

Comentario a la ley 27.272

Procedimiento especial de flagrancia

Resumen: *Introducción- Arquitectura procesal- Principios que establece la ley- Proceso acusatorio oral- Injerencia práctica del esquema legal establecido- Olvidos que invitan a reflexionar- Problemas en la dinámica procesal- Conclusión-*

*Por Eduardo Aníbal Aguayo**

Introducción

Este documento de trabajo es parte de las primeras discusiones y reflexiones que surgen de las iniciales aproximaciones teóricas y prácticas sobre la reforma reciente de la ley 27.272 relativa al procedimiento de flagrancia.

Mi intención es aportar una mirada constructiva desde una óptica amplia, integrando cada aspecto del sistema de administración de justicia, pero siempre con un anclaje concreto en el diseño constitucional del proceso penal y del sistema de derechos y garantías, pues no podría hacerse de otro modo sino bajo un esquema de análisis respetuoso de la ley, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Arquitectura procesal

El art. 2 de la ley 27.272 (ahora art. 353 bis ó 292 bis del CPPN según ley 27.063), establece en su segundo párrafo **lo que entiendo es la estructura legal de la decisión judicial y como tal es una marca a fuego de cómo debe ser interpretado todo el procedimiento especial en su conjunto y cada disposición en particular.**

En efecto, dice que las decisiones jurisdiccionales a las que se refiere la ley se adoptarán en forma oral, bajo un esquema de publicidad y contradicción, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración.

Cada principio a su vez remarca el fuerte carácter que impone la estructura legal de un proceso en el cual la decisión judicial es adoptada en forma oral en audiencia pública y contradictoria.

* Abogado. Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Defensor Público Coadyuvante, 2014/2016.

La derivación directa y prístina de ese diseño conduce a la configuración de una regla dorada en este nuevo procedimiento de flagrancia. Se trata de la corriente de epistemología judicial que consagra la **dialéctica del sistema acusatorio de partes, adversarial y contradictorio, como forma de obtener la sustancia en base a la cual se adoptará la decisión judicial.**

La decisión judicial deberá tener como antecedente y precedente obligatorio, a la discusión de partes en audiencia, al ejercicio contradictorio, en el marco de la oralidad, intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración, para estar legitimada.

Una decisión que no es consecuencia de la discusión en audiencia oral, de partes, en un ejercicio bilateral y contradictorio, es una decisión que adolece del antecedente necesario para pronunciarse legítimamente en esta nueva epistemología judicial, que radica en un método dialéctico cognoscitivo donde la contradicción de partes provoca el conocimiento más elevado en un examen exegético de cada uno de los elementos y los argumentos que los rodean.

Principios que establece la ley

Bajo esa arquitectura procesal, la regla citada que impregna todo el procedimiento nos remite automáticamente a pensar qué tipo de procesos son los que traen consigo esa nueva mirada de construcción de la verdad procesal.

Necesariamente tenemos que remitirnos a la ley 27.063 y la corriente reformadora que la precede. La sanción de la ley intentó reformar el sistema de enjuiciamiento penal nacional y transformar al criticado procedimiento inquisitivo en uno acusatorio, moderno y dinámico.

Las circunstancias de público conocimiento hicieron que su puesta en vigencia fuera postergada así como todas aquéllas modificaciones necesarias a nivel orgánico y estructural, tanto en el Poder Judicial como en los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal.

No obstante este panorama, **la realidad nos alcanza y sobrepasa pues este procedimiento de flagrancia contiene un diseño apuntalado con principios según los cuales el ámbito adecuado para insertar esta reforma es un código acusatorio, moderno y dinámico como el**

establecido en la ley vigente, de implementación suspendida, número 27.063.¹

Hace ya varias décadas que se han producido cambios significativos en la región, vinculados a la modificación de los sistemas normativos procesales penales. Se ha avanzado hacia los modelos acusatorios, abandonando el inquisitivo cuya herencia continental estuvo y está fuertemente arraigada en la cultura jurídica de la región.

Paulatinamente se fueron reemplazando procesos escritos por los orales, dinamizando segmentos de la gran cadena que compone el entramado del proceso penal. La meta principal para estos cambios normativos y culturales, es la entronización del juicio oral, público y contradictorio como el centro de la escena en la administración de justicia.

Lo que pretenden estas reformas es lograr el funcionamiento de los sistemas de justicia con un respeto irrestricto del universo normativo, constitucional y legal, involucrar a las reglas de la economía y valerse de principios de gestión y eficiencia. Se busca remover estructuras judiciales arcaicas y modernizar la función judicial en conjunto con otros procesos sociales y políticos.

Aquí radica la primer y constante puja entre las lógicas y prácticas antiguas contra las lógicas y prácticas del nuevo modelo.

Sin analizar el acierto o error de la política criminal que mueve las reformas, lo cierto es que el nuevo modelo busca satisfacer demandas sociales concretas vinculadas al acceso a la justicia, resolución de conflictos en tiempos razonables, obtener un sistema predecible en sus decisiones, eficacia en el control de la criminalidad, con un sistema respetuoso de los derechos humanos, dotado de una eficiente gestión administrativa, signado por el control y la transparencia de todos sus actos.

En nuestro país, la reforma regional se vio receptada en los códigos de Tucumán (1991), Córdoba (1991), Buenos Aires (1997), Chaco (1998), Mendoza (1999), Catamarca (2003), Chubut (2006), La Pampa (2006), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007), Santa Fe (2007), Entre Ríos (2009), Santiago del Estero (2009), Jujuy (2009), Salta (2011) y Neuquén (2011), y el tan importante código de procedimiento federal, Código Procesal Penal de la Nación, sancionado mediante ley nro. 27.063, hoy suspendido por DNU nro. 257/15.

¹ La reforma que comento -ley 27.272- no ha traído consigo, lamentablemente, los recursos que sí preveía el nuevo CPPN -ley 27.063-. De manera que es una reforma que trae por fuerza las ideas de aquella ley, pero deja en el camino la transformación de estructuras que implicaba la asignación de recursos de entidad para afrontar el cambio de paradigma.

Los cambios normativos deben venir acompañados de políticas activas en materia de capacitación para todos los actores del sistema de justicia, como única posibilidad de trasladar el contenido de la ley y la reforma a prácticas concretas que logren consolidar los objetivos de un sistema procesal penal acusatorio oral.

Por estas razones, entiendo que no es posible comprender el alcance del procedimiento especial de flagrancia introducido por la ley 27.272 sin situarlo en el marco de un diseño procesal penal como el que encarna un sistema acusatorio, signado por la oralidad como baluarte de una nueva epistemología judicial.

Ya sea que ese diseño procesal esté o no en vigencia, sea o no aplicable, sea o no una guía interpretativa, lo cierto es que el contenido de los propios principios que la ley 27.272 establece, es incomprensible sin una dimensión del proceso en términos acusatorios bajo el paradigma de la oralidad. Por lo que la dimensión acabada de lo que implican los principios incorporados en el procedimiento especial de flagrancia, traen por la fuerza a un proceso penal mixto, directrices, máximas y principios que impregnan la normativa procesal en su conjunto.

La tarea científica y de dogmática procesal, para no entrar en una pendiente alienante, radica en darle un sentido definido a cada disposición procesal, en el que los principios marquen el rumbo de las reglas a las que somos tan adeptos y que se evalúe y analice cada taxonomía legal sin que el sentido literal de la norma controvierta la directriz o principio que la engloba.

Proceso acusatorio oral

Un procedimiento acusatorio, bajo una epistemología de validación del conocimiento enraizada e impregnada en un sistema oral, que organiza la estructura legal para aspirar a la construcción de una verdad procesal como producto de una dialéctica cognoscitiva que radica en un sistema de partes, adversarial, contradictorio, donde se extrae el producto del conocimiento con la más alta exigencia que sólo un escenario como el debate en audiencia puede ofrecer, **es un procedimiento que está dirigido a que todo lo que se tenga por conocido, por válido y con virtualidad para ser receptado como verdad procesal, sea la síntesis de lo que ocurre en la sala de juicio.**

Los modernos códigos acusatorios prevén una etapa de investigación, preparatoria, y una etapa de juicio, el pleno. Son dos momentos de un único

proceso con funciones y principios de valoración distintos y bien delimitados. Eso no ocurre en sistemas mixtos, donde la discusión sobre hechos, pruebas y responsabilidad, se desagrega y se produce materialmente a lo largo de cada segmento del proceso. Desde la discusión sobre lo que se atesta en un acta de procedimiento o en un acta testimonial ante el juez –con sus formalidades sacramentales que le dan valor de fe-, hasta los autos de mérito, medidas cautelares o pronunciamientos no firmes, el debate se produce en la configuración de cada uno de esos elementos.

En una etapa preparatoria de un proceso acusatorio oral, se reúnen elementos, se realiza un juicio hipotético de probabilidades y se abre la discusión a un momento procesal en donde se discutirá de manera integral la posibilidad de comunicar si el comportamiento juzgado existió, si está contemplado en la norma y si existe responsabilidad penal de la persona imputada de aquél.

Pero esta acusación inicial, compuesta con una integralidad fáctica y jurídica, es una hipótesis de trabajo del Fiscal –en un sistema acusatorio formal-, y también debería serlo en un sistema mixto para el Juez de instrucción, aunque la práctica marca que no lo es.

La diferencia con el acusatorio y la oralidad, es que la construcción de lo que servirá de base para la determinación del hecho, las pruebas y la responsabilidad, no radica en la documentación de los actos del proceso y la atestación de la realidad en actas sacramentales con valor de fe, sino que radica en el rendimiento de la prueba en un escenario con reglas precisas bajo un método dialéctico de contradicción y exigencia sobre la prueba, sobre cada elemento.

La ventaja del acusatorio y los esquemas legales que arrojan todas las valoraciones de mérito para el escenario del juicio oral, es que lo que sucede antes del debate son hipótesis bien entendidas no sólo desde el punto de vista teórico y normativo, sino que también lo son desde el punto de vista material. Son sistemas en donde el peso específico de la acusación tiene un carácter preparatorio, transitorio y probabilístico, pero en una dimensión y medida ostensiblemente distinta a los autos procesales jurisdiccionales, cuyos dictados contienen el rasgo material de esculpir la culpabilidad y la responsabilidad por los hechos intimados, a fuerza de golpes desde el primero momento del proceso, encadenándose y agrietando el estado de inocencia de forma escalonada.

La ventaja de un sistema acusatorio cuyo centro y cuya escena procesal esencial y primordial es el juicio oral y público, es precisamente que el estado de inocencia asiste mucho más incólume a la discusión propia de los hechos y los elementos de cargo. En un escenario en donde esos elementos

son examinados y contraexaminados de forma originaria, sin construcciones sacramentales de actas y documentos que opaquen la importancia de la prueba en el debate, y el control exegético de la prueba en el debate.

Un proceso así entendido, es un esquema legal que contiene formas procesales que estructuran una nueva epistemología para la validación judicial del conocimiento.

Los sistemas mixtos son y fueron siempre adeptos a la premura de adelantar juicios sobre hechos, prueba y responsabilidad, con antelación a la discusión propia en el escenario en donde los hechos, pruebas y responsabilidad deben discutirse: el juicio oral.

Las consideraciones de carácter valorativo sobre la virtualidad verificadora que puede eventualmente poseer una hipótesis acusatoria nutrida de elementos de prueba que se encuentran enlazados necesariamente con una reflexión argumental que les otorga sentido y los ubica dentro de un esquema mayor llamado teoría del caso, son reflexiones y valoraciones propias del producto y resultado de la dialéctica del juicio oral.

La determinación de los hechos y la calificación siempre son provisorias en la etapa inicial. Además, en la etapa de juicio, la mayoría de los ordenamientos procesales acusatorios prevén inclusive la posibilidad de modificar la acusación en juicio, sin reenvío a una instancia previa, siempre que no se afecte la defensa en juicio ni el debido proceso legal. Pero en la instancia inicial, antes del escenario principal del proceso acusatorio, sólo se manejan hipótesis y teorías sobre cómo ha de explicarse un caso. Por definición se trata de un período preparatorio, de investigación, sin que hasta ese momento se haya efectuado formal imputación.

Un sistema acusatorio oral se posa en una forma de validar el conocimiento que radica en la dialéctica contradictoria que en forma oral se consagra en las audiencias previstas para cada escenario procesal, realizando principios que sólo pueden integrarse bajo el paradigma de la oralidad.

El escenario del plenario es donde deben superarse todos los obstáculos u objeciones sobre aquellos puntos contradictorios que versen sobre cuestiones de hecho y prueba y que no sean manifiestos pues en su caso la discusión sobre algo autoevidente debe darse en forma temprana, para evitar la proliferación de un proceso estéril o viciado desde su origen.

