

Procedimiento de flagrancia: la presencia del fiscal en la audiencia del recurso de apelación, ¿es facultativa u obligatoria? Un fallo que recoge ambas posturas.

Javier Francisco Scollo

Cuestiones planteadas.

El fallo comentado aborda dos cuestiones. Una, relacionada con la ausencia del representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia del recurso de apelación –presentado por la defensa del imputado frente al rechazo de la excarcelación solicitada-; la restante, relativa al fondo del planteo, esto es, a la posibilidad de éste de obtener o no la libertad.

Quiero referirme a la primera, que, en definitiva, es sobre la que gira la controversia entre los integrantes del tribunal revisor.

Dicho tema, a su vez, se compone de otros dos. La obligatoriedad de la presencia del fiscal en la audiencia (facultativa vs. obligatoria) y las consecuencias de su no presentación (vigencia de la postura expresada por su inferior jerárquico vs. desistimiento). Las posturas que refleja el fallo son diametralmente opuestas y, como veremos, están condicionadas por el procedimiento que entienden aplicable a la vía recursiva.

Básicamente, la mayoría del tribunal, integrada por los jueces Pinto y Cicciaro, sostiene que el recurso de apelación debe continuar rigiéndose por el procedimiento establecido en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que no resultan aplicables a su respecto las características de las audiencias reguladas en los artículos 353 bis a septies del CPPN (orales, públicas y contradictorias, con respeto a los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración –art. 353 bis, 2º párr.-); por lo tanto, la presencia del fiscal en la audiencia correspondiente es facultativa. Por otra parte, afirman que al no haber adherido el acusador al remedio interpuesto por la defensa, su ausencia supone mantener la postura de su inferior jerárquico, en cuanto se opuso a la liberación del encausado.

Del otro lado, el juez Pociello Argerich entiende que la audiencia en cuestión, en tanto se da dentro del procedimiento de flagrancia, sí resulta alcanzada por la nueva regulación establecida por la ley 27.272. Así, sostiene que la falta del acusador público en ella contraría el espíritu de la ley, interpretándola como el desistimiento de la oposición de esa parte a la concesión de la excarcelación.

Coincidió con la posición expuesta por la mayoría del tribunal, por las razones que seguidamente desarrollaré.

Marco regulatoria de la audiencia de apelación.

Cabe preguntarnos, en primer lugar, si la audiencia del recurso de apelación resulta alcanzada por las disposiciones del Título IX, Libro II, del Código Procesal Penal de la Nación, o si continúa siendo regulada por las del Capítulo III, Libro IV (arts. 449 a 455), específicamente, por el artículo 454. Comenzaré analizando las primeras pues, de arribar a una respuesta negativa a la pregunta, será forzosa la conclusión de que la audiencia debe seguir rigiéndose por la última norma.

Como criterio general, el nuevo procedimiento de flagrancia establece que “[l]as decisiones jurisdiccionales a las que se refiere el presente título se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración” y “[l]as resoluciones se notificarán oralmente en la misma audiencia y los recursos de reposición y apelación se interpondrán y concederán del mismo modo” (art. 353 bis, 2° y 3° párr., CPPN).

El artículo 353 ter regula la “audiencia oral inicial de flagrancia”. Luego de declarado el caso como de flagrancia –definición que está en manos del representante del Ministerio Público Fiscal (1° párr.)-, la realización de la audiencia, a la que están obligados a asistir “el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor” (3° párr.) –la víctima tiene el derecho de asistir, más no la obligación (4° párr.)-, tiene como objeto central que el juez se expida “sobre la libertad o detención del imputado” (5° párr.).

En dicha ocasión, el fiscal también solicitará 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 del presente Código —en caso de corresponder—, y la realización de todas las pruebas que se estimen pertinentes para completar la instrucción y que aún no se hubieren producido” (art. 353 quáter, 5° párr.).

