

**Notas preliminares al proyecto de proceso especial para delitos cometidos
en flagrancia**

Silvia Edith Martinez
Defensora Pública Oficial

Con fecha 7 de junio 2016 ingresó para su tratamiento a la Cámara Alta -luego de recibir media sanción de la Honorable Cámara de Diputados- el proyecto registrado bajo el Expte. 22/16 que diseña un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia. Dos meses más tarde, el día 7 de septiembre pasado, fue sancionado por dicha Cámara.

La lectura del texto aprobado merece una serie de reflexiones en diversos órdenes.

En primer lugar, desde el punto de vista de la oportunidad del proyecto, son varias las cuestiones que deben ser contempladas.

El Derecho Procesal Penal en todo el país evoluciona hacia modelos de corte fuertemente acusatorio. Así lo han legislado varias de nuestras provincias, y en ese modelo se enrolan también tanto el Código Procesal Penal sancionado mediante ley 27.063 el año próximo pasado como todos los proyectos que lo antecedieron. Y por cierto, ese parece ser sin distinción, el modelo al que masivamente han ido adhiriendo los países de la región.

En este contexto, muchas de esas leyes contemplan procesos especiales para el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia, pero en todos los casos, esos procesos se insertan dentro de lógicas acusatorias que ofrecen múltiples medidas alternativas a la prisión a disposición de las partes, las que resultan ser de particular importancia por cuanto brindan la posibilidad de concluir un proceso penal de modo de contemplar adecuadamente tanto los intereses de la víctima como los del imputado, y evitando dilaciones innecesarias en la respuesta estatal al conflicto que el delito suscita.

Ahora bien, diseñar un proceso especial de flagrancia de modo descontextualizado del sistema procesal del que habrá de ser contemporáneo, augura desde el inicio, problemas severos de interpretación y de ejecución.¹

Hoy en día, cuando el Código Procesal Penal sancionado² se encuentra suspendido en su ejecución, adelantar este tipo de procesos especiales e insertarlo en un esquema de proceso de corte inquisitivo moderado como el que ofrece el Código Procesal Penal vigente, acarreará dificultades de armonización entre dos sistemas procesales cuyos fundamentos y puntos de partida son disímiles y opuestos y cuyas historias, bases y objetivos son diferentes y llevará a que las lógicas imperantes en uno de ellos se imponga a las del otro. Y la historia del proceso penal señala que en estas coyunturas, siempre ha sido el proceso más inquisitivo el que se impone a los remedos procesales de orden más moderno o más acusatorios.

No existe una objeción general contra los procesos especiales de flagrancia; más aún, los mismos pueden resultar beneficiosos en muchos casos para la protección de los intereses de los imputados y al mismo tiempo de las víctimas, pero es importante tener en cuenta que para que ello suceda, será necesario pensar en un modelo procesal diferente de aquél que está vigente en el orden nacional y federal.

En suma, el punto es que los procesos, como este, que buscan dotar a la respuesta judicial de una mayor eficacia, resultarán siempre más eficientes si se inauguran en un contexto procesal que tenga para todas las situaciones y tipos de delitos, un punto de partida único basado en un modelo acusatorio que garantice entre muchas otras cosas, que el juez ocupe un lugar de tercero que asiste a un conflicto entre partes de modo que sea capaz de ofrecer una respuesta imparcial al conflicto que se le presenta.

¹ El proyecto en ley para delitos cometidos en flagrancia contempla modificaciones tanto al Código Procesal Penal vigente (Código Levene) como al Código Procesal sancionado el año pasado cuya implementación ha sido suspendida a fines del 2015. Me referiré solamente en estas notas a las modificaciones propuestas para el Código hoy vigente.

² Ley 27.063

Y por cierto que la expectativa social que cualquier reforma procesal genera, en cuanto a mejorar el acceso a la justicia y la respuesta judicial, está destinada al fracaso si no se la dota al mismo tiempo de los medios y los recursos necesarios para hacerla realmente aplicable. Este tipo de expectativas sociales no pueden nunca –considerando la racionalidad exigible a la respuesta estatal– descansar sobre la imaginación y la buena voluntad de sus operadores. Porque de hacerlo así, la frustración que generará la inadecuada respuesta habrá de ser, en términos sociales, aún más perniciosa que el problema inicial de falta de eficiencia que se pretendía atender con la norma.