En este esquema de dialéctica cognoscitiva, lo que es relevante señalar es la forma en que ese conocimiento se produce y desnudar así el fundamento que la teoría del conocimiento propone para comprender cómo debe ser traducido a un proceso penal.

Kant sostenía que el conocimiento envuelve dos factores, por un lado la estructura de la razón –independiente de la experiencia-, y por el otro la realidad, apreciable a través de los sentidos^{2 3}. El conocimiento así entendido, se produce por la interacción dialéctica de dos elementos que dan paso a un tercero elemento, un producto del contraste o de esa dinámica comparativa⁴.

La estructura dialéctica del *logos* griego se repite en el concepto de acción como práctica a través de la cual el hombre conoce. La acción es la representación de esa tensión de opuestos griega que permitía la existencia, la definición de la realidad y la adjetivación de lo conocido⁵.

El proceso de conocimiento se sitúa en el ámbito de la praxis, y está conformado por las impresiones del mundo circundante y las categorías que el sujeto emplea en la constitución de la realidad. El sujeto tiene un conjunto de formas a priori con las que moldea el objeto. La ley es parte del lenguaje. Es la instrumentación escrita, como acción comunicativa, del pensamiento que constituye las categorías con las que se ejerce la acción y los hechos apreciables, como praxis cognoscitiva. De tal forma, la ley representa una categoría que debe fundirse con la experiencia para dar un producto acabado. Para decir que algo pertenece o no a la categoría de la ley –que es pensamiento comunicado por lenguaje escrito-, debemos contemplar el proceso y el resultado de la aplicación del proceso. Antes de

2 “Los pensamientos sin contenido son vacíos; las intuiciones sin conceptos son ciegas. Por ello es tan necesario hacer sensibles los conceptos (es decir, añadirles el objeto en la intuición) como hacer inteligibles las intuiciones (es decir, someterlas a conceptos). Las dos facultades o capacidades no pueden intercambiar sus funciones. Ni el entendimiento puede intuir nada, ni los sentidos pueden pensar nada. El conocimiento únicamente puede surgir de la unión de ambos. Mas no por ello hay que confundir su contribución respectiva. Al contrario, son muchas las razones para separar y distinguir cuidadosamente una de otra. Por ello distinguimos la ciencia de las reglas de la sensibilidad en general, es decir, la estética, respecto de la ciencia de las reglas del entendimiento general, es decir, de la lógica”. KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Ed. Taurus, Pensamiento, Traducción Pedro Ribas. Véase el acuerdo con la edición de la Academia de Ciencias de Berlín (Akademie-Ausgabe), A 50 = B 74 y A 51 = B 75 trad. cit. I, p. 175: “...ni conceptos sin intuición que de alguna manera les corresponda, ni intuición sin conceptos, pueden dar un conocimiento, porque pensamientos sin contenido son vacíos, intuiciones sin conceptos son ciegas”.

3 En el libro *Fausto* de Wolfgang Goethe, se encuentra Fausto discursando sobre la revelación y majestad que entiende surge del texto del Nuevo Testamento. A pesar de sentirse atraído por la versión griega, quiere traducir el mismo a su lengua materna, el alemán. Así, se relata que abre el texto y lee que en El Principio era el *logos*. Si bien en algunos textos se traduce como que en el principio era el verbo, con una influencia teológica cristiana que interpreta las escrituras griegas, la traducción más fiel es la que utiliza el vocablo *logos*, pues remite a la razón, concepto. De tal forma, Fausto intenta con varios términos sin que ninguno lo satisfaga. Dice, en el principio era la inteligencia, en el principio era la fuerza. Pero no quiere únicamente traducir el término, sino que se propone reemplazarlo por uno que en su lengua contenga el mismo espíritu. Sostiene que le es imposible comprender la palabra *logos*. Ensayó distintas palabras y finalmente “¡El espíritu me ilumina! Empiezo a ver claro, y escribo con mayor confianza: En el principio era la Acción” (Tat). GOETHE, Wolfgang, “Fausto”, Ed. Ramón Sopena S.A., de la Colección Biblioteca Clásica Sopena, n° 51, Barcelona, 1976, p. 33.

4 Kant entiende al conocimiento como una forma de acción y Goethe encuentra, en aquella palabra, el equivalente moderno de lo que en el mundo antiguo había sido denominado *logos*. Cfr. CARPIO, Adolfo P., *Principios de Filosofía, una introducción a su problemática*, Ed. Glauco, quinta reimpression, Buenos Aires, 2004, pág. 232.

5 A través del concepto de acción como *logos*, y su estructura dialéctica, “Kant... rescata la porción de verdad que encierran empirismo y racionalismo, a la vez que pone de relieve su unilateralidad; y puede hacerlo porque se coloca en una zona más fundamental, en cuanto muestra que el conocer no es mera recepción, sino también elaboración del objeto. Kant concibe, pues, la relación de conocimiento a la inversa de cómo hasta entonces se la había pensado, porque mientras que el realismo sostenía que el sujeto se limita a copiar las cosas (res), que ya estarían listas, constituidas y organizadas independientemente de él, para Kant la actividad del conocimiento consiste, en su fundamento, en constituir, en construir, los objetos (y sólo después, en un momento ulterior y secundario, será posible comprender el conocimiento como coincidencia entre las representaciones que tiene el sujeto, y las cosas que antes había constituido). De manera que para Kant lo determinante en el acto de conocer no es tanto el objeto, cuanto más bien el sujeto”. Cfr. CARPIO, Adolfo P., op. cit., pág. 234.

ese momento sólo tendremos un segmento muy reducido de todo el entramado, es decir, únicamente de la teoría, no de la praxis.

La evolución de este proceso de conocimiento durante un juicio penal entonces, discurre en la ponderación de las pruebas y en la exigencia sobre éstas, en la “búsqueda” [constitutiva] de la verdad.

Esta acción cognoscitiva tiene lugar adecuado y apropiado en una arquitectura procesal que permita la actividad de las partes para **exigir de la prueba el examen más rígido que el presupuesto de la contradicción pueda alcanzar.**

Bertolino sugiere que existe en el proceso penal un estándar fijado como una meta, que se denomina verdad jurídica objetiva. Pero en sí representa un modo de actuar en el proceso, está dirigida a “...un modo de ser del juez, unido concordantemente a una manera de juzgar de éste, todo en nítida dirección deontológica, vista esta como una línea de principio, dirección precisamente marcada por el estándar”⁶.

Pero ello “...no quiere decir que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material entendida en su sentido clásico como *adecuatio rei et intellectu*, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y de las normas, formalidades e impurezas del proceso penal”⁷.

Así, “Los datos biológicos, físicos, químicos o matemáticos, difícilmente pueden ser interpretados arbitrariamente por un juez. Pero a diferencia de lo que sucede en un laboratorio, en el proceso penal están implicados directamente intereses humanos, pasiones encontradas, conflictos individuales y sociales, que hay que solucionar en un tiempo previsible. El problema en un proceso penal no es establecer causas objetivas de la muerte, sino si esa muerte se produjo intencional o imprudentemente, si la persona que disparó lo hizo en legítima defensa, o por error porque se le disparó inadvertidamente la escopeta de caza o confundió otro cazador con un ciervo [...] el tribunal tiene que determinar entonces estos hechos con ayuda de criterios que ya no se derivan directamente de datos empíricos o inequívocos, sino de otros más imprecisos y, por tanto, proclives a valoraciones diversas”⁸.

Sobre esto, la opinión de Shünemann es clarificadora, en tanto entiende que “En los últimos años [el] escepticismo en la interpretación,

6 BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 27.

7 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 107.

8 MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 108.

originado con base en el pensamiento científico-jurídico tradicional, ha sido superado por una crítica más aún radical que se ha nutrido de la recepción de la filosofía analítica del lenguaje moderno, en la teoría del Derecho. El conocimiento teórico-lingüístico acerca de la ontológicamente indisoluble e irremediable vaguedad y porosidad del lenguaje ordinario le ha asestado el golpe mortal definitivo al positivismo jurídico. Y los avances de la metaética han desenmascarado la supersticiosa fe, según la opinión general, en la posibilidad de controlar científicamente los juicios de valor que se dictan en la aplicación del derecho. Por eso, la comprensión científica tradicional de la jurisprudencia, que se basa en el positivismo jurídico, se ha destruido sin que exista, a la vista, un planteamiento prometedor para una reinstauración de la ciencia jurídica como ciencia, sin que en absoluto se trabaje ampliamente en ello”⁹.

En palabras de Ferrajoli, “...la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones –de hecho o de derecho- de las que sea predicables la verdad o la falsedad procesal...”¹⁰; y en esta línea sostiene que “La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde [...] a una ilusión metafísica: en efecto, tanto las condiciones de uso del término <<verdadero>> como los criterios de aceptación de verdad en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. En consecuencia, en la actividad judicial existen espacios de poder específicos y en parte insuprimibles que es tarea del análisis filosófico distinguir y explicar para permitir su reducción y control”¹¹.

La expresión judicial que intenta arrogarse bajo el manto de un saber jurídico penal, la potestad de definir el sentido final de la ley, atribuyéndole a la norma un sentido general que todavía no ha tenido discusión particular sobre su posible subsunción en los hechos objeto del proceso, no encuentra respaldo epistemológico cuando se ejecuta a espaldas de los principios que constituyen el método de validación del conocimiento jurídico penal dados por una dialéctica contradictoria, bajo un esquema oral con principios específicos que garantizan la exigencia sobre la prueba y la construcción de la verdad procesal.

9 SHÜNEMANN, Bernd, La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución y la metodología jurídica, Obras, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, tomo I, p. 85.

10 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, Trotta, 2005, p. 37.

11 FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 38.

Una temprana decisión que no reconozca la necesidad de desarrollar esta razón epistemológica y permita rendir al máximo la dialéctica de la oralidad, no es más que un desenfreno de ansiedad, a través de la cual se emitirá una decisión sobre un proceso que aún no exhibe los presupuestos que habilitan a la jurisdicción para definir el alcance final de un hecho, de una norma, y pone de manifiesto ideas preconcebidas sobre la virtualidad fáctico-jurídica de hechos y casos que no son análogos al partir de una universalidad de circunstancias disímiles y son las que precisamente deben ser expuestas en escenarios adecuados y apropiados: la audiencia oral, pública y contradictoria.

Se ha dicho que “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales”¹².

Cuando se ignora o no se reconoce en su totalidad la tarea o necesidad de elegir para poder aplicar la regla general al caso particular, se está pensando en un positivismo que no es tal. No existe la previsibilidad de resolución del caso cuando este no ha ocurrido. Sí existe la de la regla general, pero no la de las conductas particulares que se desarrollan dentro del enorme universo de posibilidades. De otro modo “...habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas”¹³.

En la praxis judicial “...el jurista procura identificar la racionalidad intrínseca que se supone presente en la totalidad del proceso que engloba las tomas de decisiones a cargo de los operadores jurídicos. Ello implica una opción valorativa de fondo, cual es la de suponer que el derecho es un ordenamiento de la razón en función del bien común o el interés general. De suponer que, por el contrario, las tomas de decisiones no son otra cosa que meros actos asilados de poder ante conflictos particulares entre intereses en conflicto, cuya argumentación cumple propósitos de justificación ideológica, la idea de reconstrucción racional quedaría despojada de cualquier otro significado que el de una estructura superideológica, vacía de

12 HART., H.L.A., El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2da. Edición, 2004, p. 152/3.

13 HART., H.L.A., op. cit., p. 162.

contenido y articulada más bien como una fachada encubridora de la voluntad de poder”¹⁴.

En la tarea de racionalización indicada, la praxis judicial cuenta con numerosos criterios interpretativos para otorgarle definición y alcance al sentido final de la ley. A saber, argumentos lingüísticos, en cuanto al significado literal, ordinario y técnico; argumentos sistémicos, tales como sistemática, armonización contextual, topográfico, de plenitud hermenéutica, de coherencia, analógico, lógico-conceptual o dogmático, de principios del derecho; argumentos teleológicos, de índole finalista, naturalístico, razones sustantivas, equidad, pragmáticos, económicos, de autoridad y de opiniones dominantes; argumentos transcategoricos referidos a la intención del legislador; argumentos retóricos, a contrario, ad simili ad simile, a fortiori y apagógicos.

Las motivaciones para considerar plausible una restricción o expansión de la norma al supuesto, se recogen de la universalidad histórica que los sistemas de justicia introyectan del ser social enmarcado en un tiempo y lugar determinado, que no es otra cosa que la universalidad cultural que comporta la moral recogida por el razonamiento estandarizado a través del sistema de justicia.

