

3. MÁS QUE UN PERFUME: ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR LA LEY 27.272

Maximiliano Nicolás y Claudia Verde

RESUMEN

La sanción de la ley N° 27.272 (1/12/2016) implicó la modificación parcial del Código Procesal Penal de la Nación y el establecimiento de un procedimiento especial para los delitos cometidos en flagrancia. Este trabajo se plantea analizar los problemas centrales que plantea la reforma y realizar un balance en lo que respecta a los avances y retrocesos que tuvieron lugar como consecuencia de ella en materia de garantías constitucionales.

VOCES

Flagrancia. Niños, niñas y adolescentes. Régimen penal juvenil. Recursos. Juicio abreviado. Suspensión del proceso a prueba. Detención. Prisión preventiva. Tribunales unipersonales. Prueba.

MÁS QUE UN PERFUME: ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR LA LEY 27.272

Maximiliano Nicolás y Claudia Verde***

- ÍNDICE
- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA ETAPA INICIAL
- III. ETAPA DE JUICIO
 - a) Problemas generales
 - b) Cuestiones específicas
 - 1. La libertad durante el proceso
 - 2. Acuerdo de juicio abreviado
 - 3. Suspensión de juicio a prueba
 - 4. Juicio unipersonal
 - 5. Recursos
 - 6. Su aplicación a menores de 18 años:
 - Detención
 - Complejidad
 - Incompatibilidad
 - Otros cuestionamientos
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

La ley N° 27.272, publicada el 1° de diciembre de 2016, constituyó una modificación parcial al Código Procesal Penal de la Nación, que estableció un procedimiento especial para los delitos cometidos en flagrancia.

Conforme la exposición de motivos, a través del proyecto de ley se buscó dar respuesta al alto índice de criminalidad y reincidencia con “...una herramienta más ágil, sencilla y eficaz para el juzgamiento de hechos en los que los autores fueron sorprendidos al momento de cometerlos, o en posesión de objetos o rastros que hicieren presumir que acaban de participar en la comisión de algún delito”. De esta manera, muchos de los casos “...podrían ser resueltos en tiempo rápido y de modo eficiente con total respeto por las garantías de los imputados”, ya que “el lento accionar de la justicia no sólo retarda la rápida reparación a la víctima y a la sociedad, sino que obliga al imputado de un delito a padecer largos períodos de encierro o de incertidumbre respecto de su situación procesal”¹.

En definitiva, los procedimientos de flagrancia tienen “...como objetivo la celeridad de procesos y justamente lo que se ha buscado con ello es que aquél que ingresa al sistema penal reciba, en caso de merecimiento, la sanción correspondiente en un plazo razonable, ante la falta de necesidad de producción de prueba o su rápida producción”².

* Abogado (UBA). Funcionario en Defensoría General de la Nación.

** Abogada (UBA). Secretaria. Tribunal Oral de Menores II.

¹ Mensaje N° 556 del Poder Ejecutivo Nacional al remitir el proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación, que ingresó para su tratamiento el 4/4/16 (Expte. 22/16).

² Del voto de la jueza Mirta López González en la causa “V.C.N.”, rta. el 23/2/17. Sala V de la CNACC. (CCC 6369/2017).

La reforma está en consonancia con la respuesta que se ha tratado de dar al retardo de justicia y al uso excesivo de la prisión preventiva, mediante la simplificación del trámite de las causas penales a través de la regulación de lo que se denominan procesos abreviados o inmediatos, particularmente destinados a los casos de flagrancia.

Así, España³, Italia⁴, Bolivia⁵, Ecuador⁶, México⁷ y Perú⁸ –como ejemplos a nivel internacional– y la mayoría de las provincias argentinas⁹, han modificado su legislación mediante la incorporación de procesos abreviados que se caracterizan por la disminución de los plazos para el trámite y confirmación de sentencias, la oralidad, y la posibilidad de la utilización de diversas medidas alternativas previas al debate como la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, la mediación, la reparación, y los acuerdos de juicio abreviado, entre otros.

Esta ley se inscribe en la línea de reformas que intentan reducir la duración de los procesos penales, pero es una modificación parcial al código vigente que introduce

...paradigmas contrapuestos que, progresivamente, cambian la fisonomía original del ordenamiento, lo torna contradictorio, asistemático y complejo de aplicar. A esto se suma cierto apuro en el tratamiento legislativo y puesta en práctica, razones por las cuales no estuvo acompañado por la preparación previa de los operadores y la adecuación material necesaria para poner en práctica las nuevas reglas¹⁰.

Con anterioridad (17/6/14), en una comunicación a la entonces presidenta de la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Diputada Patricia Bullrich, la Sra. Defensora General¹¹ realizó diversas observaciones al proyecto de ley (Expediente N° 2577-D-2019), por el que se proponía incluir un procedimiento de flagrancia en el Código Procesal Penal de la Nación. En tal contexto, se pronunció sobre distintos aspectos que actualmente se encuentran contenidos en el texto de la ley n° 27.272¹².

En aquella oportunidad, expresó:

En primer lugar, hay que señalar que lamentablemente, y aun cuando se está tratando paralelamente en ambas Cámaras del Congreso la

³ Ley 38/2002.

⁴ El art. 449 del CPP instauro lo que se denomina juicio inmediato.

⁵ Ley n° 586 de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal (art. 326 y 393) del 30/10/14.

⁶ Código Orgánico Integral Penal (art. 635/639) del 10/8/14.

⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales (art. 201/207) del 18/6/16.

⁸ Decreto Legislativo n° 1194 del 29/11/15 (art. 446/448).

⁹ Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Ciudad de Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Rio Negro, Salta, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Tucumán, entre otras.

¹⁰ Del voto del juez Eugenio Sarraibayrouse, en la causa 72.809/2016, rta. el 28/12/16 por la Sala de Turno de la CNCCC.

¹¹ Dra. Stella Maris Martínez.

¹² El citado proyecto fue tomando en cuenta junto con los 4975-D-2014 y 3623-S-2014 al redactarse la norma hoy vigente.

necesidad de una transformación integral del sistema de justicia penal, se presenta una nueva reforma parcial que, al igual que las anteriores, intenta en virtud de las coyunturas sociales producir un cambio que es asistemático con el modelo procesal vigente [...] Los costos, en términos de derechos y garantías, que se ponen en juego con la propuesta legislativa son de tal magnitud que no permiten, en el marco de un Estado de Derecho, resignarlos en pos de los objetivos enunciados en los fundamentos del proyecto. Pero, además, si se considera las condiciones en las que se propone el cambio, donde sigue coexistiendo el expediente y su trámite con la oralidad, será necesario capacitar a los operadores del sistema. Esto requiere de un plazo prudencial si lo que se pretende es un cambio en la mentalidad de los que gestionan el sistema y no una adaptación a la vieja lógica. De este modo, ya sea la reforma integral o este nuevo parche será necesario un periodo de preparación antes de comenzar con la actividad.

La norma no solo se aplica para el código actual, sino que prevé el mismo sistema para cuando cobre vigencia el sancionado por la ley N° 27.063¹³.

Esta ley especial establece múltiples excepciones a las reglas generales de los respectivos códigos (sensiblemente diferentes) en materia de investigación y enjuiciamiento de delitos de acción pública. Es así como el articulado –en idénticos términos– se extiende del 1 al 8 y del 9 al 15, respectivamente, lo cual constituye el primer problema porque dichos procedimientos, como se verá, son diametralmente opuestos.

El código vigente es de carácter mixto, con preponderancia de un juez a cargo de la instrucción y un tribunal de juicio que mantiene facultades para actuar de oficio. En cambio, el código suspendido en su aplicación instaura un sistema acusatorio, en el que hay una clara separación de las tres funciones fundamentales de acusar, defender y juzgar.

Así, haber diseñado un procedimiento especial descontextualizado del sistema procesal, determina desde el inicio problemas severos de interpretación y ejecución (Martínez, 2016). En este sentido, la Sra. Defensora General afirmó:

A su vez, no hay que perder de vista que el Código Procesal Penal vigente es de corte inquisitivo reformado. La experiencia vivida en la provincia de Buenos Aires, sin abrir juicio de valor acerca de si efectivamente ha sido positiva, se realizó en el marco de un ordenamiento acusatorio formal o de primera generación. De hecho, en los comienzos, la experiencia fue denominada “Plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata”. Por lo tanto, tratándose de modelos procesales distintos, que responden a lógicas diferentes, no es posible transpolar los resultados obtenidos en dicha provincia a la justicia nacional y federal¹⁴.

¹³ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, sancionado el 09 de diciembre de 2014 y suspendido en su vigencia por Decreto 257/2015 del 29 de diciembre de 2015.

¹⁴ Op. cit. en nota al pie 11.

Por su parte, la jueza Garrigós de Rébora también advirtió sobre esta cuestión, al señalar:

...es que justamente la puesta en práctica de esta reforma ha venido a provocar la situación de la que hoy se agravia el recurrente, dado que pretende la aplicación de los principios que gobiernan el acusatorio, y que informan la reforma aludida, a una ley procesal que no puede asimilarlos por mucho que se extienda el esfuerzo interpretativo. Es claro que la situación hubiera hallado otra solución en la vigencia del Código Procesal (ley 27.063), cuya puesta en práctica ha sido suspendida expresamente¹⁵.

Es que el trámite asignado al procedimiento de flagrancia ha sido considerado una herramienta fundamental para profundizar el sistema acusatorio.

En el código procesal vigente, en cambio, se produce la modificación de dos de sus artículos, el 285 respecto de la definición de flagrancia y el 353 *bis*, que ya había sido un agregado al texto original. En los artículos 2 a 6 se establece el procedimiento en la etapa de instrucción, y en el 7 las normas que rigen cuando la causa es elevada a juicio.

A continuación, analizaremos las principales cuestiones que se suscitan a partir de la reforma, para un universo particular de casos.

II. LA ETAPA INICIAL

Como se dijera, la reforma modifica el concepto de flagrancia que contenía el art. 285¹⁶ para equipararlo en idénticos términos a los enunciados por el art. 184 del código de la ley 27.063. Además, cambia la instrucción sumaria introducida por la ley 24.826 que anexó el art. 353 *bis*¹⁷.

En aquella oportunidad, recordemos, se estableció para los casos de flagrancia¹⁸ en la comisión de delitos de acción pública, un procedimiento simplificado en sus plazos y formas. En acotada síntesis, las características distintivas eran:

¹⁵ “López José Andrés y otro s/ recurso de casación”, rta. el 4/10/17. Sala 1 de la CNCCC (CCC 9372/2017).

¹⁶ “Habrà flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”.

¹⁷ “Cuando una persona haya sido sorprendida en flagrancia de un delito de acción pública, y el juez considerare prima facie que no procederá la prisión preventiva del imputado, la investigación quedará directamente a cargo del agente fiscal, quien actuará con las facultades previstas en el libro II, sección II. [...] En la primera oportunidad el agente fiscal le hará conocer al imputado cual es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra, y lo invitará a elegir defensor. [...] El imputado podrá presentarse ante el fiscal con su abogado defensor, aun por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles. [...] La instrucción del agente fiscal no podrá extenderse por un plazo superior a los quince (15) días. [...] El imputado podrá solicitar al juez ser oído en declaración indagatoria. En tal caso la instrucción se regirá por las normas comunes”.

¹⁸ La definición del art. 285 indicaba: “Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por

1. Si el juez consideraba que no procedería el dictado de prisión preventiva, la investigación quedaba a cargo del agente fiscal.
2. No había auto de procesamiento. Luego de la recolección de elementos probatorios, la fiscalía (previa vista a la parte querellante si la hubiere) se expedía sobre la necesidad de elevar la causa a juicio.
3. La instrucción no podía superar los quince días.
4. El justiciable podía optar por el proceso común.

En la exposición de motivos se afirmó que:

Si bien el Código Procesal Penal de la Nación establece en sus artículos 353 bis y 353 ter un procedimiento de flagrancia es necesario su modificación con el objeto de ampliar la cantidad de los delitos alcanzados por éste y su aplicación no sólo a la etapa de instrucción sino también a la de juicio¹⁹.

El art. 353 *bis* de la ley 27.272 determina que en los supuestos de flagrancia de delitos dolosos cuya pena no supere los quince años de prisión, o veinte para los arts. 119, cuarto párrafo, y 166, tercer supuesto, del Código Penal, se desarrollará un procedimiento cuyas decisiones se adoptarán en forma oral en una audiencia pública y contradictoria, con presencia de todas las partes.

La selección de los delitos susceptibles de este procedimiento determina que, por un lado, queden excluidos todos los culposos –los cuales, por lo general, poseen una amenaza punitiva leve–.

Por otra parte, el monto de pena máxima fijado establece que queden comprendidos la mayoría de los ilícitos previstos en la legislación vigente, con lo cual este tipo de procedimiento deja de tener características de excepción (Martínez, 2016).

Al producirse una aprehensión por las fuerzas de seguridad, el fiscal es el que determina que la causa tramite bajo esta forma de procedimiento y el detenido es trasladado ante el juez (art. 353 *ter*). Es que conforme la exposición de motivos:

A su vez se permite además en un corto plazo resolver la situación del detenido cumpliendo con la manda constitucional derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (art 7.5)²⁰.

la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”.

¹⁹ Op. cit. en nota al pie 1.

²⁰ Op. cit. en nota al pie 1.

Si el ministerio fiscal hubiera dispuesto –conforme a su criterio– que el sumario se rija por las normas del proceso común, el magistrado interviniente no podrá –al hacerle la consulta las fuerzas de seguridad– modificar esta situación. Así lo entendieron los integrantes de la Sala 1 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, ya que “...es el agente fiscal quien deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia [...] y [...] será la defensa [...] quien podrá objetar fundadamente, la aplicabilidad del procedimiento...”, entonces, “...no resulta ser el juez quien debe decidir sobre el trámite que se le debe imprimir al asunto...”²¹.

En ese mismo sentido, se aclaró:

...aun cuando las circunstancias del caso permitan inferir que debió haberse adecuado la tramitación a las disposiciones del art. 353 bis y ss. del Código Procesal Penal de la Nación, y pese a ello, el fiscal de grado no lo hubiere hecho, ello en modo alguno, permite declarar la nulidad de lo actuado, toda vez que tal consecuencia no se encuentra prevista en ninguna normal procesal²².

Ahora bien, paralelamente, se ha destacado que para el acusador estatal resulta una obligación determinar los supuestos de aplicación de la ley: “La aplicación de este procedimiento no es facultativo para el Ministerio Público, pues la ley no le asigna a este una opción discrecional. Al contrario, a los fiscales sólo les compete verificar si se trata de un caso de flagrancia definido en el art. 285 CPPN”. Precisamente, de este modo lo entendió el juez García, al recordar que: “Tal aserción se infiere sin esfuerzo del art. 353 ter, primer párrafo, que declara que ‘al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el fiscal deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia, sometiendo el mismo al trámite establecido en este título’”²³.

De igual modo, los jueces Lucini y González Palazzo afirmaron:

...no es potestad del representante del Ministerio Público Fiscal decidir sobre la conveniencia de su aplicación. La norma lo impone siempre que se verifique la presencia de esos tres requisitos; no contempla excepciones como las que en este sumario se han invocado [...] menos aún pueden alegarse razones de política criminal. [...] No se trata de un juego semántico sobre el alcance del vocablo “deberá”. La dificultad probatoria fue expresamente ponderada como herramienta de oposición para una sola de las partes –la defensa–. Suponer que se trató de una omisión no parece correcto porque desvirtúa de manera directa el objetivo de dar un tratamiento dinámico, conciliador y expeditivo en un marco contradictorio. Desde un postulado lógico, que para el Fiscal sea un deber –y no una facultad–, explica por qué la norma sólo contempla con relación a la defensa la potestad de oponerse, y no ya el reclamo activo. Guarda entonces absoluta coherencia con el norte tenido en miras al sancionar la reforma –acelerar la sustanciación de los

²¹ “Gualberto, Gustavo Javier s/ nulidad”, rta. el 19/5/17, (CCC 27453/2017).

²² CCC 32745/2017, rta. el 29/9/17. Sala de Turno de la CNCCC.

²³ “CAC y otro s/ robo de automotor”, rta. el 24/4/17, Sala 1 de la CNCCC, (CCC 2416/2017).

expedientes– y con la obligación de velar por un adecuado ejercicio del derecho de defensa en un marco de garantizada transparencia por la presencia exigida de todas las partes [...] La premisa es que cuando el imputado fue sorprendido en cualquiera de los supuestos que marca el art. 285 del ordenamiento ritual, la producción de la prueba para el acusador será sumamente sencilla. De allí que cualquier prerrogativa sea puesta únicamente a favor del imputado. Si el legislador hubiese querido otorgar al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de decidir si el trámite del sumario responderá a un criterio de conveniencia, así lo habría hecho [...] Lejos de ello el instituto nació con estándares mínimos –nos referimos aquí a los tres requisitos que menciona el art. 353 bis y que fueron reseñados anteriormente– para atender la necesidad social de dar celeridad en los conflictos de los ciudadanos con la ley penal. Excepcionar la norma con semejante liviandad importaría facilitar en la práctica que se ignore lisa y llanamente algo que, por imperio legal, ha significado una modificación de parte del sistema de enjuiciamiento, dotándolo incluso de recursos humanos y técnicos en busca de mejor servicio de justicia. Esto no puede ser desatendido por el acusador público en la forma en que se pretende²⁴.

En definitiva, entonces, las interpretaciones jurisprudenciales reseñadas conducen a un sendero circular: la decisión de asignar el trámite previsto para casos de flagrancia a determinado proceso corresponde al Ministerio Público Fiscal y no puede ser impugnada por el juez. Se trata así de una obligación cuyo incumplimiento –más allá de eventuales consecuencias administrativas– no conlleva posibilidad de corrección. Lo que no fue pensado para ser facultativo, sin embargo, ante la falta de sanción inmediata frente a su no aplicación arbitraria, deviene opcional *ipso facto*.

En líneas generales, se trata de un procedimiento sumarísimo que se iniciará y concluirá con la realización de sendas audiencias, entre las cuales se producirán ciertos elementos de prueba y se recolectará la información que se crea necesaria, siempre a instancia de las partes.

En esta primera etapa se llevarán a cabo dos audiencias (inicial y de clausura), que como se dijera, son orales, públicas y contradictorias, en las que deberán respetarse los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Además, siempre serán audiencias multipropósito, característica que les confiere cierta flexibilidad.

A tal punto se ha respetado este principio que la Sala VI de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional afirmó que:

La ausencia del Ministerio Público Fiscal en el acto contraría evidentemente tal espíritu y solo puede interpretarse, a los fines de resolver la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada, como su desistimiento a la oposición formulada por su inferior en relación con la

²⁴ “Catalano, Renzo Fabián”, rta. el 29/6/17. Sala 6 de la CNACC. (CCC 32749/2017).

libertad de F.A.B., la cual entonces deberá ser dispuesta de manera inmediata²⁵.

Contrariamente, el juez Pinto –siguiendo la opinión vertida por su colega, el juez Cicciaro–²⁶, entendió que:

La ley 27.272 no modificó el régimen general de los recursos (artículo 353 bis y 353 quinquies, último párrafo del CPPN), de modo que la audiencia materializada en los términos del artículo 454 del ritual no resulta equiparable a las audiencias multipropósito contempladas en los arts. 353 ter, quater y quinquies del ordenamiento procesal que regulan las audiencias de inicio y clausura del procedimiento de flagrancia y que, por expresa disposición de la norma (art. 353 bis ibidem), se rigen por los principios de intermediación, continuidad, bilateralidad y contradicción.

Por ese motivo, su incomparecencia a la audiencia para efectuar la réplica respectiva no importa el desistimiento a la oposición formulada por su inferior jerárquico²⁷.

Más allá de referirse a la presencia del acusador público ante la Alzada al momento de resolverse un pedido de excarcelación denegado y recurrido por la defensa, también se ha suscitado una discusión en torno a la necesidad de que el imputado comparezca a la audiencia de clausura.

La Sala A de FERIA consideró que:

No obstante, en punto a la suspensión de la audiencia de clausura fundada en la mencionada rebeldía, consideramos que efectivamente tal acto no puede llevarse a cabo estando el causante en situación de contumacia, pues su ausencia –o la de su defensor, en el caso– implicaría una afectación al principio de bilateralidad especialmente consagrado en el segundo párrafo del artículo 353 bis del ordenamiento adjetivo, que dispone que será público y contradictorio, respetándose los principios de intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración. A nuestro juicio, la imposibilidad de contar con la presencia del imputado o la de su abogado –quien estaría vedado de representar sus intereses mientras subsista la rebeldía– importaría un apartamiento a esas pautas rectoras del procedimiento de flagrancia²⁸.

Lo propio sostuvo el juez Leif Guardia en la causa “Álvarez, Ezequiel”, ya que a su entender, la ausencia del imputado implicó un cercenamiento de su derecho de defensa, pues:

²⁵ Causa N° 72.795/2016, rta. el 6/12/16.

²⁶ “Estévez, Ezequiel s/excarcelación”, rta. el 10/1/17, Sala de FERIA A de la CNACC, (CCC 78453/2016).

²⁷ “Olivera Carmen, Oscar Luis s/ excarcelación”, rta. el 16/2/17, Sala 5 de la CNACC, (CCC 6501/2017).

²⁸ “Quiñones, Francisco”, rta. el 31/1/17, Sala A de FERIA de la CNACC, (CCC 370/2017).