Esto implica, en la práctica, que para que un proceso de flagrancia sea en verdad operativo y capaz de ofrecer una mejora sustancial al problema de la demora en el juzgamiento y las dificultades de acceso a la justicia de la víctima, deberán contemplarse adecuadamente temas de infraestructura tales como suficiente cantidad de salas de audiencia y de jueces, fiscales y defensores para atender la demanda que este sistema generará. Más aún, todas las audiencias deberán ser grabadas en forma total, al menos, mediante soporte de audio, lo que evidentemente, importará dotar a todas las salas de audiencias (por otra parte, hoy inexistentes) de la tecnología necesaria para cumplir con el recaudo legal.

Asimismo habrá que tomar en cuenta, con antelación, el impacto que este tipo de procesos ocasionará en la tasa de encarcelamiento para poder contar con la infraestructura penitenciaria adecuada que permita absorber el alojamiento en condiciones dignas, del aumento de personas privadas de libertad que sin duda, a la luz de lo ocurrido en el derecho comparado, acontecerá. O cuanto menos requiere un análisis estadístico que contemple todas estas variables.

Me refiero por ejemplo a la cantidad de personas detenidas en flagrancia en cada jurisdicción durante un lapso temporal determinado –lo que condicionará la cantidad de audiencias orales que se desarrollarán durante ese mismo lapso– y la posibilidad de que condenas más rápidas impacten incrementándola, la cantidad de personas reincidentes con las consecuencias en el encarcelamiento que ello implicaría. Deberá contemplarse también el hecho de

que algunos días de la semana el número de audiencias multipropósito iniciales será particularmente elevado por lo que este dato tendrá que ser adecuadamente desagregado porque el promedio general puede ocultar esta diferencia y a la postre generar la imposibilidad de absorber la cantidad de audiencias en algunos días de la semana en particular –singularmente los días lunes-

En otro orden habrá que asegurar un refuerzo de personal en las Alcaldías que dependen del Servicio Penitenciario Federal en atención al incremento de la cantidad y la duración de las audiencias que requerirán la custodia de las personas privadas de libertad.

Desde el punto de vista del escrutinio constitucional de la norma propuesta, surge fácilmente una objeción posible relacionada con el derecho garantizado en el art. 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, en la norma en cuestión, que es texto constitucional en nuestro país, se garantiza a toda persona acusada de un delito, el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa.

Vemos que el proyecto contempla que entre la audiencia inicial multipropósito de imposición de cargos y la de cierre de la etapa preparatoria deben transcurrir un máximo de diez días si la persona se encuentra detenida –prorrogables por otros diez- o de veinte días si permanece en libertad.

Cierto es que en algunos casos el cumplimiento de estos plazos no supondrá ningún inconveniente, pero en muchos otros, tal plazo importará que la defensa no contará con el tiempo necesario para preparar y probar su teoría del caso. Por otra parte, el defensor solo podrá oponerse a la aplicación de este proceso de excepción bajo dos supuestos únicos: o bien que el caso no se trate de un delito cometido en flagrancia o bien que “la complejidad de la investigación no haga posible la aplicación del procedimiento previsto”. El punto aquí es que la consideración de delito como de investigación compleja es un concepto que en doctrina procesal se aplica a una categoría en general vinculada a un tipo de casos muy particular que requiere la realización de prueba de informes o pericial

muy técnica y que a menudo se reserva para aquellas investigaciones que involucren múltiples autores o múltiples víctimas o relacionadas con delincuencia económica, etc.

En otros términos, la defensa no estaría habilitada a objetar la aplicación de este tipo de procedimiento en aquellos casos de investigación sencilla pero que requieran la realización de alguna prueba que insuma más de diez días para su obtención –o veinte de concederse la prórroga prevista para producir prueba- . Pensemos solo en la enorme cantidad de investigaciones en las que es necesario requerir el uso de alguna cámara de vigilancia para demostrar la estrategia de defensa, elemento probatorio que a menudo necesita más de diez días para su concreción. Otro tanto con aquellos casos de investigación sencilla pero que requieran la realización de una prueba de ADN.