Dije párrafos atrás que la comunicación final sobre la significación de una ley en cuanto a su determinación de sentido respecto de la contemplación o no de un supuesto de hecho particular dentro del horizonte de prohibición de la norma, debe tener lugar en un escenario que brinde elementos para permitir adoptar esa definición con presupuestos constitucionales sobre la nueva epistemología del sistema acusatorio oral. La validación del conocimiento judicial se produce a través de la estructuración del proceso en etapas y escenarios que prevén la construcción de la verdad mediante la contradicción y la elevada confrontación exegética sobre los elementos de prueba aportados por las partes y admitidos por la ley.

Los hechos judiciales se catalogan en casos normales, donde hay un núcleo conceptual y otros sobre los cuales son necesarias sub-definiciones que sólo pueden ser encontradas a través de la interpretación lógico sistemática o histórico-subjetiva¹⁵.

Esta indeterminación normativa y la ausencia de fundamentos científico-dogmáticos que puedan inclinar una conclusión mayoritaria sobre la inclusión o exclusión dentro del ámbito de prohibición de la norma, exige

14 ZULETA PUCEIRO, Enrique, en Prólogo a “Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio”, Ed. La ley, Buenos Aires, 2003, XII.

15 SHÜNEMANN, Bernd, op. cit., p. 98.

el reconocimiento por parte del sistema de administración de justicia y la política criminal que se implemente, de la necesidad fundamental de elevar el valor e importancia de los principios de un sistema acusatorio oral para la construcción de la verdad procesal y que la reforma procesal de flagrancia ha introducido como punta de flecha dentro del marco procesal penal nacional.

Injerencia práctica del esquema legal establecido

Lo dicho hasta aquí nos lleva a reflexionar sobre la injerencia que el esquema legal y los principios que lo componen tiene en el procedimiento especial de flagrancia y cómo éstos deben ser interpretados para garantizar el debido proceso y el sistema de derechos y garantías constitucionalmente consagrado.

A esta altura tenemos que tener por claro, el asunto relativo a la nueva forma de validación judicial del conocimiento, a través del paradigma de la oralidad. La sustancia para la toma de las decisiones sólo puede ser el producto de la dialéctica del contradictorio.

El escenario son las audiencias. La audiencia pública y contradictoria que marca la ley, es el lienzo sobre el cual se desarrollará el trabajo. La oralidad es la razón que guía el trabajo sobre ese lienzo.

El trabajo se lleva a cabo con una lógica específica. La lógica es precisamente aquella dialéctica. La contradicción, por su parte, es un mecanismo de esa lógica dialéctica. Y los principios que detalla el articulado son las cualidades del mecanismo, que nace y se desarrolla en función de esa lógica y bajo su propia realidad: el paradigma de la oralidad, la razón integradora del sistema.

La dialéctica es la confrontación de tesis, de ideas, de argumentos, de perspectivas, de suposiciones, de todo aquello que sirva para despejar cualquier bruma que pueda opacar la sustancia que debe quedar como producto de la discusión.

Mientras más discusión, mientras más natural, dinámica y eficiente sea la discusión de las partes, más sencillo será el trabajo de los Jueces. Éstos, deberían garantizar la proliferación de las discusiones, en la medida en que éstas sean conducentes para la clarificación del asunto debatido. Porque precisamente esa sustancia que quede luego de la confrontación de partes que supone un modelo adversarial, será el objeto sobre el cual recaerá la decisión.

Ése es el producto sobre el que se adopta la decisión. Es por eso que la ley establece que las decisiones jurisdiccionales se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, porque la sustancia de la decisión debe basarse en lo discutido en la audiencia y bajo ningún concepto podrá motivarse en algo que exceda el marco de la audiencia y de lo rendido en ella.

La esencia del paradigma de la oralidad radica en que la producción de la información sobre la que versa la decisión, es la que se desarrolla en audiencia. Ahí es sometida a crítica, a exigencia de partes, tanto de quien acusa como de quien defiende. La ley 27.063 prevé que las resoluciones judiciales deben sujetarse a lo discutido por las partes en la audiencia, debiendo expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen (cfr. art. 105, párrafos 2do y 3ero).¹⁶

Esto implica que ningún Juez debe ser contaminado –ni en forma oral, ni en forma escrita- con actuación sumarial alguna, con ningún reporte, informe, documento o expediente, que se le haga llegar por fuera del escenario específico previsto para que sea informado, esto es: la sala de audiencia.

¹⁶ Está muy presente en distintos tribunales la discusión sobre la aplicación de las disposiciones de la ley 27.063. Ya en el año 1870 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que las leyes aún antes de la fecha en que deben entrar en vigencia tienen la autoridad que le da la sanción del Honorable Congreso Nacional (Fallos 9:580), y deben mirarse como una autoridad decisiva (Fallos 9:373). En el precedente “Arias” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (rta. 25/9/2015, c. 61537/14), donde se aplicó la ley 27.063, se dijo claramente que la implementación del nuevo código fue diferida, pero no existe controversia sobre su condición de ley sancionada por el Congreso Nacional. En ese orden, se indicó que los mecanismos contenidos en el nuevo código procesal relacionados con las medidas morigeradoras o alternativas de la prisión preventiva son pautas orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal. La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “Romano, Luis Eugenio” (rta. 31/8/2015), donde los magistrados advirtieron que “... el a quo deberá reexaminar el caso a la luz de los eventos fácticos omitidos [...] y resolver conforme a derecho [...], tomando en consideración el nuevo escenario normativo que el legislador introdujo [...] a partir del dictado de la ley 27.063 [...]. [D]icha transformación legislativa [...] [privilegia] entre las medidas de coerción personal a todas aquellas que resultan una alternativa a la prisión preventiva, y donde ella sólo recibe justificación como última chance [...]. En ese sentido, [...] los patrones que se exhiben en el nuevo estatuto adjetivo [...] pueden ser avizorados y tomados en cuenta como indicadores objetivos para encausar el análisis sobre la correspondencia o no del encierro preventivo. [...] en tanto el juez ha de ceñirse a la voluntad popular exhibida en las normas de derecho producidas por el Congreso de la Nación, salvo que ellas colisionen con la Constitución Nacional. [...] no como aplicación directa de éste en tanto aún no puesto en vigencia, sino como un conjunto de principios que han de tenerse en cuenta para justificar las medidas que se adopten en este tipo de incidencias en un futuro cercano. [...]”. El decreto de necesidad y urgencia 257/2015 evaluó que por razones operativas de implementación y en virtud de la magnitud de la tarea aún pendiente, no se encontraban reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo establecido para la entrada en vigencia del sistema impuesto por el código, léase lero de marzo de 2016. En ese orden se dijo que “...resulta[ba] razonable dejar sin efecto aquéllos aspectos de las leyes 27.063, 27.148, 27.149 y 27.150, vinculados con la implementación del Código Procesal Penal de la Nación”. Se dijo que el decreto no implicaba “...modificación alguna de normas de carácter penal, sino que proyecta sus efectos sobre la organización, el funcionamiento y aspectos presupuestarios del Ministerio Público”. Y al momento de decretar su parte resolutive, sólo se hizo referencia al momento de entrada en vigencia, sin disposición alguna sobre la “suspensión” del cuerpo normativo, y sin hacer referencia sobre otros aspectos que no sean aquéllos evaluados en los considerandos, es decir aquéllos que acabo de citar. La propia Cámara de Senadores en sesiones extraordinarias de 2015, conforme surge del orden del día nro. 917 del 16 de febrero de 2016, en el marco del expediente 23J.G.M.-2015 referido al decreto 257 del Poder Ejecutivo Nacional del 24 de diciembre de 2015, da cuenta en el informe a la Bicameral que el decreto citado se ciñe a prorrogar y adecuar el cronograma de implementación previsto originariamente a la situación actual. Se dijo que “...el objeto directo e inmediato del decreto es una de las denominadas materias de administración, aunque éstas tengan, de modo mediato, impacto sobre la vigencia temporal del régimen procesal penal”. Ahora bien, una lectura clara del asunto conduce a preguntarnos por todas aquéllas disposiciones procesales que no tienen que ver con la implementación, que nada tienen que ver con programas de adecuación de infraestructura, sistemas de gestión y organización judicial o cuestiones de capacitación, sino que son regulaciones que se vinculan con institutos precisos y actuales y sobre los que el legislador ha avanzado en brindar un horizonte claro sobre la forma de regular su alcance, alternativas y criterios.

Y aquí hay que dar cuenta de algunos detalles que empiezan a aparecer. Primero con relación al diseño del procedimiento y la falta de entendimiento sobre la importancia del rol de los protagonistas en el escenario del sistema de administración de Justicia: el/la Juez, Fiscal y Defensor/a.

Segundo, aspectos que considero son esfuerzos de los poderes públicos para intentar una mejor aplicación del nuevo procedimiento especial de flagrancia, pero que conspiran contra las directrices que lo rigen como vengo exponiendo.

Sobre esto último, los esfuerzos a los que me refiero son distintos documentos del Ministerio de Seguridad y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que elaboran protocolos de acción para las fuerzas de seguridad y recomendaciones o guías para los actores del sistema de justicia. Entiendo que son documentos o papeles de trabajo internos, que han circulado por estos días entre los integrantes del sistema de justicia, seguramente como referí previamente con el espíritu de contribuir a una mejor gestión de la reforma.

Uno de ellos establece que a partir de la aprehensión, la fuerza de seguridad debe realizar comunicación con el Fiscal. Si éste declara la flagrancia se indica que la fuerza tiene que llamar al Juez para informar los hechos.

Esta información sobre los hechos efectuada al Juez con rol de garantía –pues ese es el papel al que ahora están llamados a cumplir-, es una injerencia indebida en un actor del esquema procesal que debe permanecer incólume, equidistante de las partes, cuando se efectúa por parte de la fuerza policial que auxilia a una de las partes del proceso: al Fiscal.

Es el Fiscal el único que en su caso puede (**y debe**) entablar comunicación con el Juez y lo debe hacer no por una cuestión que haya sido regulada por la ley 27.272, sino porque es una disposición del Código Levene, que se desprende del art. 286 del CPPN y del art. 18 de la Constitución Nacional.

Pero esta circunstancia la trataré más adelante.

Ahora bien, sobre los documentos que referí, si la preocupación es la fijación de la audiencia ante el Juez, esas son cuestiones que deben resolverse de antemano. El Juez que ingresa en turno debe estar disponible diariamente y en horario judicial para intervenir en las audiencias que deban realizarse en los términos y plazos que prevé la ley.

Es cierto que a falta de la figura de un “Administrador Judicial”, es el Juez el que organiza la agenda de audiencias, pero esa sola nota particular

no implica ni autoriza a que el Juez sea informado por la fuerza de seguridad. La policía se relaciona exclusivamente con el Fiscal en estos casos. El Fiscal hará lo propio con el Juez. Pero la relación del Juez con las partes debe garantizar la imparcialidad del magistrado en su rol de garantía.

En otro apartado, ese mismo protocolo indica que con el traslado del detenido se eleva el sumario al juzgado.

Lo expresado hasta el momento basta y sobra para criticar lo desatinado de esta instrucción a las fuerzas de seguridad. **El Juez no debe ni puede entrar en contacto con ningún sumario.** Y aquí hay algo que tiene que quedar claro: no existe “sumario” en el procedimiento especial de flagrancia.

Esta es una idea que se concibe sólo si aceptamos las consideraciones que hice anteriormente sobre el nuevo código procesal penal suspendido. La ley 27.063 es el marco legal que a pesar de su estado de ley sancionada, vigente, pero vigente de implementación suspendida, mantiene una vinculación silenciosa con el procedimiento especial de flagrancia y es la razón genealógica de cuyo entendimiento se permite el paso a la comprensión de los alcances de aquella afirmación: **no hay sumario porque un modelo acusatorio moderno bajo el paradigma de la oralidad, supone la eliminación del expediente.** ¿Cómo podría haber sumario entonces?

La construcción de la idea de expediente, de documentación de los actos del proceso y volcar ahí alguna potestad de sostener, refrendar o fundar alguna derivación o implicancia en el proceso sin pasar por el tamiz de la audiencia, controvierte la cosmovisión que trae consigo un procedimiento especial impregnado con principios del acusatorio oral.

En los mismos yerros se sitúa una guía que instruye a las fuerzas de seguridad para mantener una comunicación con el Juez para informar la decisión del Fiscal sobre la declaración de flagrancia y para informar los hechos. También prescribe que el sumario se eleva al juzgado con el detenido.

