utilidad y pertinencia, emitiendo y oportunamente remitiendo el correspondiente "auto de apertura", plataforma sobre la cual se trabajará en la etapa siguiente.

El auto debe contener<sup>21</sup>:

1. La designación del tribunal competente para realizar el juicio.
2. La descripción de los hechos de la acusación por los cuales se autorizó la apertura del juicio y su calificación jurídica.
3. La decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para el debate.
4. La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral.
5. La existencia de medidas de coerción si las hubiere o su sustitución.
6. Los fundamentos por los cuales se rechazó la oposición a la apertura del debate.
7. La decisión acerca de la legitimación del querellante para provocar el juicio o para intervenir en él y la orden de unificar personería.
8. La indicación de cómo ha quedado trabada la litis en la demanda civil y su contestación. El auto será notificado a los intervinientes por lectura en la audiencia y es irrecurrible.

Como vemos, este esquema es factible en los llamados códigos de segunda generación o de primera adaptados a las exigencias que impone la oralidad, puesto que bajo la fórmula de enjuiciamiento "mixta", incluso en algunos códigos reformados que tienden a establecer sistemas "acusatorios formales", el requerimiento de elevación a juicio practicado por el fiscal de la instrucción formal o preparatoria es la base de la acusación, en tanto el control queda en manos del juez de instrucción o del propio tribunal de juicio ante quien se debe ofrecer la prueba y, en algunos casos, tiene la posibilidad de llevar adelante cierta actividad probatoria previa llamada "ins-

<sup>21</sup> Véanse los códigos procesales penales de Chubut, art. 298; Buenos Aires, art. 337; y Santa Fe, art. 304.

trucción suplementaria”, ya sea por pedido de parte o dispuesta de oficio<sup>22</sup>.

### a — Origen y propósito de la etapa intermedia

Ya en la antigüedad se conocía un control sobre la acusación y así, en el procedimiento griego ante los heliastas, la acusación se presentaba ante el arconte, quien la examinaba desde el punto de vista formal<sup>23</sup>. En Roma, la *accusatio* estaba sujeta a control para luego elegirse un acusador para la formulación de la *nominis delatio* en la cual se designaba al acusado y el hecho atribuido.

También las legislaciones provinciales, legatarias del sistema “mixto” importado y luego exportado desde Córdoba, contaban con una instancia de control de acusación prevista en la “oposición de elevación a juicio”, dejando una instancia posterior de contralor y citación en manos del propio órgano encargado del juzgamiento.

Es claro entonces que no todos los códigos han previsto una verdadera instancia “intermedia” o “crítica” en manos de un tribunal distinto del que investigó o diverso del que juzgará, por tanto, el control deberá darse en la IPP, o bien, al tratar las cuestiones preliminares ante el tribunal de juicio, siendo tres los posibles sistemas de control una vez finalizada la investigación inicial:

1. *Apertura del juicio*: la defensa no tiene posibilidades concretas de manifestarse con antelación sobre el mérito de la investigación para ir al juicio; sólo puede invocar excepciones o solicitar el sobreseimiento. Este método es claramente de corte inquisitivo.

<sup>22</sup> Al respecto, códigos procesales penales de Catamarca, arts. 351, 360 y 362; Córdoba, arts. 361 y 363; Corrientes, arts. 362, 379, 381 y 383; Chaco, arts. 355, 359, 360, 361 y 362; Formosa, arts. 321, 322 y 324; Jujuy, arts. 366 y 367; La Pampa, art. 327; Mendoza, arts. 364, 367, 368 y 369; Misiones, arts. 355 y 357; Río Negro, art. 326; Salta, art. 361; San Juan, arts. 428, 430 y 433; Santa Cruz, arts. 338 y 340; Tucumán, art. 363; y Entre Ríos, art. 411.

<sup>23</sup> Entre otros: MOMMSEN, *Derecho penal romano*, 1999, p. 223 y ss.; MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, 1996, t. IV, p. 357 y ss.; PAGANO, *Considerazioni Sul Processo Criminale*, 1802, p. 163.

2. *Oposición en la instrucción formal y control oficioso en los actos previos al debate:* en los códigos “mixtos”, la defensa puede oponerse al requerimiento y el juez es quien decide sobre la pertinencia de enviar el trámite a juicio oral. Allí, la Cámara retoma el control de la acusación y, particularmente, mediante facultades oficiosas, asume la producción de pruebas.
3. *Instancia intermedia o preliminar propiamente dicha:* aquella en la cual el juez de garantías, sujeto distinto al que investigó, verifica la acusación y los antecedentes reunidos en la IPP y, con ello, decide remitir el legajo a juicio.

El nuevo esquema de persecución penal forjado a partir de los últimos vientos reformistas y que busca echar raíces en cada rincón de la patria, tiende a consolidar tres etapas bien diferenciadas: la investigación preparatoria —incluyo la investigación preliminar y la preparatoria propiamente dicha—, la etapa intermedia y el juicio oral. Cada una de ellas con sus particularidades y propósitos configuran una estructura única vertebrada en torno del conflicto penal, visto como sustrato y fundamento de toda la actividad persecutoria.

Con esta visión de proceso/conflicto, en todas las instancias por la que deba transitar un legajo, las partes deberán realizar un esfuerzo superlativo por cegar ese conflicto, por terminarlo de la mejor manera, por oponer a la violencia del hecho criminal una alternativa responsable, pacificadora, restauradora, conciliadora y, en último lugar, sancionadora<sup>24</sup>.

Siendo así, no caben dudas de que acusación y defensa —al amparo de una actividad judicial proactiva—, antes de llevar el asunto a juicio, deben agotar todas las instancias transaccionales en función de los intereses que representan, para finiquitar el asunto que

<sup>24</sup> Los códigos procesales de Chile y Paraguay imponen al juez intentar la “conciliación de todas las partes proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado” (Paraguay). “El juez deberá llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo” (Chile). El art. 79 del Cód. Proc. Penal de Salta también insta a la solución de conflictos.

los convoca para así atender aquellos conflictos que, por su gravedad o naturaleza, necesariamente desembocarán en un contradictorio oral.

Tenemos entonces que la investigación preparatoria es la génesis de un proceso cuyo objetivo es recoger la evidencia probatoria necesaria para fundar o desestimar una acusación. Ahora bien, el juicio tiene como nexo o vaso comunicante la llamada etapa “intermedia” o “crítica”, ello sin perder de vista que toda investigación coloca al fiscal —actor principal— en la disyuntiva de solicitar el sobreseimiento o formular acusación, pero que más allá de esas dos nítidas situaciones, pueden darse una infinidad de alternativas, tal como veremos a continuación.

La etapa intermedia constituye literalmente el espacio central del proceso, pues resulta el nexo entre una actividad investigativa y desformalizada dirigida “objetivamente” —que es distinto a decir “imparcialmente”: el fiscal, recordemos, es parte, aunque no en el sentido tradicional o usual del término— por un fiscal con el control del juez y las partes, hacia un trámite absolutamente público, contradictorio y, fundamentalmente, guiado por un tribunal imparcial.

