

OBSERVACIONES GENERALES AL REGIMEN DE FLAGRANCIA PROPUESTO POR EL GOBIERNO NACIONAL

Por Adolfo Javier Christen¹

Se encuentra a consideración un proyecto de ley que tiene por objeto reemplazar la instrucción sumaria prevista en los arts. 353 bis y ss. del Código Procesal Penal de la Nación (Leyes 23.984 y 24.826) por un nuevo procedimiento especial para los para los casos penales cometidos en flagrancia.

Como primera medida es dable apuntar que durante el mes de diciembre de 2015, la Asociación Pensamiento Penal expresó su preocupación ante la postergación de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal sancionado a través de la 27.063, neutralizándose de tal modo la implementación de un modelo procesal penal democrático, transparente y con respuestas adecuadas, de cara a la sociedad, conforme lo reclama nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La reforma parcial propuesta no es otra cosa que una modificación aislada que oficia de parche para un modelo procesal caduco, de neto corte inquisitivo, cuya vigencia pareciera postularse de modo indefinido para la Justicia Federal en prácticamente todo el país y para la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Lejos de proponerse cambios concretos al sistema de justicia penal –entre otros aspectos, a través de la sanción de un nuevo código de procedimientos- se proponen cambios aislados, que profundizan el anacronismo y la inconsecuencia del modelo procesal inquisitivo vigente. De este modo, lejos de alcanzar los objetivos fijados con la sanción de nuevos procedimientos especiales, se agudizan los problemas existentes al afectarse derechos y garantías de quienes se encuentran sometidos al proceso penal.

También debemos advertir que a la luz del espacio de diálogo institucional y ciudadano convocado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –que se ha denominado *Justicia 2020*- se ha propuesto como “Iniciativa” en el “Eje Penal” la transferencia del fuero nacional penal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este sentido, corresponde destacar que el legislador porteño no ha incorporado este tipo de procedimiento abreviado para los supuestos de flagrancia. Esto así ya que a la luz del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

¹ Vicepresidente de la Asociación Pensamiento Penal

(Ley 2.303), se debe intimar del hecho imputado al acusado dentro de las 24 horas de practicada la detención (art. 161 CPPCABA), a la vez que el Ministerio Público Fiscal debe resolver si requiere a juicio el caso dentro de los tres meses (art. 104 CPPCABA) de efectuada la intimación del hecho. A continuación, una vez cumplida la audiencia de admisibilidad de prueba (art. 210 CPPCABA) y sorteado el juez que intervendrá en el juicio, se debe fijar la audiencia para el debate y realizarlo dentro de los tres meses (art. 213 CPPCABA). En consecuencia, no resulta necesario un instrumento legal para acortar plazos.

Como se puede apreciar, en el Código Procesal Penal vigente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se observa el derecho a ser juzgado en un plazo razonable sin necesidad de imprimir un trámite especial -de duración exigua- en los casos de flagrancia, extremo que puede significar una afectación al derecho de defensa o incluso perturbar la investigación fiscal en los casos en que, pese a ser un supuesto de flagrancia, deben producirse medidas necesarias para la investigación.

Para finalizar estas consideraciones generales, debemos destacar que los procedimientos especiales para casos de flagrancia han tenido por finalidad declarada la de acelerar los tiempos de resolución de casos que no requieren una investigación compleja, a fin de garantizar el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable (art. 7.5 CADH) y la de poder destinar recursos para la investigación de delitos complejos.

Por la experiencia acumulada en otras jurisdicciones, como por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, pero también en países como Chile, sabido es que no ha existido este trasvasamiento de recursos en pos de una mayor investigación de delitos complejos.

OBSERVACIONES AL PROYECTO EN PARTICULAR

Si se compara el sistema actual con el propuesto en el proyecto, se advierte que este último contempla el ingreso de una mayor cantidad de investigaciones que se verán regulados por el procedimiento de flagrancia:

“Artículo 353 bis: El procedimiento de flagrancia que se establece en este Título es de aplicación a todos los hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del art. 285 y cuya pena máxima no supere los 15 años de prisión o tratándose de un concurso de delitos, ninguno supere dicho monto”

De tal modo, además de verse amplificado el universo de casos que deberán tramitar bajo este régimen –lo que conspira con la idea de dar respuesta en tiempo acotado-; la incorporación de investigaciones que por su naturaleza exigen la realización de medidas de prueba con participación de las partes -de arduo,

difícil o contradictorio análisis- veda toda posibilidad de que se cumplan los plazos previstos en el proyecto. Solo como ejemplo podemos mencionar los supuestos de delitos culposos.

En texto proyectado para el artículo 353 ter es el siguiente:

"Artículo 353 ter.- El detenido será trasladado ante el juez a una audiencia oral inicial de flagrancia que deberá llevarse a cabo dentro de las 24 horas desde la detención, prorrogable por otras 24 horas, cuando no hubiere podido realizarse por motivos de organización del tribunal, del fiscal y/o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar defensor particular. A esta audiencia deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor. Asimismo, podrá asistir la víctima quien deberá ser notificada de su realización para ser escuchada y eventualmente ser tenida por parte querellante y podrá solicitar declarar sin la presencia del imputado."