Sin embargo, la audiencia, al igual que todas las que se realicen en el marco del procedimiento analizado, puede adoptar un carácter multipropósito, esto es, pueden someterse “a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes a las que pudieran haber motivado su designación” (art. 353 quáter, 1° párr.).

Todas las cuestiones introducidas en el encuentro inicial deben ser resueltas “en forma oral, inmediata y de manera fundada” (art. 353 quáter, 10° párr.).

Además, durante el procedimiento de flagrancia pueden celebrarse audiencias para tratar las siguientes cuestiones:

a) Aplicación al caso de dicho procedimiento. El imputado o su defensor pueden objetarla y el planteo deberá ser resuelto por el juez en ese momento (art. 353 quáter, 3° párr.). La decisión es apelable, con efecto suspensivo, y en el recurso intervendrá uno de los jueces del tribunal revisor. La resolución de cámara “*tendrá carácter de definitiva y será irrecurrible*” (4° párr.).

b) Clausura del procedimiento (arts. 353 quáter, 7° párr., y 353 quinquies). El juez resolverá –en presencia de los acusadores, si existiera pluralidad, el imputado y su defensa- el sobreseimiento o la elevación de la causa a juicio, así como la prisión preventiva que eventualmente se solicitase. En esta ocasión también se elevarán todas las apelaciones que se hubiesen presentado desde el inicio del procedimiento, hasta aquellas articuladas en la presente audiencia, con excepción de las cuestiones vinculadas a la libertad del encartado (art. 353 quinquies, último párr.).

c) Declaración del imputado (art. 353 quáter, 8° y 9° párr.).

d) Pedidos de suspensión del juicio a prueba o presentación de un acuerdo de juicio abreviado (art. 353 sexies, 1° párr.).

e) “[P]edidos de nulidad y las excepciones que se consideren pertinentes” (art. 353 sexies, 2° párr.).

f) En etapa de juicio: ofrecimiento de prueba de las partes; necesidad de mantener la prisión preventiva del imputado; “*nulidades y excepciones que no hubieren sido planteadas con anterioridad*” (art. 353 septies, 1° párr.).

Del análisis de todo el articulado introducido por la ley 27.272 se observa que el nuevo procedimiento de flagrancia en ningún momento incluye la audiencia de apelación. Solo se refiere, con relación a dicha etapa, a la interposición y concesión del recurso y, específicamente en lo que refiere al trámite ante la alzada, a la decisión sobre si corresponde aplicar o no al caso el procedimiento aludido.

Por ello, retomando la pregunta del comienzo, concluyo –al igual que lo hizo la mayoría del Tribunal- que, frente a la ausencia de una regulación puntual del trámite del recurso de apelación, la audiencia respectiva debe continuar rigiéndose por las disposiciones del artículo 454 del código de rito.

Es que si el legislador hubiese querido regular específicamente el trámite del recurso de apelación en el nuevo procedimiento así lo habría hecho, estableciendo, por caso, la obligatoriedad de la presencia de las partes en la audiencia, tal como, por ejemplo, prevé el Código Procesal Penal de la Nación aprobado mediante la ley 27.063, actualmente suspendido, en cuanto establece que “[l]a audiencia se celebrará con **todas** las partes” (art. 314, el destacado me corresponde).

Entonces, resultan de aplicación las previsiones del segundo párrafo del artículo 454, en cuanto establece que “[l]a audiencia se celebrará con las partes que comparezcan”. En definitiva,

es forzoso concluir que la propia redacción de la norma es la que admite, sin lugar a dudas, la posibilidad de que aquéllas no se presenten.