Así entonces, una primera objeción constitucional que podría esgrimirse es que la exigüidad de los plazos previstos harán imposible probar la hipótesis de la defensa aun cuando no se trate de delitos de investigación compleja.

Lo que muy probablemente ocurrirá es que en estos casos, la parte, amparándose en el derecho que le otorga el art. 8.2.b de la CADH solicite que no se convoque a la audiencia de cierre de la etapa preparatoria al cabo de los diez días -o veinte si es la defensa y solicitó la prórroga prevista para producir prueba y la persona se encuentra privada de libertad- y los jueces, en ejercicio de su obligación de practicar control de convencionalidad, tal vez accedan a prorrogar este plazo, desvirtuándose así el procedimiento.

Es más, entre los elementos de prueba que el Fiscal podrá solicitarle al Juez se enumera, entre otros, la realización de un informe socio ambiental o el examen mental previsto en el art. 78 del Código Penal, además del resto de medidas que considere necesarias. Solo las dos verificaciones enunciadas

podrán, en algunos casos, irrogar más de diez días³; pensemos por ejemplo en aquellos casos en que el informe involucre la situación de mujeres con niños o el dictamen previsto en el art. 78 CP requiera de la realización de una Junta Médica por existir opiniones discordantes entre los intervinientes. Y ello por no mencionar la necesidad de realizar peritajes químicos o genéticos.

Y peor aun cuando el informe socio ambiental o la medida de prueba deba ser practicado en extraña jurisdicción, lo que deviene particularmente importante en el interior del país donde las distancias resultan mucho más importantes que en la Capital Federal⁴ .

Asimismo en la audiencia inicial, la defensa podrá solicitar la realización de todas las medidas de prueba que considere pertinentes pero no se ha previsto solución alguna para aquellos casos en que la solicitud de esas medidas sea rechazada.

En definitiva, los plazos previstos para la conclusión de la etapa preliminar, si no en todos los casos, en muchos, importarán una verdadera afectación del derecho de defensa.

Para la Corte IDH, el debido proceso, abarca las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”; a efectos de “que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”; lo que constituye un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia.⁵

³ Recordemos que la prórroga del plazo de diez días por un término igual está prevista solo para la defensa en el art. 353 quater

⁴ Recordemos además que el Cuerpo Médico Forense se encuentra en la CABA

⁵ Así, Loayza Tamayo, C., Citando Caso Genie Lacayo. párr. 74; Caso Las Palmeras. párr. 58; Caso Durand y Ugarte. párr. 128; Caso Blake. párr. 96; OC-9/87 “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. párr. 28; Caso Baena Ricardo. párr. 124 y Caso Las Palmeras. Voto razonado de los Jueces Cancado y Pacheco. párr. 16.

Ahora bien, como se señalara en el inicio, en algunos casos este tipo de procesos especiales puede resultar muy útil para resolver de la mejor manera el conflicto que el delito genera en la sociedad considerando los intereses de todas las partes. Para ello sería importante considerar la conveniencia de diseñar el procedimiento de flagrancia como un derecho del imputado. Derecho al que por cierto, podrá renunciar en aquellos casos en que, para asegurar adecuadamente su derecho de defensa, sea necesario recurrir al procedimiento común.

Párrafo aparte merece la decisión plasmada en el proyecto de definir el conjunto de casos que serán sometidos a este proceso de excepción considerando dos ejes. El primero, que se trate de delitos dolosos y el segundo que sean hechos que encuadren en tipos penales “cuya pena máxima no supere los 15 (quince) años de prisión o veinte años de prisión en los supuestos del art. 119⁶, cuarto párrafo y del art. 166⁷, penúltimo párrafo del Código Penal, o tratándose de concurso de delitos”, ninguno de ellos traspase ese monto punitivo.

⁶ ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)."