...no tuvo la posibilidad de expresarse, de participar en un acto trascendental del proceso, ni pudo ejercer personalmente sus derechos o evaluar la posibilidad de requerir la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, frente a la caducidad establecida en el art. 353 sexies del Código Procesal Penal...”, dado que “el sistema de audiencias orales multipropósito requiere la indudable presencia de las partes y sus asistentes técnicos para respetar los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción²⁹.

Sin embargo, los integrantes de la Sala de Turno de la Excma. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional manifestaron que si bien le asistía razón al mencionado magistrado, en cuanto a que las audiencias multipropósito deben contar con la presencia de las partes en virtud de la índole de las decisiones a adoptarse, “...este principio no es absoluto y admite su análisis en cada caso particular”. Y justamente, en el supuesto bajo análisis, entendieron que no se había vislumbrado un perjuicio concreto al imputado que determinara la declaración de nulidad del acto³⁰.

Una de las innovaciones de la norma es la participación de la presunta víctima que cuenta con el derecho de asistir a todas las audiencias (debiendo para ello ser notificada con carácter previo a su realización), ser escuchada y, eventualmente, ser tenida por parte querellante.

A tal punto adquirió relevancia la presencia del presunto damnificado, que la Sala 1 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional anuló una resolución del juez de instrucción, argumentando entre otras cuestiones lo siguiente:

...advertimos que no podemos continuar con el análisis del caso, porque a poco de examinar las actas escritas que tenemos a la vista no obra constancia alguna que diera cuenta de la citación de la víctima, quien está perfectamente individualizada a fs. 8, para intervenir en las audiencias celebradas (arts. 353 ter del CPPN), máxime en consideración de la temática en examen, donde se ventila la posibilidad de suspender el juicio a prueba. La falta de su intervención, como parte damnificada –art. 76 bis párrafo tercero del CP–, determina la nulidad de la decisión adoptada a ese respecto –art. 166, 167 inc. 2 y cctes. del CPPN– contraviene el fin perseguido por la ley³¹.

De la misma manera, la Sala 4 de dicha Cámara ha sostenido que la oferta de reparación del daño es un requisito de admisibilidad en la concesión de la suspensión del juicio a prueba, por lo cual la omisión de

...dar intervención a una parte que debió ser notificada del acto según la manda legal, razón por la cual cabe concluir en la invalidez de la audiencia desarrollada el 20 de marzo pasado en lo relativo al tratamiento del instituto de ‘probation’ solicitado por la defensa de

²⁹ CCC 4721/2017 del 12/4/17

³⁰ Ídem anterior.

³¹ Causa 72853/2016, rta. el 26/12/16.

Rotundo (art. 167 del CPPN)[, pues] la celeridad que como una de sus características distintivas exhibe el régimen de flagrancia (ley 27272) debe necesariamente conciliarse con los recaudos legales para el válido otorgamiento de las soluciones alternativas posibles³².

Se adoptan así los criterios imperantes de brindarle un rol protagónico a la víctima en el proceso, tal como lo instaura la nueva ley 27.372³³, la cual en su art. 3 enuncia como principios rectores, entre otros,

...establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados.

Es así como la norma modifica el código de rito en el Capítulo III³⁴, donde en el art. 81 expresamente se le brinda a la víctima el derecho a "...ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente"³⁵.

Además, también en el art. 293 del CPPN, se ordena que la víctima sea citada a la audiencia de suspensión de juicio a prueba, aunque no se hubiere presentado como parte querellante.

A pesar de haber instaurado un proceso de características acusatorias, no se le brindaron al Ministerio Público Fiscal herramientas que le permitieran aplicar criterios de oportunidad amplios y procedimientos abreviados³⁶, a diferencia de lo que ocurrió en la provincia de Buenos Aires³⁷, San Juan³⁸ y en el código de forma introducido por la ley 27.063³⁹.

Tampoco las actuaciones policiales son remitidas a la fiscalía sino al juzgado, por lo cual ambas partes tomarán conocimiento de ellas al momento de celebrarse la primera audiencia.

Además, la norma no prevé la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal, luego de un nuevo estudio del caso pueda apartarse del régimen de flagrancia por él

³² "Rotundo, Cristófer Guillermo", rta. el 3/4/17 (CCC 7653/2017).

³³ Ley de Garantías y Derechos de las Personas Víctimas de Delitos sancionada el 21/6/17 y publicada en el Boletín Oficial el 11/7/17.

³⁴ Derechos de las víctimas y los testigos: Arts. 79 al 81.

³⁵ Art. 80 inc. F del CPPN.

³⁶ Para un resumen sobre las posibilidades existentes ver: Verde, Claudia. "Alternativas a la pena privativa de la libertad" en Derecho de Ejecución Penal. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2006, ps. 389/401.

³⁷ Art. 56 bis incorporado por ley 13.183.

³⁸ Art. 16 ley 1.465.

³⁹ Art. 30 y 31.

instaurado⁴⁰. Sin embargo, del análisis jurisprudencial surge que a partir de evaluar los elementos probatorios, en determinada situación la fiscalía solicitó que la causa continuara bajo el régimen común⁴¹.

Hubiera sido tal vez más interesante que la propia ley previera que, en la audiencia inicial, el ministerio fiscal (luego de tomar conocimiento de la prueba colectada por las fuerzas de seguridad) fundara los motivos por los cuales debería seguir el trámite de la causa bajo esta modalidad especial. De ser así, se daría un verdadero proceso contradictorio, donde la defensa podría objetar o no las razones de la fiscalía para mantener o apartarse de determinado trámite.

En la primera audiencia, la fiscalía informará al imputado el hecho que se le atribuye y las pruebas en su contra, brindándole la posibilidad de declarar conforme lo normado por el art. 299 del CPPN⁴². Asimismo, se discutirá sobre la necesidad de mantener su detención o disponer su libertad. En dicho acto, las partes solicitarán la producción de las pruebas que consideren útiles para completar la instrucción, por un plazo no mayor a los veinte días, y se fijará la audiencia de clausura (art. 353 *quater*).

En esa oportunidad, el imputado o su defensa pueden objetar fundadamente la aplicación de este procedimiento, ya sea por considerar que no se trata de un supuesto de flagrancia (art. 285 CPPN) o bien por la complejidad de la prueba a producir. Sin embargo, a diferencia del proceso anterior, ésta deja de ser una facultad del imputado para convertirse en una solicitud excepcional que será resuelta por el juez y apelable solo frente a uno de los jueces del Tribunal de Alzada.

El fundamento último de esta modalidad

...se ancla en la existencia de un delito cometido in fraganti, y el legislador ha determinado la salida hacia el régimen ordinario cuando media complejidad en el caso, consecuentemente con ello dicha complejidad debe, de modo indirecto, afectar la noción misma de flagrancia; siendo que esta última presupone –por sí– una evidencia y sencillez en la comprensión de lo acontecido, y que el concepto de complejidad –entonces– implica un elenco de pruebas que se muestran alejadas de la simplicidad propia de este mecanismo procesal⁴³.

Ahora bien, el juez es quien debe determinar cuándo un caso amerita una investigación compleja, lo cual no solo puede estar relacionado a la producción de pruebas que no podrían ser concluidas en el breve plazo de este tipo de procedimiento.

⁴⁰ Tal como lo señalara el juez Luis García en el fallo citado en la nota al pie 25.

⁴¹ Ver fallo de la Sala 7 de la CNACC, "G., D. M s/ coacción", rta. el 7/4/17 (CCC 17178/2017). También en la causa 3986/2017 del Juzgado Federal de Paso de los Libres, conforme surge de la resolución de la Cámara Federal de Corrientes del 13/7/17.

⁴² Formas de la indagatoria.

⁴³ Voto del juez Días en "FJE y otros s/legajo de casación", rta. el 9/6/17. Sala 2 de la CNCCC (CCC 2435/2017).

En definitiva, el pedido estaría siempre vinculado al derecho de defensa que tiene el imputado, pudiendo verse coartado ya sea por la imposibilidad de recurrir el rechazo a la producción de determinadas pruebas propuestas, o por la negativa a que el proceso continúe de forma tradicional.

En este punto, es donde claramente se demuestra el protagonismo del juez que, conforme la facultad que le otorga el art. 199 del CPPN⁴⁴, determinará si es pertinente y útil la realización de las medidas requeridas⁴⁵. Durante este primer tramo, entonces, el magistrado interviniente producirá la prueba.

A diferencia del procedimiento común, el juez no actúa como director de la investigación ni posee los poderes discrecionales que se le asignan en aquél⁴⁶ sino como juez de garantías. Sólo conserva la facultad de ordenar la realización de medidas de prueba que le fueran solicitadas por las partes y de dictar la prisión preventiva como medida cautelar, a instancias de la fiscalía o de la querrela.

Así fue interpretado jurisprudencialmente en los siguientes términos:

...el espíritu de dicha norma ha sido el dotar al trámite de un director del proceso que actúe como un verdadero juez de garantías, que tome sus decisiones en forma oral, en audiencia pública y contradictoria y respetándose los principios de inmediatez, bilateralidad, continuidad y concentración, garantizándose de tal modo su imparcialidad...⁴⁷.

En otro caso donde el magistrado –a pesar del acuerdo de las partes para que el justiciable accediera a la suspensión del juicio a prueba– rechazó el pedido, los integrantes de la Sala 6 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional afirmaron que:

...la decisión del magistrado se encontraba fuera de las pretensiones de las partes del proceso, ya que se debían respetar los principios de contradicción y bilateralidad inculcados por la Ley 27.272. [...] Debe repararse en los claros lineamientos de corte acusatorio que rigen el instituto de flagrancia, dentro del cual lo único que quedaría es efectuar un control de legalidad sobre su procedencia y prevaleciendo un criterio amplio [...], a fin de no vulnerar el espíritu que la ley contempla, ya que el juicio de conveniencia y oportunidad político–criminal es competencia exclusiva del titular de la acción⁴⁸.

⁴⁴“Las partes podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles; su resolución será irrecurrible”.

⁴⁵ Así lo resolvió el juez Cilleruelo, titular del Juzgado Nacional de Menores N° 4, causa 3912/2017, seguida a “Aponte, Arnaldo”, rta. el 23/1/17.

⁴⁶ Conforme el art. 26 del CPPN “El Juez Nacional en lo Criminal y Correccional investiga los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal, excepto en los supuestos en los que el Ministerio Público Fiscal ejercite la facultad que le otorga el artículo 196”, y el art. 194 que reza “El Juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196”.

⁴⁷ “O., M. M.”, rta. el 21/2/17. Sala 1 de la CNACC, (CCC 74367/2016).

⁴⁸ “Españeira, Juan Andrés”, rta. el 11/5/17, (CCC 15442/2017).

Una vez más nos encontramos con que es el fiscal quien determinará si se trata de un caso de flagrancia, al definir el hecho materia de investigación. Informará al imputado sobre el ilícito que se le atribuye y las pruebas que existen en su contra.

El juez, tal como ha sido advertido, no puede examinar de oficio la decisión de la fiscalía de imprimirle un trámite especial (de flagrancia) al proceso, sino que la ley ha previsto que se discutirá a pedido de la defensa.

Por otra parte, la ley –como también señaláramos– le otorga a la defensa la facultad de solicitar, fundadamente, que la causa tramite bajo las normas del proceso común, pero no así a la inversa, es decir, que pueda requerir la conversión a un procedimiento de flagrancia. Sin embargo, en varias oportunidades se ha peticionado esa posibilidad, sin que tuviera una respuesta favorable por los magistrados de instrucción. Ello determinó la intervención de la Cámara de Apelaciones con respuestas disimiles de sus integrantes.

En los autos “Catalano, Renzo Fabián”⁴⁹, la defensa solicitó la nulidad del auto de procesamiento, pues consideró que la decisión del ministerio fiscal de no aplicar la ley 27.272 al caso

...desoye de manera arbitraria reglas procesales y derechos y garantías del sistema de enjuiciamiento penal [ya que] para que la detención del imputado, sin orden judicial, pueda ser convalidada en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional, el hecho justamente debe enmarcarse en el concepto que da el nuevo art. 285 del Código Procesal Penal, lo que conduce necesariamente a que el trámite de la causa sea bajo la nueva modalidad prevista⁵⁰.

Los jueces Lucini y González Palazzo resolvieron declarar la nulidad de la indagatoria como del auto de procesamiento, y ordenaron que –con la premura del caso– se llevara a cabo la audiencia multipropósito prevista por la mencionada normativa, como fundamento de ello, afirmaron que

...la Ley 27.272 sólo prevé la oposición de la defensa a su aplicación en dos casos: cuando no se verifiquen los presupuestos del citado art. 285 o cuando la complejidad de la investigación lo impida. Pero el gravamen que su no aplicación puede generar al imputado es, a esta altura, indiscutible, pues evita la rápida respuesta que el sistema prevé en una primera audiencia multipropósito y otra de clausura. En ellas se define lo relativo a su libertad, las soluciones alternativas de conflicto que se propongan y, eventualmente, el avance hacia la próxima etapa. Reduce así la duración del trámite del legajo en la instancia instructoria, en esta alzada en su revisión y en el debate a través del juicio unipersonal.

A su entender,

La flagrancia se caracteriza especialmente por sus cortos plazos, pero éstos no alcanzan por sí solos para definirla o agotarla. El dictado de

⁴⁹ Fallo citado en nota al pie 26.

⁵⁰ Sala 6 de la CNACC. Rta. el 29/6/17, (CCC 32749/2017).

una resolución que decida la cuestión es la piedra angular del ensamblaje legislativo vigente y ello debe ser privilegiado. La pregunta entonces que subyace es la siguiente: ¿puede el Fiscal invocar razones de complejidad para evitar el trámite que dispone esa norma? Para despejar tal interrogante debe reconocerse que tras más de seis meses de la entrada en vigencia de la norma, hoy pueden analizarse sus disposiciones de un modo más preciso. La experiencia muestra que su aplicación ha ido decreciendo considerablemente, a tal punto que hoy pareciera ser la excepción. Y lejos de obedecer a la escasez de detenciones flagrantes, respondería a una deformación inexplicable que se ha ido haciendo de la letra de la ley. [...] Nótese incluso que esto es ratificado cuando se prevé para la asistencia técnica la posibilidad de obtener una prórroga del plazo de producción de prueba, siempre que “fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa”. Parece quedar claro que la preocupación del legislador estuvo dada porque los exiguos plazos que se prevén para dar resolución al conflicto no pusieran en riesgo la defensa eficaz⁵¹.

En cambio, los jueces Bunge Campos y Rimondi consideraron que:

Más allá de que el planteo defensorista, vinculado a que el caso sería encuadrable en las previsiones de la ley 27.272, podría resultar plausible, lo cierto es que la actual normativa no contempla la posibilidad de esa parte propicie la aplicación del régimen de excepción analizado, aunque sí a oponerse, tal como hemos sostenido recientemente en la causa n° 29355/2017. El art. 353 bis, del Código Procesal Penal de la Nación establece el procedimiento para casos de flagrancia, ordenando la celebración de una audiencia oral, pública y contradictoria, en los supuestos en los que el fiscal así lo declare; el acusador público es el único que tiene la potestad de declarar el caso como flagrante (art. 353 ter, de ese cuerpo normativo) y sólo está prevista la objeción del imputado o su defensa, de manera fundada, respecto a la aplicabilidad de ese procedimiento y frente a la decisión adversa, su impugnación (art. 353 quater, tercer y cuarto párrafo, de aquél), pero no a la inversa⁵².

En la misma línea se expidieron los integrantes de la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, al revocar la nulidad decretada por el juez Pérez Lance en un caso en el que –a su criterio– el Ministerio Público Fiscal había dejado de lado el esquema específico de flagrancia, pues consideraron que dicho magistrado se había excedido en el marco de su jurisdicción. Así, tomaron en cuenta lo señalado por el Fiscal General que afirmó:

...no existe disposición legal que obligue en esa oportunidad, bajo pena de nulidad, a dar razones de la elección del trámite elegido, ni norma alguna que –en igual sentido– sancione la obligación de ajustar el procedimiento a las circunstancias del caso. En este punto cabe tener

⁵¹ Ídem anterior.

⁵² Sala 1 de la CNACC, rta. el 19/6/17 (CCC 31727/2017).

presente que la defensa puede oponerse a que se dé trámite de flagrancia a un proceso, pero no lo contrario. Y –de ninguna manera– resultaría el juez el magistrado a quien corresponde decidir en ese sentido; al menos, conforme las disposiciones que rigen, en la actualidad, los procedimientos por hechos cuyos autores fueron sorprendidos en flagrancia (cf. Art. 285 del CPP)⁵³.

El art. 353 *quinquies*, en tanto, regula lo relativo a la audiencia de clausura. La querrela y el Ministerio Público Fiscal, con base en lo dispuesto en el art. 346 del CPPN, solicitarán –por escrito– la elevación a juicio o el sobreseimiento del imputado. Además, en su caso, requerirán el dictado de la prisión preventiva. La defensa, por su parte, formulará oralmente sus objeciones en los términos del art. 349 del CPPN.

El juez resolverá conforme lo normado por el art. 351 del citado ordenamiento legal, y es en esta instancia donde estará obligado a tomar decisiones sobre la probable existencia del hecho o la culpabilidad del imputado, ya sea porque deberá resolver sobre su sobreseimiento o el dictado de la prisión preventiva. En ambos casos, deberá examinar la prueba disponible y formar su convicción sobre el hecho y la probable responsabilidad penal del justiciable.

En la práctica, a menudo en la primera audiencia luego de poner en conocimiento del imputado el hecho que se le atribuye y las pruebas que existen en su contra, si las partes no solicitan la producción de otras medidas que consideren útiles para completar la instrucción, directamente se realiza la audiencia de clausura.

Más allá de que a primera vista se podría pensar que si las partes estiman que la instrucción está concluida no sería necesario esperar para clausurar el trámite en un único acto, esto determina –a nuestro entender– algunos inconvenientes que luego repercutirán en la etapa de juicio.

La separación de ambas audiencias, aún por pocos días, podría brindar la posibilidad de que se concrete la realización de un acuerdo de juicio abreviado o la suspensión del proceso a prueba; institutos que como veremos más adelante, en principio están vedados para la etapa posterior (art. 353 *sexies*).

Tampoco resulta adecuado que las declaraciones testimoniales en las que sustenta la acusación –en particular de la presunta víctima– hayan sido recepcionadas sólo en sede policial sin el debido control de las partes, y recién en la audiencia de debate puedan brindar su testimonio con todas las formalidades que exige la ley; máxime si por algún motivo no pudiere comparecer⁵⁴.

Por otra parte, consideramos que ello también llevaría a un cercenamiento al derecho de recurrir la decisión de mantener la detención del imputado, pues si

⁵³ Fallo citado en nota al pie 24.

⁵⁴ En este punto adquiere relevancia lo normado por el art. 391 del CPPN y los estándares desarrollados por la jurisprudencia nacional e internacional sobre la incorporación de la prueba por lectura y el derecho a controlar la prueba de cargo, en especial a partir del fallo “Benítez, Aníbal Leonel” de la CSJN (Expte. B.1147.XL, resolución del 12/12/06).

bien la defensa podría solicitar la excarcelación y ello sería materia de recurso de apelación, el dictado de la prisión preventiva, no.

Más allá de que en estos casos la defensa había prestado su conformidad para que se unificaran las audiencias, en otros, su realización de manera forzada determinó la nulidad del acto. Así lo entendieron los integrantes de la Sala 1 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en circunstancias en que la defensa se había opuesto a la realización de la audiencia de clausura por no haber obtenido previamente una copia del requerimiento de elevación a juicio y existir una vía de apelación pendiente en relación a medidas de prueba solicitadas y denegadas, en los siguientes términos:

Claramente, el juez desoyó la postura de la defensa de oponerse a la apertura de la audiencia de clausura en perjuicio de los derechos del imputado. Por ello, al no existir conformidad de esa parte en tratar en una única audiencia las cuestiones referidas al trámite del proceso, incluso, con la expresa oposición, corresponde declarar la nulidad de lo actuado el 27 de marzo pasado en lo que respecta a la unificación forzosa de la audiencia de clausura...

Entonces, reiteraron su opinión respecto de que "...el espíritu del legislador al sancionar la ley 27272... de reducir los tiempos del proceso, ello no puede tener lugar en desmedro de los derechos del imputado"⁵⁵.

En efecto, la celeridad en la realización de los actos procesales –que en el caso de flagrancia de por sí son exiguos– puede constituir un real menoscabo al ejercicio efectivo de la defensa, no solo para esta etapa sino también para el momento en el que deba desarrollarse la audiencia de debate, pues “contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, en los términos del art. 8.2 c) del tratado, es una de la garantías inherentes al derecho de defensa”⁵⁶.

En este sentido, debe destacarse que la Sala 4 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional consideró que no era materia de recurso el rechazo del juez de grado frente al pedido de la defensa de la realización de medidas de prueba como la solicitud de diferir la fijación de la audiencia de clausura establecida en el art. 353 *quinquies*⁵⁷. Por último, debemos hacer referencia a dos cuestiones que se han planteado durante la etapa inicial.

En primer lugar, se suscitó una discusión frente a la presentación de un acuerdo de juicio abreviado en la etapa de instrucción, acerca de cuál era el órgano jurisdiccional que debía dictar sentencia.

A partir de las contiendas de competencia que tuvieron lugar, la Excma. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional determinó que era el juez de

⁵⁵ “Aguilar de León, Carlos Javier”, rta. el 31/3/17. (CCC 17607/2017).