Desde esta perspectiva, el éxito o fracaso del juicio dependerá, en buena medida, de la preparación y, por qué no, depuración que se realice en esta instancia, de allí que se la conozca como etapa de “saneamiento”, o “depuración”, pues tiene como propósito evitar llevar a juicio legajos inconsistentes, que no presenten las condiciones técnicas o legales requeridas.

Por otra parte, fuera de la disyuntiva vinculación/desvinculación del sospechado, esta instancia es óptima para resolver cuestiones fundamentales en materia probatoria, toda vez que la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba que deberá producirse en el plenario debe ser debatida en esta oportunidad. Sentado ello debo decir que la “etapa intermedia” o de “preparación” del juicio surge con el establecimiento del instituto de la clausura de la instrucción criminal como presupuesto necesario para llegar al juicio oral. Su función político-criminal primordial es controlar —formalmente— el requerimiento acusatorio y evitar que cualquier persona pueda ser infundadamente expuesta al juicio oral.

Aunque se discute cuándo culmina esta etapa, la resolución de “remisión del legajo a juicio”, “auto de enjuiciamiento” o “remisión a juicio” marca su fin<sup>25</sup>, en tanto que el inicio está dado por la conclusión —unilateralmente determinada por el fiscal— de la investigación preparatoria.

El tiempo que demandará depende especialmente del tipo de delito, de los sujetos que intervienen, las discusiones que puedan presentar los actores y, en definitiva, de la labor del tribunal de garantías. Es imperioso finiquitar prontamente el trámite sin perder de vista que es una instancia de transición, efímera, pero, a la vez, de consecuencias determinantes para el futuro del legajo, puesto que en este momento se debe concentrar el esfuerzo por maximizar el control de legalidad del proceso.

Un tema controvertido es el tipo de control que debe practicarse respecto de la acusación. Así se distinguen el control “real” y el control “formal”<sup>26</sup>; el primero ingresa al terreno sustancial y aprecia el mérito de las pruebas, facultando —en algunos códigos así se prevé— al juez, de oficio o a pedido de parte, para sobreseer al imputado. En el control “formal”, en tanto el magistrado no se expide sobre

<sup>25</sup> Algunos autores insisten en señalar que ese momento se produce con la apertura del juicio oral, otros, en tanto, con el auto de citación a juicio, o bien, con la calificación provisional del hecho. Entre otros véase GIMENO SENDRA, *Derecho procesal. Proceso penal*, 1993, p. 402 y siguientes.

<sup>26</sup> Quienes postulan un control meramente “formal” sostienen que de ese modo se evita una intromisión en la labor del fiscal y se preserva la discusión para el juicio, afirmando además que la decisión de ir a juicio debe estar en manos del fiscal y no del juez. El control también puede ser “negativo” o “positivo” según las funciones otorgadas al juez sobre el control del mérito de la acusación y en función del mismo, sobreseer por falta de elementos serios que permitan sustentarla —negativo—, o bien, al querellante —positivo— para sostener autónomamente la acusación en juicio pese a la abstención del Ministerio Público, dando pie así al juez al “forzamiento de la acusación”, tal cual ha sido prevista en la Ordenanza Procesal Penal Alemana (véase Roxin, *Derecho procesal penal*, 2006, p. 347). Reitero, un control de tipo “negativo” sería el anclaje perfecto para el desembarco del sistema inquisitivo bajo un ropaje acusatorio. En la provincia de Entre Ríos se planteó el tema y el ST decidió expresamente que el control debía ser “formal”; así, “F. A. - Homicidio criminis causae y otro”, del 14/8/12.

el mérito de los elementos reunidos para formular acusación, tampoco controla la seriedad de la acusación, limitándose a verificar si se dan los recaudos “formales” para pasar a la instancia siguiente.

Indudablemente este último es el más adecuado a nuestras aspiraciones de instalar un modelo acusatorio respetuoso del Estado constitucional de Derecho y, en particular, de la división de roles entre los actores del sistema de persecución penal. Máxime cuando estamos consustanciados con desterrar el expediente reemplazándolo por un legajo desformalizado, llamando “evidencias” o “información” a los datos contenidos en el legajo y “prueba” sólo a aquella acordada o rendida en juicio, lo que implica dejar al juez en un estado de absoluta orfandad a la hora de tener que decidir sobre el contenido “real” de la acusación. En este entendimiento, el magistrado carece por completo de potestades para efectuar un control “negativo” o de facultades para rechazar el paso al juicio oral fundado en su convicción sobre el contenido de la acusación o el tenor de las pruebas.

Los pilares sobre los que se asienta esta instancia —más allá de los generales del proceso— tienen que ver con garantizar un paso transparente, rápido y público a la siguiente instancia. De allí que todo el esfuerzo del sistema, lo que incluye lógicamente a los letrados en su rol de acusadores o defensores, debe estar puesto en la ejecución y no en la suspensión de la audiencia, que debe ser interpretada como una frustración del sistema.

### ***b — Principios que guían la etapa intermedia***

Los principios que guían esta instancia son: *a*) imparcialidad, *b*) oralidad, publicidad, concentración e inmediación, *c*) concentración, acusación y congruencia, y *d*) preclusión. Se encuentran teñidos por el deber de lealtad, que implica actuar con “probidad” y “buena fe”, omitiendo incurrir en conductas que impliquen abuso del derecho o quebrantamiento de las reglas básicas de convivencia en el marco del litigio y más allá de la lógica disputa de argumentos que tiene como fin enriquecer el debate.

Dado que he tratado en otros capítulos el resto de los principios sólo habré de señalar respecto de la preclusión que dado que la re-

solución ha de tomarse en audiencia pública, que gira bajo los principios de publicidad e inmediación, es evidente que la preclusión se hace presente a la hora de ir definiendo cada uno de los aspectos impidiendo retrogradar el trámite a situaciones ya concluidas, operando de esta forma la pérdida, extinción o consumación de facultades de los sujetos procesales. Quien no hace uso de su derecho dentro del ámbito o etapa procesal oportuna, pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro, consolidándose de esta forma las situaciones ventajosas o desventajosas con la clausura de la instancia y el paso a la siguiente.

Con ello es claro que los temas no propuestos y, por ende, no tratados o propuestos de manera incompatible con su objetivo<sup>27</sup>, no pueden ser reeditados en etapas posteriores, tampoco pueden corregirse errores no subsanados oportunamente, ello sin perjuicio de las facultades de oficio y los defectos formales a los que me he de referir *infra*.

Celebrada la audiencia y emitido el pertinente auto, no es posible entonces volver a debatir las cuestiones allí decididas, cobrando fuerza la idea de seguridad jurídica y la de imponer a cada parte la carga de aprovechar libremente las oportunidades procesales en el tiempo que tienen para hacerlo, de forma tal que la inactividad hace suponer el abandono —estratégico o negligente— de una facultad o derecho<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Siendo la preclusión un impedimento para el cumplimiento de un acto procesal o de un conjunto de actos procesales causado por la incompatibilidad de un comportamiento procesal anterior, que haya sido actuado mediante el cumplimiento o no cumplimiento de un acto procesal, es evidente que el instituto se presenta: a) cuando un acto procesal ya cumplido o un comportamiento procesal ya desplegado se presenta como incompatible con un subsiguiente acto o comportamiento por haber elegido el camino que no permite dar curso a otro: *«electa una via non datur recursus ad alteram»*, b) cuando el no cumplimiento de un acto se presenta como incompatible con el derecho de cumplir otro acto procesal subsiguiente. Entre otros, véase LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, 1989, t. I, p. 768 y siguientes.