Las mismas críticas le caben a esta guía. El procedimiento especial instaurado debe comprenderse dentro de un esquema acusatorio oral, con principios que impregnan toda la normativa procesal que se vincule a éste.

Entonces, considero que un correcto funcionamiento del diseño legal implementado por el procedimiento especial de flagrancia, requiere un respeto irrestricto de los principios que lo componen y de la lógica que contiene un esquema legal acusatorio oral.

La dialéctica cognoscitiva que introyecta el sistema adversarial y contradictorio exige la figura de un Juez imparcial, equidistante de las partes, con un rol concreto y definido de garantía.

A pesar de que el término garantía esté envuelto en una discusión pública poco jurídica, es importante revalorizar su importancia en términos de dogmática procesal, pues la implicancia práctica de resguardar esta actitud del sistema de administración de justicia, justamente redundará en una justicia más precisa, y si se quiere más justa.

Ahora quiero volver sobre el punto que dejé antes. Me refiero a la importancia del rol de los protagonistas en el escenario del sistema de administración de Justicia bajo un modelo como el que instrumenta la ley 27.272.

Juez, Fiscal y Defensor/a, son los actores esenciales e ineludibles en la estructuración del procedimiento. El Fiscal, según establece el art. 353 ter, es quien al momento de la aprehensión del justiciable debe declarar el caso como flagrancia. Declarada la misma se dispone que el detenido debe ser trasladado ante el Juez en una audiencia que debe realizarse dentro de las 24 horas.

Entonces según esta norma tenemos una detención en flagrancia, por parte de la autoridad administrativa, que es convalidada por la intervención del representante de la vindicta pública. La detención entonces, es una de las que se produce como excepción a la manda constitucional del art. 18, en cuanto prescribe que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”.

Amén de nuestra Carta Magna, el art. 75 inc. 22 y los tratados incorporados prevén, tal como lo sostiene Cafferata Nores, que “La normativa supranacional prevé el control judicial de la privación de la libertad (v. gr. Art. 7.6 CADH, art. 9.4 PIDCP), lo que implica que el detenido sea llevado ante un juez, sin demora (art. 7.5, CADH; 9.5, PIDCP) obligación que no puede evitarse con fines de investigación; aquél tendrá derecho a avisar de su situación y el lugar en que se encuentra, no pudiéndose restringir su comunicación con el mundo exterior, salvo cuando expresamente sea autorizado por ley [cfr. Corte IDH, Suárez Rosero, 12/9/97] pero nunca respecto del defensor. Dicho control abarcará que aquélla restricción sólo se realice en las situaciones previstas [cfr. Comisión EDH, McGoff, informe del 15/7/83] y exigirá al juez que oiga por sí mismo al detenido [cfr. Comisión EDH, mismo informe], que examine las circunstancias favorables y adversas a la detención y que decida mediante criterios ajustados a derecho si existen motivos que la justifiquen y ordene la puesta en libertad si no existen tales razones. La legalidad de la medida

de coerción no se determina solamente según el derecho interno, sino también a la vista de los textos y normativa supranacional, de los principios generales que los informe y de la finalidad de las restricciones que permiten. El órgano de control no debe poseer meras facultades consultivas, sino también la competencia para resolver sobre la legalidad de la prisión y ordenar la puesta en libertad si fuera ilegal [cfr. TEDH, Weeks, sentencia del 2/3/87]”.¹⁷

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo que el control de legalidad de la privación de libertad debe ser llevado adelante por una autoridad judicial distinta a la que ordenó la medida, y por supuesto – agregó- distinta de la que lo convalidó (cfr. TSJ de Córdoba, “Aguirre”, sentencia 56, rta. 11/12/97).¹⁸

De manera que la actuación del Fiscal en la intervención inicial del procedimiento despierta una duda sobre la falta de precisión sobre los deberes que se activan para la jurisdicción como órgano de control de legalidad de los derechos del justiciable.

Se impone interpretar que ante una detención sin orden de autoridad competente, sin orden del Juez, nace la obligación de dar intervención a la jurisdicción para que el magistrado que cumpla la función de Juez de garantía sea informado del hecho y sus circunstancias y pueda ejercer un primer control anticipatorio de la audiencia inicial.

Y para esto también tenemos que traer para su análisis al art. 286 del CPPN, que no fue modificado por la ley 27.272 y que establece que el “El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido **inmediatamente** en un plazo que no exceda las seis (6) horas ante la autoridad judicial competente”.

La ley 27.063 prevé en el art. 64 inc. a), el derecho del imputado de ser conducido ante un juez sin demora y para que decida sobre la legalidad de la detención.

Del análisis de las normas es fácil concluir que el art. 353 ter según ley 27.272 establece el plazo para hacer comparecer al detenido a los fines de la audiencia inicial del procedimiento de flagrancia. Mientras que el art. 286 del CPPN establece la obligación de presentar al detenido ante la autoridad judicial inmediatamente, en función de la excepcionalidad de la detención operada al no haber sido con orden judicial.

17 CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da edición, ed. CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 230/1.

18 También citado por Cafferata Nores en la obra mencionada en la nota anterior, p. 230.

El deber de control jurisdiccional es un mandato constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos (cfr. art. 8.1 CADH). De manera que el control de la detención practicada en excepción a la regla de la orden judicial, debe ser inmediatamente efectuado. Si la presentación inmediata ante el Juez que ordena el art. 286 del CPPN no se realiza, al menos debe existir una comunicación por parte del Fiscal, que convalida el accionar policial y decreta la flagrancia del art. 353 ter según ley 27.272, en donde el titular de la acción ponga en conocimiento al Juez de garantías lo obrado, de las razones de la detención, sus circunstancias y sus condiciones y de todo lo que razonablemente el magistrado solicite para llevar adelante ese control jurisdiccional.

Este control es un escollo para el diseño procesal implementado, porque no se ha tenido en cuenta la necesidad de intervención de jueces distintos en el encadenamiento de actos que supone el proceso y lo veremos más adelante también cuando critiquemos la admisión de prueba y el juicio.

En este punto, quiero decir claramente que sería recomendable que el Juez que recepta el aviso de la detención y es informado de las circunstancias y condiciones de la misma, para garantizar el control jurisdiccional de una detención operada en excepción a la manda del art. 18 de la Constitución Nacional, no intervenga luego en la audiencia oral inicial de flagrancia.

Razones de imparcialidad y equidistancia de las partes y el caso que será sometido a control imponen organizar un sistema de jueces en turno que contemple esta circunstancia. De esta forma tomarían vigor los principios del sistema acusatorio y se enaltecería la regla dorada del sistema de decisión jurisdiccional, esto es que las decisiones se produzcan en audiencia y luego de la contradicción que impone un modelo adversarial.

Ese modelo cognoscitivo fundado en la dialéctica bajo el paradigma de la oralidad, se ve contaminado cuando el Juez que debe adoptar la decisión con lo producido de la audiencia, trae consigo la aprobación –en el caso que la detención no sea nulificada y el imputado puesto en inmediata libertad–, del procedimiento llevado a cabo por la policía y de la convalidación del Fiscal que decretó la flagrancia y motivó el inicio de ese procedimiento especial.

No obstante esta recomendación, que en caso de no tomarse en cuenta podría dar lugar a diversos planteos sobre afectación de imparcialidad, lo relevante en el procedimiento inicial es la intervención del Juez.

El Juez aquí también es un actor principal. Y su intervención también está destinada a resguardar no sólo que la detención sea legal, sino que los

derechos que le asisten al acusado se garanticen, y con ello el derecho a ser asistido desde el primer acto del proceso y con esto el Juez puede verificar si la intervención a la Defensa ya fue dada.

Es razonable esperar que en la sucesión de actos, el Fiscal se comunique con el Juez y luego de aviso a la Defensa. No obstante el Juez debe tomar nota de las medidas que llevará adelante el Fiscal única y exclusivamente en torno a la detención, y en este marco, por supuesto, la notificación a la Defensa es la primordial.

Sobre el deber de informar al Juez, hay una serie de fallos en el que se puede identificar el razonamiento que propongo. Particularmente, en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, donde el sistema acusatorio existe desde el origen de esa justicia, esta regla de control se ha constituido en los casos “Amaya”, “Duarte Silva”, “Luna” y “Álvarez”¹⁹, entre muchos otros.

Es cierto que el contexto constitucional local tiene la ventaja de tratarse de una legislación de vanguardia. El art. 13.1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que “Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez”. Esto es, la consagración de una norma que recepta “[...] diversas garantías de carácter procesal tendientes a preservar la libertad y dignidad de las personas...”²⁰, y que se “[...] desarrolla en ella la base de los principios de la libertad individual contenidos en el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 8° del Pacto San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional...”²¹.

Efectivamente, esa línea jurisprudencial, está más asentada en las prácticas de un diseño procesal penal acusatorio oral de raigambre constitucional, cuyo respaldo y guía ciertamente ayuda a la comprensión del sistema y su funcionamiento, pero en definitiva es conteste con la interpretación constitucional que propongo de la ley 27.272 y el deber del Juez de intervenir para garantizar derechos y controlar la legalidad de una detención.

Si tomamos el caso “Álvarez”, ahí se sostuvo que “Tal como lo advierte el defensor de Cámara, la mera mención de fs. 3 en la que el

19 Cfr. CPCyF, “Amaya, Miguel Luis y Galeano, Pablo Alejandro”, rta. 11/12/2008, c. 17755/08; “Duarte Silva, Cristian Alejandro”, rta. 16/12/2009, c. 33464/09; “LUNA, Ulises Federico”, rta. 21/5/2013, c. 34694/12; “Álvarez, Joel Maximiliano”, rta. 21/3/2014, c. 10.261/13.

20 SABSAY, Daniel A, y ONAINDIA, José M., “La constitución de los porteños”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1997, p. 65.

21 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada”, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, p. 55.

subcomisario resuelve ´comunicar la novedad al Sr. Juez de Turno´ no da cuenta de una comunicaci3n fehaciente al magistrado. Sin perjuicio de que el art. 152 CPP pone en cabeza del fiscal, y no de un funcionario de policia, el deber de dar aviso al juez de su decisi3n de ratificar una detenci3n, lo cierto es que tampoco hay constancias en esta causa de que el a quo hubiera tenido conocimiento de la privaci3n de la libertad del joven lvarez, respecto de cuyas garantias constitucionales él deba velar”.

En efecto, la Cámara seala lo problemático de una comunicaci3n al Juez de tinte burocrático y sin que pueda desprenderse de ésta la circunstancia de que se haya controlado debidamente la legalidad de la detenci3n del privado de libertad.

Se dijo también que “...en lugar de hacer cesar la detenci3n, se dispuso el traslado a la sede de la fiscalia, luego de que el imputado estuviera detenido más de diez horas, corresponde reconocer que la medida restrictiva de la libertad fue mantenida... y, entonces, tal circunstancia requería el aviso al juez (art. 152, CPP) a efectos de posibilitar el inmediato control de la autoridad jurisdiccional, según la manda del art. 172, CPP, interpretaci3n que resulta la más acorde con los principios y garantias de libertad individual contenidos en los arts. 18 de la Constituci3n Nacional, 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 13.1 de la Constituci3n de la Ciudad de Buenos Aires”.

Que “...la detenci3n practicada por personal policial, ratificada por la fiscal, ha sido adoptada sin intervenci3n jurisdiccional, lo que conlleva una violaci3n de las disposiciones concernientes a la intervenci3n del juez en los actos en que ella es necesaria para el dictado de las medidas analizadas”.

El fallo también seala que “La normativa supranacional tolera la detenci3n por autoridad administrativa, pero impone su control judicial, acordando al detenido el derecho a lograr que un juez verifique sin demora la legalidad de la detenci3n y orden la libertad si fuere ilegal (cfr. PIDCP, art. 9; CADH art. 7) [...] En el caso, la garantía de un debido proceso como derecho fundamental de todo imputado fue lesionada al imposibilitar que el juez de la causa participara de los actos en los cuales su intervenci3n resultaba necesaria a los fines de controlar la legalidad del procedimiento”.

En nuestro ordenamiento federal es perfectamente posible arribar a la misma deducci3n de normas constitucionales que hace el fallo, y si afinamos el lápiz, esa interpretaci3n constitucional toma cuerpo con las disposiciones del art. 167 inc. 2) del CPPN en cuanto regula las nulidades de orden general que se refieran a la intervenci3n del Juez y su participaci3n en actos en que sea obligatorio.