⁵⁶ Caso “Herrera Espinoza Vs. Ecuador” y “Garrido Cárdenas Vs. Perú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de mencionar el art. 8.2 CADH, cita el precedente “Palamara Iribarne Vs. Chile”.

⁵⁷ “Terán, José Antonio”, rta. el 28/12/16, (CCC 74855/2016).

instrucción el que debía resolver el pedido⁵⁸, pues consideraron que el art. 353 *sexies* establece que: “...el juez deberá dictar un pronunciamiento al respecto en forma inmediata pudiéndose dar a conocer los fundamentos dentro de los tres (3) días posteriores”, y no existen motivos para apartarse del tenor literal de la ley. Además, descartaron el argumento de imparcialidad, ya que en este tipo de procedimiento el magistrado, como lo señaláramos, cumple un rol de juez de garantías, aunque se hizo la salvedad de que podría verse condicionado si

...hubiese sido llamado a valorar los elementos de prueba disponibles o a decidir algún artículo que requería que se pronunciase sobre el hecho imputado y la probable responsabilidad del imputado, en tal evento el compromiso para la imparcialidad del juez o tribunal no sería el resultado de un condicionamiento estructural del procedimiento, sino de una contingencia eventual que requiere ser examinada caso por caso⁵⁹.

El otro problema está relacionado con la mecánica establecida para los recursos que pudieran presentarse en esta etapa, ya que conforme el art. 353 *quinquies* “Las apelaciones que se hubieren presentado desde el inicio del proceso hasta la finalización de esta audiencia, serán elevadas a la alzada en forma conjunta en este acto, con excepción de aquellos planteos vinculados con la libertad del imputado” como lo relativo a la denegatoria de apartarse del trámite de flagrancia (art. 353 *quater*), lo cual determina que sólo una vez que se hayan resuelto aquellos, el magistrado puede elevar la causa a juicio. Actuar en contrario podría acarrear inconvenientes, máxime con el plazo exiguo con el que se cuenta para fijar la audiencia del art. 353 *septies*⁶⁰, por lo cual los integrantes de la Sala 5 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional han sostenido –con diferentes argumentos– que debe aplicarse lo normado por el art. 353 del Código Procesal Penal de la Nación⁶¹.

III. ETAPA DE JUICIO

Textualmente, el art. 353 *septies* indica:

Constitución del tribunal. Ofrecimiento de prueba. Audiencia. Fijación de fecha de debate. Dentro de un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas de recibido el caso en el órgano de debate, se notificará a las partes la constitución del tribunal y en el mismo acto se las citará a una audiencia oral en un plazo que no podrá ser superior a cinco (5) días para ofrecer la prueba para el debate. En dicha audiencia se resolverá sobre la procedencia de la misma. Si el imputado estuviese en prisión preventiva, se debatirá sobre la necesidad de su vigencia. Además, podrán introducirse las nulidades y excepciones que no hubieren sido planteadas con anterioridad. Resueltas oralmente las

⁵⁸ CCC 72809/2016 y 72817/2016, rta. el 28/12/16 y 74001/2016 del 5/1/17, dictadas por la Sala de Turno, con distintas integraciones.

⁵⁹ Voto del juez García en fallo citado en nota al pie 10.

⁶⁰ Por ejemplo, la situación planteada en la CCC 9843/2017 de la Sala de Turno de la CNCCC, rta. el 14/6/17.

⁶¹ CCC 45476/2017, rta. el 9/8/17.

incidencias, el tribunal fijará la fecha de debate en un plazo que no podrá exceder de veinte (20) días desde la radicación. En todos los casos sometidos al procedimiento para casos de flagrancia, cuya pena máxima prevista no sea mayor a quince (15) años, el juzgamiento lo realizará un único magistrado.

A priori, su lectura revela que existen circunstancias del trámite de la causa en esta etapa que no se han tenido en cuenta, y que solo a partir de la interpretación jurisprudencial podrán ser solucionadas.

a) Problemas generales

En primer término, enunciaremos distintas cuestiones genéricas que no han sido contempladas, para luego involucrarnos en el análisis de cuestiones específicas.

Elevada la causa a juicio, dentro de las 48 horas, se notificará a las partes la constitución del Tribunal y se fijará la audiencia para ofrecer prueba en un término no mayor a cinco días. Rotundamente, entonces, se modifica el plazo y la forma en la que se ofrecerá prueba.

Ahora bien, nada se dispone respecto de posibles recusaciones o excusaciones, como así tampoco el término en el cual podrían ser interpuestas.

A diferencia del art. 354 del CPPN, el ofrecimiento de prueba, las nulidades y las excepciones, se desarrollarán en una única audiencia oral que deberá regirse por lo establecido en los art. 355 y 356 del mismo cuerpo legal.

La nueva legislación tampoco prevé la posibilidad de que las partes y/o de oficio el Tribunal puedan disponer los actos de instrucción que se hubieran omitido, denegado o fueran de imposible realización en la audiencia de debate (art. 357 del CPPN).

Es dable suponer que al notificarse la radicación de la causa se podrá recusar a los jueces intervinientes y, en la audiencia oral, plantear la instrucción suplementaria –aun cuando la ley nada establece al respecto–.

A diferencia de la etapa de instrucción, no se mencionan los recursos que poseen las partes frente a las decisiones adoptadas en dicha audiencia, ni tampoco la forma de su tramitación. Como se dijera, en la anterior etapa procesal, se establece que deberán interponerse en la misma audiencia y allí serán resueltos –aunque cabe destacar que el recurso de apelación difiere en su tramitación al de casación–.

Otro problema subyacente es determinar si esta primera audiencia es unipersonal o colegiada, pues en su primera parte el artículo se refiere genéricamente al “Tribunal”.

Sería lógico pensar que en los casos más complejos o a partir de la necesidad de discutir el mantenimiento de una medida restrictiva de libertad, debería intervenir el tribunal en forma colegiada –más allá de que la presidencia se le asignara a uno de ellos–. Ello, además, permitiría interponer recurso de reposición ante el pleno –

del mismo modo que en la audiencia de debate– previo a la interposición del recurso de casación. Sobre este tema volveremos más adelante.

Al mismo tiempo, resultaría esencial al debatirse la necesidad de mantener o no la prisión preventiva –lo cual, lógicamente, puede llevar a un pedido de excarcelación–. En este último caso, ¿el pedido debería ser resuelto por un solo juez? ¿Podría requerirse la integración colegiada o directamente plantear oralmente un recurso de casación?

A pesar de que nada se dice en la ley, ante la rapidez con que se fijará luego la fecha de debate, debería elevarse al *ad quem* de manera inmediata para que no se torne abstracta la cuestión. En tales circunstancias, al notificarse la fijación de esta primera audiencia, la parte podría pedir que se conformara el tribunal, dado el silencio de la ley sobre el punto.

Uno de los temas más complejos de la reforma es que no prevé para esta etapa la posibilidad de requerir la suspensión del juicio a prueba o celebrar acuerdos de juicio abreviado porque el art. 353 *sexies* aclara que solo se puede acceder a dichos institutos hasta la audiencia de clausura “bajo pena de caducidad”. En consecuencia, cuando la causa fue elevada es solo para juicio. Tal como se desarrollará más adelante, hay un claro cercenamiento a los derechos del imputado.

Ahora bien, este artículo ¿puede modificar el resto del Código sin decirlo? Claramente, no. En este punto, si bien en la ley se utiliza el término “caducidad”, frente a un acuerdo de partes, no habría perjuicio. En cambio, la ley 13.811 de la provincia de Buenos Aires permite que los acuerdos se realicen hasta la audiencia de prueba de la etapa oral⁶². Es así como en el art. 17 se establece que

Las partes y el tribunal convendrán la realización de una audiencia oral y pública a fin de tratar salidas alternativas al juicio oral, la que deberá celebrarse antes de los diez (10) días contados desde las notificaciones previstas en el primer párrafo. [...] Cuando en la audiencia no se arribare a un acuerdo alternativo, las partes ofrecerán en el mismo acto la prueba...

Manifiestamente, esta normativa busca soluciones alternativas eficientes y previas al juicio oral, propias de un sistema acusatorio.

Las ventajas de las medidas alternativas a la pena de prisión son, fundamentalmente: a) la mayor facilidad para individualizar la sanción, atendiendo a las circunstancias personales del autor; b) su finalidad readaptadora,

⁶² Art. 3: “Posibles acuerdos. Los acuerdos alternativos al juicio previstos en el artículo 284 quinquies del C.P.P. podrán presentarse hasta la audiencia de finalización a la que se refieren los artículos 13 y 14 de la presente y, en la etapa de juicio, en la audiencia a que se refiere el artículo 17 de esta ley.”

frente a los efectos desocializadores de la cárcel; y c) su menor costo económico con respecto al encierro⁶³.

A partir de documentos como las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad⁶⁴, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad⁶⁵, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁶⁶ y los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal⁶⁷, a nivel internacional⁶⁸ se ha procurado utilizar mecanismos de solución de controversias que incluyan a la persona acusada como aquellos que fueron afectados por la comisión de un delito. Estos procedimientos restaurativos pueden comprender la mediación y conciliación⁶⁹, como la suspensión de los procesos a prueba⁷⁰ que, además de la reparación a la víctima, buscan que el imputado asuma una serie de obligaciones de carácter educativo y rehabilitador (tratamiento de desintoxicación, control de asistentes sociales, prohibición de realizar determinadas conductas, de vivir o concurrir a ciertos lugares), durante determinado período de tiempo. La observancia de estas condiciones de comportamiento trae como consecuencia que no se le imponga o ejecute la pena que le hubiera correspondido⁷¹.

En este sentido, la ley nada dice respecto de la posibilidad de extinguir la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio⁷² que, si bien no se encuentra contemplada en el Código Procesal actual, está regulada en los art. 22, 30 y 34 del de la ley 27.063⁷³, por lo que podría ser presentada en esta etapa.

Así ocurrió en la causa N° 5470 del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 2, en la cual, en un procedimiento de flagrancia, el juez Laufer homologó el acuerdo

⁶³ García Valdés, Carlos. "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En Poder y Control. N.º 06-1986. PPU. Barcelona.

⁶⁴ Reglas de Tokio adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

⁶⁵ Surgidas de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia entre el 4 y 6 de marzo de 2008.

⁶⁶ Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁶⁷ Resolución 2002/12. ONU del 07 de enero de 2002.

⁶⁸ Países como España, Brasil, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Jamaica y México.

⁶⁹ Sobre lo cual ya hemos hecho referencia.

⁷⁰ En el caso de nuestro país, contemplado en el art. 76 bis del Código Penal, mientras que en el derecho comparado las formas de suspensión condicional son llamadas: "diversion", "pretrial probation", "classement sans suite surveillé".

⁷¹ Denominadas medidas alternativas clásicas por Valmaña Ochaita, Silvia en "Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español". Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1990.

⁷² Alternativa incorporada al art. 59 del Código Penal por ley 27.147.

⁷³ Art. 34: "Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación...".

de conciliación al que arribaron el imputado y la presunta damnificada y, en consecuencia, declaró extinguida la acción⁷⁴.

Para adoptar esta decisión, tuvo en cuenta lo manifestado por el representante del Ministerio Público Fiscal⁷⁵, y afirmó:

“No escapa al Tribunal que la regulación de la forma en que corresponderían instrumentarse las nuevas causales extintivas de la acción penal se encuentra contenida en el Código Procesal Penal sancionado mediante la ley 27.063, cuya vigencia de momento se encuentra aplazada. Ahora bien, sin perjuicio de ello, entendemos que tal circunstancia de ninguna manera desacredita como parte del ordenamiento penal vigente a las nuevas causales de extinción referidas –aún en razón de su falta de regulación en concreto–, puesto que así las tornaríamos inoperativas hasta la expectante entrada en vigor de las reglas propias de su funcionamiento. De no considerarlo así, estaríamos dejando abierta la posibilidad de arribar a resoluciones inequitativas de acuerdo a la diferente jurisdicción en la que el suceso resulte investigado, toda vez que la extinción de la acción penal con motivo de la conciliación o la reparación integral del perjuicio provocado, ya se encuentra formalmente regulada para la resolución de los conflictos en Códigos de formas vigentes en vecinas competencias –tal y como ocurre por ejemplo en los arts. 47 y 48 del Código Procesal de la Provincia de Chubut–, por lo que apartarse de arribar a una solución como la aquí propuesta, se vería forzosamente reñida con la garantía constitucional de igualdad ante la ley, puesto a que aún con la recepción de tal concepto en el derecho interno, se vería frustrada su utilización en razón de su falta de formalización en el código procesal que rige en materia federal. Así es que tal remedio podría ser utilizado en otras jurisdicciones nacionales, pero no el ámbito de la justicia criminal y correccional de la Capital Federal, lo que deviene claramente en una situación injusta, que no puede permitirse al resultar, como ya se dijo, violatoria de la garantía de igualdad ante la ley. Además de ello, no puede desatenderse que, de no ser así resuelta la presente situación, la realización de todo acto tendiente a la culminación de este proceso, redundaría en un inútil dispendio jurisdiccional, toda vez que las partes han adelantado fundadamente sus posturas sin que tampoco se advierta que en un eventual debate se arrimen nuevos elementos que los induzcan a modificar sus posturas⁷⁶.

⁷⁴ “Manríquez Sánchez, Nahuel Tomas s/ robo en grado de tentativa”, rta. el 3/12/17, (CCC 6515/2017).

⁷⁵ “[L]a conciliación esta sancionada en el Código Penal, es una norma de derecho común y no hay ninguna norma que supedite su vigencia a una reforma del Código Procesal, el art. 59 in. 6º se encuentra vigente y en ese sentido la remisión a un Código Procesal, de la forma que está redactado, no impide su aplicación. El Código Procesal Civil y Comercial prevé la conciliación y nuestro Código Procesal también la prevé para los delitos de acción privada. Con lo que se puede salvar el supuesto impedimento”.

⁷⁶ Fallo citado en nota al pie 76.

Sin embargo, debemos destacar que esta solución no ha tenido recepción unánime en la jurisprudencia ya que, por ejemplo, los integrantes de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazaron el recurso interpuesto por las partes frente a la decisión del magistrado de grado que no hizo lugar a la extinción de la acción por conciliación⁷⁷. El voto mayoritario consideró que el inc. 6 del art. 59 “...resulta una norma marco incorporada al Código Penal al sólo efecto de no restar eficacia a los posibles ordenamientos locales frente a los diferentes criterios existentes en torno a la disponibilidad de la acción penal por parte del acusador público...”, máxime cuando “...el Decreto Ley 257/2015 postergó la implementación del nuevo Código Procesal Penal sancionado con la ley 27.063”⁷⁸.

En cuanto a la audiencia de debate en sí, ante el silencio de la norma deberá regirse por el art. 359 y sgtes., aunque en la última frase se dispone que para los delitos cuya pena no supere los quince años de prisión, *el juzgamiento lo realizará un único magistrado* ¿Cómo compatibilizar ello con el resto del articulado?

Lo más grave es que no se tiene la posibilidad de elegir un tribunal colegiado como en la ley 27.063 (artículo 54)⁷⁹, al igual que en determinados ordenamientos procesales (artículo 22 CPPPBA)⁸⁰, en la etapa de juicio.

Aquí, por cierto, al margen de la crítica genérica que podría efectuarse a la imposibilidad de debate y deliberación propia de un Tribunal colegiado, se agregan cuestiones específicas. Más allá del análisis del hecho atribuido y su posible valoración fáctica, la integración unipersonal puede perjudicar a la persona sometida a proceso respecto de la aplicación de criterios jurídicos (vgr. artículo 41 *quater*, delitos agravados contenidos en el artículo 166 ó 167, todos del CP, etc.).

La ley 27.308 (juicio unipersonal)⁸¹ vigente al día de la fecha, en el art. 8 establece que en los delitos cuya pena máxima en abstracto no supere los seis años de prisión, la audiencia siempre será unipersonal. Sin embargo, en aquellos en los que la escala penal oscile entre los seis y los quince años de prisión, el defensor y el imputado pueden pedir la integración colegida del Tribunal. Dicha opción deberá expresarse en la oportunidad prevista por el art. 349 del CPPN. Cuando la pena en expectativa supera los quince años de prisión, el Tribunal siempre será colegiado.

Si bien ambas normas coinciden en el último supuesto, la ley de flagrancia no permite la opción del imputado, por lo cual podría solicitarse –con base en la normativa vigente– la integración de un Tribunal colegiado; máxime cuando no se establece con claridad a qué se refiere con juzgamiento ni cómo es el mecanismo de selección del magistrado –como sí lo hace la ley 27.308–.

⁷⁷ Voto de los jueces Rimondi y Lucini en el fallo “Orase, Nahuel y otro”, rta. 29/5/17 (CCC 25026/2017).

⁷⁸ Con citas de los precedentes “Gluzman”, “Balseiro”, “Lecea”, Giampaolletti” y “Mazer” de la mencionada cámara y CCC 78222/2016 de la CNCCC.

⁷⁹ “Cuando el requerimiento de pena estimado fuera superior a tres (3) años e inferior a seis (6), el imputado podrá solicitar la intervención de tres (3) jueces”.

⁸⁰ “Cuando el imputado o su defensor requieran la integración colegida, opción que deberá ejercerse dentro del plazo previsto en el artículo 336 del presente ordenamiento procesal”.

⁸¹ Publicada el 16/11/2016.

En el caso del Código previsto según ley 27.063, el imputado tiene la opción de elegir un Tribunal colegiado cuando el delito tuviera una pena prevista entre los tres y seis años de prisión, mientras que, por encima de ese monto, siempre intervendrán tres jueces (art. 54).

Por su parte, en los supuestos de flagrancia, solo los delitos contemplados en el art. 119 y 166, cuarto y penúltimo párrafo, respectivamente, permitirían que un Tribunal colegiado juzgue al imputado.

Creemos que la severidad de la pena y, en particular la amenaza de una sanción de efectivo cumplimiento (sea que supere o no los tres años de prisión), deberían determinar que se brinde al imputado el derecho a ser juzgado, no ya por un único magistrado sino por un Tribunal colegiado, y esta garantía no puede ceder frente a la celeridad del proceso.

En este sentido, cabe recordar que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal⁸², en su principio 4.4, expresamente establecen que los delitos graves deben ser juzgados por Tribunales colegiados⁸³.

Tal como dijéramos, superada la audiencia de ofrecimiento de prueba, rigen las normas del procedimiento común, ya que:

...el nuevo régimen legal no ha incorporado ninguna regulación específica del juicio oral y público en sí mismo, ni de las facultades con las que cuentan las partes y el juez o tribunal en el desarrollo de esta etapa final de proceso, ni de los plazos de tramitación de la eventual etapa recursiva [...], la finalidad esencial de este modo de enjuiciamiento especial es la de lograr la rápida realización del juicio, frente a hechos que prima facie se presentan como de sencilla tramitación. De esta manera, una vez fijada la audiencia de debate de acuerdo a lo previsto en el anteúltimo párrafo del art. 353 septies CPPN, el juez a cargo del juzgamiento unipersonal del caso cuenta para lo que sigue del procedimiento con las mismas facultades que la ley procesal le concede al órgano jurisdiccional en el marco del procedimiento común (según ley n° 23.984) entre ellas, se encuentran algunas provisiones que autorizan a los jueces a dictar, de oficio, medidas restrictivas de la libertad ambulatoria del imputado, a efectos de asegurar la realización del juicio y arribar rápidamente al dictado de una sentencia⁸⁴.

Mas allá de las distintas críticas hechas a la reforma, esta última etapa descripta merece una mención especial, ya que, si el objetivo de la ley es la celeridad del proceso para arribar a una resolución definitiva y que la persona privada de libertad tenga una respuesta rápida a la incertidumbre respecto de su situación procesal, debieron también establecerse plazos más acotados para los recursos frente a la sentencia que se dicte, pues de otro modo el esfuerzo habrá sido en vano.

⁸² Conocidas como las Reglas de Mallorca.

⁸³ "El juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser de la Competencia de Tribunales colegiados y, si se tratara de delitos leves o faltas, podrán ser de Tribunales unipersonales."

⁸⁴ Del voto del juez Bruzzone, en fallo citado en nota al pie 32.

b) Cuestiones específicas

1. La libertad durante el proceso

A diferencia del modelo anterior, al momento de la aprehensión por las fuerzas de seguridad, es el ministerio fiscal quien determina qué hecho será sometido al procedimiento especial de flagrancia.

La norma establece que en todos los casos la detención se mantendrá hasta que se realice la primera audiencia, pues el fiscal no tiene la facultad de decidir lo contrario. Ello ha ocasionado que aumente el número de personas privadas de libertad ya que, con anterioridad, teniendo en cuenta los antecedentes, las características de los hechos, los datos personales correctos y el arraigo cierto, el imputado podía concurrir libremente al Tribunal a cumplir con los actos procesales pertinentes.