La incorporación de una audiencia oral inicial con presencia de las partes en un verdadero contradictorio debe ser considerado un avance, aunque se debe advertir que las audiencias previstas para este tipo de procedimiento exigirá la creación de una Oficina Judicial encargada de la gestión y organización de las audiencias a celebrar; ya que no resulta admisible prorrogar la detención –alcanzando un término de 48 horas- invocando cuestiones de organización, supuesto que contraviene el derecho de toda persona detenida a ser llevada "sin demoras" ante la autoridad judicial (arts. 7 de la CADH y 9 del PIDCyP).

En cuanto a las previsiones del art. 353 quáter propuesto:

"Artículo 353 quáter: Carácter multipropósito de la audiencia. Todas las audiencias tienen carácter multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes a las que pudieran haber motivado su designación. Practicado el interrogatorio de identificación previsto en el artículo 297, el fiscal informará al imputado el hecho que imputará y las pruebas obrantes en su contra. Las partes podrán objetar fundadamente en la misma audiencia la aplicabilidad del trámite de flagrancia en los casos de investigaciones complejas. El recurso tendrá efecto suspensivo y deberá ser resuelto dentro de los 5 días contados a partir de la fecha de audiencia por el juez de Cámara que resulte elegido mediante sorteo. La resolución de Cámara tendrá carácter de definitiva y será inapelable. Asimismo, solicitarán al juez la realización de todas las medidas necesarias a los efectos de la correcta identificación del imputado, la constatación fehaciente de su domicilio, la certificación de sus antecedentes, la realización del informe ambiental, el examen mental previsto en el artículo 78 -de corresponder-, y la realización de todas las pruebas que se estimen pertinentes para completar la instrucción y que aún no se hubieren realizado. Dichas medidas deberán llevarse a cabo en un plazo máximo

de 10 o 20 días, si se resolviere mantener la detención u otorgar la libertad al imputado, respectivamente. La audiencia de clausura deberá ser fijada en este mismo acto teniendo en cuenta el plazo establecido en el párrafo anterior. La defensa podrá solicitar la declaración del imputado, en cuyo caso se lo invitará a manifestar cuanto tenga por conveniente, y podrá ser interrogado por las partes. Rigen las reglas previstas para la declaración indagatoria en el procedimiento común en todo lo que no contradiga lo dispuesto en el presente. Si planteara la excarcelación deberá hacerlo en forma oral y el juez resolverá en la misma audiencia. Todas las cuestiones planteadas deberán ser resueltas por el Juez en forma oral, inmediata y de manera fundada. La verificación de un caso de conexidad con otro hecho que no tramitase bajo esta modalidad, no es óbice para que se aplique el procedimiento de flagrancia en caso de corresponder, siempre y cuando sea posible la investigación separada de los hechos. Caso contrario, deberá desistirse del juzgamiento bajo este régimen. De todo labrará acta sucinta el Secretario.”

Convoca la atención que se habilite la investigación por separado ante un supuesto de conexidad entre un hecho flagrante con otro hecho que no tramita bajo las reglas del procedimiento simplificado. Sobre este tópico debe destacarse que omitir las reglas de conexidad no se compadece con los principios de economía procesal ni celeridad propuestos en el proyecto, ya que generará la intervención de más de un tribunal respecto de un mismo sujeto sometido a proceso y –eventualmente- de dictarse sentencia condenatoria, se deberá recurrir a las reglas de unificación previstas en el art. 58 del Código Penal, en desmedro de un pronunciamiento rápido, justo, en plazo razonable y que ponga fin al proceso.

Otro aspecto a destacar, es que la redacción propuesta para este artículo consolida la idea de un proceso penal inquisitivo al poner en cabeza del juez la realización de medidas investigativas; lo que viene a confirmar que este proyecto resulta un parche anacrónico al sistema de enjuiciamiento penal acusatorio que reclama nuestra Constitución Nacional y que se encuentra vigente en prácticamente todas las jurisdicciones del país.

El proyecto propone el siguiente texto para el artículo 353 quinquies.

“Artículo 353 quinquies: Audiencia de clausura de la instrucción y de prisión preventiva: El Juez otorgará la palabra a la querrela y al agente fiscal para que se expidan sobre si corresponde sobreseer, o elevar la causa a juicio a cuyo efecto deberán acompañar por escrito la descripción del hecho y su calificación legal. En tal oportunidad solicitarán si correspondiere, a su juicio, el dictado de la prisión preventiva. La defensa formulará sus oposiciones en forma oral en los términos del artículo 349. El juez resolverá de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 351, estableciendo en el caso que correspondiere el dictado de la prisión preventiva, pudiendo diferir la lectura de los fundamentos hasta un plazo de 3 días. Las apelaciones que se hubieren suscitado desde el inicio del proceso hasta la finalización de esta audiencia, serán elevadas a la Alzada en forma conjunta en este acto, con excepción de aquellos planteos que hagan a la libertad del imputado.”