De lo expresado es dable concluir que de la interpretación armónica de los artículos 353 ter y 286 del CPPN y 64 inc. a) de la ley 27.063, **toda detención que se efectúe en flagrancia y como excepción a la manda constitucional del art. 18, exige un control jurisdiccional inmediato** que debe ser instrumentado con una comunicación del Fiscal al Juez de turno con funciones de garantía, para que éste efectúe el contralor jurisdiccional sobre la legalidad de la detención y las exigencias y derivaciones que aquélla pueda suponer.

Toda detención practicada por funcionarios policiales en las que el Fiscal determine el procedimiento especial de flagrancia y en las que se omita la intervención y participación obligatoria del Juez a los fines explicados, derivará en una nulidad general de carácter absoluto por afectación del debido proceso legal (cfr. art. 167 inc. 2, del CPPN).

Olvidos que invitan a reflexionar

En cuanto a la letra de ley 27.272, hay varias críticas que es necesario hacer para contribuir a la discusión del procedimiento especial y neutralizar prácticas que deriven en procesos penales que no respeten el sistema de derechos y garantías. En algunos aspectos son omisiones y en otros falta de precisión.

Un primer llamado de atención tiene que ver con la participación de la víctima en la audiencia inicial, sin que se contemple ninguna consideración respecto de los efectos, en términos procesales, con lo contemplado en el art. 270 y siguientes del CPPN. Se provocará un reconocimiento “impropio”, forzosamente deliberado, situando a la víctima en un espacio en donde el imputado poseerá un rótulo o etiqueta, que desde una comprensión semiótica de la distribución de espacios en la sala de juicio lo llevará a ocupar el lugar de acusado y responsable, con lo que cualquier medida de reconocimiento estará viciada.

Otro aspecto que creo es de suma importancia, tiene que ver con el aviso a la Defensa del hecho –de lo que algo adelanté- y la determinación del Fiscal de aplicar el procedimiento especial de flagrancia.

Entiendo que la ley no regula un aspecto que está bastante claro en la ley 27.063 y es el cumplimiento de un mandato preciso sobre la necesidad de tener asistencia legal desde el primer momento del proceso.

Tanto el art. 6, como el 64 inc. d) y 74, indicaban que “El derecho de defensa es inviolable e irrenunciable y puede ejercerse libremente desde el

inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia”. El derecho del imputado a “...ser asistido desde el primer acto del procedimiento por el defensor de su elección o por uno propuesto por una persona de su confianza, o en su defecto, por un defensor público”. Y a su vez, que “Desde la primera actuación del procedimiento... el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “...el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso²², incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, **impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada.** El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”²³ –el resaltado me pertenece-.

El olvido del rol del Defensor desde el primer acto del proceso, tiene que ver con la falta de comprensión de la dimensión correcta de un sistema adversarial y contradictorio, donde las partes, en igualdad de importancia y potestades procesales, generan la dinámica que permite la realización de los derechos y garantías y la prosecución de un caso, para que su avance sea objetivo, seguro, erradicando cualquier tipo de arbitrariedad, abuso o errores honestos por parte de las autoridades policiales y judiciales. Sólo el juego armónico del contradictorio y el contralor recíproco de los actores del sistema de justicia puede garantizar que se respeten los derechos, se absuelva al inocente y se condene al culpable, como producto o resultado de un proceso legal, con pruebas legalmente ingresadas al proceso y con una correcta determinación de su responsabilidad si le cabe.

22 Ver mutatis mutandis Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, supra nota 20, párr. 71; Caso Bayarri Vs. Argentina, supra nota 21, párr. 105, y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 148.

23 CIDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia 17/11/2009, párrafos 29 y cedtes.

La importancia de intervenir desde el primer acto del proceso es un mandato constitucional y convencional. De manera que la ley 27.272 posee un olvido sustancial a ese respecto, pero entiendo que puede ser resuelto, desde la práctica, evitando excluir a una de las partes de un sistema que posee una arquitectura procesal que supone la intervención de partes enfrentadas, cuya confrontación dialéctica es la única que permite arribar a la sustancia sobre la cual luego versará la decisión jurisdiccional, y sin la cual no habría pronunciamiento judicial legítimo desde la forma de validación del conocimiento en un proceso que se supone acusatorio y bajo el paradigma de la oralidad.

De manera que ahí se ingresa en otro campo. La ausencia de preparación de estructuras y la asignación de recursos para esas estructuras. Como bien establece el art. 2 de la ley 27.063, los principios de un proceso acusatorio bien entendido, necesariamente deben contemplar la **igualdad entre las partes**.

La igualdad de partes supone que la Defensa debe contar con un cuerpo de investigación. Debe contar con recursos humanos capacitados y entrenados en aspectos de investigación y toda aquella disciplina que permita llevar al director técnico del caso de la Defensa (me refiero al Defensor asignado al caso concreto), la información e indicaciones necesarias para que éste pueda aconsejar y adoptar junto al acusado, la mejor estrategia defensiva y así salvaguardar los intereses o reclamos de los derechos concretos que el acusado tenga o pueda ver afectados.

El diseño de la teoría del caso de la Defensa tiene dos canales que lo nutren. El primero tiene que ver con la información del caso en su individualidad. Cada particularidad hace a la esencia del caso. Sobre la mejor información es que se adoptan las mejores decisiones. El segundo canal tiene que ver con las posibilidades jurídicas. Pero éstas últimas no son nada sin un canal autónomo que lleve a conocimiento del Defensor información obtenida, producida y analizada bajo la mirada o perspectiva del sujeto acusado del delito del que se trate.

De esta manera, entiendo que uno de los canales necesarios para garantizar la defensa en juicio, se posibilita únicamente con la asignación de recursos específicos destinados a la conformación de un cuerpo de investigación al servicio del acusado y del Defensor del caso concreto.

Bajo esta perspectiva es que reflexiono que la salvaguarda “práctica” de dar aviso al Defensor desde el momento mismo de la prevención policial, a pesar de ser una práctica no indicada en la ley ni en los documentos de trabajo de los ministerios que he referido en este comentario, será una práctica que respete los derechos establecidos, pero que tendrá virtualidad

completa cuando exista una capacidad de respuesta inmediata, rodeada de recursos de investigación para la puesta en marcha de diversos mecanismos destinados a recabar, producir y analizar información relativa al caso de la Defensa.

Se podrá preguntar el lector, cuánta trascendencia puede tener este canal informativo en el marco del procedimiento especial de flagrancia, a lo que me atrevo a responder que mucha.

No es lo mismo un caso en donde el Defensor toma conocimiento del mismo a través de la entrevista con el acusado, que toma noticia de las actuaciones labradas por los auxiliares del Fiscal –la policía-, y a su vez que toma noticia por lo que el representante de la vindicta pública expresa en audiencia, que un Defensor que toma conocimiento del caso por un sistema de respuesta rápida, donde personal administrativo de turno o guardia da aviso al cuerpo de investigación de la Defensa que se constituye en el lugar del hecho y recaba información de forma autónoma y registra datos, testimonios y otras particularidades del caso, que bien pueden haber sido dejadas de lado por los auxiliares del Fiscal, quienes naturalmente pueden dejar de lado información que no es en función de la construcción del caso que el Fiscal tiene que impulsar. Dejo en claro que puede no tratarse de arbitrariedades –las cuales seguramente existan-, sino que puede tratarse de la construcción del caso en función del interés de parte. El Fiscal y sus auxiliares buscarán con una mirada la prueba para informar su tesis. Es claro que ese prisma muchas veces obstaculizará el descubrimiento de evidencia en favor de una tesis contraria o perturbadora de la propia.

Un cuerpo investigativo que se entreviste con el acusado en los primeros momentos del hecho, ya sea en el lugar de la aprehensión, o en el lugar en donde es trasladado para aguardar la audiencia ante el Juez del art. 353 ter según ley 27.272, permite y garantiza que la información recabada pueda derivar en producción probatoria autónoma y dirigida a nutrir aspectos prístinos pero muy importantes en los inicios de un proceso.

Me refiero a aspectos vinculados a la materialidad de los hechos, testigos en el momento de ocurrido o luego de ello. Testimonios que puedan aportar otra perspectiva de lo sucedido. Información vinculada al arraigo del acusado. Relativa a su trabajo, domicilio, familiares, y toda otra cuestión que será importante en las próximas 48 horas.

Por supuesto que en algunos casos esta tarea será ineficaz, pero la preparación de una estructura y la adecuación de los recursos destinados a garantizar que el derecho de defensa se efectivice de forma amplia en un procedimiento que aspira a discutir la libertad de una persona a 24 horas de producida su detención, tiene que ser una que tenga la mirada puesta en los

casos en donde sí será de mayor utilidad la intervención temprana de la Defensa y el cumplimiento del mandato constitucional y convencional sobre la asistencia al acusado desde el primer acto del proceso.

Otra derivación de esto tiene que ver con los procesos en donde si bien se inician con una aprehensión en flagrancia, pueden exigir alguna medida de investigación que requiera un allanamiento.

Supongamos una prevención por venta de estupefacientes, ya sea tenencia con fines de comercialización o directamente comercio de estupefacientes, o si se quiere una entrega a título oneroso. Concédase para esto que la tenencia sea flagrante y que el ejemplo sirva de ejemplo²⁴.

Nuevamente, la ley 27.063 prevé este marco, el art. 201 del suspendido código adjetivo, establece la reserva del legajo de investigación, total o parcial por un lapso de diez (10) días -1er. Párrafo-. También prevé una reserva parcial, para la realización de un acto particular, por un lapso máximo de 48 horas.

Esa autorización judicial debía ser otorgada en audiencia unilateral inmediata.

Me pregunto entonces, cómo se sorteará esa situación, cuando en este específico procedimiento, sea necesario un allanamiento en el domicilio del prevenido, pues por ejemplo puede haberse encontrado billetes de baja denominación y estupefaciente fraccionado. Cuando en un caso así, el Fiscal no pueda ocurrir ante el Juez para pedir una reserva que la ley 27.272 no prevé, puesto que se mantiene la vigencia el código procesal según ley 23.984. Así, el art. 204 dicta que “El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el derecho establecido en el segundo párrafo del artículo 106. Pero el juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, exceptuándose los actos definitivos e irreproducibles, que nunca serán secretos para aquéllos”.

En su caso, la pregunta que nace es cómo es posible mantener la incolumidad de un Juez en su rol de garantía, cuando la normativa procesal pone en su marco de atribuciones como juez instructor la potestad de dictar el secreto de sumario. Sucede que ahora tiene una doble calidad, de juez instructor y juez de garantías, cuando tiene que controlar y salvaguardar, de

24 Hago la aclaración por las naturales objeciones que pueden hacerse sobre la tenencia simple y la falta de rasgos comportamentales para considerar que sin requisa de por medio podamos hablar de flagrancia, que sin pericia química de por medio pueda hablarse de estupefaciente, o en el caso del comercio que la habitualidad no es un rasgo del que pueda predicarse la integración de ese componente en un comportamiento flagrante pues exige la conjugación de la habitualidad, por ejemplo, para su configuración correcta.

forma imparcial y equidistante de las partes, el cumplimiento de los derechos y garantías.

Cómo será posible compatibilizar el derecho del imputado a ser asistido en el primer acto del proceso, que en este procedimiento especial de flagrancia será la aprehensión inicial, cuando el Fiscal deba reservar la investigación para no frustrar una medida como un allanamiento, y no tenga la potestad procesal de ocurrir en audiencia unilateral para argumentar una reserva, pues esta nomenclatura procesal es propia de todo un modelo procesal acusatorio y no del ensamblaje al cual hoy asistimos, donde el Juez de instrucción mantiene dentro de sus potestad procedimentales el dictado del secreto de sumario. Cómo habrá de compatibilizarse el secreto de un sumario que no debe existir. Cómo habrá de compatibilizarse la reserva de un legajo, que la ley no autoriza a desarrollar en ese modo, pero que por fuerza de lógica de diseño procesal debemos aplicar a pesar de ser una cosmología de una ley vigente de implementación suspendida.

La respuesta a este escollo no puede ser la misma que adelanté al inicio. Sostuve la importancia de aplicar los principios y directrices de un modelo procesal acusatorio bajo el paradigma de la oralidad, en la medida en que éstos impregnan todas las normas que regulan el procedimiento especial de flagrancia.