Como fundamento de la norma se afirmó: “En el marco de la demanda social de mayor protección ciudadana y de la declaración de emergencia en materia de seguridad, este proceso tiene por finalidad que los detenidos sorprendidos al momento de cometer un delito de acción pública sean puestos a disposición del juez de manera inmediata”⁸⁵. Sin embargo, el juez Magariños sostuvo que:

...no parece razonable entender que la regla legal en cuestión imponga, necesariamente, la detención de la persona hallada en flagrante delito, pues, al igual que en el caso de los mayores, la cuestión deber ser armonizada con las reglas procesales y constitucionales que rigen para disponer la privación de libertad dispuesta con carácter cautelar. La existencia de una causa probable, configurada por la flagrancia, no es condición suficiente para determinar la detención sin orden de un individuo, ni siquiera lo será para disponerla por orden judicial, pues para que se haga efectiva una medida cautelar privativa de la libertad se requiere, además de la verosimilitud en el derecho (causa probable), el peligro en la demora, requisitos ambos que son comunes al dictado de cualquier medida cautelar. En consecuencia, aun frente a la flagrancia no existe razón legal alguna que determina que, si no se verifica peligro en la demora, en virtud, por ejemplo, de la constatación de identidad y residencia de la persona de la cual se trate, entre otros posibles elementos concurrentes para arribar a esa conclusión, no habrá motivos suficientes para la detención⁸⁶.

Por voto de la mayoría de los integrantes de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en un caso relacionado con menores⁸⁷, se declaró la inconstitucional del art. 353 *ter* respecto de sus detenciones⁸⁸. Sin bien muchos de los argumentos allí utilizados están directamente vinculados con las garantías que rigen en materia penal juvenil, su aplicación podría también extenderse a personas mayores de edad.

⁸⁵ Op. cit. en nota al pie 1.

⁸⁶ Voto en “CM; L s/ robo tentado”, rta. el 28/3/17. Sala 3 de la CNCCC. (CCC 72867/2016).

⁸⁷ Fallo citado en nota al pie 45.

⁸⁸ Sobre este punto volveremos al analizar la situación específica de los menores de edad.

En efecto, la privación de la libertad que impone el art. 353 *ter* de la ley 27.272, como primer recurso y sin alternativa, vulnera el derecho a la libertad ambulatoria (art. 14 y 18 de la Constitución Nacional), ya que convierte en regla una excepción que sólo es aplicable en aquellos casos que se existan elementos para presumir que intentara fugarse o entorpecerá la investigación.

Tal como afirmara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que un régimen resulte compatible con los estándares internacionales, toda "...prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida; además, debe aplicarse de conformidad con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad", ya que "la privación de libertad de la persona imputada debe tener un carácter procesal, y en consecuencia, solo puede fundamentarse en sus fines legítimos, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia"⁸⁹, por lo cual establecer que en todos los casos la persona aprehendida deba permanecer privada de libertad hasta el momento de la audiencia inicial, violaría las garantías consagradas internacionalmente y que obligan al Estado argentino.

En efecto, el eje argumental de la reforma "...tiene anclaje en el discurso de la seguridad ciudadana sin tomar en consideración los principios y mandatos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos incorporado a la Constitución Nacional y cuya inobservancia es susceptible de generar responsabilidad para el Estado"⁹⁰.

Esta circunstancia es una excepción a la norma constitucional que impide que cualquier ciudadano sea privado de libertad sino en virtud de orden judicial⁹¹; salvo en los supuestos previstos por el art. 284⁹² del CPPN, el cual no le concede a la policía una mera facultad para detener, sino que indica: "...tienen el deber...". En estos casos, el funcionario de la fuerza de seguridad que hubiera realizado la detención debe dentro de las seis horas de presentar al aprehendido ante la autoridad judicial competente, quien convalidará dicha medida (art. 286 del CPPN). Tal autoridad de la policía para la aprehensión en flagrancia tiene expresa base legal en el inc. 4º del citado artículo 284.

⁸⁹ "Medidas para reducir la prisión preventiva". Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.163. julio de 2017. www.cidh.org

⁹⁰ Fallo citado en nota al pie 45.

⁹¹ Art. 18 de la CN; art. 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); art. I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.3 y 9 Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁹² "Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3º) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad."

Conforme el art. 353 *ter*, el fiscal es quien decide mantener la privación de libertad, pues el magistrado competente solo es notificado de dicha circunstancia. Recién tomará intervención en la audiencia a desarrollarse dentro de las 48 horas posteriores.

La libertad se discutirá en tres momentos –en cada una de las audiencias fijadas–, más allá de la posibilidad que siempre tendrá la defensa de solicitar la excarcelación. Tal como afirmara el juez Bruzzone, este es “...un procedimiento en el que la revisión de la libertad se encuentra prevista permanentemente en distintas audiencias en las que ello se puede discutir, y donde el Ministerio Público Fiscal puede hacer las propuestas correspondientes”⁹³.

En el primer tramo, la ley en los casos de flagrancia le “...da autoridad al juez para decidir la continuación de la detención del imputado hasta la audiencia de clausura, sin necesidad de prisión preventiva...”⁹⁴. En efecto, la decisión sobre esta última se toma en la audiencia de clausura y se debate sobre su vigencia en la audiencia de prueba. Sin embargo, la norma no establece plazos para su duración ni disposiciones sobre su control una vez que se ha dictado una sentencia de prisión de efectivo cumplimiento, mientras no esté firme.

En la audiencia inicial, el juez es quien convalidará o no la detención del imputado; decisión que será notificada oralmente a todas las partes. Claramente, bajo un modelo acusatorio el juez adquiere el rol de contralor, ya que es quien decidirá si la detención dispuesta por el ministerio fiscal deberá continuar mientras se tramite la causa –tal como ocurre en la audiencia de control prevista en el art. 11 de la ley 13.811 de la provincia de Buenos Aires–.

De la redacción de la norma se extrae que el juez tiene la obligación de examinar o controlar la detención del imputado sin que medie pedido de parte, ya que la aprehensión fue producto de la actividad policial.

En el art. 353 *quater*, se faculta al imputado a solicitar oralmente la excarcelación, la que será resuelta por el juez –del mismo modo– en dicha audiencia, luego de escuchar al acusador estatal. La falta de oposición de aquél determinará la libertad del detenido, tal como resolvió la Sala 6 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la causa 8256/2017⁹⁵.

En efecto,

...resulta claro que la excarcelación es una medida de contracautela a la medida cautelar en el proceso de índole personal que es la constitutiva de la prisión preventiva. Por ello, en el proceso de flagrancia es evidente el tinte contradictorio y acusatorio en el cual el Agente Fiscal debe expedirse sobre la medida de coerción personal. De esta manera, el principio de contradicción no se ha respetado. La Fiscal estuvo a favor de que se le concediera la excarcelación al detenido, sin solicitar la

⁹³ “Quiñones, Francisco s/ rechazo de excarcelación”. rta. el 9/3/17. Sala 1 de la CNCPCC. (CCC 370/2017).

⁹⁴ Del voto del juez García en fallo citado en nota de pie 16.

⁹⁵ Resuelta el 15/2/17.

imposición de la prisión preventiva. Además ha sido motivo de apelación de la fiscalía la resolución y el Ministerio Público Fiscal se ha presentado a la audiencia sustentado su recurso con cita del precedente “Garnica” de esta Sala rta. el 20/04/2017. Si bien el pedido de prisión preventiva el Fiscal formalmente debe realizarlo en la audiencia de clausura, lo cierto es que estas audiencias resultan ser multipropósito, y es razonable sostener que al momento de expedirse sobre la prisión provisional no la pedirá porque no requirió en forma oportuna que el imputado permanezca en detención. Así las cosas, ante la opinión favorable y fundada de la fiscalía al pedido de libertad en la excarcelación, y la falta de solicitud de que el imputado permanezca detenido durante el proceso en relación al pedido de libertad, se concluye que no existe caso en donde resolver, sino que el magistrado se excedió en su jurisdicción y por lo tanto dicha resolución resulta nula al afectar el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N. y 166 del CPPN). Sólo puede el juez efectuar un control de razonabilidad de la opinión fiscal, la que se aprecia revisado el audio correspondiente⁹⁶.

Ambos artículos mencionados reflejan las distintas caras de una misma moneda, ya que luego de escuchar al imputado en indagatoria, ordenar las medidas de prueba pendientes y, en su caso resolver si se mantiene este procedimiento especial, el juez debe evaluar si continúa con la detención o, por el contrario, otorga la libertad al aprehendido. Tal decisión podrá ser adoptada de oficio o a pedido de parte –bajo la forma de la excarcelación–.

A diferencia del resto de los recursos de apelación que puedan interponerse en esta etapa, de ser concedido deberá ser elevado a la Alzada en esta oportunidad y no esperar a que concluya la instrucción.

Una síntesis de ello, efectuaron los magistrados de la Sala 7 de la Excma. Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en los siguientes términos:

...la coerción personal encuentra un especial tratamiento, puesto que en la primera audiencia el imputado puede pedir su excarcelación, instancia que se resuelve inmediatamente. Lo propio tiene lugar con la introducción y motivación del recurso respectivo, así como su concesión, además de que se prioriza la intervención del tribunal de apelación respecto de otras cuestiones cuyo análisis es diferido. Como puede verse, en su caso el imputado bien puede obtener un pronunciamiento relativo a su libertad con mayor celeridad que en el sistema común del procedimiento⁹⁷.

En la audiencia de clausura, al momento de expedirse la querrela y el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 346 del CPPN, podrán solicitar el dictado de la prisión preventiva. Luego de escuchar a la defensa, el juez resolverá al respecto, en los términos del art. 312 del mismo cuerpo legal.

⁹⁶ Con esos argumentos anularon la decisión del Magistrado y dispusieron la libertad del imputado. “Núñez Sanabria, Miller”, rta. el 31/8/17. Sala 5 de la CNACC (CCC 50821/2017).

⁹⁷ “A, L s/ hurto”, rta. el 15/12/16. (CCC 73574/2016).

A diferencia de la audiencia inicial, el dictado de la prisión preventiva procede, únicamente, a partir del pedido expreso de la parte acusadora, pues constituye una facultad que la norma le otorga y el juez debe resolver acerca de esa cuestión formulada en una audiencia contradictoria. Concluida, no es posible decretarla por el principio de preclusión procesal, pues se trata de un plazo perentorio⁹⁸.

Tal como se dijera, la ley 27.272 ha reformado dos leyes al mismo tiempo. En el caso del código actual, no hay ninguna disposición que exija que la fiscalía especifique el plazo por el que pide la prisión preventiva del imputado, ni tampoco requiere que el juez la fije en días o meses su duración. En cambio, en el código no vigente, aquella solo puede ser impuesta por tiempo determinado (art. 190).

La omisión del dictado de la prisión preventiva conlleva necesariamente la libertad del imputado, pues no basta con rechazar la excarcelación y clausurar la instrucción, sino que aquella “supone una ponderación que no puede entenderse tácitamente realizada...”⁹⁹.

Uno de los problemas que plantea este sistema es que podría no respetarse el plazo fijado por el art. 306 del CPNN, ya que la producción de las medidas de prueba puede extenderse hasta veinte días (art. 353 *quater*)¹⁰⁰. Nótese que, además, el juez tiene la posibilidad de diferir los fundamentos de su resolución hasta por tres días.

Hubiera sido preferible que en la primera audiencia, de corresponder, se ordenara la prisión preventiva y dicha resolución fuera revisable al momento de la clausura, pues podría transcurrir cerca de un mes sin tener un encuadre jurídico procesal concreto. Es el primer acto donde el fiscal debería solicitar la medida cautelar, especificando el tiempo de su duración como los motivos que determinan su pedido.

En este sentido, el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que:

...al solicitar la aplicación de la prisión preventiva los fiscales deberían manifestar por cuánto tiempo la piden y fundamentar su solicitud de acuerdo con los fines y criterios desarrollados en este informe. Es contrario a las normas y estándares vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos el que los fiscales pidan de manera reiterada, automática e inmotivada el término máximo de prisión preventiva que les permite la ley, sin atender las características específicas del caso¹⁰¹.

En palabras de la Sra. Defensora General

⁹⁸ Así lo entendieron los magistrados integrantes de la Sala 5 de la CNACC, en los autos “Goroso, Juan E.”, rta. el 10/2/17. (causa 2645/2017).

⁹⁹ Vallejos, Leandro Daniel”, rta. el 7/3/17. Sala IV de la CNACC, (CCC 10255/2017).

¹⁰⁰ “Para los casos en que fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa, el plazo de producción de prueba para el imputado detenido podrá extenderse por 20 (veinte) días”.

¹⁰¹ Párrafo 177.

El objetivo de la audiencia es, justamente, que las partes puedan discutir los aspectos sobresalientes del proceso (en este punto, la prisión preventiva). De lo contrario, la audiencia se terminará transformando en la verbalización del ritual y formalismo del expediente; lo que importará, en definitiva, el fracaso de la reforma¹⁰².

El dictado de la prisión preventiva en esta etapa no es apelable. Así lo entendieron los magistrados de la Sala de FERIA A de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, señalando:

Como puede verse, en el marco de la audiencia multipropósito, primero se sustanció el pedido de excarcelación, con arreglo a lo previsto en el artículo 353 quater, noveno párrafo, del Código Procesal Penal, y la actividad recursiva del caso obtuvo la prioridad de tratamiento a que alude su artículo 353 quinquies, cuarto párrafo, de modo que el ulterior dictado de la prisión preventiva no hizo sino regularizar la privación de libertad de los imputados, en el contexto de un sistema de indudable impronta sumaria en el que es dable evitar la duplicación de planteos que reportan a la misma cuestión, ello es, a la coerción personal durante el proceso. Así, el caso remite a aquellas situaciones que se presentan ordinariamente en el régimen común, acorde a las cuales no procede la apelación de la prisión preventiva en la medida en que su dictado pueda ser neutralizado por la vía excarcelatoria (CCC, Sala VII, causa N° 39.501/11, “Cornejo Durán, Julio”, del 28-5-2013 y Sala IV, causa n° 27.069, “Muñoz”, del 10/06/15), máxime en el caso, cuando al tiempo de decretársela ya había sido denegada la libertad, doble conforme mediante¹⁰³.

Ya elevada la causa a juicio, en la audiencia de ofrecimiento de prueba se volverá a debatir si debe mantenerse la prisión preventiva del imputado. En esta etapa, no se hace referencia alguna a los recursos que poseen las partes frente a una decisión adversa.

Nótese que desde que se decretó la medida cautelar, habrá transcurrido escaso tiempo, pues elevada la causa a conocimiento del Tribunal, la audiencia debe ser celebrada dentro de los cinco días, por lo cual es difícil que se hayan modificado las circunstancias que determinaron su dictado; máxime si la única manera de concluir el proceso (conforme la normativa analizada) es el juicio oral que deberá desarrollarse dentro de los veinte días.

En la audiencia regulada por el art. 353 septies, “[s]i el imputado estuviese en prisión preventiva, se debatirá sobre la necesidad de su vigencia”. La norma no dice más, no establece si puede ser de oficio o a pedido de parte, pero si queda claro que la resolución deberá dictarse luego de haber escuchado a las partes.

Uno de los problemas que se han suscitado es el rol del magistrado en esta etapa, pues como se afirmara, insertar un instituto típico de un proceso acusatorio en uno

¹⁰² Op. cit en nota al pie 11.

¹⁰³ “Urquía, Adrián Omar s/ queja”, rta. el 5/1/17 (CCC 73938/2016).

de características inquisitivas mixtas, determina que frente a un pedido de excarcelación se haya debatido si la opinión del ministerio fiscal era vinculante.

En la causa “Gómez, Mauro”¹⁰⁴ los integrantes de la Sala de FERIA de la Excma. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional discutieron si era posible que el magistrado pudiera denegar la excarcelación cuando no medió oposición fiscal.

El juez Niño manifestó:

La decisión del juez que, ante la ausencia de debate acerca de la necesidad de prolongar la vigencia de una prisión preventiva dictada en el marco de las disposiciones introducidas en el Código Procesal Penal de la Nación a través de la ley 27.272, opta por mantenerla, transgrede los principios procesales de contradictorio y bilateralidad que rigen esa modalidad ritual, conforme surge del texto del artículo 353 bis de dicho plexo normativo... debate significa controversia, discusión, o bien contienda, si no existió tal extremo, puesto que ambas partes coincidieron en la innecesidad de tal prórroga, no había incidencia a resolver sobre ese tópico, en los términos del artículo 353 sexies lex cit.

Por su parte, el juez Jantus afirmó:

...ley n° 27.272 –que modifica el CPP regulando un procedimiento especial para los delitos cometidos en flagrancia– establece que las resoluciones vinculadas con la detención del imputado, sea el dictado de la prisión preventiva o la decisión acerca de su excarcelación, deberán ser adoptadas por el juez “en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración.

En consecuencia, “...el hecho de que el tribunal omitiera tal consideración, pasando por alto el dictamen de la fiscalía, determina que ha fallado excediendo su jurisdicción y violando el mandato de imparcialidad, que integra el derecho fundamental a la defensa en juicio, ya que no existía un caso a dirimir como tercero imparcial”.

En cambio, el juez Morín consideró que “...el procedimiento establecido por la ley de flagrancia no modifica el sistema general conforme al cual es el juez, sin condicionamientos negativos de la parte acusadora, el que puede y debe resolver en relación a la libertad de una persona durante el proceso”.

Tal como se verá más adelante, la falta de mención de los mecanismos recursivos como su trámite es uno de los más importantes defectos de la norma, pues impide –en la práctica– el control de la decisión que se adopte en esta etapa.

Más allá de la oportunidad de discutir la libertad durante la audiencia señalada, siempre queda abierta la posibilidad de que el imputado o su defensa soliciten la

¹⁰⁴ CCC 76628/2016, rta. el 20/1/17.

excarcelación, la cual debería regirse –frente al silencio de la ley– por el trámite establecido en el código de procedimientos.

Por otra parte, la reforma no ha previsto ninguna regla específica y diferenciada que regule cómo se revisa y en su caso se morigera la prisión preventiva después del dictado de la sentencia de condena hasta que adquiera firmeza. Según el juez García, la excarcelación es la única vía “...apta para revisar la prisión preventiva desde puntos de vista de peligros de fuga, o de necesidad/proporcionalidad”¹⁰⁵.

2. Acuerdo de juicio abreviado

En la audiencia establecida por el art. 353 *septies* se podría plantear la posibilidad de celebrar un juicio abreviado, ya sea por voluntad de las partes, o bien a pedido del imputado que solicita a la fiscalía se expida al respecto.

La primera respuesta a esta situación sería negar la oportunidad de llegar a ese acuerdo con base en lo normado por el artículo 353 *sexies* del CPPN, que determina como plazo de caducidad la celebración de la audiencia de clausura.

Ahora bien, dicho plazo no constituye un supuesto verdaderamente distinto del límite establecido por el artículo 431 *bis* del CPPN. En efecto, en este último se señala:

1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis (6) años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquélla, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena. // En las causas de competencia criminal (artículo 32), el acuerdo a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (artículo 359).

Con relación a las causas de trámite ordinario, la inmensa mayoría de los tribunales no interpretan lo establecido en el artículo 431 *bis* como un impedimento para celebrar acuerdos, incluso instantes antes de comenzar el debate.

En consonancia con dicho criterio, ante un acuerdo de juicio abreviado, jurisprudencialmente se suspendió la audiencia multipropósito y se trató la propuesta. En esa oportunidad, el juez interviniente dictó sentencia condenatoria¹⁰⁶. De igual manera, actuaron los restantes integrantes del mismo Tribunal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Fallo citado en nota al pie 16.

¹⁰⁶ Voto del juez Nardiello, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22, en los autos “Retamozo, Matías Gabriel”, CCC 73860/2016, reg. int. N° 5087, del 21/12/16.

¹⁰⁷ Causa 5088 (CCC 73876/2016). “Ortiz, Miguel”. rta. el 2/3/17 por el juez Sergio Paduczak, y causa 5149 (CCC 9583/2017). “Díaz, Jesica”, del 9/3/17, dictada por la jueza Patricia Cusmanich.

Por su parte, en la causa 5483 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, durante la audiencia multipropósito la fiscalía le informó al magistrado actuante que habían mantenido conversaciones con los imputados y la defensa, y habían llegado a un acuerdo sobre cómo resolver la situación procesal de aquellos.

Por ende, manifestó que

...si bien la ley 27.272 impone como sanción de caducidad para la posibilidad de solicitar la suspensión del proceso a prueba o de celebrar un acuerdo en los términos del art. 431 bis del C.P.P., que deben realizarse antes de la elevar la causa a juicio y que si bien en otra oportunidad la fiscalía se expidió en este sentido, había anticipado que existía una excepción para tal caducidad, concretamente la posibilidad de que, en esta etapa procesal, se viera modificada la plataforma fáctica o la significación jurídica¹⁰⁸.

Así, rectificó el delito por el que fuera elevada la causa a juicio, calificándolo como robo en concurso ideal con lesiones leves, en vez de robo con armas impropias.

En consecuencia, se señaló: “...al haberse modificado sus situaciones procesales, la caducidad prevista por ley no resulta aplicable en este caso, puesto que los yerros jurisdiccionales no pueden perjudicar a los justiciables”; argumentos que fueron compartidos por el juez interviniente¹⁰⁹.

Del mismo modo, el 30 de diciembre de 2016 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 se pronunció en la causa seguida contra Urquia y González Ribero¹¹⁰. Dicha sentencia fue recurrida por la defensa, pero más allá de declarar inadmisibles la presentación, los integrantes de la Sala de Turno de la Excma. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional no hicieron referencia al respecto¹¹¹ como tampoco al momento de tratar el rechazo de excarcelación¹¹².