<sup>28</sup> Véase, STSS 16/10/75 y 13/2/78. ESPARZA LEIBAR IÑAKI, *El principio del debido proceso*, 1995, p. 57 y ss.; LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, 1989, t. I, p. 768 y ss. También véase Cám. Apel. Penal Concordia, 28/7/11, "Irigoyen s/Apelación", causa 2306.

De este modo, la investigación legalmente fenecida no podrá volver a abrirse, como tampoco podrán sustanciarse remedios no formulados en atención a defectos en el material probatorio, sin perjuicio de poder reiterar salidas alternativas no otorgadas en este ámbito, lo que quitaría en este aspecto toda posibilidad de invocar un agravio al respecto, tornando irrecurrible la decisión que no acceda al beneficio<sup>29</sup>.

### **c — Trámite durante la etapa intermedia**

La secuencia hasta la fijación de la audiencia oral es la siguiente:

1. Concluida la IPP, el fiscal decide remitir la investigación a juicio, pudiendo incluso peticionar el sobreseimiento total o parcial de uno o varios imputados.
2. Remite el escrito<sup>30</sup> a la Oficina de Gestión o al juez de garantías.

<sup>29</sup> Lo que sostengo es que no puede ser objeto de tratamiento, en una audiencia de remisión a juicio, un pedido de suspensión de juicio a prueba si no media acuerdo de partes, por cuanto ésta no es la instancia legalmente prevista para discutir ese tipo de cuestiones. Aquí, como veremos, se debate cómo y por qué se llega al juicio. Además, la negativa no es recurrible, porque: *a*) la audiencia no está prevista para estos fines y, en su caso, en orden al “principio de decadencia”, debió instarlo antes del término de la IPP, *b*) puede volver a plantearlo, *c*) la decisión de continuar adelante el trámite no pone fin al proceso ni causa agravio, *d*) no afecta la garantía de doble instancia, expresamente prevista para “condenados”, art. 8º.2. *b*) de la Corte IDH, véase el voto de la doctora ARGIBAY en CSJN, 20/12/05, “Fiscal c. Vega, Adrián Raúl s/Retención indebida”. La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Concordia entendió que resulta irrecurrible la decisión que deniega la suspensión de juicio a prueba, entre otros, véase: “Cabrera s/Apelación”, causa 2372, del 22/11/11. Si la preocupación de la fiscalía pasa porque se espera la audiencia para discutir este tema, bien podría implementar un sistema de notificación, incluso con una audiencia previa a remitir la acusación a la Oficina de Gestión para provocar el tratamiento de este tipo de salidas que, por otra parte, puede darse en el marco del juicio oral, tal como lo admiten, vía pretoriana, varias provincias argentinas, entre ellas, Entre Ríos.

<sup>30</sup> La acusación es un acto propio del Ministerio Público Fiscal, por tanto esta etapa está dominada por su actividad. El contenido de la acusación es similar al que debe contener el auto de acusación: *a*) datos del imputado, *b*) relación de los hechos, *c*) grado de participación, *d*) calificación legal, *e*) los medios de prueba, *f*)

3. La Oficina de Gestión fija audiencia de control y convoca a las partes, pudiendo ser notificado por cualquier medio fehaciente.

La dirección de la audiencia está a cargo del juez de garantías y tiene por cometido:

1. Dirimir planteos no formulados anteriormente sobre excepciones previas y prejudiciales.
2. Debatir cuestiones de competencia del tribunal, si eventualmente existirían dudas del juzgamiento unipersonal o colegiado del delito.
3. Desplegar la acusación penal, bajo el principio «*nemo iudex sine actore*».
4. Discutir la calificación legal, sólo cuando su modificación incida sobre la libertad del imputado<sup>31</sup>.
5. Controlar y fijar la prueba que será introducida y/o producida en debate.
6. Ordenar anticipos probatorios<sup>32</sup>.

eventualmente, la pena en expectativa. En torno a esta última cuestión, se ha discutido si el fiscal puede, concluido el juicio oral, solicitar una pena mayor a la formulada, oportunamente, en el requerimiento a juicio, cuestión, a mi parecer absolutamente factible, máxime cuando es el contradictorio oral el lugar indicado para debatir estas cuestiones en plenitud y, por el contrario, al requerir, el acusador sólo hace un juicio aproximativo que tiene, fundamentalmente, como objeto fijar la competencia del tribunal. Sólo es menester respetar la posibilidad de contradicción y, por supuesto, mantener, en ese sentido, indemne la plataforma fáctica. Al tratar el tema el TS CABA, declaró, aunque por distintos fundamentos, inadmisibile el recurso intentado, por considerar centralmente que no se habían refutado los argumentos del Tribunal en orden a las facultades acusatorias (TS CABA, "Expediente 6890/09 – M. P. D. G. s/Queja por recurso denegado en Oniszczuk C.A. s/Infr. art. 116, Cód. Contravencional").

<sup>31</sup> La negativa al cambio de calificación legal no es recurrible, por cuanto no causa gravamen irreparable, aun cuando de ello dependa la libertad del imputado. Sí se podrá discutir en apelación la libertad o, en su caso, la continuidad de la prisión preventiva. En ese supuesto, se formará incidente sin suspender la continuidad del trámite a juicio.

<sup>32</sup> Respecto de cuestiones que no pueden esperar al juicio.

7. Perfeccionar convenciones probatorias.
8. Otorgar prórrogas para concretar diligencias o pruebas anticipadas que por motivo fundado no pudieron materializarse con anterioridad, fijándose en el momento un plazo para su producción.
9. Tratar planteos en torno a la continuidad o cese de medidas cautelares<sup>33</sup>.
10. Excepcionalmente y con acuerdo de partes, arribar a salidas alternativas.

Además, y como parte de los ítems señalados, se pueden ventilar las siguientes cuestiones: 1) corrección o saneamiento de defectos sobre actos de investigación, como podrían ser: identificar adecuadamente al imputado, expurgar vicios en la actividad investigativa, determinar correctamente la imputación, 2) depurar la prueba a fin de no trasladar elementos cuestionables, inciertos o sobreabundantes a la instancia ulterior, 3) admitir la acusación y la prueba que la sustentará, como también la que hará valer la defensa.

Algunos autores y regulaciones, más allá de facultar al juez para dictar el sobreseimiento interesado por el acusador público<sup>34</sup>, en caso de considerar que no existen pruebas, permiten imponer al fiscal la práctica y/o incorporación de determinadas diligencias o de nuevos elementos probatorios<sup>35</sup>, algo absolutamente vedado a

<sup>33</sup> Recordemos que la prisión preventiva, al igual que las demás medidas cautelares, debería ser decretada para el cumplimiento de un propósito (por ejemplo, evitar el daño procesal) y, en función de ello, por un lapso determinado, por tanto es vital dar este debate antes de que la causa ingrese al tribunal de juicio para evitar que éste deba tratar temas concernientes al juicio de modo anticipado. En la provincia de Entre Ríos, todas las cautelares se disponen con fecha de vencimiento que oscila entre siete y sesenta días, según el caso. El expiramiento del plazo sin pedido de renovación previo implica la libertad del sospechado.