El problema de esto es cuando las prácticas procesales que surgen de la aplicación de los principios van en demérito de la posición del acusado, como sería en el caso hipotético que planteo. La privación del acceso a la investigación para provocarle un allanamiento en el domicilio que lo perjudique a nivel de su situación procesal y que este procedimiento esté motivado por una decisión extra normativa y fundada en principios que rigen la lógica del acusatorio, y redundan en la aplicación de un principio que contraría una norma, al violar el principio de legalidad al establecerse un procedimiento que extirpa de la órbita del Juez de instrucción la potestad de evaluar y decidir si corresponde dictar el secreto de sumario y pone en cabeza del Fiscal la decisión de ocurrir unilateralmente ante el Juez para llevarle una propuesta de reserva, cuando esa situación no es la regulada en la ley procesal vigente y aplicable, porque en la que prevé la ley 27.272 los principios predicen bilateralidad y contradicción, con lo cual la unilateralidad lógica de una medida de este estilo está herida de muerte.

Una digresión aquí vale la pena para atar la problemática de la reserva de las actuaciones con el deber de dar aviso a la Defensa y que exista una intervención temprana del Defensor en el caso, con tiempo, medios y recursos para garantizar el ejercicio del derecho de defensa en juicio como comenté.

La cuestión también deriva en el deber del Fiscal de informar al Defensor de todos los elementos de cargo contra el acusado en tiempo y forma. Pues el Defensor no puede concurrir a la audiencia inicial del procedimiento especial de flagrancia sin previa preparación del caso en el que debe defender los intereses y derechos del acusado.

Esta situación impone que el Fiscal informe de cada elemento cargoso contra el acusado en forma inmediata o concomitante con la noticia que él reciba sobre ese punto de cargo. La única salvedad para evitar informar a la defensa, se vincula con el secreto de sumario o reserva, y ya he dejado claro el problema legal que no es más que un “nudo gordiano”, al cual no le cabe la solución de Alejandro Magno, pues la civilidad impone sentarnos a resolver la cuestión con una mirada en la Constitución Nacional y en el sistema de derechos y garantías.

Probablemente estos casos con derivaciones más allá de la redondez procesal esperable de los supuestos de flagrancia que se determinen como flagrancia, derivará en que los Fiscales decidan lo ordinario del caso – aplicación del proceso común a cargo del Juez de Instrucción- ante la menor rugosidad presentada por la policía en la consulta.

Otra situación algo problemática se da cuando el Fiscal decreta la flagrancia y el caso es resuelto en base al criterio de la insignificancia, en el marco de la audiencia inicial y el imputado es sobreseído. Se han detectado algunos de estos temperamentos en los primeros días de funcionamiento de la ley.

Esto despierta una alarma, porque lo que subyace de fondo es que el imputado estuvo cumpliendo una pena de “arresto procesal” desde la prevención hasta la audiencia inicial, por la sola circunstancia de que el Fiscal no tiene la potestad para disponer de la acción penal con un criterio expreso de oportunidad.

Nuevamente acudo a las prescripciones de la ley 27.063, la que prevé en el art. 30 las reglas de disponibilidad de la acción y en el inc. a) establece como una de esas reglas a los criterios de oportunidad. El art. 31 enumera los criterios y es precisamente el inc. a) el que recepta la prescindencia de la acción por hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público.

Ahora bien, el Fiscal acude en audiencia y pide sobreseimiento por insignificancia, el Juez lo concede o incluso resuelto el sobreseimiento por no tener impulso fiscal y no existir acción.

La pregunta que nace entonces es por qué no aplicar los principios jurisprudenciales de insignificancia, como instituto aceptado en diversos

fallos a nivel dogmático. Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan en su tratado que los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron considerados desde distintos enfoques. Welzel los trató conforme la teoría de la adecuación social de la conducta, mas luego y de acuerdo a la formulación del principio de insignificancia o de bagatela, se entendió que esos casos no constituían supuestos con lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva²⁵.

Sería interesante que así como los Jueces podían disponer la libertad o “soltura” desde sede policial, el Fiscal pueda aplicar este criterio cuando la intervención penal debe ser la última razón del sistema penal, deba considerarse la proporción del ilícito, el interés público en el hecho, el daño causado, la recuperación del provecho del delito, y la razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al despliegue de medios del Estado para gestionar un caso que puede no ser objeto de persecución penal.

Se ha dicho con una mirada crítica que “Esto es lo que sucede cuando el poder punitivo del Estado despliega toda su fuerza frente a situaciones que no constituyen un conflicto con relevancia social. Ahora bien, precisamente los sistemas inquisitivos como el que en gran medida aún rige en el ámbito de la justicia federal, tienen su centro de gravedad en la infracción al orden y no en el conflicto. Es que, basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos estatales de persecución penal, sin una finalidad encaminada a ordenar esa conflictividad, gestionarla y finalmente dar soluciones específicas [...] La discusión en torno a la insignificancia de una conducta como la que aquí se ha juzgado y el tratamiento que ese hecho ha recibido por parte de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, ha evidenciado la ilegitimidad de la cultura inquisitiva, pues tanto desde el punto de vista sustancial como desde el procesal, el sistema se mostró incapaz de aplicar criterios de mínima intervención y proporcionalidad; de atender adecuadamente al interés concreto de las víctimas y de aplicar criterios que permitan la racional distribución de la carga de trabajo”²⁶.

Esta perspectiva crítica del accionamiento automático del modelo inquisitivo mixto, invita a que los Fiscales adopten en este esquema procesal acusatorio oral una directiva de trabajo interno mediante la cual eviten la activación de todos los resortes de la justicia por un caso que terminará sobreseído, y al que la pena de arresto procesal dispensada al

25 Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, p. 494.

26 CFCP, Sala II, causa N° 15.556, “G.,H.H., s/ recurso de casación”, rta. 31/10/2012.

acusado, sólo representa la erogación de recursos estatales sin finalidad razonable alguna.

Otra situación es la que se ha detectado en algunos casos, relativa a la falta de informe de antecedentes penales al momento de la audiencia y la indiferencia de los jueces, tolerando esta ausencia y dejándola funcionar en perjuicio del imputado.

Si los antecedentes no fueron informados al momento en que se realiza la audiencia, está claro que esa circunstancia no es un dato que pueda ser utilizado por el Fiscal para solicitar se deniegue la libertad del acusado en razón de no saber si tiene antecedentes o impedimentos, y mucho menos por el Juez que debe permanecer equidistante o no puede subrogar al Fiscal en apoyo de sus tesis sin elementos que los sustenten.

Los plazos procesales son los programas que establece el legislador. Tal como prevé el art. 108, 2do párrafo, de la ley 27.063, “Los plazos legales y judiciales serán perentorios”. De manera que el “inmediatamente” para el contralor judicial de la detención del art. 286 del CPPN y las 24 horas para la producción de la audiencia inicial del 353 ter CPPN, son límites al poder punitivo y su acaecimiento trae aparejado la pérdida de la potestad procesal vinculada al acto que no se llevó a cabo.

Una vez que la audiencia inicial es fijada por el Juez sin objeción de parte y consecuente pedido de prórroga, la apertura misma de la audiencia significa que ahí deben volcarse los actos formales que se prevén es ese momento y los informes y evidencias que quieran hacerse valer deben volcarse allí. La circunstancia de que el Fiscal no cuente con el informe de antecedentes, sólo puede llevar a una única interpretación al Juez: el titular de la acción penal no tiene antecedentes que informar del acusado. El Juez debe considerar a ese imputado como un sujeto libre de antecedentes o registros penales, básicamente porque la parte que tenía que acreditar ese extremo, o la existencia de un impedimento que deba ser evaluado en relación a la discusión sobre la libertad durante el proceso que inicia, no sostuvo su petición con un informe que acredite el extremo que invoca.

Problemas en la dinámica procesal

Edmundo Hendler escribía una nota en el diario La Nación allá por el año 1994, la cual puede consultarse en la página web de su cátedra, en la que sencillamente alertaba sobre lo inconveniente de intentar avanzar hacia la oralidad sin el recaudo del registro escrito, llevado adelante por un funcionario oficial instruido en esa tarea.

Lo hacía porque advertía lo que debemos de advertir todos quienes asistimos a integrar y participar de un medio judicial en el que la vertiginosidad propuesta por las normas de procedimiento que trajo la ley 27.272, exigen que amén de las videograbaciones, se lleven a cabo **registros que puedan tener alcance inmediato**, tanto para sortear discusiones propias del debate en audiencia como para utilizar el registro en otras audiencias próximas (como la apelación en la alzada), y de allí su rasgo esencial.

Decía el profesor Hendler, a propósito de la sanción del Código Levene, y reflexionando sobre el funcionamiento práctico de esa reforma, que “En nuestros tribunales no se ven taquígrafos ni máquinas de taquigrafía. Por más que las leyes implantando el sistema oral en los tribunales nacionales, lo mismo que las leyes provinciales que le sirvieron de antecedente y también las leyes más recientes que han modernizado los códigos procesales penales provinciales, contemplan la posibilidad de que se tome versión taquigráfica o bien se graben los debates, no es ésa una práctica habitual ni se han adoptado medidas de implementación que permitan pensar en su utilización. Las actas de los procesos orales lo único que dejan consignado son los datos identificatorios y el cumplimiento de las formalidades. Nada de lo dicho por los testigos o lo debatido por las partes queda asentado por escrito, salvo por excepción”.

Bajo esta mirada lamentaba por aquéllos años que “...el avance hacia la oralidad y la modernización que trajeron las leyes últimamente dictadas, haya quedado en mitad de camino. **Entre otras cosas, y aunque resulte paradójico el enunciado, porque un verdadero sistema de enjuiciamiento oral requiere el registro escrito**” –el resaltado me pertenece-.

Otros sistemas judiciales con más tradición en la oralidad, tienen otra mirada sobre el registro escrito en procesos orales. Según el sistema federal de Estados Unidos, por ejemplo, todos los juicios orales y públicos y las actuaciones previas al juicio celebrados en sesión pública son registrados por un taquígrafo oficial. Se trata de una persona con capacitación especial para anotar todas las declaraciones y presentar un informe literal (copia oficial) llamado transcripción. Una transcripción escrita y literal podría prepararse de ser necesario para una apelación o a solicitud de uno de los litigantes o de terceros.

En el nuevo procedimiento especial de flagrancia, la necesidad de que exista un funcionario oficial, que registre en forma dinámica, continua y bajo la posibilidad de acceso inmediato, todo el desarrollo de la audiencia, tanto la inicial, como las otras audiencias que se fijen, incluyendo la

audiencia de clausura y siguientes, es vital para el correcto desarrollo y posterior utilización de lo que fue materia de debate y de lo que deberá ser tomado como registro para activar la inmediata posibilidad de acciones de diversa índole por parte de las partes en función de lo volcado en la audiencia.

Este funcionario inclusive debería tener independencia y autonomía en la función, depender de la Corte o el Consejo de la Magistratura, tener bien delimitadas sus funciones y deberes en su oficio. Puede verse a modo de ejemplo el código de ética profesional de los taquígrafos oficiales del Estado de Nuevo México, donde bajo la “Rule 22-505” se destaca el deber de ser justos e imparciales en su labor respecto de cada participante y en todos los aspectos que hacen a la confección de actas; estar alertas a situaciones de conflictos de intereses o situaciones que en apariencia puedan revelar un conflicto potencial; protegerse no sólo de los hechos que puedan afectar la imparcialidad de su labor sino también la apariencia de impropiedad; preservar la confidencialidad y garantizar la seguridad de la información; ser veraz y preciso; abstenerse de recibir directa o indirectamente regalos, incentivos, recompensas o cualquier cosa de valor de parte de abogados, clientes, testigos o personas o entidades vinculadas al litigio; mantener la integridad de la profesión que cumple; y, por último, cumplir con las reglas de registro de procedimientos judiciales.

Para ser concreto, en el nuevo procedimiento especial de flagrancia, la imputación se da en la audiencia inicial y con esta descripción de hechos se produce la discusión en un acto procesal que además tiene el carácter de servir a múltiples propósitos. Con lo cual, no es menor un adecuado registro sobre lo delimitado como base fáctica –por ejemplo-, porque será sobre esa delimitación de la acusación sobre la cual luego versará la contradicción propia de la lógica dialéctica. **Ese mecanismo que la ley instituye, necesita de la intervención de un actor autónomo que registre en tiempo real lo que en audio y video puede analizarse después,** pero que la dinámica de la audiencia exige en ese instante concreto, donde se resuelve mucho más que la intimación inicial.

El litigante debe poder contar con el registro de lo discutido de forma inmediata y con ese material poder desempeñar eficientemente su labor. De lo contrario, el litigante pasa a tener un rol –otra vez- burocratizado por la fuerza, al tener que ocuparse de transcripciones de audiencias orales. Audiencias orales que tienen su razón de ser por la dinámica y celeridad que imprimen en el tratamiento de las discusiones jurídicas. Pero que se anclan en un tosco problema de gestión, si convertimos a los litigantes en escribas.