En tanto, en la causa 4996 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30, al momento de celebrarse la audiencia prevista por el art. 353 *septies*, las partes le solicitaron al juez la tramitación bajo las reglas del art. 431 *bis* del CPPN. Aceptado el pedido, se dio cumplimiento a lo normado por el art. 41 del Código Penal y se dictó –con posterioridad– sentencia por escrito¹¹³. Coincidimos en que no hace falta más que eso. No hay necesidad de evaluar su constitucionalidad, en la medida en que se interprete lo dispuesto en la ley 27.272 de modo amplio, en pos de garantizar derechos.

Lo contrario significa priorizar las formas sobre su contenido, ya que en definitiva las disposiciones procesales se encuentran al servicio del debido proceso legal. Y en aquellos casos en que ello se ha perdido de vista, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha puesto en relieve. Veamos.

¹⁰⁸ “Mansilla, Matías y otro”, rta. el 8/3/17 (CCC 7619/2017).

¹⁰⁹ Ídem anterior.

¹¹⁰ Para los detalles del desarrollo de todo el proceso, ver el fallo del 4/1/17 de la Sala de Turno de la CNCCC (CCC 73938/2016).

¹¹¹ CCC 73938/2016, rta. el 27/3/17.

¹¹² Op. cit. en nota al pie 112.

¹¹³ “García Prudencio. Franz s/ robo”, rta. el 14/2/17 (CCC 1376/2017).

En los autos caratulados “Duarte, María Laura c/ Greco, Rodolfo Aurelio y otros”¹¹⁴, el Ministro Maqueda en disidencia sostuvo:

...aun cuando el contenido de las normas rituales posee reconocida importancia que exige su riguroso cumplimiento, su desnaturalización o su sobredimensionamiento por encima de su razón de ser, termina por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso (conf. Fallos: 328:4073 y 329:4672).

El Máximo Tribunal, también afirmó que

...a pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y el desarrollo del proceso, no puede admitirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia (Fallos: 301:1067; 303:1150; 311:274; 312:61 y 317:757) (considerando 7, voto de la ministra Highton de Nolasco y de los ministros Lorenzetti y Maqueda)¹¹⁵.

Justamente, no podría argumentarse de forma legítima que la finalidad que ha inspirado el plazo de caducidad contenido en el artículo 353 *sexies* del CPPN es castigar la inacción de la persona sometida a proceso, ya que la celebración de un acuerdo de juicio abreviado no depende exclusivamente de su voluntad. Antes bien, requiere la propuesta de la fiscalía.

Vinculado con lo anterior, tampoco se previó en la ley 27.272 la posibilidad contemplada en el artículo 431 *bis*, punto 1 –esto es, que el MPF, en la oportunidad prevista en el artículo 346 del CPPN, evalúe la viabilidad de un acuerdo–.

Seguir literalmente lo establecido por la ley 27.272 en su artículo 6¹¹⁶, significaría convalidar una distinción sumamente arbitraria entre el procedimiento común y el de flagrancia.

Cuando surgió el artículo 431 *bis* del CPPN, sobre todo en doctrina, muchos señalaron su inconstitucionalidad por considerar afectado el debido proceso legal¹¹⁷.

Sin embargo, desde la defensa técnica, en la medida en que su celebración resulta conveniente (por la obtención de menores sanciones e incluso libertades anticipadas), ha tenido gran recepción. Sumado a ello, por su celeridad, también ha sido muy bien recibido por los tribunales –a punto tal, como se indicó anteriormente, de dejar de lado el límite temporal para su adopción, fijado en el

¹¹⁴ CSJN, rta. el 23 de junio de 2015.

¹¹⁵ “Gómez, Patricia Verónica c. Latrille, Fernando”, del 24 de septiembre de 2015.

¹¹⁶ Que incorpora al CPPN, el art. 353 *sexies*.

¹¹⁷ Esta postura es mantenida jurisprudencialmente, entre otros, por los Sres. jueces de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Niño y Magariños.

ordenamiento procesal-. Como resultado, actualmente alrededor del 80 % de las causas de trámite ordinario se resuelve mediante acuerdos de juicio abreviado.

Increíblemente entonces, nos encontramos ahora con que un procedimiento de simplificación procesal que ha servido para conferirle mayor eficacia y fluidez al proceso penal, y que en la práctica generalmente ofrece el mejor resultado posible para los intereses de la persona sometida a proceso, debe ser dejado de lado por una norma procesal solo en determinados casos. ¿Qué casos? Paradójicamente, aquellos que se pretende con esta Ley de flagrancia, resolver con mayor fluidez.

La propia exposición de motivos menciona que:

...teniendo en cuenta que los recursos son limitados y en la búsqueda de asignarlos de la manera más eficiente posible, el procedimiento que aquí se establece permite resolver de manera rápida los casos de autor conocido y prueba sencilla, liberando de esta manera recursos estatales para la investigación y juzgamiento de los delitos complejos como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción y el crimen organizado brindándole a la sociedad mayor justicia y seguridad¹¹⁸.

En definitiva, el límite impuesto por el artículo 353 *sexies* del CPPN impide arbitrariamente que la persona sometida a proceso encuentre la mejor resolución posible en ciertos casos –asegurándose un monto determinado de sanción–, pero, además, atenta contra la celeridad que se pretende mediante este procedimiento específico. En lugar de resolver la situación procesal del imputado en la oportunidad de la audiencia del art. 353 *septies* (donde se encuentra reunidos todos los involucrados en el proceso), se debe esperar a que se fije una nueva audiencia y se realice el debate oral.

Lo expresado demuestra que una interpretación literal del artículo 353 *sexies* del CPPN afecta el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 CN) y el derecho de defensa en juicio (artículo 18 CN), ya que la necesidad de conferirle mayor celeridad a determinados supuestos a través de una particular regulación procesal no puede aceptarse si restringe derechos de la persona sometida a proceso.

Por su parte, Stella Maris Martínez¹¹⁹ expresó:

En cuarto lugar, se establece bajo sanción de caducidad el pedido al juez para que suspenda el proceso a prueba o para la realización de un juicio abreviado. La decisión de incorporar una cláusula de caducidad en institutos que –en su regulación general– no las prevé, no resulta atinada porque delimita el espectro de supuestos a los que se aplicarán.

[...]

El sistema que se propone posee una contradicción intra-sistemática. Por un lado, introduce esta regulación específica que se emparenta con la autorización que los sistemas adversariales otorgan a los fiscales

¹¹⁸ Op. cit. en nota al pie 1.

¹¹⁹ Op. cit. en nota al pie 11.

para disponer de la acción penal y utilizar estos institutos al comienzo de la investigación (salidas tempranas); pero, por el otro, reafirma el sistema mixto como ya se explicó. El sistema debe estar formulado de una manera clara y definida que permita, por un lado, reconocer fácilmente las modificaciones que pueda sufrir y, por el otro, su revisión en razón de las nuevas circunstancias que en él han ingresado. Esta situación dará lugar a problemas en la práctica.

[...]

A su vez, no se puede perder de vista que ambas son herramientas con las que cuenta la defensa para organizar su estrategia frente al caso. En algunos supuestos puede ser que, al comienzo del asunto no parezca adecuado utilizar estas instituciones pero que, nuevas circunstancias hagan cambiar el criterio. Esto no puede redundar en perjuicio del imputado.

[...]

La aplicación reducida al comienzo del proceso no sólo ataca la labor de la asistencia técnica, sino que además puede operar como un mecanismo de presión para que los imputados accedan a su uso pues, transcurrido ese momento, la única salida para la solución del caso es el juicio oral y público. En este sentido, no se debe olvidar que la 'pena del banquillo' también es una sanción para quien debe atravesar el debate y, en este contexto, la limitación propuesta puede transformar una herramienta útil para la solución del conflicto en un mecanismo extorsivo". (...) "...no corresponde limitar esta posibilidad a un momento determinado porque puede ser una herramienta para la estrategia defensiva.

Interpretar de otra manera el citado artículo, podría determinar su inconstitucionalidad para el caso concreto pues, como indicáramos, se encontrarían afectados el principio de igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio del justiciable, contemplados por los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Una variante más que proviene de la jurisprudencia, ha surgido en aquellos casos en los cuales, a pesar de ratificarse la constitucionalidad de la limitación temporal para la celebración de acuerdos, se decretó la nulidad de las audiencias previas por no haberse acreditado que se hubiera puesto en conocimiento de la persona sometida a proceso, la posibilidad de su celebración¹²⁰.

En la causa 3454/2017 del Tribunal Oral de Menores II, en la audiencia prevista por el art. 353 *septies*, la defensa –con la adhesión del ministerio fiscal– solicitó la declaración de la nulidad de la audiencia de clausura y de todo lo actuado en

¹²⁰ Tribunal Oral de Menores n° 3 de la Capital Federal, causa n° 9003 seguida contra Arnaldo Ariel Aponte, Unipersonal, resolución dictada con motivo de la audiencia oral celebrada el 14/2/17. En igual sentido, causa 8877 del Tribunal Oral de Menores N° 2, seguida a P., Leonel y otro; decisión adoptada por el juez Jorge Apolo, el 10/2/17.

consecuencia, pues consideraron que no se dio cumplimiento a las previsiones de la ley 27.272 al no dar a conocer a los imputados su derecho a solicitar alternativas al proceso oral, lo que constituía una violación al ejercicio efectivo del derecho de defensa. Dicho pedido fue confirmado por el magistrado interviniente, quien dispuso la remisión de la causa al juzgado instructor¹²¹.

Por su parte, el titular del Juzgado Nacional de Menores N° 4, consideró que el nuevo procedimiento no exigía ese requisito, y sin realizar una nueva audiencia de clausura –a pesar de los dichos del menor que tenía intención de acogerse a alguno de los institutos mencionados–, confirmó los actos jurídicos cumplidos y volvió a elevar la causa a juicio.

Trabada la contienda entre ambos magistrados, se expidió la Sala de Turno de la Excma. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Es así que el juez Bruzzone, en primer término, consideró –a diferencia de lo afirmado por el integrante del Tribunal Oral– que dado que en la audiencia de clausura participó el imputado menor de edad con la asistencia de la defensa pública,

...no se advierte afectación del derecho de defensa [...] y, menos aún, que no se haya cumplido debidamente con las prescripciones de la instrucción previstas para el procedimiento de flagrancia, que no le exige expresamente al juez hacer saber al imputado –bajo pena de nulidad– los extremos legales sobre la caducidad para la solicitud de soluciones alternativas al juicio oral y público que opera en la segunda audiencia de la etapa preliminar, lo que, resulta, conforme una buena praxis, una carga de la defensa, porque no se entiende de qué manera le imputado podría llegar a esa audiencia sin tener conocimiento de sus efectos y consecuencias. La estrategia de cómo se va a encarar la defensa técnica del imputado, es privativo de quien la ejerce y si el tribunal fuera el obligado a presentar las soluciones alternativas, sin que el defensor haya previamente asesorado al imputado, podría incidir inadecuadamente sobre dicha estrategia.

En consecuencia, según su criterio, el defensor es el responsable de informar debidamente al imputado.

Complementariamente, afirmó que sería de buena *praxis* que el

...órgano jurisdiccional [...] en todos los casos, pero máxime tratándose de un procedimiento en el que se encuentra imputada una persona menor de edad, los jueces y, eventualmente, el fiscal del caso, corroboren que el defensor asesoró debidamente al imputado y que éste sabe de todas aquellas cuestiones relativas al procedimiento penal y sus eventuales consecuencias, pero la omisión de esto no acarrea, por sí sola, la nulidad de los actos procesales [ya que] los jueces, como los fiscales, frente a las formas alternativas de solución del conflicto penal [...] deben controlar que el imputado entienda qué es lo que está ocurriendo y que su defensor lo está asesorando y le está informando

¹²¹ “C., J. N.”, rta. el 23/2/17.

de las vicisitudes del proceso y sus consecuencias, pero no puede estar informando al imputado, según su criterio, qué es lo mejor para sus intereses¹²².

Finalmente, con relación a dicho caso, la mayoría del Tribunal estuvo de acuerdo en que en la audiencia prevista por el art. 353 *septies* el magistrado interviniente podría haber hecho una excepción a la cláusula de caducidad establecida en la ley. Así, señalaron:

...sin que ello suponga adoptar un criterio definitivo acerca de la posibilidad de superar etapas e intentar plantear argumentos caducos, el juez del tribunal de juicio podría haber considerado, en su primera intervención, que ante la circunstancia constatada y apuntada en su resolución, bien podía –aunque esto no se ajusta estrictamente a los términos de la ley– hacer una excepción a la caducidad y habilitar la posibilidad de aplicar al caso una solución alternativa al juicio para lo cual debería utilizar otros fundamentos, pero no resulta una buena práctica retrotraer el proceso a instancias anteriores al solo efecto de anotar al imputado de una cuestión que, de entenderla necesaria, puede ser enmendada sin necesidad de retrasar de este modo el trámite del caso...¹²³.

Si bien aún no existe una definición de los integrantes de la Cámara de Casación sobre la clausura de caducidad, por lo menos, han demostrado que podría ceder frente a determinados supuestos como el caso en análisis.

En efecto, en otra oportunidad donde también debió dirimirse una contienda entre un Tribunal Oral y un Juzgado de Instrucción, se señaló:

...resulta evidente, de la letra de la ley 27.272, que el legislador pretendió que únicamente sean elevadas a juicio aquellas causas que requieran de un debate oral y público para su conclusión, reservando la solución de casos por vías alternativas –como la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado– para la etapa preparatoria. Sin perjuicio de lo cual reconocemos que pueden presentarse casos excepcionales¹²⁴.

Esta decisión determinó que un juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27, aceptara el acuerdo de juicio abreviado al que arribaron las partes previo a la celebración de la audiencia del art. 353 *septies*, ya que “...se veía forzado en este caso en particular...”, pues “...había existido un yerro por parte del Juez que instruyó la causa, en virtud de que se elevó la causa existiendo incidentes pendientes, lo que reforzaba la posibilidad de aceptar...”¹²⁵

En este sentido, como situaciones especiales aparecen la ausencia de la víctima en las audiencias, la unificación de las audiencias en la etapa de instrucción, la intervención de diferentes partes en ambas etapas que puede derivar en criterios

¹²² CCC 3454/2017, rta. el 14/7/17.

¹²³ Ídem anterior.

¹²⁴ CCC 9843/2017. Rta. el 14/6/17. Sala de Turno de la CNCCC.

¹²⁵ “Fleury, Pablo Rodrigo”, rta. el 29/6/17 (número interno 5189).

disimiles sobre las distintas soluciones alternativas, cambios en la calificación legal o el monto punitivo en expectativa, o la falta de un asesoramiento adecuado al imputado sobre las alternativas al juicio oral, entre otras.

También hemos detectado casos en los que la defensa frente a la pregunta específica del magistrado, ha referido que no estaba de acuerdo con la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado¹²⁶. Tal actitud, más allá de la responsabilidad que la cabe al profesional interviniente, no puede ir en desmedro de los derechos del imputado –máxime si es menor de edad–.

3. Suspensión del juicio a prueba

Tratándose de un mecanismo de simplificación procesal, podría pensarse que el legislador ha querido que su adopción sea temprana. Así, como depende del pedido formulado por el imputado, su inacción aquí sí tendría correlato sancionador para lo que resta del proceso. Sin embargo, los mismos argumentos señalados con relación al instituto de juicio abreviado, son aplicables a este supuesto. Y, en particular, además, existen argumentos propios para considerar que puede adoptarse durante la etapa del plenario.

En la causa “Ocampo”¹²⁷, del registro interno del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 20, el juez Laufer declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 353 *sexies* del CPPN –según ley 27.272– en lo que respecta al plazo de caducidad previsto para solicitar la suspensión del juicio a prueba y, luego del análisis pertinente, accedió a su concesión.

Al respecto, se consideró que la caducidad con la que se sanciona la posibilidad de que el imputado solicite en la instancia plenaria la suspensión del proceso a prueba (cumpliendo con todos los requisitos previstos en el artículo 76 *bis* del CP) afecta expresas garantías constitucionales. Al igual que en el anterior supuesto, se consideraron vulnerados el principio de igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio del imputado (arts. 16 y 18 CN).

Adicionalmente, teniendo en cuenta que este instituto tiende a evitar el riesgo de una condena, se hizo referencia a los principios de *última ratio*, mínima intervención penal, racionalidad de los actos de gobierno y de estricta necesidad de las penas, *pro homine y pro libértate*, considerados en diversos instrumentos internacionales, tales como las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), los arts. 1 y 75 inc. 22 CN, en función de los arts. 5, punto 6, y 9 CADDHH, y 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, entre otros. En igual sentido, se destacó la relevancia de tales principios en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal (citándose los precedentes “Acosta”, “Norverto”, y “Lorenzo”, entre otros). A partir de ello, entonces, se remarcó la incompatibilidad constitucional del límite temporal impuesto bajo pena de caducidad.

¹²⁶ Argumentándose que no es conveniente la aplicación de esos institutos en la fase preliminar, o que no resultan aplicables a menores de edad.

¹²⁷ Tribunal Oral en lo Criminal Nº 20 de la Capital Federal, (CCC 72815/2016/T01), causa Nº 5077 seguida por el delito de robo con arma de utilería contra Jonathan Oscar Ocampo, rta. el 20/12/16.

Por último, con cita en diversos precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal, el magistrado interviniente destacó la inequidad que significaba la aceptación de la aplicación de este instituto en cualquier estado procesal, ante la ausencia de límite temporal previsto por la ley en los supuestos ajenos al procedimiento de flagrancia¹²⁸.

Más aún, a partir de situaciones puntuales, advertimos que la restricción regulada en los supuestos de flagrancia posibilita una injustificada desigualdad. Piénsese en un caso en que la acusación se modifica luego del debate, convirtiéndose en una imputación de menor cuantía a partir del alegato. En ese caso, si la nueva calificación legal lo permite, quien con anterioridad no podía acceder a este instituto, podría solicitar su incorporación¹²⁹.

La imposibilidad generada por el plazo fijado bajo sanción de caducidad para casos de flagrancia, en tal contexto, no encuentra justificación válida. En virtud de ello, el juez Larraín, en la causa 5483, siguiendo la opinión del Ministerio Público Fiscal¹³⁰, concedió la suspensión del juicio a prueba a uno de los imputados¹³¹.

Más cerca en el tiempo, en la causa 9143 del Tribunal Oral de Menores II, el juez Basílico, a pesar de la oposición del ministerio fiscal, concedió la suspensión del juicio a prueba a dos imputados mayores de edad, pues consideró que la ley 27.272 es de carácter procesal y no puede reglamentar una norma sustantiva. En este sentido, afirmó que la caducidad del art. 353 sexies del CPPN no está contemplada en el código de fondo, por lo cual no debe ser tenida en cuenta. Por último, tal como ha sostenido en otros precedentes, esta restricción “...vulnera el principio de igualdad ya que si se estuviera en un proceso normal no habría impedimento para solicitar la aplicación del instituto en cualquier momento”¹³².

En razón de lo expresado, teniendo en cuenta que la suspensión del proceso a prueba se encuentra prevista en la ley de fondo (artículo 76 *bis* del Código Penal), no puede ser desnaturalizada por la ley de forma¹³³. Así lo entendió el juez Laufer, al señalar:

¹²⁸ La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “Arias, Víctor G” resuelta el 5/12/08, decidió que no podía rechazarse la suspensión del juicio a prueba, fundándose únicamente en su extemporaneidad, pues la ley no prevé un límite temporal. Así la Dra. Ledesma, por la mayoría, sostuvo que por aplicación del principio pro homine –según el cual debe acudir siempre a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos–, entendió que admitir la concesión de la suspensión del juicio a prueba aun cuando se hubiera fijado la audiencia de debate, constituye la opción más beneficiosa, lo cual torna imperiosa la aplicación del citado principio (citado en “Ocampo”, op. cit.).

¹²⁹ En este sentido, se expidió el juez Goerner, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 29, causa 5104 (CCC 73903/2016) seguida a Bardón, Federico del 6/2/17.

¹³⁰ Argumentos que fueran desarrollados al tratar el punto anterior acuerdo de juicio.

¹³¹ Fallo citado en nota al pie 110.

¹³² CCC 53863/2017, rta. el 10/10/17.

¹³³ La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, en el caso “Balza” con relación al cercenamiento del ejercicio de derechos consagrados por el legislador nacional precisó “...lo dispuesto por una norma procesal dictada para la Capital Federal no puede prevalecer frente a lo mandado en contrario por una ley nacional que regula sobre materia del derecho de fondo, conforme lo prescripto por el art. 31 de la Constitución Nacional (CSJN, septiembre 17 de 1957,

...no existe impedimento constitucional para que las provincias sancionen leyes reglamentarias de los derechos consagrados, en este caso, en el Código Penal. Pero lo que sí está claro es que no pueden limitarlos o cercenarlos, sino ampliarlos en pos de superación del estándar que ha precisado el legislador nacional en los términos del inciso 12 del art. 75 de la CN¹³⁴.

Cualquier distinción que se ensaye entre los casos de flagrancia que contempla la ley procesal y los restantes sucesos no permitirá, sin embargo, justificar limitación alguna para adoptar una solución enmarcada en el derecho sustantivo y, sin duda, más beneficiosa para la persona sometida a proceso. Los derechos consagrados por la ley penal –en particular por los artículos 76 bis y siguientes del Código Penal– deben ser respetados y garantizados en todo proceso legal (conf. arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así, al margen de que los citados precedentes jurisprudenciales e incluso el artículo 293 del CPPN identifican a este instituto como un beneficio, lo cierto es que se trata de un verdadero “derecho”, puesto que se encuentra regulado en la ley de fondo y sujeto a requisitos objetivos y subjetivos, ante cuya existencia, su concesión es necesaria e ineludible.