<sup>34</sup> Llamado control "negativo", véanse arts. 344 del Cód. Proc. Penal del Perú, y 424 del Cód. Proc. Penal de Chile.

<sup>35</sup> La doctrina sostiene que en esta instancia prima el aforismo *in dubio pro accusatione* o *pro societate*, mientras que en el juicio, *in dubio pro reo*, véase Alvarez, "El procedimiento intermedio", en *El nuevo Código Procesal de la Nación*, 1993, p.

nuestro entender, en el marco de un proceso acusatorio que busca limitar y definir los roles, separando por completo al juez de toda posibilidad de influir en la actividad probatoria o en la teoría del caso elaborada por cada una de las partes.

En tanto, como vimos al inicio, si el control intermedio fuere entendido como “real” permitiría, en el ámbito de la audiencia: 1) evaluar si la investigación preparatoria presenta —materialmente— elementos para ir a juicio, 2) controlar en general la acusación fiscal, advertir los posibles errores que contenga y, en su caso, mandarlos a corregir fijando un plazo para tal cometido. Pero como señalé anteriormente, estamos en un proceso de reforma que tiende más a un juez algo alejado de esta actividad, lo que no implica que tenga un rol pasivo; al contrario, en este tipo de audiencias, se pide que sea proactivo, que conduzca firmemente el desarrollo del trámite, pero que, a su vez, explore, permita y dinamice acuerdos entre los litigantes.

La audiencia debe ser registrada por cualquier medio que permita su reproducción. La resolución y asistencia de partes quedará consignada en un acta.

#### **d — Rol de los sujetos en la etapa preliminar**

Cada parte juega sus intereses y expectativas en el marco de una audiencia preliminar preparatoria. El juez es garante de los derechos fundamentales y, por tanto, debe evaluar, imparcialmente, toda la actividad preparatoria, expurgar los actos viciados, corregir o mandar a corregir los defectuosos y fijar los alcances de los acuerdos celebrados entre las partes, resolviendo, motivadamente, todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes.

El fiscal deberá cerrar definitivamente la investigación e iniciar el tránsito hacia el plenario a fin de poner en práctica su “teoría del ca-

---

156. Sería lógico que el control sea meramente “formal” para preservar la garantía del juez imparcial. Así advierte FERRAJOLI que la separación entre el juez y la acusación representa una condición esencial de imparcialidad del juez respecto a las partes e impone a la acusación la carga de la imputación y de la prueba (*Derecho y razón*, 2005, p. 567).

so”, o bien, llegar a un convenio que permita un juicio abreviado. También deberá exponer los elementos de prueba con los cuales sustentará la acusación, la que debe concretar en ese acto.

La defensa podrá conocer en detalle la imputación que le será dirigida, la prueba con que se cuenta y las alternativas que el caso presenta a fin de arribar a algún acuerdo. En otro orden, deberá señalar, conforme a su teoría del caso, los elementos probatorios que pretende sean introducidos y/o producidos en debate.

En este contexto, los contendientes tendrán la oportunidad de discutir las medidas cautelares pendientes, incluso la calificación legal del hecho, si su variación repercute en ellas, y además, poner a consideración del magistrado la aceptación de acuerdos probatorios y la conformidad o el rechazo con las medidas de prueba que intentarán hacer valer en juicio, por lo que resulta fundamental que la discusión se dé en el marco de una audiencia oral y pública, con asistencia obligatoria de las partes involucradas, en la que el juez deba decidir de inmediato cada tema abordado.

El querellante particular deberá<sup>36</sup>, al igual que el fiscal, esbozar la acusación —al menos: generales del imputado, circunstancias de hecho y tipificación— y ofrecer las pruebas que intente hacer valer en juicio.

Puede darse que el acusador privado adhiera sin reservas a la acusación del Ministerio Público Fiscal, o bien, que esgrima una participación distinta del imputado, o un hecho similar con diversa calificación legal; en este tema debemos hacer hincapié en resaltar que no es importante debatir —furiosamente— la calificación legal, por cuanto lo que se lleva a juicio es el debate sobre un “hecho”, y es esa circunstancia la que debe estar debida y precisamente limita-

<sup>36</sup> Si bien en algunos códigos, como el de Entre Ríos (art. 86, Cód. Proc. Penal) sólo se considera que renuncia a la intervención cuando no comparezca a la primera audiencia del debate, se retire de ésta y las subsiguientes sin autorización del tribunal o no formule conclusiones en la discusión final, estimo necesaria la acusación en esta instancia, tal como lo prevén otros ordenamientos locales, pues sabido es que la misma es complementaria de la del juicio, además trasunta la voluntad inequívoca de persecución. Por ello creo que, más allá de la omisión legal, es siempre aconsejable formular acusación en esta instancia.

da. La figura típica puede incluso variar en el transcurso del debate —o puede ser “alternativa”, tal como se prevé en algunas provincias, como Buenos Aires—, por tanto, no es prudente perder esfuerzo y tiempo en este tema, salvo que de ello dependa la libertad del acusado, caso contrario, el juez de garantías deberá tratar el tema como una incidencia y luego ajustar el auto de remisión a la calificación que crea más conveniente, sin perjuicio, reitero, de lo provisorio que significa encasillar un hecho en este ámbito.

Otro tema conflictivo, tal como lo veremos *infra*, es determinar si la querrela puede cuestionar el pedido de sobreseimiento efectuado por el fiscal y, en su caso, cuál es el temperamento que debe seguir el juez de garantías.

Respecto a la participación del actor civil, la misma ha de limitarse a cuestiones netamente patrimoniales, sin poder interferir en los planteos que hacen específicamente a la persecución penal. En igual sentido, creo que debe manejarse la actividad del civilmente demandado; en caso de resultar una persona distinta al imputado, no podría solicitar su sobreseimiento y deberá ajustar su intervención a cuestiones meramente indemnizatorias.

### e — La acusación

Técnicamente podemos definir a la acusación como la petición motivada, dirigida al órgano jurisdiccional a propósito de solicitar la imposición de una sanción penal a una persona en función de la comisión de un hecho punible.

En esta fase, se llama “acusación” al pedido fundado que realiza el fiscal, ante la autoridad judicial, con el objeto de petitionar el pase de la investigación preparatoria a la instancia de juicio oral.

La acusación está llamada a ser la espina dorsal del proceso, permite desplegar, en toda su dimensión, la teoría del caso del fiscal, pero además, resulta imprescindible para la defensa, pues a partir de ella, vertebrará su trabajo, su estrategia, contemplará sus debilidades y verificará sus fortalezas, lo que permite inferir que conociendo la acusación cada parte sabrá, perfectamente, dónde esta parada, cuáles son sus chances de triunfar o sucumbir ante el adver-

sario. No menos importante es reconocer que en este estadio, previa verificación de los antecedentes y posibilidades, deben buscar salidas alternativas y más convenientes que el juicio.