Debemos pensar y representarnos un sistema que aspira a que las audiencias no sean esos actos interminables a los que hoy se asiste. Sino, muy por el contrario, encuentros dinámicos, eficaces y rápidos en la resolución de lo discutido. Con lo cual, más temprano que tarde, donde antes los operadores del sistema concertaban 1, 2 ó 3 audiencias por día de larga duración, se podrá efectivizar la utilización del tiempo de tal manera que esa dinámica se vuelva mucho más eficiente y el número de audiencias celebradas aumente considerablemente. Lo que puede incluso a derivar en un sistema de organización de turnos de jueces, en donde un solo magistrado atienda y celebre las audiencias iniciales de los procedimientos de flagrancia de toda la jurisdicción porteña.

El punto es que con el incremento de las intervenciones de los litigantes, esa tarea burocratizante y asintomática de cumplir un rol de escriba, se transformará en un imposible y lo que es peor, impactará en la afectación al derecho de contar con tiempo y recursos para satisfacer debidamente la defensa en juicio y por ende el debido proceso legal.

Por otro lado, se agrega también a esta serie de argumentos la circunstancia de que con la delimitación del debate inicial, se deberá ocurrir en audiencia ante la alzada cuando se interponga una apelación, de manera que no es exigible que Defensor y Fiscal, dispongan de tiempo y medios para transcribir y luego analizar lo que debería ser un producto natural de la audiencia.

El establecimiento del registro oficial por un cuerpo de taquígrafos es una deuda pendiente que obstruye el camino a la consolidación de un sistema acusatorio oral pleno.

Dejando de lado esta crítica, hay otros dos problemas que quiero señalar. El primero relativo a la audiencia de clausura y la afectación del derecho de defensa con la notificación tardía de la acusación por escrito y la ausencia de exigencias de la ley 27.272 sobre este importante acto del procedimiento especial de flagrancia.

El segundo, está vinculado con otro problema que afecta a la imparcialidad en el juzgamiento y que lamentablemente era una cuestión que la ley vigente de implementación suspendida 27.063 resuelve de forma satisfactoria.

En cuanto a la audiencia de clausura entonces, el art. 353 quinquies, establece que cedida la palabra por el Juez a las partes, la querrela y el Fiscal se expedirán sobre el sobreseimiento o la elevación de la causa a

juicio. En caso de pedido de juicio oral –elevación-, la norma indica que se debe acompañar por escrito la descripción del hecho y su calificación legal.

Un primer problema que advierto es que ese acompañamiento por escrito, es en sí mismo: la acusación. Si se quiere mandar a juicio a una persona, se requiere ese acto formal, por escrito, donde se ateste con detalle, el hecho, pero también las pruebas y los fundamentos por los cuales se sostiene cómo tienen que ser entendidas esas pruebas para sostener las afirmaciones fácticas que componen las bases de la teoría legal que se pretenda se aplique.

Sin prueba en una acusación, no es posible verificar la motivación que exige el art. 69 del CPPN. Cómo es posible saber que ese dictamen de acusación es derivación razonada del derecho vigente, por encontrarse fundado y motivados en evidencias concretas, con su correcta explicación y relación precisa para sostener que tal o cual elemento apuntala un aspecto de la teoría de la acusación.

Sin prueba en una acusación, no es posible que el Defensor aconseje de forma eficaz al imputado, sobre las bondades o no de intentar una salida alternativa o sopesar un acuerdo de juicio abreviado.

Esta omisión legislativa es grave, porque supondrá la discusión sobre un aspecto coligado. La explicación fundada de cómo esa prueba sostiene la acusación. La fundamentación, esos argumentos que enlazan los elementos de prueba y dan vida y virtualidad a una teoría explicativa de todo el cuadro acusatorio, a la teoría del caso de la acusación, tiene que estar presente en un dictamen de acusación que pretende ser la pieza formal y escrita que garantice la claridad, la determinación con circunstancias de modo, tiempo y lugar, y con detalle de los elementos de prueba y los fundamentos, es decir toda esa trama argumental que otorga sentido explicativo a aquello que no habla por sí sólo.

Y este es otro pilar del sistema acusatorio oral, pues la lógica dialéctica de la contradicción, supone un mecanismo rodeado de cualidades –principios-, en lo que la razón del sistema adversarial propone para el juicio: un debate estratégico. Pero concebir al juicio como un ejercicio estratégico, no tiene nada que ver con la distorsión de la realidad, sino todo lo contrario, tiene que ver con la presentación de la prueba del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir lo que realmente ocurrió.

Y para esta simple realidad del acusatorio, hay que reconocer el pilar fundamental de esta nueva epistemología judicial: **la prueba no habla por sí sola.**

Así lo explican Duce y Baytelman, quienes advierten sobre la prueba que "...a veces, una porción de su valor es auto-evidente, pero prácticamente nunca lo es en todo el aporte que la prueba puede hacer al caso. A su turno, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente 'revela la verdad'); por último, la prueba tiene su máximo aporte de información y peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que solo en la medida en que esas relaciones sean relevadas, la prueba aporta al caso toda la extensión –en cantidad y calidad-, de la información que posee [...]. (C)oncebir el juicio estratégicamente importa **asumir que la prueba no habla por sola, sino a través de los litigantes**; y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información que posee, o bien pueden hacerlo de un modo que dicha información naufrague en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles de razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal”²⁷.

La función de la prueba y la relación de ésta con la construcción de la verdad, son dos caras de una misma moneda. El problema acerca del contenido de la palabra verdad, no es un conflicto que haya persistido por ausencia de argumentos en las discusiones, sino por ausencia de acuerdo sobre las bases epistemológicas de aquellas. La cultura jurídica latinoamericana –de herencia continental-, ha sostenido históricamente que la idea del juicio como ejercicio estratégico controvierte la búsqueda clásica de la verdad. Ésta no puede ser sometida a manipulación alguna. La verdad está ahí y puede ser revelada. Por lo tanto, no es admisible que el camino procesal ceda en lo empírico a lo valorativo. Se necesitan únicamente las leyes de las ciencias para guiar los actos cognoscitivos de descubrimiento.

Cuando se lanzan estas proposiciones, no se está pensando más que en un actor del sistema de justicia –usualmente jueces plenipotenciarios como los de instrucción, figuras similares a la de los inquisidores-, que revelan la prueba en un sentido unívoco. Este diseño procesal desacredita las ideas que fundan los principios de contradicción e imparcialidad, que deben estar presentes para asegurar un sistema penal de garantía y la nueva epistemología judicial sobre la que intento dar una dimensión adecuada para su entendimiento.

27 BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, Colección Derecho, 1era Edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004.

Lo cierto es que esta incongruencia sistémica ha adoptado muchas formas. Se ha dicho que “El vano esfuerzo por disimular el innegable enfrentamiento de intereses contrapuestos entre acusación y defensa ínsito en cualquier proceso, bajo el eufemismo de un ‘común interés de justicia’, se ha hecho extensivo incluso hacia el propio acusado, llegándose a decir que ‘existe tan poco conflicto de intereses entre el imputado y el Ministerio Público, como entre el enfermo y el médico que le quiere suministrar una medicina. Esta particular ‘eufemística’ se traduce en un método de averiguación de la verdad procesal de carácter unilateral, que procura alcanzarla no a través de la actividad de las partes, sino mediante la investigación oficiosa y eminentemente autorreflexiva de un órgano jurisdiccional, a quien en todas las etapas del proceso (incluso en el juicio) se considera el principal responsable de descubrirla: el juez o tribunal de juicio inquisidor, ‘historiador’, que averigua (instruye) y produce pruebas ‘autónomamente’, se ‘controla’ a sí mismo para no excederse en sus atribuciones, saca conclusiones y toma decisiones a base de los resultados de su propia investigación, todo a la vez. Cuando mucho se permite que lo ayude la dialéctica de las partes, cuyos derechos debe simultáneamente garantizar, incluso frente a sí mismo”²⁸.

El nuevo esquema del proceso acusatorio oral, instaura una lógica cognoscitiva que presenta una forma de determinación de la verdad procesal, mucho más cercana a la superadora visión actual sobre lo que ocurre en el sistema de justicia y sobre quiénes son los responsables de aquella determinación. Se ha dicho que un sistema acusatorio oral “...promueve a que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y, por lo tanto, la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (de argumentación y de prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder [...] (L)itigar juicios orales –y dirigirlos- es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio –por no decir ninguno- para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se comenten ante los ojos de todo el mundo”²⁹.

Queda claro entonces, primero, que la motivación comprende la explicación, fundamentación y argumentación de los elementos de prueba,

28 CAFFERATA NORES, José I., op. cit., p. 147.

29 BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, Colección Derecho, 1era Edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004.

el sentido concreto de cada uno de ellos dentro del gran cuadro explicativo de la teoría del caso. En segundo lugar, que esa explicación de la prueba y su relación de sentido con la tesis del caso de quien la propone en un marco explicativo, está ligada a un entendimiento dialéctico en la conformación de la verdad procesal, que en las instancias iniciales del proceso, audiencia inicial y de clausura, se dirigen a conformar el producto, la base, o la sustancia, sobre la cual versará la decisión jurisdiccional de la audiencia.

En el marco de la audiencia de clausura, es básico que la decisión del Juez contemple estos extremos y que su veredicto sobre alguna oposición defensiva relativa a la falta de fundamentación, determinación o precisión legal del dictamen de acusación entregado por escrito, se evalúe en base a estos parámetros de la epistemología judicial del acusatorio oral.

Véase que el art. 241 de la ley 27.063 nomina al dictamen escrito de la etapa de clausura como lo que es: una acusación. A su vez, en el inc. c), establece que esa acusación debe contener “Los fundamentos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que la motivan”. La expresión de los medios que fundan la imputación, junto a los fundamentos de la acusación en sí misma, brindan acabo cuenta de la entidad que tiene la formulación de un acusación con una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado (inc. b). No se trata de la enumeración de la prueba, ni su mención desprovista de análisis. Porque la respuesta a la pregunta por la motivación del dictamen de acusación, sólo puede ser respondida previo análisis crítico de los fundamentos y explicación precisa de las afirmaciones, la prueba y los argumentos que otorgan lugar y sentido a cada elemento dentro del gran cuadro explicativo que compone la teoría del caso del Fiscal.

Pero hay otro problema que estaba presente en la ley 27.063 y que ahora se presenta en la ley 27.272.

Se trata de la afectación al derecho a contar con los medios y tiempo adecuado para preparar la defensa de conformidad con los artículos 8.2.c de la CADH y 14.3.b del PIDCP, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia del 26/11/10, y “J. vs. Perú” con sentencia del 20/11/14.

Así como las pruebas que se produzcan antes de la audiencia inicial, tienen que ser **inmediatamente** informadas a la defensa para garantizar la defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 CN), y así como cada elemento de prueba que se produzca entre la audiencia inicial y la de clausura también debe ser informado **inmediatamente** a la Defensa por la manda constitucional citada y principios de objetividad y buena fe procesal,

todo lo cual era parte de la cosmovisión de la ley 27.063 en los artículos 6, 64, inc. d y 74; es de una necesidad elemental que el dictamen de acusación sea puesto en conocimiento de la Defensa con anterioridad a la audiencia de clausura.

En efecto, en la ley 27.063, de la lectura de los artículos 241, 244 y 246, no está claro que la oficina judicial, en el emplazamiento que hace a la Defensa en los fines de la audiencia del art. 246, lo haga entregándole copia del escrito de acusación.

Entiendo que es una interpretación natural y necesaria del art. 244 de esa ley. Pero igualmente hubiera sido más propicio que el legislador tuviera más presente a la Defensa en un proceso de partes adversarial. Estimo que esa falta de aceptación de lo que representa una nueva dinámica procesal, no basta con la enarbolar principios en las primeras disposiciones de un código o de una ley que introduce un procedimiento especial como la que ahora comento –ley 27.272–, sino que además tiene que contemplar a cada paso del proceso y tener presente ese diseño legal que se construye por la confrontación de opuestos cuya función es esa, contradecirse.

Más opaco aún es en el art. 353 quinquies, donde no es fácilmente deducible de la letra de la norma, el reconocimiento de la necesidad (obvia) de conocer el dictamen de acusación con antelación debida a la audiencia en donde se discutirá sobre la misma, hace al respecto del derecho de defensa y debido proceso, pues se debe contar con los medios y tiempo adecuado para preparar la defensa. Conocer la acusación antes de la audiencia es parte de una lógica primaria de buena fe. El proceso acusatorio oral no se basa en la sorpresa, muy por el contrario, la preparación exegética del caso y sus derivaciones es un pilar fundamental de la dinámica oral. Las audiencias no son para perder el tiempo. A las audiencias se debe asistir con toda la información necesaria. Todos los recursos y estructuras del sistema judicial deben orientarse en función y con la mirada puesta en el escenario principal de la construcción del avance del proceso: la sala de audiencia.