En igual sentido, el hecho de que la suspensión del juicio a prueba, en muchos casos pueda ir acompañada de una serie de condiciones incluso mayores que las impuestas por una condena condicional (reglas de conducta, prohibiciones, obligación de asistir a cursos, tratamientos, etc.), lo aleja sensiblemente de un “beneficio”.

Distinto es advertir que, por sus efectos, la suspensión del proceso a prueba resulta más beneficiosa para el imputado que la posibilidad de enfrentar una condena. Tal circunstancia no le quita el carácter de verdadero derecho, así como cualquier egreso anticipado de una persona condenada (salidas transitorias, libertad condicional o asistida, etc.) constituyen verdaderos derechos que deben otorgarse si se verifican las condiciones objetivas y subjetivas impuestas por la ley.

No se trata de una mera cuestión terminológica. Aceptar que este instituto constituye un verdadero derecho obliga a extremar los recaudos para su evaluación y, cuando se cumplen los requisitos para su concesión, velar por su efectiva aplicación –repeliendo toda posibilidad de arbitrariedad–. Como acertadamente sostiene Vítale:

La previsión legal de los supuestos de admisibilidad (de la suspensión del proceso a prueba) hace que tal paralización procesal tenga naturaleza de derecho del imputado, y no de mera gracia del poder persecutor. Probablemente sea éste el rasgo más importante del instituto en análisis, pues de él depende en muy buena medida el éxito de su funcionamiento concreto, no dejado en manos, entonces, del posible rechazo caprichoso del titular del poder persecutorio (quien

"Calles, David C. Villuendas, Anibal T.", LA LEY, t. 91, p. 162, fallo N° 42.281)(citado en "Ocampo", op. cit.).

¹³⁴ Op. cit. en nota al pie 129.

debe respetar, por el contrario, las razones de conveniencia – establecidas legalmente– que demuestran la innecesidad de continuar, en muchos casos, con la búsqueda de una respuesta punitiva). Por ello es que, al concurrir en el caso los presupuestos de admisibilidad legal, la suspensión petitionada por el imputado debe ser dispuesta indefectiblemente (Vitale 2004, 31).

Al margen de la coincidencia en cuanto a la decisión final, en “Ocampo” se distinguió entre el derecho a la suspensión del proceso a prueba, y el derecho a poder solicitarla –optándose por esta última interpretación–.

Por nuestra parte, creemos que sostener que el ordenamiento jurídico apenas reconoce la facultad de solicitar la suspensión del juicio a prueba –con el alcance que la interpretación de los textos normativos le confiera– significa sentar las bases de la arbitrariedad. Y no solo porque no se trata de un “beneficio” previsto por la ley¹³⁵ sino, además, porque más allá de las diferencias interpretativas en su aplicación, constituirá un verdadero derecho. De otro modo, en la medida en que toda ley es interpretable y existen diferentes criterios hermenéuticos, no sería posible hablar derechos sino, en el mejor de los casos, del “derecho a tener derechos” –lo cual es absurdo–.

4. Juicio unipersonal

La decisión de llevar adelante juicios con mayor fluidez no es patrimonio exclusivo del procedimiento de flagrancia. Con alcance diverso, ha sido contemplada tanto por la ley 27.272 como por la ley 27.308. En *pos* de lograr dicho objetivo, en ambos casos se ha considerado trascendente que un solo juez sea el encargado de juzgar la mayoría de los supuestos –reservando la integración colegiada a aquellos de extrema gravedad en función de su elevada escala penal–.

La Ley de Unificación de Fueros y Juicio Unipersonal, a su vez, prevé la aplicación inmediata de lo dispuesto en sus artículos 8 y 9, a partir de lo indicado en su artículo 28. Su utilización podría afectar el principio de legalidad sustantivo –entendido en sentido amplio– y ofrecería un argumento adicional tendiente a cuestionar la constitucionalidad de la citada normativa.

Ahora bien, circunscribiéndonos al objeto de análisis propuesto, nos referiremos a lo dispuesto en la parte final del artículo 7 de la ley N° 27.272, que incorporó al ordenamiento procesal el artículo 353 septies. Allí, se señala: “En todos los casos sometidos al procedimiento para casos de flagrancia, cuya pena máxima prevista no sea mayor a quince (15) años, el juzgamiento lo realizará un único magistrado”.

¹³⁵ Recordemos que “Sancionar” no se garantiza únicamente con la imposición de una condena privativa de libertad. Debe advertirse la naturaleza coercitiva de las condiciones que entraña en su aplicación este mecanismo de simplificación procesal. Ya en su voto en “Góngora”, el juez Diez Ojeda advirtió que la SJP: “...prevé la posibilidad de imponer reglas de conducta (art. 76 ter, primer párrafo, en función del art. 27 bis del C.P.) que, vista su finalidad preventiva, pueden dirigirse a transformar disvaliosas pautas de comportamiento vinculadas con la violencia de género...” (CFCP, Sala IV, causa N° 14.092, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/recurso de casación”, reg. 15.704.4, del 26/9/11, voto del juez Diez Ojeda, al que adhirió el juez Hornos).

Según se desprende de la letra de la ley, en el marco del procedimiento de flagrancia no hay opción para la persona sometida a proceso. Cuando la escala penal no supere los quince años de prisión, será juzgado por un solo magistrado. No se trata entonces de casos de escasa relevancia penal o de delitos leves (únicos supuestos que, hasta la sanción de las reseñadas leyes, a nivel nacional, preveían el juzgamiento unipersonal). Aquí la consecuencia que se espera como resultado del proceso puede ser una elevada sanción.

A pesar de que la ley 27.308 derogó el artículo 27 del CPPN que establecía la competencia del juez correccional para la investigación y juzgamiento de los delitos reprimidos con pena no privativa de libertad y de aquellos sancionados con pena de prisión que no excedieran los tres años, mantuvo la diferenciación entre delitos criminales y correccionales –como puede advertirse de la propia denominación asignada a los órganos jurisdiccionales y del procedimiento diferenciado para la sustanciación del juicio correccional que prevé el Libro III, Título II, Capítulos I y III (art.8, párr. 2º ley 27.308)–. No obstante, la regla de la menor lesividad de aquellos delitos reprimidos únicamente con penas de multa o inhabilitación y de los sancionados con pena privativa de libertad de hasta tres años de prisión –cuyo juzgamiento siempre estuvo a cargo de un único magistrado– se ha visto trastocada en función del interés por asignarle mayor celeridad al juzgamiento de un más amplio espectro de delitos.

No parece haber coherencia en el monto de corte. Todo aquel que soporta una imputación por la presunta comisión de un delito –y con mayor razón si en función de aquella acusación está el riesgo de la aplicación de una pena de prisión de efectivo cumplimiento y de larga duración– querrá acceder a un juicio justo. La imparcialidad e independencia del juzgador y el contexto de un debate oral con reglas previamente definidas por la ley procesal son pilares fundamentales para garantizarlo.

Ahora bien, la calidad de la decisión parece no depender exclusivamente de aquella suerte de estándar mínimo, sino que constituirá un valor en sí mismo la posibilidad de discusión y deliberación que solo la conformación pluripersonal del órgano de juicio puede garantizar.

Refiriéndose a la importancia de visibilizar las decisiones individuales en los órganos colegiados, Ferrajoli señala:

...es un decisivo factor de ruptura de la coartada del puro «tecnicismo» y «neutralidad» de la decisión, al hacer posible que salga al exterior, no, como ahora sucede, una sola «verdad» –es decir, una sola interpretación de la ley y una sola valoración de los hechos y de las pruebas– sino verdades distintas y en contraste, capaces de suscitar la atención, el debate, la crítica informada y, de ese modo, el control público sobre las actuaciones de los jueces (Ferrajoli 1995, 603).

Claro que también hay quien se pronuncia a favor del juez único, basándose en el concepto de mayor responsabilidad que genera ser el centro de la decisión¹³⁶.

En cualquier caso, la decisión del colegiado ofrece mayor garantía de imparcialidad y supone mejor ponderación. Necesariamente, la deliberación enriquece cualquier decisión.

Desde tal perspectiva, lo establecido por artículo 7 de la ley N° 27.272 (reflejado en el artículo 353 *septies* del CPNP) no sólo deja de lado el estándar de calidad propio de la motivación de la decisión judicial que el colegiado puede ofrecer, sino que circula en sentido contrario al modelo de toma de decisión que se deriva de la efectiva vigencia de los artículos 24, 75 inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional.

En aquellas cláusulas, el Constituyente previó el juicio por jurados como modelo fundamental en la administración de la justicia penal. Se trata de la mayor descentralización posible en la administración del castigo estatal que reclama la participación y decisión de un grupo de ciudadanos para habilitar la aplicación del poder punitivo. Así, el artículo 24 de la C.N. lo concibe como un derecho y garantía de los ciudadanos, el artículo 75 inc.12 como una obligación legislativa del Congreso Nacional, y el artículo 118 como un modelo institucional de administración de justicia penal al que deben adecuarse los esquemas provinciales. Así, excede la integración de los cuerpos de decisión judicial, apuntando al tipo de procedimiento elegido para legitimar la resolución sobre la aplicación de una sanción.

En tales condiciones, más allá de la desatención del mandato constitucional, lo cierto es que aquellas cláusulas orientan el diseño de organización judicial y reclaman que la decisión sobre la habilitación del castigo estatal no quede en manos de una única persona –por lo menos en aquellos casos en que exista riesgo de pena de prisión–. En el ideal, la decisión debe ser fruto de la discusión, deliberación y razonamiento fundado de un órgano colegiado, luego de celebrado un debate oral y público en el que cada parte haya establecido las pretensiones que conformarán el objeto del litigio, apoyándose en la prueba allí producida.

La opinión del colegiado, en tal contexto, operará como una garantía de reducción de yerros en la decisión, respondiendo a parámetros esperables de una sentencia definitiva. Así lo ha entendido Maier, al sostener:

...ni el recurso previsto, ni en el mejor de los casos una nueva audiencia [...] representan a los mecanismos que conducen a una tranquilidad mayor acerca de la decisión carente de yerros, esto es, a una garantía mayor de justicia para el justiciable, sino, antes bien, es la integración del tribunal–con un número mayor de jueces, con jueces accidentales en lugar de funcionarios estatales o con jueces más experimentados–aquello que conduce a la tolerancia política de la decisión con el calificativo de irrecurrible o definitiva. Y por supuesto, resulta posible para el Derecho procesal penal y de la organización judicial, de varias

¹³⁶ El propio Ferrajoli (1995, 673) lo destaca en la nota 260 del capítulo respectivo (Ferrajoli 1995, 673).

maneras, exigir esta integración del cuerpo de decisión desde un primer momento (Maier 2003, 505).

Sin perjuicio de disparidad de modelos de enjuiciamiento a nivel nacional, las instancias de juzgamiento unipersonal establecidas por las leyes N° 27.272 y 27.308 constituyen regresiones inaceptables desde la perspectiva constitucional.

El propio modelo Republicano que adopta nuestro Estado como forma de gobierno (art. 1 CN) impone que los actos de los poderes públicos resulten racionales, estableciendo un sistema de controles mutuos. De este modo, en tanto acto de poder, la sentencia penal producida por decisión plural constituye un producto más y mejor elaborado, sensiblemente más cercano a la reclamada racionalidad republicana, al tiempo que coadyuva al ideal justicia que proclama el Preámbulo de la Constitución Nacional.

En este punto, entonces, la ley N° 27.272 es contraria al esquema de toma de decisión diseñado por el constituyente para el juzgamiento de determinados delitos, y constituye una norma regresiva en materia de derechos humanos. Es que cuando un Estado ha reconocido por vía legislativa un mayor grado de protección de derechos a sus habitantes, no puede regresar hacia un estándar inferior de tutela que priorice la celeridad y economía procesal por sobre la seguridad jurídica.

Si bien es cierto que el principio de progresividad de los derechos humanos –y su contracara, de no regresividad– ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacional fundamentalmente en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una lectura sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite sostener que idénticos postulados resultan predicables respecto de los derechos civiles y políticos. Así, mientras el artículo 19 de la CADH establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades allí reconocidos –en lo que aquí importa, el derecho a un juicio justo que consagra el artículo 8–, como contrapartida, el compromiso estatal asumido nunca podría ser interpretado como habilitante de su restricción, limitación o cercenamiento.

El artículo 2 de la citada Convención, en tanto, impone a los Estados Partes el deber de adoptar las medidas de carácter legislativo o de otro carácter, que permitan hacer efectivos aquellos derechos y libertades, de lo que se deriva la obligación estatal de progresividad en la protección de aquellos derechos, ya que no podría concebirse la adopción de medidas de carácter legislativo que los restrinjan, limiten o cercenen.

Tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 26 se refiere al compromiso asumido por los Estados Partes de tender a su desarrollo progresivo.

Por último, la cláusula de interpretación del artículo 29, obtura la posibilidad de que los Estados supriman, limiten o excluyan derechos y libertades ya reconocidos por el ordenamiento interno en la aplicación de la Convención, lo que en definitiva

se traduce en la consagración del principio de prohibición de regresividad en materia de derechos humanos.

Por lo demás, el criterio de interpretación progresiva de las normas procesales en materia de protección de derechos humanos ha sido el seguido y consolidado por el Máximo Tribunal Federal del país en numerosos pronunciamientos en los que, incluso por vía pretoriana, ha redefinido las normas del ordenamiento de forma, a los efectos de garantizar los estándares exigidos por la CADH.

De hecho, el caso más relevante en la materia ha sido sin dudas el precedente “Casal”, en el cual la CSJN sostuvo:

7°) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar interpretación progresiva en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva. [...] La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales. [...] En este contexto de legislación progresiva con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta la introducción y la interpretación del alcance del recurso de casación en materia penal (Consid. 7°).

Aun cuando se ha aceptado cierta distinción entre delitos leves y graves, ello no podía fundamentar la previsión contenida en el artículo 7 *in fine* de la Ley 27.272. A modo de ejemplo, el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca) expresamente establece en el artículo 4 que: “El juzgamiento en caso de delitos graves deberá ser de la competencia de Tribunales colegiados y, si se tratara de delitos leves o faltas, podrán serlo de Tribunales unipersonales”. No obstante, delitos que prevén la imposición de una pena de hasta quince años de prisión, en modo alguno pueden considerarse leves.

En rigor, debiera bastar la posibilidad de ser condenado a una pena de prisión efectiva para exigir que su juzgamiento sea realizado por un tribunal colegiado. De cualquier modo y más allá de esta última propuesta, es evidente que la reciente ley

aplicable a casos de flagrancia prioriza la celeridad, sin tener en cuenta la calidad de la decisión.

5. Recursos

El ejercicio de las vías recursivas aparece regulado expresamente de manera parcial en la ley especial, lo cual ha llevado a interpretaciones diversas sobre aspectos de singular relevancia.

Inicialmente, en el artículo 2 (artículo 353 *bis* CPPN) se establece que los recursos de reposición y apelación se interpondrán y concederán del mismo modo que las decisiones jurisdiccionales, esto es, en forma oral durante audiencias públicas y contradictorias. Así, lógicamente, para que la cuestión pueda ser evaluada por un órgano revisor se prevé la grabación total de la audiencia en soporte de audio y, de ser posible, en video –al margen de la confección de un acta sucinta–.

Interponer por escrito el recurso concluida la audiencia multipropósito de que se trate “...conspira contra los principios de preclusión y progresividad que impiden que el proceso se retrotraiga a etapas ya superadas, al igual que atenta contra los de oralidad, intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración, distintivos del procedimiento de flagrancia instaurado en la ley 27.272”¹³⁷.

Más adelante, en el artículo 4 (artículo 353 *quater* CPPN) se instaure la posibilidad de objetar la decisión de aplicar el procedimiento de flagrancia. Si bien se señala que el recurso de apelación tendrá efecto suspensivo, no se brinda ninguna otra precisión acerca de su forma. Por lo demás, y tal como señaláramos, idénticas previsiones fueron establecidas para incorporarse al nuevo Código Procesal Penal de la Nación sancionado por la Ley 27.063¹³⁸.

La norma establece que: “[l]as apelaciones que se hubieren presentado desde el inicio del proceso hasta la finalización de esta audiencia, serán elevadas a la alzada en forma conjunta en este acto, con excepción de aquellos planteos vinculados con la libertad del imputado”¹³⁹.

Ahora bien, distinta es la situación en la etapa de juicio, puesto que la nueva ley no ha introducido ninguna previsión para el ejercicio de los medios de impugnación. Si bien en el artículo 353 *septies* del CPPN se prevé además del ofrecimiento de prueba la posibilidad de discutir el mantenimiento de la prisión preventiva y la introducción de nulidades y excepciones que no hubieren sido planteadas con anterioridad, nada se señala respecto del modo de impugnar decisiones adversas. Tal falta de previsión derivó en respuestas diversas.

En un caso en que había sido rechazado un planteo de excarcelación realizado durante la etapa de juicio, la sala de turno del tribunal de casación sostuvo:

¹³⁷ Así lo entendieron los integrantes de la Sala 4 de la CNACC. “Soto, Gonzalo s/ robo”, rta. el 24/5/17, (CCC 28445/2017).

¹³⁸ Ello, según lo establecido en los artículos 10 y 12.

¹³⁹ Art. 353 *quater*.

Al examinar la admisibilidad se advierte que la ley 27.272 que introdujo el procedimiento especial de flagrancia, y en particular su artículo 353 septies, no deroga ni explícita ni implícitamente lo previsto en el art. 463 del C.P.P.N en cuanto a que “el recurso de casación será interpuesto [...] mediante escrito con firma de letrado, en el cual se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende...”. [...] En virtud de ello, y atención a que la defensa Arnaldo Ariel Aponte no interpuso recurso de casación en los términos previstos en el art. 463 del C.P.P.N, corresponde declarar mal concedido el recurso de casación y, en consecuencia, inadmisibles¹⁴⁰.

La seguridad con la que fue rechazado el recurso promovido oralmente no lo exime de inconvenientes. El más evidente surge del contraste entre un procedimiento ágil, dinámico y desburocratizado, frente a los plazos y requisitos formales establecidos en el artículo 463 del ordenamiento ritual. Incluso en el caso puntual, existirá el riesgo de que el tratamiento tardío de la impugnación a una medida cautelar la torne inoficiosa frente al dictado de una sentencia definitiva.

Más aún, con relación al precedente citado, habida cuenta de que no había concluido el plazo para recurrir –siguiendo el criterio del *ad quem*–, la defensa volvió a realizar el planteo en forma escrita. En esta oportunidad, la Sala de Turno –con distinta integración– indicó:

Abocados los jueces Bruzzone y Niño al análisis de la admisibilidad del recurso de casación intentado por la defensa, advierten que el presente incidente ya había sido elevado a este Tribunal, ocasión en la que la Sala de Turno –con diversa integración declaró inadmisibles la impugnación articulada por la defensa por no haber sido presentada en forma escrita. Los jueces, observan que en esta oportunidad, el incidente ha sido elevado a partir de la presentación por escrito del recurso. Sin embargo, durante la deliberación, y más allá de la discusión relativa a la necesidad de que el recurso de casación sea presentado o no por escrito en el marco de un procedimiento en flagrancia, se advierte un óbice para arribar a una decisión con respecto a la admisibilidad formal del recurso en tanto la defensa no ha consignado con precisión en su impugnación los argumentos que dieron basamento a la resolución recurrida y, además, el soporte digital dando cuenta de la audiencia celebrada elevado por el a quo a este tribunal padece un defecto técnico consistente en que no se ha registrado el audio correspondiente al dictamen de la Señora Fiscal General, el que dio basamento sustantivo a la decisión de la jueza que resolvió el caso, circunstancia que se evidencia a partir de su remisión al dictamen aludido¹⁴¹.

¹⁴⁰ Del Voto conjunto de los Sres. jueces Magariños, Garrigós de Rébora y Morín en la causa CCC 3912/2017/TO1/1/CNC1, Registro 187/2017, rta. el 17/2/17 por la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. En igual sentido, se expidieron en la causa 21.142, el 3/5/17.

¹⁴¹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala de Turno, causa CCC 3912/2017/TO1/1/CNC1, Registro 292/2017, rta. el 8/3/17 (votantes: Niño y Bruzzone).

Lo expresado derivó en una remisión a la instancia de origen para que se subsanara el defecto apuntado –lo cual parecía bastante poco probable frente a la dificultad técnica– o, en su caso, se brindara a la defensa la oportunidad de reiterar su planteo –lo cual significaba trasladar un problema ajeno a la asistencia técnica–.

Se observa entonces que, al mezclar un procedimiento oral con recursos escritos, lo que parecía sencillo terminó resultando sumamente complejo. Es que frente a una decisión rendida en forma oral y registrada en soporte de audio –por lo menos así debió ser más allá del inconveniente técnico– apoyada a su vez en un dictamen emitido de la misma forma, contrariamente, la defensa se vio obligada a cumplir diversas formalidades para presentar su recurso.

Por su parte, con relación al recurso de reposición –en caso de ser articulado y desarrollado de acuerdo con las prescripciones de los artículos 438, 444 1° párrafo *a contrario sensu* y ctes. del CPPN– la jurisprudencia ha dado diferente respuesta.