De este modo podemos decir que la acusación es una suerte de programa o plataforma de trabajo en la que constará la persona acusada, el hecho imputado y las pruebas en la que sustenta su teoría. También, si lo cree pertinente, podrá peticionar el dictado de una medida cautelar contra el imputado, o bien, requerir el mantenimiento de la dispuesta, cuestión sobre la cual deberá explayarse en audiencia, a propósito de permitir su contestación y brindar al magistrado los elementos necesarios para decidir.

El nivel de convencimiento requerido para esta instancia es el necesario para considerar la existencia del hecho y la vinculación del acusado, pero como requisito adicional, el buen litigante deberá también evaluar si tiene prueba suficiente como para sostener, racionalmente, “su caso”<sup>37</sup>. De todos modos, tal como lo he señalado al tratar el tema, cabe recordar que no hay posibilidad de juicio ni de condena sin una acusación que los sustente.

### 1 — Contenido de la acusación

El contenido de la acusación puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Datos que sirvan para identificar al imputado. Obviamente, es imposible continuar con un proceso si no se tiene identificado al sospechoso. Basta con datos básicos —por ejemplo, apodo, nombre, edad, sexo, domicilio—, que puedan luego ser complementados, incluso en la propia audiencia.

<sup>37</sup> La mayoría de los autores entiende que el fiscal, en función del principio de legalidad, se encuentra obligado a investigar —realizar averiguaciones— cuando existe sospecha suficiente sobre la comisión de un hecho punible. Para acusar se supone la probable condena en juicio oral en virtud de las investigaciones rendidas hasta ese momento. Entre otros, véase ROXIN, *Derecho procesal penal*, 2006, p. 329 y ss. En nuestro ámbito, la acusación debe ser motivada, imperativo constitucional y legal y la pauta de cumplimiento de ese recaudo es precisamente que se relate correctamente el hecho, se individualice al autor y se expongan los elementos motivantes con los cuales se intentará fundar la pretensión penal.

b) Relación clara y precisa del hecho que se atribuye y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. Se exige un relato ubicado témporo-espacialmente de las acciones u omisiones dolosas o culposas que puedan precipitar en alguna figura penal. Cuando se habla de "hecho" no se refiere a un "tipo penal" o el "recorte" de circunstancias investigadas por el fiscal, se indica un acontecimiento de la vida lo más detallado posible que genera una "vinculación temática" entre las partes y el tribunal. En otras palabras, que todos sepamos de qué estamos hablando.

Si fueran varios hechos, deberán ser descriptos de forma tal que permita a la defensa reconocerlos y estructurar su estrategia. Tengamos en cuenta que la calificación legal puede variar en el debate, los hechos no, por tanto, hay que hacer aquí un esfuerzo en pos de la exactitud del relato.

c) Detalle de elementos y medios de prueba que fundan la acusación, los que se pretende incorporar al debate y aquellos cuya producción en juicio se busca. En este caso, deberá indicar datos que permitan individualizar a los testigos y peritos. El acusador —al igual que el defensor— debe ser prudente en el ofrecimiento, proveyendo al sentenciante sólo de aquellas pruebas que resulten necesarias para sustentar la teoría del caso, lo contrario convertirá al juicio —al que, no hay que olvidar, deberá concurrir personalmente—, en un verdadero suplicio. Las partes no podrán presentar pruebas en el debate oral, con excepción de aquellas que su pertinencia surgiere como consecuencia del curso del debate.

d) El grado de intervención del acusado en el hecho requerido; por ejemplo, autor, partícipe, instigador, etcétera.

e) La calificación legal del hecho<sup>38</sup>. Siempre debemos tener en cuenta que es un dato provisorio y, por tanto, no debe dar lu-

<sup>38</sup> La calificación legal alternativa se encuentra prevista en el art. 335 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires.

gar a debates en esta instancia, salvo que su modificación influya sobre la libertad del sospechado. Ningún agravio puede causar la futura modificación de la figura penal escogida, su atenuación o agravamiento, pues la intangibilidad debe mantenerse respecto de los hechos objeto de investigación y debate, no sobre tipos penales<sup>39</sup>.

- f) Si las hubiera, describirá las circunstancias que podrían modificar la responsabilidad penal del acusado, incluso las que la atenúen, pues el fiscal no debe ser convertido en un ciego acusador, debe respetar la objetividad de su actuación teniendo en cuenta, siempre, que representa los intereses del pueblo y, por tal motivo, tampoco habrá de “pegarse” incondicionalmente a los pedidos de la querrela cuando ello importe desconocer los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad de la pretensión punitiva.
- g) El monto de la pena que, en concreto y con los elementos que hasta ese momento colectó, pedirá en juicio. Este es un dato que puede ser prescindido toda vez que no adquiere relevancia antes del juicio, salvo por cuestiones de competencia.
- h) Si hay actor civil, consignará las condiciones personales y el domicilio del accionante, los motivos en que funda la acción, la naturaleza del daño que reclama, y demás datos que permitan cuantificarlo.
- i) Detalle de bienes y/u objetos secuestrados, embargados o sujetos a medidas cautelares.
- j) Las medidas de coerción y/u restrictivas vigentes en contra del imputado. Además, sería útil que consigne si durante la IPP el acusado fue sometido a alguna medida de este tipo.

<sup>39</sup> A mi juicio, no es recurrible la resolución que deniega el cambio de calificación legal, por cuanto no causa gravamen irreparable y no es un supuesto previsto en el Código Procesal Penal. Así lo entendió además la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Concordia, en autos “Bruschi s/Apelación”, causa 2326, sentencia del 21/9/11; y también en “Correa s/Apelación”, del 23/3/10.

## 2 — Trámite de la audiencia

Del pedido de acusación se dará traslado a las partes y en audiencia oral se discutirán los temas propuestos. No está previsto producir prueba —con excepción de algunos planteos que requieran, por ejemplo, la verificación de una causal de extinción de la acción penal—, sólo hay que indicar los medios que pretenden llevar a juicio, evitando discutir temas propios del debate.

Las partes, incluyendo al Ministerio Público en los casos legalmente previstos, expondrán en un plazo que puede ser fijado por el juez, comenzando por la Fiscalía. Luego se le concederá la palabra a la defensa. En el trámite oral, no se admitirá la presentación de escritos, aunque sí pueden agregarse, con la venia del juez y el conocimiento de la contraparte, los documentos o evidencias en los que asienten sus pretensiones.

El escrito fiscal de acusación puede ser modificado y/o integrado en el devenir de la audiencia, lo mismo sucede con la posición de la defensa. Las partes pueden variar, ceder y/o negociar ciertas cuestiones y esto implica un cambio de posturas en función de los nuevos acontecimientos, lo que podríamos llamar, conforme se dé el “minuto a minuto”<sup>40</sup>. La idea es finiquitar todas las cuestiones en una sola audiencia, por tanto, la versatilidad de propuestas y los planteos alternativos deben estar a la orden del día, dependiendo mucho el éxito del trámite de la capacidad del juez para guiarlo correcta y firmemente.

La defensa y la querrela pueden solicitar la corrección de errores materiales y formales. El juez, en caso de asistirles razón, las mandará practicar en el mismo acto, o bien, otorgará un plazo prudencial, fijando nueva audiencia a los mismos efectos.