En tal sentido, cabe recordar que el Alto Tribunal ha sostenido reiteradamente que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero significado, esto es, el que tienen en la vida diaria. Cuando ella no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042; 329:3470), máxime cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía que integran el ordenamiento jurídico ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales (Fallos: 327:5614), sin que sea admisible una interpretación que deje a su texto sin ningún valor ni efecto o que equivalga a prescindir de ella (Fallos: 315:1256; 320: 2286; 328:1774; 329:3986). Todo ello, con miras a lograr el fin primordial del intérprete: dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 200:165, entre otros); tarea en la que no es un método recomendable de hermenéutica suponer la inconsecuencia del legislador, debiendo considerarse que las normas no están aisladas del restante orden jurídico, sino insertas en un sistema unitario y concluso que exige que sean aprehendidas en su conexión con las demás (Fallos: 304:794; 312:1484; 317:1282; 323:1374, entre otros).

Ambos métodos de interpretación, el literal y el sistemático, conducen a la misma solución. El primero, a partir del análisis del artículo 454 del ritual, el segundo, armonizando las nuevas disposiciones con las regulaciones preexistentes, sin que las primeras conduzcan a descartar las segundas, máxime cuando éstas no fueron derogadas.

En esta línea de pensamiento, y a modo de ejemplo, vemos que un caso completamente opuesto al aquí analizado es el del modo de interposición del recurso. Mientras que en el procedimiento de flagrancia debe efectuarse, a partir de la modificación legislativa, en forma oral (art. 353 bis, 3º párr.), en los demás procesos deberá seguir realizándose por escrito (cfme. art. 450). En este caso, la nueva ley, por aplicación del principio de especialidad, prevalece sobre la general.

En el caso específico del fallo analizado corresponde concluir que la ausencia del representante del Ministerio Público Fiscal es perfectamente admisible.

En este punto corresponde realizar una breve disquisición, que permite entender, a mi juicio, la coexistencia, en una misma etapa (instrucción), de dos regímenes por completo diferentes. La nueva regulación procesal fue introducida a un código desactualizado, a modo de injerto, quizás —a manera de hipótesis personal- como forma de compensar la no aplicación del catálogo procesal aprobado por la ley 27.063. Esta situación produjo nuevas inconsistencias en las disposiciones del código vigente. Mientras que aquél se estructura sobre la base de los principios de oralidad,

publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización, propios de un proceso de neto corte acusatorio (cfr. art. 2), el actual mantiene las características propias de su naturaleza mixta, acentuadamente inquisitiva en la etapa de instructoria, aunque ahora con la novedad de un procedimiento con las características de aquél, pero previsto, exclusivamente, para delitos dolosos cometidos en flagrancia que no superen determinado monto de pena.

Falta de presentación a la audiencia ante la cámara. Posibles consecuencias.

Finalmente, resta abordar la última cuestión propuesta en este trabajo, que consiste en determinar cómo cabe interpretar la ausencia del fiscal en la audiencia del recurso de apelación. Para la mayoría de la Sala ello implica mantener la postura del representante de dicho Ministerio ante la instrucción; para la minoría, desistir de ella, en el entendimiento de que la ausencia afecta los principios de contradicción y bilateralidad (art. 353 bis, 2° párr., CPPN).

Como se observa, la posición minoritaria, que recoge aquella expuesta por la defensa al sostener su recurso, parten de la premisa de que la audiencia de apelación está regulada por el nuevo procedimiento de flagrancia, a la que las partes tienen la obligación de asistir, con el objeto de asegurar dicha contradicción y bilateralidad que, entre otras, caracterizan el nuevo procedimiento.

Como señalé previamente, entiendo que dicho punto de partida es erróneo –a mi juicio la audiencia debe regirse por las disposiciones del artículo 454 del código procesal-, por lo que la consecuencia que se pretende derivar de él también debe correr la misma suerte. Veamos.