En esta oportunidad, varias personas habían sido detenidas por conductas calificadas como delitos previstos en la ley 23.737. La fiscalía consideró los hechos como flagrantes y aplicó el proceso previsto en la ley 27.272, modificatoria del CPPN¹⁴².

Durante la audiencia celebrada a tenor del artículo 353 *ter* del CPPN, la defensa solicitó la nulidad del acta inicial y de todos los actos consecuentes, instando además el sobreseimiento del encausado. El juez hizo lugar al pedido y contra esa decisión, la fiscalía interpuso un recurso de apelación. A tal fin, invocó los artículos 432, 449 y siguientes del CPPN, correspondientes al procedimiento recursivo común, y difirió la presentación de los agravios. Tres días después de la audiencia, fundó su presentación por escrito, y el juez concedió el recurso de apelación.

A su turno, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná –por mayoría compuesta por el voto de los jueces Alonso y Chaulet–, declaró mal concedido el recurso del Ministerio Público Fiscal y confirmó la sentencia apelada. Para llegar a esta conclusión, en primer lugar, el juez Alonso, a cuyo voto adhirió el juez Chaulet, recordó que: “[la] Cámara es Juez del recurso, motivo por el cual ni las manifestaciones de la Defensa, ni lo actuado o resuelto por el Juez impiden el ejercicio de una facultad que resulta exclusiva del Cuerpo”. A continuación, el magistrado se refirió a los párrafos 2 y 3 del art. 353 bis de la ley 27.272, sosteniendo que:

...surge diáfananamente que, así como las partes deben realizar sus postulaciones en forma oral en la misma audiencia, y el Juez resolver de la misma manera [e] idéntica oportunidad; quien se considere con motivos para “recurrir” deberá hacerlo del mismo modo, luego de la notificación también en la audiencia. Es decir, sustanciado el recurso con el pertinente traslado a la adversa, el Juez concederá –o denegará el mismo–, señalando expresamente la citada norma –tal como se expuso–, “...los recursos de reposición y apelación se interpondrán y concederán del mismo modo...”.

¹⁴² Cámara Federal de Apelaciones de Paraná en los autos “Q, DW y otros”, causa N° 12.397/2016, del 6 de abril de 2017.

En ese mismo sentido, el juez explicó:

...bastaba con enunciar oralmente en forma sumaria las razones aducidas para justificar la impugnación por parte del Ministerio Público Fiscal en la misma audiencia multipropósito dispuesta por la ley 27.272; resultando manifiestamente improcedente la invocación de los arts. 432 ccs. y 449 ccs. del C.P.P.N. dado que, éstos solo rigen para el procedimiento ordinario que el propio Ministerio Público Fiscal desechó al calificar el hecho como en flagrancia y someter la cuestión a la citada norma (arts. 383 bis, sgtes y cctes del C.P.P.N.).

Por último, el magistrado sostuvo: “...no puede perderse de vista que la esencia del procedimiento para casos de flagrancia es la oralidad, contradicción, intermediación y bilateralidad, habiendo el legislador establecido un camino recursivo específico que desplaza al procedimiento ordinario”.

Ciertamente, la ley establece expresamente que este tipo de recursos se interpondrán en forma oral, lo cual es consecuente con la celeridad que se pretende. Sin embargo, la falta de previsión relativa al modo de ejercer la voluntad recursiva durante la etapa de juicio nos posiciona frente a una disyuntiva. ¿Entendemos que la ausencia de regulación expresa remite necesariamente a disposiciones ordinarias, o asimilamos el trámite recursivo al previsto para reposiciones y apelaciones durante la etapa preliminar?

La primera opción puede justificarse en que, a falta de regulación especial, rige lo dispuesto para la parte general. No obstante, ello significaría mantener una estructura obsoleta para un procedimiento que prioriza la celeridad, enalteciéndola como símbolo de eficiencia. La segunda interpretación prioriza la homogeneización en materia recursiva, aun cuando no surge de la letra de la ley.

Si se trata de la sentencia definitiva, no parece haber objeciones en cuanto a la innecesariedad de suplir la falta de regulación. La rapidez que sostiene el procedimiento para delitos cometidos en flagrancia cumple su cometido: arribar a una sentencia en el menor tiempo posible. De ahí en adelante, el proceso retoma su curso ordinario y la urgencia cede terreno a la burocracia tradicional.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá frente al rechazo de una medida de prueba ofrecida, de un planteo de nulidad, una excepción previa, o incluso ante la decisión unipersonal de mantener la prisión preventiva? Si se consideran decisiones equiparables a sentencia definitiva y, por su trascendencia, no susceptibles de reparación ulterior, la simple protesta o reserva de recurrir no será suficiente. Allí deberá existir un medio de impugnación rápido e informal, acorde al procedimiento de que se trata, y como único modo de que resulte un mecanismo eficaz.

6. Su aplicación a personas menores de 18 años

No es posible efectuar el análisis de este procedimiento especial en el caso de los menores de 18 años, sin tener en cuenta la situación actual de la legislación aplicable en materia penal juvenil.

A nivel nacional, el legislador no ha instaurado un sistema exhaustivo y cerrado para regular el juzgamiento de los jóvenes a los que se les imputa la comisión de un delito, sino que se ha satisfecho estableciendo excepciones y algunas reglas específicas al procedimiento ordinario para el caso de los adultos (vgr. art. 410¹⁴³ y sgtes. del CPPN) como la creación de juzgados y tribunales de menores.

Debe recordarse que en nuestro país rige el Régimen Penal de Minoridad¹⁴⁴, que se caracteriza por contraponerse en varios de sus preceptos a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales incorporados a ella¹⁴⁵.

En especial, la aplicación de una disposición provisoria desde el inicio del proceso penal a un menor entre los 16 y 18 años que se puede extender hasta la mayoría de edad¹⁴⁶, traducida en la adopción discrecional de medidas “tutelares” que incluyen la privación de libertad por tiempo indeterminado.

Mientras el derecho penal para adultos evolucionó hacia posiciones de garantía, el sistema de menores se perfeccionó en la asistencia y protección, originando verdaderas situaciones de injusticia y vulnerabilidad de los derechos, que paradójicamente repercuten en desmedro de la seguridad social general (Fellini 2002).

Igualmente, este sistema se caracteriza por la imposibilidad de brindar alternativas al proceso o a la pena privativa de libertad, con un régimen de sanciones que sólo permite –a criterio del juez– la reducción o no imposición de la condena correspondiente a un adulto¹⁴⁷. En consecuencia, nuestro país está en deuda hace casi 30 años, al no modificar el sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que la mencionada Convención¹⁴⁸ fue ratificada por el Poder Ejecutivo en sede internacional el 5 de diciembre de 1990, momento a partir del cual pasó a formar parte del derecho argentino y de aplicación inmediata para todos los supuestos que el tratado contempla.

No obstante, en la reforma de nuestra Constitución Nacional producida en el año 1994, fue incorporada mediante el art. 75 inc. 22. Por ende, todos los derechos que contiene complementan aquellos que integran la parte dogmática del texto

¹⁴³ “Regla general. En las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo”.

¹⁴⁴ Ley 22.278, aprobada a comienzos de la década de los ochenta –bajo un gobierno de facto–, la que encuadra dentro del llamado modelo de “la situación irregular”, caracterizado por considerar a las personas menores de edad como objetos de tutela, incapaces, a los que se les desconocen todos los derechos que los sistemas jurídicos modernos otorgan a los adultos.

¹⁴⁵ Para un análisis del tema ver Fellini, Zulita. Derecho Penal de Menores. Primera reimpresión. Ad Hoc. Buenos Aires. 2001.

¹⁴⁶ Art. 2 y 3.

¹⁴⁷ Art. 4.

¹⁴⁸ Incorporada a nuestro derecho interno por ley 23.849, fue sancionada el 27 de septiembre de 1990 y entró en vigor el 1º de noviembre de ese año.

constitucional (Beloff 2007, 260). Posteriormente, el Congreso Nacional incorporó las enmiendas y normas complementarias a la Convención¹⁴⁹.

Recién en el 2005 se aprobó la ley 26.061¹⁵⁰, que derogó expresamente la ley 10.903¹⁵¹, pero se limitó a reiterar disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que constitúan su piso –no su techo–, y que en muchos casos, ya eran reconocidas por la ley o por la interpretación de los tribunales.

Si bien significa una cancelación parcial de la deuda que el Estado argentino posee en materia de protección de la infancia, no lo saca de su mora (Beloff 2006, 7), pues la mencionada Convención es un tratado y su ratificación, al igual que un contrato, obliga al Estado parte a respetar el estándar mínimo de tratamiento de la infancia y su incumplimiento determina responsabilidades y sanciones internacionales (Beloff 2004, 12).

Nótese que el Comité de los Derechos del Niño en los años 2002 y 2010 se expidió de manera categórica respecto de que debía derogarse “...la ley 22.278, relativa al régimen de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia juvenil...”.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos “Bulacio”¹⁵² y “Mendoza”¹⁵³ cuestionó la constitucionalidad de la legislación vigente en nuestro país. En consecuencia, el Estado argentino tiene la obligación de derogar dicha ley y disponer un régimen penal juvenil adecuado a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tal como sostiene Baratta, las políticas de protección de los niños en el marco de la Convención se distribuyen en cuatro niveles (1998, 3), entre los cuales, son de suma importancia: las correccionales (medidas socioeducativas de respuesta a la delincuencia juvenil) y las de organización administrativa y judicial (derechos procesales fundamentales).

La Convención y otros instrumentos internacionales¹⁵⁴ fijaron mínimos, por lo que es obligación del Estado construir un derecho para que los jóvenes puedan realizar en forma concreta sus derechos y no sólo retóricamente.

De igual modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Maldonado”¹⁵⁵ y “García Méndez”¹⁵⁶ estableció que los documentos internacionales antes mencionados constituían el plexo normativo sobre el cual

¹⁴⁹ Leyes 25.403, 25.616 y 25.763.

¹⁵⁰ Denominada de “Protección integral de los derechos de niñas, los niños y adolescentes”.

¹⁵¹ De Patronatos de Menores que en sus partes pertinentes tenía influencia en el sistema penal juvenil vigente.

¹⁵² Del 18/09/03.

¹⁵³ Del 14/5/13.

¹⁵⁴ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana); y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad.

¹⁵⁵ M. 1022. XXXIX. Recurso de hecho. Causa N° 1174. Rta. el 11/3/05.

¹⁵⁶ G. 147. XLIV. Recurso de hecho. Causa N° 7537. Rta. el 2/12/08.

debía armonizarse la interpretación de la ley 22.278 y del sistema penal juvenil, pues más allá de reconocer las serias dificultades que tiene la mencionada ley, el Poder Judicial no podía implementar todo un sistema diferente.

Sin embargo,

...ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente, cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surge de los instrumentos internacionales¹⁵⁷.

La ausencia de una normativa específica para los jóvenes determina que se aplique la legislación general en materia penal y procesal penal, con la adecuación que los Tribunales puedan efectuar para respetar los derechos consagrados a nivel internacional. Una aplicación sistemática de ello ha determinado que a lo largo de los años "...algunas de las practicas que de ella derivaban se fueron adecuando a un cumplimiento respetuoso de los parámetros convencionales"¹⁵⁸, aunque esa interpretación no alcanza para cumplir con la obligación del legislador de sancionar normas que regulen instituciones diferenciadas para menores de edad.

La ley 27.272 no fue la excepción a esta situación, ya que en su articulado no se hace ninguna mención al caso de los imputados menores de 18 años, a diferencia de otras provincias que los excluyen específicamente¹⁵⁹. En consecuencia, con su entrada en vigencia se produjeron cuestionamientos respecto de su constitucionalidad y aplicación en estos casos.

Los planteos estuvieron relacionados con la aprehensión de los jóvenes, la incompatibilidad de la rapidez del proceso de flagrancia con los tiempos del tratamiento tutelar que prevé la ley 22.278, la complejidad del trámite en el caso de menores, el plazo de caducidad para buscar alternativas al proceso en la etapa oral y el juzgamiento por un único magistrado¹⁶⁰.

Es así como la interpretación del alcance y la constitucionalidad de las reglas que regulan el nuevo proceso de flagrancia y su aplicación en estos supuestos, ha generado diversas posturas por parte de los jueces que integran las distintas cámaras.

La jurisprudencia ha sido conteste en afirmar que la norma, en este aspecto, no es inconstitucional¹⁶¹. En cambio, sí se han demostrado divergencias al momento de considerar si era aplicable a los menores.

¹⁵⁷ Ídem anterior.

¹⁵⁸ Del voto de la jueza Garrigos de Rebori en "Calderón, Paola". Sala 1. CNCCC. Rta. del 24/4/17 (CCC 5658/2017).

¹⁵⁹ Entre otras San Juan (art. 12 ley 1465), Tierra del Fuego (art. 402 bis ley 792), La Rioja.

¹⁶⁰ Para un análisis detallado de los planteos, ver el fallo citado en nota al pie 45.

¹⁶¹ La única excepción es el voto de los jueces Morín y Sarrabayrouse respecto de la detención de los jóvenes en los términos del art. 353 ter que desarrollaremos más adelante.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, los distintos magistrados han entendido que los planteos de violación a las garantías constitucionales relativas al régimen penal juvenil, fueron realizados en forma genérica y no se referían al hecho concreto.

En ese sentido, en la causa “CML”¹⁶², los integrantes de la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional han dicho:

Cabe destacar, en primer término, que la articulación de la defensa no se relaciona con la situación particular de su asistido, sino que realiza una crítica de la normativa en base a agravios que no resultan aplicables al caso bajo estudio. El propio defensor, en la audiencia inicial indicó que “el planteo no es frente a la aplicación en concreto [...] el planteo mío es la ley, la ley dice el menor tiene que venir detenido, el imputado tiene que venir detenido, afectándose el principio de mínima intervención estatal, el principio de la ‘ultima ratio’, [...] la inconstitucionalidad no está obviamente dirigida al Sr. juez, nada personal, sino a la ley...”.

En la causa “Cáceres, Ariel y otro”¹⁶³, Bruzzone sostuvo que

...el pronunciamiento pretendido por las partes pareciera estar dirigido a un tribunal de control de constitucionalidad en abstracto y no para el caso concreto, como ocurre con el modelo de control de constitucionalidad previsto en nuestra Constitución Nacional; porque todos y cada uno de los cuestionamientos, con efectos reales en este momento, han encontrado respuesta en la aplicación armónica de la ley 22.278 [...] y las disposiciones de un procedimiento que pretende agilizar los tiempos en casos que, por su falta de complejidad, puedan ser resueltos velozmente.

Sin embargo, en algunos fallos se adentraron en la cuestión y afirmaron que:

...cuando al imputado se le otorgan todas las garantías que contempla el procedimiento común, a las que se suman la obligación de que “todas las audiencias se deben realizar en forma oral y pública, respetando la inmediación, contradicción y bilateralidad”, lo que pareciera otorgar un mejor resguardo a sus derechos y un mayor espectro a las posibles soluciones alternativas. En este, y en otros puntos cabe recordar que la “Reglas de Beijing” establecen en su artículo 7.1 que “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de

¹⁶² CCC 72867/2016, rta. el 21/12/16. En idénticos términos resolvieron en la causa “G.A.N”, del 16/2/17 (CCC 5478/2017).

¹⁶³ Fallo citado en nota al pie 25.

apelación ante una autoridad superior”. Extremos todos garantizados en el procedimiento de la ley 27.272¹⁶⁴.

De acuerdo con lo expresado, concluyeron que:

...una declaración de inconstitucionalidad solo procede excepcionalmente cuando la confrontación de la norma demuestra su incompatibilidad con la letra y el espíritu de nuestra Constitución Nacional de manera absoluta y evidente... al punto de no poder ser salvada por una correcta interpretación del ordenamiento en su conjunto, lo que no sucede en el caso...¹⁶⁵.

En definitiva,

...es necesario brindar una lectura interpretativa de la ley criticada conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, las ‘Reglas de Beijing’ y las ‘Directrices de Riad’, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías de los menores. [Estas normas son] el prisma que debe guiar nuestro acercamiento a la interpretación de la ley, en tanto constituyen, la primera la norma de índole constitucional que la ley debe reglamentar y, la segunda, la pauta que permite la adecuación de la normativa para que resulte compatible con un sistema mínimo de garantías en los procesos que involucren menores¹⁶⁶.

La nueva legislación incorpora expresamente los principios de celeridad, plazo razonable y contradicción propios de la oralidad, así como el derecho a ser oído y ofrecer prueba, en claro beneficio del imputado.

En líneas generales, podemos decir que superado el control de constitucionalidad, existen dos posiciones bien diferenciadas; aquellos que consideran que la ley es aplicable a los menores en la medida en la que se adecue a la normativa internacional (por ejemplo, en materia de detención); y, por otro lado, los que afirman que esa adecuación es el fundamento para decir que este procedimiento especial no puede aplicarse en material penal juvenil.

Como hemos dicho, a partir de los planteos efectuados por la defensa, los magistrados en su mayoría se han pronunciado a favor de la aplicación de la ley de flagrancia en los procesos que estén imputados menores de edad. En este sentido, el juez Magariños afirmó: “...los jueces deben aplicar una norma vigente en la medida en la que no resulte contraria a alguna otra de superior jerarquía, e interpretarla de modo coherente con las restantes que puedan incidir en la resolución del caso”¹⁶⁷.

¹⁶⁴“MJE s/ robo tentado” rta. el 31/1/17. Sala de FERIA A de la CNACC. (CCC 2416/2017).

¹⁶⁵ Ídem anterior.

¹⁶⁶ “VCN “. Rta. el 23/2/17. Sala 5 de la CNACC. (CCC 6369/2017).

¹⁶⁷“Giménez, Alan Nahuel y otro s/ robo con armas”. Rta. el 4/4/17. Sala 3 de la CNCCC. (CCC 5478/2017).

Entre aquellos que concluyeron que el nuevo régimen es incompatible con el especial dispuesto para los jóvenes que no han cumplido la mayoría de edad, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁶⁸ afirmaron: "...el procedimiento de flagrancia tiene como objeto la resolución rápida de un conflicto pasado mediante la resolución de la aplicación o no de una sanción penal. El procedimiento de menores, por el contrario, tiene como objeto... la inserción del menor en la vida social", ya que no entendían cuál es el beneficio de declarar la responsabilidad de un joven en menos de dos meses para luego esperar un año –como mínimo– para pronunciarse sobre la necesidad o no de aplicar pena.

La jueza López González¹⁶⁹, también se opuso a la aplicación de la ley a los menores de edad, considerando que "...extender la interpretación en ese sentido afecta sus derechos y controvierte los enunciados de la Convención sobre los Derechos del Niño", pues "...no resulta conciliable con los principios de excepción en el juzgamiento de jóvenes infractores a la ley penal".

Así, consideró que los principios que rigen el nuevo procedimiento en cuanto a "una salida procesal rápida y una disminución de las personas sin condena efectiva" se contraponen con la exigencia de llevar adelante un tratamiento tutelar finalizado el cual se establezca la necesidad de imponer o no una sanción penal, pues los objetivos de la justicia de menores están destinados a la rehabilitación y reinserción de los jóvenes, y no al castigo. Sumado a ello, enfatizó en que contrariamente a lo establecido por la ley 27.272, la detención de los menores – conforme la normativa vigente¹⁷⁰– es de carácter excepcional.

Por su parte, por mayoría, los integrantes de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional fallaron en el mismo sentido, ya que consideraron que "...el trámite de la causa se ha fundado en disposiciones procesales que, en realidad, solo se aplicaron de manera parcial, en una suerte de adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen especial de los menores de edad"¹⁷¹, ya que el joven no permaneció detenido hasta la primera audiencia que se realizó diez días después, no habiéndose dado intervención al fiscal al momento del egreso. Y agregaron: "la consagración de principios tales como la oralidad, la inmediación, la celeridad y la concentración, su aplicación no necesariamente importará, en todos los casos, una ventaja –en términos de reconocimientos de derechos– para el niño que resulta imputado, frente al procedimiento común de los menores de edad".

El juez Jantus, en tanto, explicó que no solo la ley no habla específicamente de los menores de edad, sino que en el debate parlamentario no se hizo ni una sola mención al sistema penal juvenil. Además, categóricamente afirmó: "...no estamos discutiendo si se aplica o no, estamos decidiendo si se puede aplicar con modificaciones o adecuaciones, por lo que, entonces no estamos aplicando la ley,

¹⁶⁸ "G.A.A". rta. el 10/2/17. (CCC 2422/2017).

¹⁶⁹ Voto en disidencia en el fallo mencionado en 2.

¹⁷⁰ Art. 411 del CPPN. Art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones n° 10 y 23 del Comité sobre los Derechos del Niño.

¹⁷¹ "GRA s/ robo en tentativa", rta. el 19/4/17. Sala VII de la CNACC, (CCC 16358/2017).

sino que estamos aplicando una nueva ley creada para tratar de convalidar que esta ley se aplique al sistema”¹⁷².

En su opinión, existen dos alternativas: señalar que esta norma es inconstitucional, pues el Estado tiene la obligación de proveer un sistema legislativo que considere a los jóvenes involucrados en causas penales y no lo hizo¹⁷³; o sostener que sólo son aplicables las normas donde específicamente se consideren y reglamenten las pautas de la Convención, lo que tampoco ocurrió. Por tal motivo, concluyó que adecuar la ley al sistema de menores cuando el legislador no lo hizo, sería aplicar “...una ley de flagrancia penal juvenil creada por los jueces”¹⁷⁴, lo cual consideró inadmisibile¹⁷⁵.