Un tema interesante es determinar qué sucede si la defensa no concurre a la audiencia. Perfectamente podría interpretarse que, habida cuenta de que los antecedentes ya han sido girados a las par-

<sup>40</sup> Para no perder credibilidad, las partes deben ser prudentes en sus reclamos y propuestas variando coherentemente sus posiciones según se desarrolla la audiencia; lo contrario seguramente generará desconfianza en el juez y en la contraria, erosionando, para el futuro, la credibilidad del abogado y sus estrategias.

tes por escrito, es válido que el juez de garantías concrete la audiencia con la sola presencia del fiscal, entendiendo que la omisión de comparecer es una decisión que responde a una estrategia de la parte y que evidentemente no tiene cuestionamientos que realizar sobre la solicitud de remisión del legajo a juicio y respecto de la prueba que se pretende introducir y/o producir, pudiendo además, remitir, por escrito y con antelación a la audiencia, la adhesión<sup>41</sup> a la prueba ya ofrecida por la acusación que pretenda llevar a juicio<sup>42</sup>.

Ello así, pues debe entenderse que la audiencia es un trámite que tiene por finalidad:

- a) Depurar vicios formales, pruebas, datos o información.
- b) Concretar cargos.
- c) Ofrecer pruebas y/o elementos que sustenten la convicción.

En ese contexto, es posible que la defensa entienda correcta la actividad acusatoria y reserve estratégicamente sus esfuerzos para el debate. Esa conducta es incuestionable y debe ser admitida, pues el derecho a la defensa en juicio no implica la obligación de discutir todo, máxime cuando en cada acción u omisión se pone en juego la credibilidad de la parte y, por sobre todo, del profesional.

Otra interpretación posible para extremar los recaudos para mantener incólume el derecho de defensa —siguiendo, por ejemplo, la regulación chilena o costarricense<sup>43</sup>— podrá disponerse el apartamiento del defensor y designarse uno oficial o de oficio<sup>44</sup>, a

<sup>41</sup> Digo “adherir”, pues si fuere prueba nueva, es inevitable que la defensa comparezca a propósito de responder eventuales cuestionamientos que puedan surgir en ese ámbito.

<sup>42</sup> El único inconveniente si no concurre a la audiencia es que en caso de oposición, nadie defenderá su postura y el juez resolverá con los elementos que tiene a su alcance. Puede suceder además que adhiera total o parcialmente a la prueba del acusador, allí no habría inconveniente alguno, máxime cuando durante toda la IPP intervino, controló, y propuso medidas que sostenían su hipótesis.

<sup>43</sup> Arts. 269, 270 del Cód. Proc. Penal de Chile, y 318 del Cód. Proc. Penal de Costa Rica. El art. 287, inc. 2º del Cód. Proc. Penal del Chubut dispone que deberá nombrarse un abogado *ad hoc*.

<sup>44</sup> Para el supuesto de no contar con un defensor oficial por existir intereses contrapuestos, legítimamente admitidos, tendría que designarse uno de oficio.

fin de que, previo interiorizarse sobre el caso y sus antecedentes, concrete la labor de defensa técnica en esta etapa, suspendiéndose la audiencia por un plazo que, según la gravedad del caso, no debería ser mayor a cinco días.

La incomparecencia injustificada será asimilada al abandono de la defensa y, como tal, será pasible de sanción, como generalmente se regula en los códigos procesales. Si la omisión de comparecer fuere del defensor oficial o del fiscal, el juez dispondrá de inmediato la presencia de otro representante del Ministerio Público, para que comparezca a derecho en nombre y representación de dicho Ministerio, comunicando la circunstancia al procurador o defensor general, según el caso.

Sea cual fuere el temperamento que se adopte, de modo alguno el imputado se encuentra obligado a concurrir a la audiencia, sin perjuicio de permitirle, al igual que a la víctima u ofendido por el delito, su asistencia.

Ahora bien, en audiencia, la parte acusada podrá —digo “podrá” siguiendo el hilo de lo expuesto con anterioridad, es una cuestión estratégica y de credibilidad, no es una obligación cuestionar todo como si eso configurara una excelente propuesta de litigación— observar el pedido de acusación, en los siguientes supuestos:

1. Solicitar la corrección de defectos formales, datos, direcciones o demás aspectos de la acusación, lo que en modo alguno genera perjuicio, pero sí permite la depuración en términos de transparencia y contradicción.
2. Deducir excepciones no planteadas con anterioridad, especialmente: prescripción y cosa juzgada.
3. Solicitar la revocación de la medida de coerción con la que se pretende ir a juicio.
4. Interesar el levantamiento o la sustitución de un embargo.
5. Peticionar el sobreseimiento y/o contestar su pedido.
6. Presentar juntamente con la acusación pública una propuesta de juicio abreviado, conciliación o *probation*, exponiendo concretamente los términos del acuerdo arribado.

7. Acompañar documentos y/o indicar en dónde deberán ser requeridos, así como toda otra prueba documental o instrumental, solicitando su incorporación al juicio, ofreciendo además el resto de la prueba —testimonial, informativa, etcétera— que interesa se produzca en debate.
8. Si fuera civilmente demandado, plantear reparos en torno a la acción civil, ofreciendo la prueba pertinente y útil.
9. Peticionar el levantamiento de la medida cautelar dispuesta, su prórroga o sustitución.

En relación a los vicios formales, si el juez considera que la acusación o demanda adolecen de vicios de esta naturaleza deberá ordenar su subsanación, si fuera posible en la misma audiencia. De ser necesario suspenderla, lo hará por el tiempo más breve posible. La falta de oportuna corrección de los vicios de su acusación importará, para todos los efectos, una grave infracción a los deberes del fiscal o letrado, pudiendo incluso tenérsela por no presentada.

Si se hubieren planteado excepciones, el juez abrirá el debate sobre las mismas, recibirá los antecedentes del caso y, finalmente, decidirá. La resolución que recayere no será apelable.

Por regla general, las incidencias serán resueltas por el juez en audiencia, previo oír a las partes. Si excepcionalmente fuere necesaria una prórroga para coleccionar los antecedentes que sustenten las posturas asumidas por las partes —digo excepcionalmente, pues debe tratarse de elementos justificadamente novedosos para el peticionante, por cuanto se supone que deberían ser presentados con anterioridad, o bien, durante el acto—, establecerá un plazo para su producción y fijará una nueva audiencia para finiquitar el trámite. Si alguna de las partes no concurriere a la nueva audiencia, esa circunstancia no impedirá su celebración.

### 3 — Auto de remisión

Finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas, pudiendo, por razones de tiempo o complejidad, diferir las conclusiones hasta un plazo que podría —razonablemente— fijarse en 48 horas.

En ese acto y antes de decidir, podrá solicitar al fiscal o a la defensa que corrijan errores formales privilegiando y exigiendo, en todo momento, una actividad leal y de buena fe de parte de los contendientes. También puede darse que, atento alguna petición de las partes, entienda que debe requerir determinada actividad del fiscal o la defensa y así lo disponga, fijando un plazo para su ejecución y difiriendo el dictado del auto de remisión hasta tanto esa cuestión se materialice, pudiendo incluso fijar una nueva audiencia a los efectos de incorporar los nuevos elementos y/o recaudos interesados.