En primer lugar cabe hacer una precisión. Técnicamente, el desistimiento es un (nuevo) acto de voluntad del impugnante, que conlleva que el recurso interpuesto en forma primigenia –primer acto de voluntad- quede sin efecto¹, esto es, tiene como presupuesto la interposición de un recurso. Puede ser realizado por la propia parte o alguno de sus integrantes (el imputado respecto del remedio interpuesto por su defensor –art. 443, 1° párr., CPPN- o el fiscal de la etapa revisora respecto de aquel articulado por su inferior jerárquico –art. 443, 3° párr., CPPN-), ya sea mediante una manifestación oral o escrita², o con la simple incomparecencia a la convocatoria (art. 454, 2° párr., CPPN).

En el caso del Ministerio Público Fiscal, entonces, es posible que el fiscal ante la cámara de apelaciones desista del recurso articulado por el de instrucción, sea en forma expresa o no

¹ Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, Tomo 3, Ed. Hamurabi, 5° edición actualizada y ampliada, 2013, pág. 348.

² En tal sentido, cabe señalar que la posibilidad de presentar informes escritos, pese al procedimiento oral que establece el artículo 454 del CPPN, ha sido admitida por algunos tribunales, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que, a través de la acordada 59/08, difirió la implementación del sistema de audiencias orales y contradictorias, así como la resolución inmediata del recurso, “*hasta tanto se superen las deficiencias estructurales y organizativas*” allí detalladas.

presentándose en la audiencia, pero siempre que dicha parte haya iniciado la vía recursiva o adherido a ella. Esta condición no se presenta en el caso, toda vez que no fue la acusación pública la que interpuso el recurso; por ende, su ausencia, además de estar permitida, no genera efecto alguno.

Pero, insisto, el punto crucial que permite resolver las cuestiones que plantea el caso es la definición del marco regulatorio que debe regir la audiencia ante la alzada. De aplicar el artículo 353 bis, 2° párrafo, del CPPN, como postulan la defensa y la minoría del tribunal, resultaría obligatoria la presencia de todas las partes y ello permitiría asignar efectos al incumplimiento de la manda; de emplear el artículo 454 del ritual, al no existir aquella obligación –presentarse en la cámara-, no se pueden derivar consecuencias no previstas legalmente, máxime cuando no se trata de un recurso interpuesto por la parte a la que se le pretenden cargar.

En tales condiciones, mantiene virtualidad la oposición a la excarcelación sostenida por el fiscal de instrucción.

Por último, quiero agregar, como argumento adicional, que la no obligatoriedad de la presencia del fiscal de cámara en la audiencia del recurso se corrobora tan pronto se toma nota de que cuando la ley requiere su presencia y una expresión de voluntad de su parte, con el objeto de establecer si mantiene o no el recurso interpuesto por su inferior, lo establece positivamente, como en el recurso de casación, en cuanto señala que *“el fiscal de cámara **deberá** manifestar, en su caso, si se mantiene o no el recurso que hubiere deducido el agente fiscal”* (art. 465 CPPN, el destacado me corresponde). Aquí no hay dudas de que la presencia y la manifestación del acusador son imperativas.

Conclusiones.

Conuerdo con la solución del caso adoptada por el tribunal revisor, en punto a cuáles son las normas que rigen el procedimiento de apelación ante ella y las consecuencias, o no, que cabe asignar a la no presentación de las partes en dicha ocasión.

Recapitulando, y a modo de síntesis, la audiencia del recurso de apelación para los casos de flagrancia debe continuar rigiéndose por las disposiciones del Libro IV, Capítulo III, del Código Procesal Penal de la Nación, y no por las modificaciones introducidas por la ley 27.272, por no estar incluida aquélla en éstas; por ende, la presencia de las partes en la audiencia es facultativa (cfme. art. 454, 2° párr., CPPN) y su no concurrencia no genera efectos respecto de aquella que no intentó la vía recursiva, sea interponiéndolo o adhiriendo.

En definitiva, en el caso estudiado, no solo es válida la actitud asumida por la representación del Ministerio Público Fiscal de no presentarse a la convocatoria a la audiencia regulada por el

artículo 454 del ritual, sino que resulta incorrecto interpretar que desistió de un recurso que, por lo demás, nunca articuló.