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

⁷ ARTICULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

En primer lugar no se entiende por qué se contemplan solo los delitos dolosos, dejando por fuera los culposos que, en líneas generales, poseen una amenaza de pena más leve que los dolosos. Y en cuanto al otro requisito, parecería tratarse de un monto de pena máxima que resulta excesivo transformando lo que debería ser un proceso de excepción en la regla general. Considérese que en este rango punitivo se encuentran la violación, incluso la calificada, el robo con armas calificado, la reducción a la esclavitud o el incendio. Todos ellos delitos graves. Ciertamente es que en algunos de estos tipos penales, la flagrancia no es usual, pero resultaría perfectamente imaginable.

Asimismo se incluyen en esta escala sancionatoria prácticamente todos los delitos de drogas contemplados en la Ley 23.737 así como el contrabando de estupefacientes, por nombrar solo algunos tipos penales.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo señalado al principio de este desarrollo en cuanto a la oportunidad de la reforma, se dispone en el proyecto que todas las decisiones serán adoptadas en audiencia oral, pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración, características todas estas propias de un sistema acusatorio así como la obviedad de que las audiencias deban revestir carácter multipropósito en atención a estos últimos principios -concentración y continuidad-. Pero a continuación se diseña un sistema en el que es el juez quien produce la prueba requerida por las partes sin que haya mención alguna a la posibilidad o prohibición –obviamente más deseable- de que el juzgador disponga prueba de oficio. Ese rasgo de que sea el juez quien produzca la prueba y no las partes, es más bien propio de un sistema inquisitivo, generando una vez más confusión en torno a los

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

puntos de partida del proyecto. Tampoco se ofrece previsión alguna referida a la facultad del Juez de interrogar a los testigos.

En cuanto al sistema de recursos diseñado, se contempla expresamente un recurso de la defensa para oponerse a la aplicación de este proceso de excepción, el que será conocido por un solo juez de la Cámara de Apelaciones. Este recurso está previsto con efecto suspensivo y deberá ser resuelto dentro de los tres días a partir de la fecha de recibo del expediente por dicho Tribunal.

En este punto nada dice la norma en cuanto a la vía para expresar los agravios de la defensa en la instancia recursiva. En la lógica que presenta el proyecto, esa instancia debería ser también una audiencia oral, pero para ello, la logística de implementación será aún más compleja en el interior del país donde las distancias entre los Juzgados de primera instancia y las Cámaras de Apelaciones son, a menudo, muy considerables.

Lo cierto es que si bien se señala que el recurso se interpondrá oralmente en la audiencia, no parece atendible que se deje librada a una “reglamentación interna” no solo cómo se distribuirá el trabajo entre los tres jueces sino también si los agravios deberán expresarse por escrito o en audiencia oral.

También se señala a este respecto que la resolución de Cámara tendrá carácter de definitiva y *será irrecurrible*, lo que no parece ser sostenible siempre y en todas las hipótesis. Me refiero puntualmente a aquellos casos en que la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones resulte arbitraria en términos de la CSJN o bien genere un agravio que pueda ser considerado caso federal. En estos supuestos, el holding ya consolidado por la CSJN al resolver el caso “Di Nunzio”, tornaría inaplicable este extremo referido a la irrecurribilidad de la decisión.⁸ Adicionalmente, sería perfectamente imaginable una hipótesis en la que el recurso de casación proceda en los términos del art. 456 inc. 2do. del CPP.

⁸ Cierto es que a esta afirmación se le podrá objetar que no se trata de una decisión definitiva o equiparable a tal. Pero existen buenos argumentos para sostener que es una resolución que puede

Otro punto confuso del proyecto es aquel que dispone que “Las apelaciones que se hubieren presentado desde el inicio del proceso hasta la finalización de esta audiencia, serán elevadas a la Alzada en forma conjunta en este acto (*la audiencia de clausura*) con excepción de aquellos planteos vinculados con la libertad del imputado”. Recordemos que el mismo proyecto contempla expresamente la apelación de la defensa contra la decisión de aplicar el procedimiento de flagrancia, recurso que, como acabamos de afirmar, tiene efecto suspensivo.