Si no hubiera observaciones que formular, decidirá sobre el fondo, se expedirá en cuanto a las excepciones planteadas, al pedido de sobreseimiento o de salidas alternativas requerido, por último, sobre la remisión del legajo a juicio y los elementos y/o pruebas a incorporar.

Como he venido desarrollando, el rechazo del sobreseimiento, de las excepciones o salidas alternativas no es apelable, pues no se encuentran dentro de las decisiones expresamente previstas como recurribles<sup>45</sup>, ni causan gravamen en tanto implican la continuidad del sometimiento a proceso, cuestión que permite al imputado, en la instancia plenaria, probar su inocencia, solicitando la absolución en el marco del contradictorio oral.

Más allá de la oralización de su temperamento, el juez deberá emitir un decreto por escrito, conocido como “auto de remisión de causa a juicio” o “auto de enjuiciamiento”, que no es otra cosa que el límite material del inicio de la discusión que habrá de darse en el debate, y al menos, deberá contener los siguientes recaudos:

- a) Identificar al imputado y su defensor técnico, consignando además el domicilio constituido y la dirección de correo electrónico aportada a la Oficina de Gestión de Audiencias.
- b) Describir los hechos y su calificación jurídica. El juez podrá dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distin-

<sup>45</sup> En general es recurrible la que dicta y no la que deniega el sobreseimiento. Así lo resolvió el ST Entre Ríos, 14/8/12, en “F. A. - Homicidio criminis causae y otro”. Véase además, TS CABA, 18/12/06, “M. P. F. s/Queja en Avalos, E. s/Inf. art. 83 del Cód. Contravencional”, expte. 4852/06.

tos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación, siempre que ello no implique el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

- c) Decidir sobre la prueba ofrecida por las partes y aceptada para el debate, lo que incluye la individualización de testigos que deberán ser citados.
- d) Fijar los anticipos probatorios.
- e) Señalar las convenciones probatorias a las que se arriben.
- f) Resolver la continuidad o no de las medidas de coerción. Si remite el auto con una persona privada de su libertad, indicará en qué lugar se encuentra alojada y el plazo desde que operó su detención preventiva. En igual medida, consignará las medidas restrictivas que hubiere impuesto y se encuentren vigentes a ese momento.
- g) Indicar la participación del querellante o del actor civil, en su caso.
- h) Establecer el tribunal competente para conocer el juicio oral o abreviado.

Con el auto de remisión concluye la etapa intermedia, por tal motivo, el juez deberá enviar su decisión al tribunal de juicio a propósito de que se realicen allí los actos preparatorios pertinentes para la celebración del debate. La decisión será notificada a las partes al finalizar la audiencia.

#### 4 — Acuerdos probatorios

Sobre la base de evitar inútiles planteos y dilatorias producciones de pruebas en el juicio oral, es posible y necesario que durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado soliciten al juez de garantía que incorpore determinados elementos de prueba, o bien, que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez se encuentra plenamente autorizado para formular proposiciones a los intervinientes sobre esta materia.

El juez indicará en el auto de apertura los acuerdos arribados en torno a las pruebas que deberán introducirse por lectura, incluyen-

do además, los que se realizaren en torno de los hechos a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

En otro orden, aunque las partes no acuerden expresamente la incorporación, la petición de una y el silencio o la oposición fundada de la otra, permitirá al juez admitir ese material, el que no puede ser cuestionado en cuanto a la legitimidad de su origen, aunque sí podría ponerse en duda su valor convictivo a la hora de fundar la sentencia<sup>46</sup>.

### 5 — Depuración de pruebas

La depuración tiende a liberar al juicio de toda incidencia relativa a esta materia, permitiendo al tribunal centrarse en la recepción y posterior valoración de los elementos sobre los cuales habrá de decidir.

Más allá de la prueba catalogada de ilícita o inválida, también puede ser excluida cuando: 1) su producción en juicio resulte impertinente o sobreabundante, 2) se ofrezca para acreditar hechos públicos y notorios<sup>47</sup>, 3) resulte dilatoria o extraña al objeto debatido, 4) haya sido declarada nula o inadmisibles durante la IPP, por inobservancia de las garantías fundamentales<sup>48</sup>. Estas características no son exclusivas de la prueba de cargo o descargo, ambas pueden presentarlas, es el juez quien debe descubrir y determinar su procedencia o improcedencia.

<sup>46</sup> Así, ST Entre Ríos, "Sanchez", 27/6/12. La defensa, ante la incomparecencia en el debate de la perito, cuestionó la valoración del informe pericial efectuado por el Tribunal, afirmando que carecía de valor por cuanto la experta no había asistido al debate. El Tribunal de Casación señaló que la queja resultaba inadmisibles por cuanto la pericia había sido formalmente admitida en el auto de remisión a juicio y, por tanto, era perfectamente válida su consideración como elemento convictivo.

<sup>47</sup> A modo de ejemplo, el art. 258 del Cód. Proc. Penal de Entre Ríos requiere un acuerdo de partes para sostener la existencia de un hecho notorio. Entiendo que la norma es más aplicable al juicio, pero en esta instancia creo factible que sea el magistrado, con suma cautela, quien defina ese aspecto: ¿sería el juez capaz de introducir prueba para acreditar la existencia del sol?

<sup>48</sup> No voy a extenderme aquí sobre este tema que ha sido materia de un reciente artículo: CHAIA, *Cuando el procedimiento mata al derecho. La actividad policial y fiscal bajo el prisma constitucional*, RDPyPP, 2012-I-257.

Por el contrario, si el juez estima que la prueba es pertinente y útil, dispondrá lo necesario para su incorporación y/o producción en el plenario. Como está en juego la estrategia de cada parte, debe primar un criterio selectivo “amplio”, de modo que no se cercene la defensa en juicio mediante prácticas arbitrarias, lo que no implica aceptar todo ofrecimiento sin control de ninguna naturaleza, recordando siempre que lo más cómodo y menos conflictivo para el juez no siempre es más beneficioso para el proceso.