En cuanto al otro problema que adelanté, esta vez relativo a la afectación de la imparcialidad en el juzgamiento, circunstancia que lamentablemente es una cuestión que la ley vigente de implementación suspendida 27.063 contempla, y sobre la que se suscitarán numerosos planteos.

De los artículos 245, 246, 247 inc. d) y 248 2do párrafo, del código procesal según ley 27.063, es claro el diseño procesal según el cual quien

decide sobre la admisibilidad de la prueba no interviene en el juicio, y a su vez, quien resulta Juez de juicio no puede ni siquiera tomar conocimiento del acta en donde se registra la decisión sobre la admisibilidad de la prueba (auto de apertura –art. 247-).

Se trata de garantizar la imparcialidad del juzgador. En el diseño de la ley 27.272 esta circunstancia no se respeta y se mantiene un esquema similar al Código Levene, donde son los Jueces de juicio quienes a tenor de los artículos 354, 355 y 356, resuelven sobre la prueba ofrecida.

Y aquí hay que tener presente el diseño de un sistema acusatorio. ¿Cómo es posible que un Juez resuelva sobre la impertinencia de una prueba de una tesis explicativa del caso que no conoce? Sólo es posible que lo haga si se forma una idea explicativa del caso, si se forma un prejuicio sobre la utilidad de un elemento de prueba y si adelanta opinión sobre lo impertinente o sobreabundante de un elemento ofrecido por alguna de las partes.

La pérdida de imparcialidad, de la equidistancia de las partes, es evidente cuando se coloca bajo la responsabilidad del juzgador, la tarea de admitir o rechazar una prueba. Esa discusión, válida por cierto, se debe dar en otro ámbito, como propone la ley 27.063 en su artículo 246, párrafos 3ero, 4to y 5to, donde Fiscal y Defensor puedan hacer observaciones sobre la relevancia de la prueba ofrecida. Pero esa discusión no puede darse ante un Juez que luego juzgará el caso, porque allí se revelan cuestiones sobre la teoría de cada parte sobre la explicación de los hechos y es el Juez el que debe decidir sobre la inclusión o exclusión por resolución fundada. Esa decisión, invariablemente es una decisión sobre el caso en sí. De manera que quien adopta la decisión sobre la prueba del caso, ya trae consigo una impresión valorativa que le impide luego ser el Juez imparcial que exige el sistema de derechos y garantías constitucionalmente arraigado en nuestro medio.

El Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (CPPCABA), prevé en el art. 210 la audiencia de resolución sobre la prueba y la remisión o rechazo del juicio. El segundo párrafo prescribe que una vez concluido el acto, el Juez remite el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia para que se designe Juez de juicio. Y ese mismo párrafo prescribe “No se remitirá el legajo de investigación del fiscal ni otras actuaciones que no sean aquéllas que se acordó incorporar al debate y las actas labradas respecto de actos definitivos e irreproducibles”.

Vemos que esta norma procesal ya prevé que el Juez de juicio debe ser otro distinto de aquél que resuelve sobre la prueba. Pero esta situación

incluso se agudizó más, cuando se discutió en el caso “Galantine”³⁰, en el que un Juez de juicio solicitó las pruebas y documentos que figuraban en el acta del art. 210 del CPPCABA. El recurso de la Defensa contra la decisión de la Cámara que avaló la pretensión de la jueza de hacerse de esas pruebas y documentos antes de la audiencia de juicio, logró que el caso llegara a conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

En el voto de las Dras. Ruiz y Weinberg, se dijo que “De admitirse la legitimidad de la remisión del legajo tal como lo requiere la jueza de juicio, pierde todo sentido la norma procesal que dispone que ‘el/la Juez/a que entenderá en el juicio’ sea uno distinto al que intervino durante la etapa de investigación”.

En esa línea, sostuvieron que “Tanto el principio acusatorio como la garantía de imparcialidad exigen una lectura del segundo párrafo del art. 210 del CPPCABA más acorde con las demás normas que limitan fuertemente la actuación del juez del debate para reforzar el sistema adversarial y, a la vez, la imparcialidad del juzgador”. Que de ese modo “...se evitará que el juez tenga la posibilidad de conocer por adelantado los elementos incriminantes aportados por los acusadores, quienes podrán hacerlo en el debate, pero en presencia de su contradictor y será recién allí cuando el juez pueda apreciar su valor probatorio”.

Por su parte, el voto del Dr. Lozano, conformando la mayoría que decidió el caso haciendo lugar a los agravios de la defensa, indicó que “...el juez de garantías resuelve acerca de la procedencia de la prueba que las partes ofrecen para valerse de ellas en el juicio, y remite, únicamente, el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia donde se resolvió qué prueba, de la ofrecida, resulta admisible”.

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, declaró la inconstitucionalidad del art. 210 del CPPCABA, en lo atinente a la remisión del requerimiento de juicio –acusación fiscal-, al Juez del debate. Se dijo que “...el requerimiento de juicio es imprescindible para que el juez de garantías pueda evaluar en la audiencia del art. 210 CPP, la prueba cuya producción se va a admitir en el juicio oral, pero ninguna función cumple en manos del juez de debate, menos aun teniendo en cuenta que el juicio comienza con los alegatos de apertura de las partes, lo que refuerza aún más la tesis postulada por la defensa”.³¹

30 TSJ, expte. nro. 9443/12 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/ inf. Art. 1, ley 13.944”, rta. 18/12/2013.

31 CPCyF, Sala III, causa N° 0007223-00-00/12, “SUAREZ, VICTOR HUGO s/infr. art(s). 149 bis, Amenazas – CP (p/ L 2303)”, rta. 17/11/2015.

La defensa había sostenido que el requerimiento de juicio "... asegura el adecuado y amplio ejercicio del derecho de defensa en juicio y el debido control judicial del mérito probatorio de los cargos durante la audiencia intermedia. Muy por el contrario, aquello que verdaderamente –y a fuerza de reiteración- resulta incompatible con el estándar de protección de la garantía a un juicio imparcial es, puntualmente, la norma procesal que, concluido el debate intermedio, obliga al juez de esa etapa a enviarle esa pieza procesal a su par de la etapa procesal subsiguiente (art. 210, segundo párrafo, primera oración del CPPCABA) habilitando, así, a proceder a la lectura anticipada de sus fundamentos probatorios" (extracto del fallo citado).

Es claro que la ley 27.272, en el art. 353 septies, yerra orgánicamente al darle la potestad al Tribunal o Juez de juicio, de resolver sobre el ofrecimiento de prueba y con ello los conmina a contaminar su imparcialidad en el juicio que deben dirigir y sobre el cual dictar sentencia.

Este inconveniente en el diseño procesal para la instancia oral, es un obstáculo insalvable en la literalidad de la ley. Algunos podrías sostener que ese es el esquema actual del código Levene, sucede que la ley de procedimiento especial de flagrancia trae como punta de flecha, una arquitectura procesal que se erige como un proceso acusatorio oral, dentro de un código procesal mixto. De manera que para mantener la homogeneidad del procedimiento específico, la incolumidad de los principios que lo guían y que obligan a interpretar el ordenamiento en su conjunto bajo la impronta de esa cosmovisión procesal, obliga a hacer aplicación de los precedentes de la Corte Suprema en materia de resguardo de la garantía de la imparcialidad, atendiendo a los artículos 33 CN, 26 DADDH, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, y 10 DUDH³².

En último lugar, quiero señalar una cuestión más que está en discusión en estos primeros días de la implementación de la ley, relativo a la regulación del art. 353 sexies, donde resulta extraño apreciar que la posibilidad de suspensión del juicio a prueba y la realización de un acuerdo de juicio abreviado caduquen pasada la audiencia de clausura. Y digo esto porque lo que ocurre en la práctica es que el Juez de instrucción remite el acuerdo para la homologación del Tribunal Oral. Probablemente porque los jueces de instrucción no tienen la potestad de dictar sentencias según la ley de organización del poder judicial. Entonces, lo que ocurre es que toma conocimiento para la homologación el Tribunal Oral, de manera que es 1 ó

32 CSJN, *Fallos*, L. 486. XXXVI, "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal", causa N°3221C, rta. 17/5/2015; y, *Fallos*, D.81.XLI, "Dieser, María Graciela", rta. 8/8/2006.

3 jueces de una instancia en la que supuestamente ese derecho ingresa ya perimido. Es decir que el Juez que hace la audiencia de visu y que materialmente sentencia sobre el acuerdo de juicio abreviado, es un Juez que está en una instancia en donde el acuerdo no puede celebrarse hipotéticamente y que debe provenir de una instancia anterior en donde el Juez que interviene no tiene la potestad de sentenciar.

Entiendo que esta cuestión hiere cualquier tipo de pretensión de que la caducidad prescrita en la norma tenga algún efecto concreto en la práctica. La inteligencia de la norma no brinda acabada respuesta a la multiplicidad de derivaciones que puede ocurrir con un acuerdo de juicio abreviado que es elevado para homologación, donde puede ocurrir que en la audiencia de visu el Juez de Tribunal advierta que el acusado no comprendió el alcance del acuerdo y por esta razón desista de concretar el mismo, lo que derivará en una problemática retrogradación de la instancia con la eventual recusación de todos los magistrados intervinientes y la problemática situación de estar frente a un proceso que debía ser resuelto en un puñado de días y se ha visto desarticulado por una situación que no es tan extraña y que puede llegar a ser habitual.

En definitiva, lo problemático de un juicio abreviado en estos esquemas legales, se relaciona con la objeción epistemológica que describí anteriormente y en la dificultad de no reconocer que un sistema como el que se presenta en este procedimiento especial y que es una expresión reducida de lo que el código según ley 27.063 traía como paradigma procesal, porque el centro de estos procesos es el juicio y el juicio entendido como el escenario en donde se desarrolla un debate exegético sobre la prueba. Se trata de hacer rendir al máximo la dialéctica de la oralidad, en la que un acuerdo abreviado sobre bases cognoscitivas endebles no es más que un desenfreno de ansiedad, a través de la cual se emitirá una decisión sobre un proceso que aún no exhibe los presupuestos que habilitan a la jurisdicción para definir el alcance final de un hecho.

Si no hay expediente. Si no hay sumario. Si las decisiones jurisdiccionales se deben adoptar con el producido en la sala de audiencias, con el debate de partes, con la razón dialéctica que trae el sistema, me pregunto: ¿sobre qué fundamento versará la decisión del Juez? ¿Cómo garantizará que ese acuerdo esté motivado en pruebas que acrediten razonablemente y de forma fundada la responsabilidad que el acusado está asumiendo en él?

Cualquier Tribunal debería echar mano del inc. 3 del art. 431 bis para rechazar el acuerdo por la necesidad de un mayor conocimiento de los hechos, porque la ausencia total de prueba rendida y celebrada en un medio

oral, público y contradictorio, obstruye cualquier posibilidad de entender que en el caso hay prueba sobre la cual pueda motivarse un pronunciamiento que homologue un acuerdo temprano sobre los hechos y la responsabilidad del acusado en él.

La pretensión normativa de que el acusado acuerde un juicio abreviado en ese marco de condiciones y bajo pena de caducidad, importa un ejercicio de coerción estatal, intolerable al estado de inocencia y por lo tanto inconstitucional.

Conclusión

La reforma de la ley 27.272 y el establecimiento del procedimiento especial de flagrancia, se ha implementado sin que el sistema de administración de justicia se haya preparado debidamente para enfrentar un cambio de paradigma.

La necesidad de asignar recursos destinados a capacitación y formación, para incorporar personal administrativo y personal para áreas de investigación, era un pilar importante en la sanción de la ley 27.063. La introducción al sistema de justicia del procedimiento de flagrancia, con las consecuencias similares a la instauración de un sistema acusatorio oral, pero en mucho menos intensidad al ser focalizado a los casos que su título lleva, provocará ineludiblemente problemas prácticos y materiales para un correcto y adecuado funcionamiento, del que esperamos no redunde en lesión de derechos y libertades consagrados en un Estado democrático y constitucional.

Las críticas que he intentado explicar en esta breve aproximación a la reforma, tienen el objetivo de poner de resalto aquellas complicaciones de la cotidianidad, que pueden alterar la dinámica y funcionamiento de la ley, pero que aspiran en lo profundo, a la rápida reacción de los poderes públicos para construir un servicio de justicia a la altura de las demandas de la comunidad.