Una interpretación razonable de estas normas señalaría que también esta apelación deberá ser resuelta luego de interponerse porque no tendría sentido tramitar toda la etapa preparatoria del proceso bajo régimen de flagrancia para recién luego conceder el recurso que intenta cuestionar esa decisión. Sin duda, esa apelación debería integrar la excepción contemplada junto con las decisiones concernientes a la libertad. Y si bien esa es la interpretación más razonable, sería deseable dotar a la norma de mayor claridad para evitar futuros cuestionamientos.

En otro orden, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que según norma el art. 353 ter propuesto en el proyecto, será el Fiscal quien al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, dispondrá el caso como flagrancia y lo someterá a este régimen especial.

Y a continuación se señala que “el detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de una audiencia oral inicial de flagrancia” dentro de las 24 horas prorrogables por otras 24 cuando no hubiera podido realizarse por motivos de organización del Tribunal, del Fiscal o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar defensor particular.

generar un perjuicio de difícil o tardía reparación ulterior, lo que autorizaría a considerarla una sentencia equiparable a definitiva al someter a una persona a un procedimiento que resulta violatorio de su derecho de defensa. De todos modos, la profundización en este aspecto escapa a los fines de este trabajo.

Cuanto menos dos reflexiones surgen de la lectura de esta disposición.

En primer lugar, y menos preocupante, el legislador coloca en cabeza del Fiscal la decisión de establecer si el caso encuadra en alguno de los dos supuestos de flagrancia que contempla la ley –tanto la propia como la impropia-

Esta decisión, nuevamente, resulta consecuente con un sistema acusatorio, pero, como señalamos, luego ese modelo se desdibuja al dejar en manos del juzgador la producción de la prueba. Este punto permite avizorar diversos problemas de coordinación entre el Fiscal y el Juez, algunos de orden práctico como que será el Fiscal quien atienda la consulta y disponga el traslado del detenido a la sede del Juzgado sin que se haya previsto un mecanismo de coordinación de agendas, y otros de corte más normativo, como el hecho de no haberse previsto la vía procesal para resolver las hipótesis de conflicto entre ambos actores en aquellos casos en que el juez no considere que se trate de un caso de flagrancia, lo que muy probablemente producirá discusiones normativas como la aún vigente en torno al alcance del actual artículo 348 del Código Procesal.

Pero, más grave para la defensa, la norma parece indicar que las personas detenidas en todos los casos de flagrancia serán trasladadas a la sede del Juzgado en calidad de privados de libertad. Nótese en este punto que la enorme cantidad de personas que hoy recuperan su libertad desde la Comisaría o desde el Destacamento que haya actuado como prevención, por tratarse de casos de flagrancia sin antecedentes penales, permanecerán en el nuevo régimen, detenidos, al menos 24 horas, hasta ser llevados ante el Juez en esa condición.

Esta decisión legislativa deberá ser también adecuadamente considerada al momento de contemplar las necesidades de infraestructura requeridas para poner en marcha el nuevo sistema. Ello por cuanto a los detenidos que hoy son trasladados a los Juzgados a fin de recibirles declaración

indagatoria, muchos de los cuales fueron apresados en flagrancia pero no acceden al trámite previsto en el art. 353 bis del actual Código Procesal por diferentes razones –esencialmente por contar con antecedentes penales-, continuarán llegando a los Juzgados pero se sumarán todos aquellos que por carecer de antecedentes y haber sido detenidos en flagrancia, hoy recuperan su libertad desde la sede prevencional. En otras palabras al número de audiencias que hoy celebra un juzgado de turno, se sumarán muchas más y con un proceso que contempla la realización de audiencia oral en cada caso, requiriéndose la presencia del Juez, del Fiscal y del Defensor en todas las audiencias.