La resolución que autorice o deniegue medidas probatorias o no homologue acuerdos en tal sentido es irrecurrible<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Tengamos presente que “las resoluciones judiciales sólo son recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley, con específica indicación de los motivos en que se funde” (ST Entre Ríos, 4/5/72, “Giordano”). En sentido similar, art. 298 del Cód. Proc. Penal del Chubut, al indicar: “*El auto de apertura a juicio es irrecurrible, sin perjuicio, en su caso, de la impugnación de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral*”. Del mismo modo, el art. 210 del Cód. Proc. Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al indicar: “*La decisión será irrecurrible*”. También el proyecto conocido como “Albrieu” del Cód. Proc. Penal de Nación, establece en su art. 249, *in fine*: “El auto de apertura del juicio oral es irrecurrible. Así lo ha resuelto el TS CABA, en autos “Quiroga, Gabriela s/Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, 23/3/11, en particular véanse los votos de los doctores Lozano y Casás. En esa línea, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Concordia en “Ayala s/Apelación”, causa 2030, del 28/7/11, al señalar que las resoluciones sobre prueba no se encuentran dentro de las expresamente recurribles. De la misma Cámara: “Monza s/Apelación”, causa 2328, del 22/9/11 y “Olivera s/Apelación”, causa 2333, del 13/10/11, argumentando que las decisiones sobre prueba en la IPP. son inapelables en función de los principios orientadores del sistema Acusatorio, agregando que así se encuentra expresamente previsto en los arts. 220 y 405 del Cód. Proc. Penal, postulando finalmente que la medida adoptada, no causa un gravamen irreparable. Véase además: “Picazzo y otro s/Apelación”, 10/7/12, Cám. Apel. Crim. Concepción del Uruguay. Este caso era un recurso del fiscal. En doctrina, en esta dirección se despachan: LA ROSA - RIZZI, *Código Procesal Penal de la CABA*, 2010, p. 900. Un importante desarrollo en punto a las facultades del juez en materia probatoria durante el control de la etapa intermedia y las posibilidades parciales, se puede apreciar en el voto de la jueza Manes, en autos “Lencina”, 8/7/10, Cám. Apel. Penal Contrav. y de Faltas CABA. La magistrada señala la posibilidad que tiene la parte de ofrecer la producción de prueba en juicio ante la negativa fiscal de realizarla durante la IPP, sin retrotraer el proceso a la instancia fenecida para que se materialice allí esa recepción, dando claras pautas de lo que implica una investigación deformalizada.

Puede suceder también que el juez entienda que las pruebas testimonial y/o documental en la cantidad ofrecida producirían efectos puramente dilatorios en el juicio oral, por tanto, es posible que intime a la parte a reducir el número de testigos o de documentos, siempre y cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Como guía a propósito de verificar el tenor de las pruebas y la tensión que su exclusión podría generar con el derecho de defensa puede tomarse el siguiente esquema, al que llamo “test de la pertinencia” en orden al fin perseguido, sin perder de vista que ante la duda debe primar el principio *“in dubio pro prueba”* o *“favor probationes”*<sup>50</sup>, por cuanto está en juego el esclarecimiento de los hechos objeto de debate<sup>51</sup>:

1. El medio de prueba me permite verificar:

- a) Si existe un hecho delictivo y cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos.
- b) ¿Quién es el autor?, ¿el sospechoso intervino en él?, ¿de qué modo?
- c) ¿Es el acusado responsable por ese hecho?, ¿en qué medida?

<sup>50</sup> Este principio busca dejar de lado los excesos rituales y optar por una mayor flexibilidad en la producción de pruebas, por lo tanto, en caso de duda respecto de la procedencia, admisibilidad, eficacia o pertinencia de una medida interesada por las partes, se sostiene que debe hacerse lugar a ella. Así, entre la disyuntiva que se plantea entre aceptar o rechazar una medida, la opción debe ser mandarla a producir. La excepción estará dada por aquellos supuestos en que la prueba aparezca como manifiestamente improcedente o meramente dilatoria, situación que acarrea un decaimiento en su importancia e impone su rechazo, sin que ello signifique una mengua del derecho de defensa en juicio.

<sup>51</sup> Con ello la negativa de prueba debe ser interpretada de modo restrictivo y fundada, por cuanto, según lo ha dicho la Corte Suprema, no debe desconocerse la “regla según la cual en la interpretación de las normas procesales debe ponderarse la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea turbado por un exceso rigor formal” (CSJN-Fallos, 310:799, 311:1971, 316:132, 319:1577).

d) ¿Concurren circunstancias atenuantes o agravantes?

e) ¿Debe imponerse una pena?, ¿qué pena se merece?

f) ¿Se debe aplicar una medida de seguridad?, ¿de qué tipo?

2. Existen otros medios para comprobar esos extremos:

a) ¿Los medios suplantan al ofrecido?, ¿en qué medida puedo prescindir de él?

b) ¿Esos medios son de mejor calidad, lo complementan o excluyen?

3. Es factible estructurar una teoría coherente del caso sin determinada prueba:

a) ¿La eliminación de la prueba deja trunca la teoría del caso?, ¿por qué motivo?

b) ¿Ese es uno de tantos elementos de similar entidad probatoria?

c) ¿Nada cambia sin este aporte?, ¿es, por tanto, prescindible?

De esta forma, si no se da alguno de los presupuestos del punto 1 el medio será irremediabilmente desechado. Lo mismo sucede en caso de concurrir los enunciados en el punto 2. Finalmente, los del punto 3 nos permiten diferenciar y decidir la necesidad de incorporar ese medio o elemento probatorio.

Finalizada la purga, el juez pasará en limpio la prueba admitida y ordenará incluirla en el auto de apertura.

### *I — Medios ineptos*

Los medios ineptos son aquellos que carecen de aptitud para la comprobación de determinados hechos, por ejemplo, el estado de ebriedad total o la inimputabilidad de una persona deben ser acreditados sólo por los medios periciales adecuados, imposibles de suplantar por otros medios, como podría ser el testimonio, el cual tendrá frente a la pericia sólo un valor indiciario. En el mismo sentido, para el caso de que deba comprobarse la etiología de una lesión, el investigador podrá servirse del testimonio de una persona, pero jamás deberá descartar la necesidad de realizar una pericia médica.

## II — Medios impertinentes

Son aquellos medios que resultan inoportunos, que nada tienen que ver con la cuestión ventilada y que se pretende acreditar, y que no sirven para establecer el hecho objeto de la investigación, ni las circunstancias que lo rodean. Como ejemplo podría decirse que para comprobar la causa de un accidente automovilístico se pida la realización de una pericia caligráfica, en vez de una pericia accidentológica.

## III — Medios irrelevantes, sobreabundantes y superfluos

Son aquellos medios inconducentes, sin importancia o excesivos para la comprobación del objeto procesal. Son pruebas que no agregan nada y hacen perder el valioso tiempo del proceso sin colaborar con el fin buscado. Otro caso es aquella prueba que podría ser útil en un primer momento, pero que luego aparece como sobreabundante y dilatoria, tal el caso de querer probar un hecho ocurrido dentro de un estadio de fútbol citando como testigos a todos los espectadores. Para que el recorte que hace el juzgador no resulte arbitrario se establece que la prueba debe aparecer manifiestamente inútil, superflua o sobreabundante.

## 6 — Recursos

Como hemos visto, las facultades recursivas de las partes en esta instancia son muy restringidas, por cuanto abrir el juego a la impugnación por cada cuestión que se resuelva trabaría *sine die* la conclusión del trámite, que debe entenderse como un “paso” meramente preparatorio y ciertamente breve<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> En similar sentido: art. 320 del Cód. Proc. Penal de Costa Rica sólo admite un recurso de revocatoria contra lo resuelto por el juez de garantías, art. 352 del Cód. Proc. Penal del Perú, art. 271 del Cód. Proc. Penal de Chile. El art. 298 del Cód. Proc. Penal de Chubut reza: “*El auto de apertura a juicio es irrecurrible, sin perjuicio, en su caso, de la impugnación de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral*”. En sentido similar, art. 249, *in fine* del proyecto de Código Procesal Penal de Nación. En esta línea lo interpreta la doctrina al analizar los alcances y remedios de es-