Se advierte una mala técnica legislativa al proponer el tratamiento de la prisión preventiva en ocasión de regular la audiencia de clausura de instrucción, ya que la prisión preventiva deberá ser objeto de análisis en la primer audiencia en la que el imputado, en calidad de detenido, es trasladado ante el juez (art. 353 ter propuesto).

Por otra parte, consideramos inadmisibles que la lectura de los fundamentos de la decisión del juez que resuelve la prisión preventiva se pueda diferir por el término de tres días, ya que pondría al individuo en la posición de estar privado de su libertad sin conocer los motivos de la decisión. Entendemos que las razones por las cuales se dicta la prisión preventiva se deben expresar en audiencia, inmediatamente después de que las partes hubieren debatido sobre la necesidad de la medida de coerción.

Respecto del artículo 353 sexies:

“Artículo 353 sexies: Desde la audiencia preliminar hasta la audiencia de clausura inclusive las partes podrán, bajo pena de caducidad, solicitar al juez la suspensión del juicio a prueba, o la realización de un acuerdo de juicio abreviado. En esos casos, si mediara conformidad del fiscal y la defensa, el juez deberá dictar un pronunciamiento al respecto en forma inmediata, pudiéndose dar a conocer los fundamentos dentro de los tres (3) días posteriores. Si hubiera querellante, previo a adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante. Podrán introducirse también en esta oportunidad, las nulidades y excepciones que se consideren pertinentes las que serán resueltas en la misma audiencia.

La pena de caducidad para solicitar una resolución alternativa al conflicto no se compadece con la idea de derecho penal como *ultima ratio*, a la vez que se limitan las herramientas con las que cuentan las partes para arribar a una solución pacífica que contemple los intereses de todos los involucrados.

Finalmente, en cuanto al art. 353 septies, entendemos inadecuado que el juzgamiento de hechos cuya pena no supere los 15 años de prisión -o que tratándose de concurso de delitos, ninguno supere dicho monto (art. 353 bis propuesto)- se encuentre a cargo de un solo juez.

“Artículo 353 septies: Constitución del Juzgado o Tribunal. Ofrecimiento de Prueba. Audiencia. Fijación de fecha de debate. Dentro de un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas de recibido el caso en el órgano de debate, se notificará a las partes la constitución del Tribunal y en el mismo acto se las citará a una audiencia oral en un plazo que no podrá ser superior a 5 (cinco) días para ofrecer la prueba para el debate. En dicha audiencia, si el imputado estuviese en prisión preventiva, se debatirá sobre la necesidad de su vigencia. Además podrán introducirse las nulidades y excepciones que no hubieren sido planteadas con anterioridad. Resueltas oralmente las incidencias, el tribunal fijará la fecha de debate en un plazo que no podrá exceder de (20) días desde la radicación. En todos los casos sometidos al procedimiento de flagrancia, el juzgamiento lo realizará un único magistrado.”

Es dable añadir que consideramos necesaria la participación de más de un juzgador en los casos en los cuales la pena supere la pena de 3 años de prisión ya que, lo que está en juego, es la aplicación de una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento. Más aún cuando en nuestro país, distintas provincias han implementado el juicio por jurados y, justamente, la pena de 15 años de prisión es el punto de partida para que se conforme el jurado popular.

CONCLUSIONES FINALES

De la lectura del proyecto, extraña la ausencia de regulación de la mediación penal, instancia que brinda a la víctima un espacio para que sus reclamos sean atendidos y una concreta posibilidad de obtener la reparación del perjuicio sufrido.

La Asociación Pensamiento Penal considera a la mediación penal como tercer carril adecuado para la solución del conflicto penal, correspondiendo otorgar a esta salida alternativa el valor y la relevancia que se merece ante la evidente selectividad del sistema penal y la clara ineficacia de la cárcel como medio socializador.

Por otra parte, insistimos en que resulta perjudicial para el sistema de justicia penal la sanción de leyes parche o que incorporen institutos que no se compadecen con un sistema procesal acusatorio, que es el adoptado por la Constitución Nacional.

En este sentido, reiteramos la necesidad de trabajar en pos de la transferencia de la Justicia Criminal y Correccional Nacional a la Justicia Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en franco respeto a la autonomía con la que cuenta esta última como prerrogativa constitucional, además de resultar una jurisdicción que ha adoptado un modelo procesal acusatorio (ley 2.303).

Para concluir solicitamos que el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo Nacional trabajen de modo urgente en pos de la sanción de un código procesal penal nacional respetuoso de los derechos y garantías de los sujetos que, de algún modo, se encuentran involucrados en un conflicto penal –modelo procesal que diga relación con el sistema acusatorio-; y que sea implementado de modo uniforme para toda la Justicia Federal Argentina.