Resulta a todas luces evidente que, de no asegurarse la infraestructura mínima necesaria que se requiere para llevar adelante la reforma propuesta, el proceso especial está llamado a un seguro fracaso, el que ocurrirá a poco que se ponga a andar el mismo. Dicho en otros términos; este tipo de reformas sin un correlato de recursos adecuado genera un inmediato colapso del sistema y produce un efecto paradójal que será exactamente opuesto al pretendido –mayor demora vs. mayor celeridad procesal-

También la norma permite avizorar problemas de agenda al indicar que la audiencia de clausura deberá ser fijada en la audiencia multipropósito inicial dentro del plazo de diez o veinte días según corresponda. En este punto, tres agendas deberán ser compatibilizadas al momento de fijar esta audiencia. Y seguramente la de la Defensa Pública será la más compleja porque, el menos en la justicia de instrucción de la Capital, cada defensor público interviene al mismo tiempo ante tres o cuatro juzgados de instrucción –según el año- por lo que deberá contemplarse que la misma defensoría deberá asistir a audiencias iniciales de flagrancia y audiencias de cierre de tres o cuatro juzgados simultáneamente. Una falla en el diseño de esta necesidad de compatibilizar los tiempos generará como es evidente, que múltiples audiencias deban ser suspendidas o canceladas.

Respecto de la prisión preventiva, se señala que el fiscal podrá requerirla, de corresponder, en la audiencia de cierre. Ahora bien, el término general fijado por el Código Procesal Penal vigente para el dictado de tal medida

cautelar surge del art. 312 y señala un plazo máximo de diez días contados desde que al detenido se le reciba declaración indagatoria.

Si el proceso preliminar de flagrancia con personas detenidas debe concluirse, en principio, en un plazo máximo de diez días, no habría inconveniente en que la prisión preventiva fuera solicitada por el Fiscal en esa audiencia que deberá celebrarse dentro del plazo contemplado por el art. 312 actual. Pero la pregunta que cabe formularse, o las preguntas, son las siguientes: ¿qué ocurre si la defensa interpuso recurso de apelación –que tiene efecto suspensivo- contra la decisión de aplicar este procedimiento de excepción? El efecto del recurso suspende sin duda el plazo de diez días para concluir la etapa preparatoria, pero ¿hace lo propio con el plazo de dictado de la prisión preventiva? Una obvia respuesta negativa a esta pregunta se impone. Si en la norma general se otorga al Juez un plazo máximo para la regularización de la detención que sufre la persona que está sometida a proceso, ya sea dictando su prisión preventiva o, por el contrario, disponiéndose su libertad, de modo que la prolongación de la detención más allá del plazo previsto en el art. 312 importaría privación ilegítima de la libertad, no pueden admitirse menos garantías en un proceso de excepción.

Así entonces, si hubiera recurso de la defensa con efecto suspensivo, la prisión preventiva, o por el contrario la libertad, debería también decidirse siempre dentro del plazo general del art. 312. Situación ésta que no ha sido contemplada por el proyecto.

Y la otra pregunta guarda relación con las facultades del Juez para decretar la medida cautelar de oficio. Parecería ser que el legislador ha optado por impedir esta posibilidad al poner como requisito el pedido fiscal para el dictado de la prisión preventiva. Lo que, otra vez, parece más compatible con un proceso acusatorio, pero que se pretende insertar dentro de otro de corte inquisitivo mitigado.

Por otro lado se diseñó un proceso en el que se contempla expresamente que desde la audiencia oral inicial hasta la audiencia de clausura,

las partes, bajo pena de caducidad, podrán solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un acuerdo abreviado. Esta disposición, si bien presente en la mayoría de los códigos modernos de corte acusatorio, se ha revelado en la práctica poco útil porque obligaría a hacer el juicio oral en aquellos casos en que las partes hayan arribado a un acuerdo en forma tardía. Lo que ha ocurrido en la práctica en otros sistemas es que, pese a la sanción de caducidad prevista en la norma, y bajo argumentos de orden práctico y en procura de resolver el conflicto entre las partes de la mejor manera, los jueces terminaron admitiendo *contra legem* propuestas de acuerdos abreviados o de probation fuera del término previsto para la etapa preparatoria. Sería importante revisar esta norma en aras, como indicara, de procurar la mejor solución posible del conflicto social que el delito importa.

En este mismo punto, este sistema debería contemplar junto a esos dos institutos, a la conciliación y a la reparación integral a la víctima como modo de concluir el proceso y ofrecer un mejor acceso a la justicia a las partes. Solución esta que, por otra parte, ya ha sido habilitada en la última modificación que se hiciera del art. 59 del Código Penal incluyendo como inciso 6to., precisamente, a la conciliación y a la reparación integral.

Finalmente, una reflexión apuntada al procedimiento contemplado para la etapa de juicio. La decisión de que el juzgamiento sea llevado a cabo por un solo juez en los casos en que la pena máxima amenazada en abstracto no supere los quince años de prisión genera un cuestionamiento severo, en particular para algunos casos. Recordemos una vez más que los montos punitivos considerados en el proyecto admiten su aplicación a numerosos delitos graves.

Que diez o quince de prisión puedan ser impuestos a una persona por un solo juez en un proceso que debería concluirse en principio, en treinta días a contar desde el momento de la detención, importa un severo retroceso en las garantías hoy aseguradas.

Adicionalmente, conviene recordar que las Reglas de Mallorca⁹ desaconsejan expresamente esta solución al indicar que los delitos graves deben ser juzgados por tres jueces. En efecto y en este aspecto señalan que “(e)l juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser de la competencia de tribunales colegiados y, si se tratara de delitos leves o faltas, podrán serlo de tribunales unipersonales.”

Por último, no resulta clara y no se comprende cabalmente, la previsión inserta en el art. 353 bis del proyecto en cuanto señala que “Las disposiciones previstas en el presente título no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales, o de cualquier otro derecho constitucional. Si con motivo u ocasión de la protesta social se cometieren delitos comunes en flagrancia, podrán ser sometidos a las disposiciones del presente título.”

Finalmente quiero señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva es, presumiblemente, uno de los fines centrales del legislador al impulsar este proyecto; y la tutela judicial efectiva dentro del proceso requiere una actividad cuidadosamente elaborada por el Estado, de modo de satisfacer a nivel procesal todas las características que la integran y a nivel operativo, las condiciones materiales necesarias para asegurar su efectiva realización.

Siendo el Estado el encargado de diseñar el proceso que va a ser utilizado en la sede penal para el juzgamiento de los delitos, la satisfacción de las condiciones procesales susceptibles de dar sustento a la existencia de la tutela judicial efectiva dentro de dicho proceso, dependerá enteramente de la mejor o peor configuración que, con criterio de realidad, dicho Estado sea capaz de otorgarle a ese diseño.

⁹ Las Reglas de Mallorca son el resultado de un proceso de discusión elaborado por juristas de reconocido prestigio internacional en las materias de Derecho penal y procesal penal, con la finalidad de generar una propuesta concreta de regulación, para cuestiones controvertidas del proceso penal, no sólo en aquellos sistemas de ordenamientos procesales de corte acusatorio, sino también en los que aún prevalece el sistema procesal penal formal acusatorio o mixto.

Y esa configuración va a depender, a fin de cuentas, de la presencia de los elementos que configuran el acceso a la justicia dentro del proceso diseñado, de modo que encontrándose todos ellos asegurados, el derecho quedará apropiadamente garantizado, pero también del hecho de que el diseño escogido resulte de ejecución posible en términos materiales. Dicho en otros términos, no basta con que el ordenamiento jurídico, abstractamente, confiera el derecho sino que es necesario que, en la práctica, se dirima realmente el conflicto planteado por las personas ante los órganos estatales.

Y una reforma procesal que en la práctica y atendiendo a los recursos disponibles, no podrá jamás ejecutarse de manera eficiente, solo obtendrá una nueva violación a las expectativas de quien tiene derecho a reclamar del Estado la efectiva garantía de su derecho.

No necesariamente la consecución de la celeridad garantiza una mejor protección del principio de tutela judicial efectiva, sino que las soluciones tendentes a la celeridad deben elaborarse con absoluta observancia de otras garantías, entre las que se destaca el derecho de defensa.

Por otra parte y para concluir, la búsqueda de la celeridad nunca debe estar relacionada simplemente con la mejor protección de los intereses del ejercicio del poder punitivo del Estado, sino con la mejor protección de las garantías procesales que asisten a todas las partes en el proceso.