Por mayoría, los integrantes de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional declararon la inaplicabilidad de la ley 27.272 con relación a las personas menores de edad, pues consideraron que

...la norma fue sancionada apartándose de los principios que deben informar el régimen penal juvenil –en particular, los principios de especialidad y proporcionalidad– y omitiendo el legislador toda consideración a su interés superior, parámetros estos que se desprenden de nuestra Carta Magna y del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷⁶.

Entre sus argumentos, el juez Morin mencionó que

...tampoco con anterioridad a la sanción de la ley 27.272 existía un régimen de flagrancia específico para menores y que el que se encontraba en vigencia no escapa a los cuestionamientos que al nuevo procedimiento pueden formularse, pero esta circunstancia no nos autoriza a convalidar una disposición a todas luces contraria a los principios constitucionales y convencionales, puesto que además con ello se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado[, pues] tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes como [...] “García Méndez”, como la Corte IDH en el caso “Bulacio Vs. Argentina” y el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones formularas al país en los años 2002 y 2010, han instado al Poder Legislativo a adecuar la ley 22.278 y el marco jurídico general vigente en materia de derecho penal juvenil a los estándares mínimos que en lo pertinente se desprenden los instrumentos internacionales, deber éste que no es susceptible de continuar siendo eludido sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Esta mora del legislador, empero, no debe conducir a conciliar sistemas antagónicos y convalidar sin más disposiciones que no se ajustan al

¹⁷²“CML”, rta. el 11/4/17. Sala 3 de la CNCCC. (CCC 72867/2016).

¹⁷³ Inconstitucionalidad por omisión en los términos de Bidart Campos, citado en el fallo mencionado.

¹⁷⁴ Fallo citado en nota al pie 176.

¹⁷⁵ En “Giménez, Alan y otros s/ robo con armas” (CCC 54787/2017), rta. el 18/4/17, conformó el voto de la mayoría, ya que el juez Niño adhirió a los argumentos del mencionado magistrado.

¹⁷⁶ Fallo citado en nota al pie 45.

programa constitucional dirigido al tratamiento de menores en conflicto con la ley penal¹⁷⁷.

Finalmente, el juez Sarrabayrouse sostuvo:

...en la jurisprudencia, dos son las alternativas planteadas: o se intenta armonizar las disposiciones de la ley 27.272 con el régimen de menores con un esfuerzo interpretativo (que implica en la práctica reconocer la existencia de una laguna normativa, que conlleva una tarea creativa del derecho) o establecer la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen de menores.

Entonces, se inclinó por la última solución¹⁷⁸.

No obstante lo indicado, aclaramos que la mayoría de la jurisprudencia falló a favor de la aplicación de la ley de flagrancia para los menores imputados de la comisión de un delito, respondiendo a los distintos cuestionamientos efectuados por las partes.

En primer lugar, se indicó que la ley de flagrancia no derogó la ley N° 22.278, la cual como norma especial debería primar en su aplicación cuando ésta confronte sin posible solución alternativa con aquella. Pensar lo contrario dejaría a los menores solo ante la alternativa de ser juzgados por el procedimiento común, ya que el art. 353 *bis* ha sido derogado.

Así, el juez Días afirmó que

...la inclusión del nuevo procedimiento en materia de flagrancia en el rito penal nacional, efectuado mediante ley 27.272, no conlleva una derogación o eliminación del conjunto de normas que dentro de nuestro ordenamiento jurídico son aplicables específicamente a los procedimientos seguidos contra menores de edad en situaciones de supuesta infracción a la ley penal¹⁷⁹.

El juez García, por su parte, consideró que si bien la reforma no especifica que es aplicable a menores de edad, ello no determina que no pueda emplearse en esos casos, pues tampoco lo estableció expresamente en el antiguo 353 *bis* o en el art. 431 *bis* del CPPN, y ambos institutos han sido utilizados en los procesos que estaban involucrados menores¹⁸⁰. A su entender, "...no son las disposiciones generales del Código Procesal Penal las que modifican las reglas de enjuiciamiento y de la sentencia en procesos en menores, sino a la inversa, son estas las que

¹⁷⁷ Ídem anterior.

¹⁷⁸ Ídem anterior.

¹⁷⁹ Fallo citado en nota al pie 45 con remisión al fallo "Prieto, Oscar" (CCC 62770/2013) en cuanto a que "el sistema de reacciones penales en materia juvenil debe ajustarse a una serie de normas de naturaleza convencional (principalmente la CDN), además de otras con igual origen internacional (como son las Reglas de RIAD o de Beijing), a las que obviamente se suman las que pertenecen a nuestra CN, a la luz de la interpretación y alcances que de todas ellas ha efectuado nuestra CJN (principalmente en los famosos precedentes "Maldonado" y "García Méndez"); siendo que esas en su totalidad revisten el carácter de principios jurídicos".

¹⁸⁰ Fallo citado en nota al pie 167.

modifica las reglas generales del Código Procesal Penal de la Nación”. En consecuencia, la ley es aplicable con las excepciones legales especificadas en el art. 410 del CPPN y la ley 22.278¹⁸¹.

En ese último sentido se expidió el Juez Días, quien afirmó que en materia de procedimientos de menores rige el CPPN, el que contiene un capítulo específico que *“...regula de manera particular como deberá efectuarse el ritual frente a casos de presuntos delitos cometidos por menores de edad”*. Por ende,

...el legislador ha contemplado... una regulación específica para procesos que involucran a menores; no pudiendo afirmarse su ausencia por el simple hecho de que el procedimiento por flagrancia no haya contemplado un tratamiento diferente a aquel que tienen los adultos imputados en virtud de la comisión de algún hecho delictivo¹⁸².

Es cierto que la ley no contempla particularmente los procesos en los que estén imputados jóvenes punibles. Puntualmente, no se menciona la necesidad de intervención del asesor del menor en las sucesivas audiencias que se desarrollen a lo largo del trámite de la causa, cuando es obligatoria –bajo pena de nulidad– al momento de celebrarse el juicio oral. Si bien no todos los magistrados lo han hecho en la práctica, una interpretación armónica de las normas determina que desde el inicio debería asistir el asesor de menores al igual que el resto de las partes¹⁸³.

– Detención

El tema que más discusión ha suscitado es la detención del menor en el proceso de flagrancia, ya que la ley 27.272 parecería indicar que la persona arrestada debe ser llevada a la primera audiencia privada de su libertad¹⁸⁴. En cambio, la Convención sobre los Derechos del Niño señala que la aprehensión de menores es de carácter excepcional.

En consecuencia, la disposición señalada se contrapone con la regulación específica del fuero penal juvenil, donde es irrazonable exigir que todo niño imputado por un delito flagrante sea arrestado, en franca violación a la normativa antes mencionada, en especial respecto de quienes, por su edad, no son punibles conforme la ley 22.278¹⁸⁵.

En materia penal juvenil, es el juez quien determina la privación de libertad, basándose en lo normado por la ley 26.061 y en los art. 37 inc. B y 40 inc. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en las Observaciones Nº 10 y 23 del Comité sobre los Derechos del Niño. Al respecto, García señaló:

La Convención no rechaza toda posibilidad de que un niño sea privado de libertad, pero la restricción debe estar fundada en ley, no ser

¹⁸¹ Ídem anterior.

¹⁸² Fallo citado en la nota al pie 45.

¹⁸³ En este sentido, se expidió el juez Morin en el fallo mencionado en la nota 45.

¹⁸⁴ No debe olvidarse que la redacción actual del art. 353 ter impone que “El detenido será trasladado ante el juez”, aunque hemos efectuado la correspondiente crítica a ello.

¹⁸⁵ Argumentos de la defensa en “CML s/ robo tentado”, rta. 21/12/16. el Sala 4 de la CNACC. CCC 72867/2016.

arbitraria, y en el caso de las privaciones de libertades cautelares instrumentales al procedimiento penal será una medida de último recurso, y además por el tiempo más breve que proceda¹⁸⁶.

El actual Código de rito solo contiene tres artículos relacionados con el tema: 315¹⁸⁷, 411 y 412¹⁸⁸. El art. 411 del CPPN textualmente señala:

Detención y alojamiento. La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones. En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social. Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores.

La ley de flagrancia establece que es el Ministerio Público Fiscal quien tiene la facultad de determinar la detención de una persona aprehendida, lo que se contrapone con la decisión que toma el juez en el caso de menores. En la práctica, ello se ha solucionado con la intervención directa del magistrado, quien resuelve las medidas a adoptar¹⁸⁹.

En este punto, debe destacarse que la aprehensión de un menor de edad por parte de las fuerzas de seguridad coincide con la de los adultos¹⁹⁰, pero a diferencia de aquellos, son trasladados al Centro de Admisión y Derivación (CAD), donde luego de cumplir con las formalidades de ley (identificación, certificación de antecedentes, etc.) y efectuarse la correspondiente evaluación, el magistrado decreta la libertad o el traslado a un establecimiento de acuerdo con las características del joven.

Tal particularidad es la que ha determinado las posturas más disimiles en la jurisprudencia, desde aquellos que declararon la inconstitucionalidad del art. 353 *ter* del CPPN, hasta los que con la adecuación correspondiente consideran que no hay inconvenientes para la aplicación del régimen de flagrancia.

En el fallo dictado por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional¹⁹¹, la mayoría declaró la inconstitucionalidad del art. 353 *ter* respecto de la detención de jóvenes, y luego de analizar el caso en estudio¹⁹², concluyeron en que éstos estuvieron objetivamente privados de libertad en virtud de lo

¹⁸⁶ Voto del juez García, op. cit. en nota al pie 167.

¹⁸⁷ “Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”.

¹⁸⁸ Medidas tutelares.

¹⁸⁹ Traslado a un instituto de régimen cerrado, a una residencia socioeducativa, o la entrega a sus padres.

¹⁹⁰ Art. 284 y 286 del CPPN.

¹⁹¹ Fallo citado en nota al pie 45.

¹⁹² Dos menores de 16 años fueron aprehendidos cuando sustraían con fuerza en las cosas una motocicleta. Se dio intervención al Juzgado de turno, disponiéndose el traslado al CAD hasta el día siguiente cuando se celebró la audiencia del art. 353 bis.

normado por la ley 27.272. Consideraron que: "...la privación de la libertad que impone el art. 353 ter de la ley 27.272, como primer recurso y sin alternativa, colisiona irremediabilmente con el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños que entran en conflicto con la ley penal", pues el conjunto normativo de protección de los menores¹⁹³ "...adopta de manera invariable el principio de mínima intervención estatal, e impone que la privación de la libertad de aquellos proceda, únicamente, como último recurso, por el tiempo más breve, cuando no existan opciones menos gravosas y cuando fuera estrictamente necesario teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado..."¹⁹⁴. En consecuencia, concluyeron que: "...el art. 353 ter reformando no se ajusta a estos parámetros y vulnera el derecho a la libertad ambulatoria (cfr. Arts. 14 y 18 CN), de modo que la hermenéutica no permite conciliar, toda vez que no brinda otra opción que la detención, y la ordena como primer recurso, aun sin imponer la verificación previa de los presupuestos exigidos por el art. 411 del CPPN..."¹⁹⁵.

Como detalláramos, los magistrados que han fallado por la inaplicabilidad de la ley han fundado su decisión principalmente en la adecuación que debe hacerse del art. 353 *ter* del CPPN respecto de la detención para el caso de menores. Ello, pues la dispone el juez, no se mantiene siempre hasta la primera audiencia, y no hay intervención del fiscal –circunstancias que determinan que se está frente a un procedimiento diferente al regulado por la ley 27.272–.

Así, el juez Jantus explicó que la privación de la libertad de los menores es muy específica, pues a partir de la ley 22.278 tiene un procedimiento distinto al de detención y excarcelación regulados por el Código de rito. En consecuencia, "...la ley N° 27.272 literalmente no se puede aplicar porque la prisión preventiva no se aplica a menores ni se los excarcela, sino que se regulan las medidas de coerción por un régimen absolutamente diferente, que empezó a modificarse en las practicas judiciales"¹⁹⁶.

Entre los que se expidieron a favor de la aplicación de la ley 27.272 a los menores de edad, se ha afirmado:

...la interpretación que cabe efectuar a la luz de la normativa constitucional y la reglamentaria en el código procesal [...] debe tenerse en cuenta que el concepto de traslado del menor al Tribunal en los supuestos de flagrancia solo puede tener lugar cuando se adecue a las necesidades procesales aludidas en el mencionado artículo 411. Si bien el código dispone la detención del imputado en determinados supuestos, art. 282 del CPPN, en los casos en que existen menores [...] la detención no debe ser la regla ante la ausencia de dictado de prisión preventiva (art. 315 del CPPN) y cuanto [...] como último recurso se dispondrá la internación.

¹⁹³ El sistema de protección a nivel internacional está compuesto sustancialmente por: la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, Reglas de Tokio, Reglas de Riad, Reglas de La Habana, art. 19 de la CADH, las resoluciones, observaciones e informes emanados del Comité para los Derechos del Niño.

¹⁹⁴ El juez Morin en el caso concreto afirmó que no revestía esas características.

¹⁹⁵ Ídem nota 201.

¹⁹⁶ Fallo citado en nota al pie 181.

Es decir que, en el caso concreto, “...la restricción de su libertad ambulatoria resulte la consecuencia de las previsiones del art. 353 bis y sptes., como se queja la defensa, sino como se dijo, por la temática relacionada a un aspecto del legajo tutelar (ley. 22.278 y 26.061)”¹⁹⁷.

Según el juez García “...si se confronta el texto de los art. 284, 286 y 353 ter y 411 del CCPN con el art. 37 de la Convención, y la interpretación que éste cabe asignarle, se obtiene como resultado una sustancial adecuación”¹⁹⁸, ya que de acuerdo con el art. 284 inc. 4º del CPPN la policía tiene la obligación de aprehensión en caso de flagrancia y de presentar al detenido de manera inmediata ante el Juez (art. 286 y 353 ter del CPPN). Es por ello que en ambos casos la ley reglamenta cómo se procede frente al arresto que ya ocurrió, y desde esta perspectiva, deberá actuarse conforme la jurisprudencia lo ha interpretado razonablemente hasta ahora, a la luz del art. 411 del CPPN con criterios de necesidad y proporcionalidad.

A su turno, el juez Días recordó que “siempre existió para los agentes policiales el deber de detenerlos cuando eran sorprendidos en situación de flagrancia”, basándose en la normativa vigente (art. 286 y 294 del CPPN); cuyos plazos coinciden con los de la ley 22.272 para realizar la primera audiencia. Es así como afirmó que:

...no ha existido verdaderamente un cambio, desde el punto de vista estrictamente normativo, en lo que hace a los menores y al tiempo de detención a ellos aplicable cuando media un delito cometido en flagrancia, puesto que –y conforme manda el art. 410 del CPPN– su aprehensión ya era un deber para los agentes policiales cuando se configuraba tal circunstancia...¹⁹⁹.

– Complejidad

Respecto de este argumento, se ha dicho que la ley permite formular objeciones a la aplicación del procedimiento de flagrancia bajo dos situaciones: 1) la inexistencia de uno de los supuestos previstos en el art. 285 del CPPN; y 2) la complejidad del asunto, que requiera imprimir al proceso un trámite ordinario (art. 353 *quater*; tercer párrafo).

El juez Pinto –en repuesta a los planteos de la defensa– manifestó que la necesidad de realizar los estudios vinculados con el tratamiento tutelar no afecta al proceso penal, pues se practican en el legajo tutelar de acuerdo con las previsiones de los art. 130 y sptes. del Reglamento de la Jurisdicción²⁰⁰. De este modo, las denominadas medidas tutelares “...se adoptan, impugnan, se supervisan y se hacen cesar en un procedimiento paralelo y separado, con independencia del trámite de la acción penal...”²⁰¹.

¹⁹⁷ Voto del juez Pinto, op. cit. en nota al pie 16.

¹⁹⁸ Op. cit. en nota al pie 99.

¹⁹⁹ Op. cit. en nota al pie 30.

²⁰⁰ Fallo citado en nota al pie 28.

²⁰¹ Fallo citado en nota al pie 100.

El juez Días, por su parte, afirmó que: “...los breves tiempos procesales impuestos por el nuevo régimen de flagrancia en nada afectan la realización del mencionado tratamiento tuitivo o tutela del menor, y éstos, a su vez, consecuentemente con ello tampoco alteran el trámite de la investigación, al punto de complejizarla...”²⁰².

En el único caso en que las medidas podrían fundar la complejidad del proceso, a criterio del juez Morin, “...sería en los supuestos en los que el juez necesite de aquellos a los efectos de esclarecer circunstancias relevantes para la eventual declaración de responsabilidad”²⁰³.

En síntesis, la complejidad de una causa penal –que permite apartarse del proceso especial de flagrancia– está dada por la necesidad de contar con elementos de prueba que no puedan concretarse en el breve plazo que establece la ley, y no por medidas tutelares que puedan adoptarse respecto del menor imputado de un delito, pues siempre son ajenas al trámite del principal.

– Incompatibilidad

Tampoco ha tenido éxito el argumento de la incompatibilidad con la ley de flagrancia por la brevedad de los plazos establecidos, en comparación con los fijados por el art. 4º de la ley 22.278.

Cabe resaltar que la ley 27.272 regula la dinámica del procedimiento hasta la realización del juicio oral. No establece reglas específicas para el debate, deliberación y sentencia. Dichos actos se regirán por lo normado por el art. 360 y sgtes. del CPPN.

En el caso de menores de edad, el art. 410 del CPPN establece algunas reglas específicas para el desarrollo del debate, pero no prevé lapso alguno entre la declaración de responsabilidad y la de aplicación o no de una pena.

En el proceso penal juvenil, sin embargo, existe una suerte de cesura del juicio. La declaración de responsabilidad es el primer paso, y en ocasiones puede no coincidir temporalmente con el momento de evaluar la necesidad de imponer una pena respecto de ese hecho por el cual el menor fue declarado responsable. Claro que en ocasiones ambos actos pueden confluir en una única sentencia pero, en otras, ocurrirán en momentos separados (lo cual obedece a la edad del joven, el número de procesos seguidos en su contra, y la celeridad con la que se realice el juicio de reproche). Aun así, si se piensa en un caso donde el joven durante el transcurso del proceso de flagrancia adquiera la mayoría de edad, se podría dictar en un solo acto la sentencia de responsabilidad e imposición de pena –al no ser posible cumplir con el año de tratamiento tutelar–. En consecuencia, el planteo carece de un real fundamento.

La realización de la audiencia de debate con la consecuente declaración de responsabilidad o absolución respecto del hecho atribuido al menor es lo que se llevará a cabo en el breve plazo fijado por la norma, y ello no sólo permite cumplir con las directrices internacionales en materia del derecho penal juvenil, sino que

²⁰² Fallo citado en nota al pie 45.

²⁰³ Ídem anterior.

es a lo que debería tenderse también en el caso de los adultos con base en la garantía de ser juzgado en un plazo razonable²⁰⁴ –claro está, sin desmedro de las demás–.

Por nuestra parte, consideramos que en materia penal juvenil resolver en el menor tiempo posible la responsabilidad del presunto autor, adquiere un significado adicional al de los adultos, ya que no es lo mismo instaurar medidas en el ámbito tutelar partiendo de la certeza de culpabilidad que de la presunción de inocencia, no solo para el magistrado que las decide sino también para los operadores que las ejecutan.

Con relación a este tópico, el juez Bruzzone afirmó:

La declaración de responsabilidad con la celeridad prevista en la ley de flagrancia, lo que habrá de asegurar es que el tratamiento tutelar, de ser necesario, se aplique a un menor respecto del cual no hay dudas de que fue quien cometió el hecho por el cual se encuentra sometido a observación. Ello se compadece, a su vez, con la celeridad con la que deben resolverse los casos de niños en conflicto con el sistema penal...²⁰⁵.

A pesar de considerar que la ley no es aplicable a menores, El juez Morin resaltó que “...el régimen resulta favorable a la celeridad con la que deben resolverse los casos de niños, niñas y adolescentes en conflictos con el sistema penal”²⁰⁶. Es que no puede olvidarse que

...la celeridad en el caso de menores de edad es de especial importancia conforme a la Observación General n° 10 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que establece que para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible, ya que cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado²⁰⁷.

Por su parte, en la Observación General 14 (2013), considerando 93, se advierte que:

Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toma mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible.

²⁰⁴ Tiene como fuente el art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscripto en Roma en 1950 y receptado por nuestro Máximo Tribunal en el fallo “Mattei”. rta. el 29/11/68 (272:188).

²⁰⁵ Fallo citado en nota al pie 25.

²⁰⁶ Fallo citado en nota al pie 45.

²⁰⁷“GRA s/ robo en tentativa”, rta. el 19/4/17. Sala VII de la CNACC (CCC 16358/17).

- Otros cuestionamientos

Como indicamos, entre las objeciones a la aplicación de la ley de flagrancia se encuentran el plazo de caducidad para optar por alternativas al juicio oral y el tribunal unipersonal –cuestiones que no fueron tratadas en los fallos por ser posteriores a la etapa de instrucción–. En consecuencia, todos los cuestionamientos que hemos efectuado al realizar el análisis de la ley se extienden al caso de los menores para los cuales incluso resultan más importantes, ya que como resaltó el juez Pinto, el interés superior del niño podría verse afectado²⁰⁸.

Ahora bien, es preciso destacar que en materia de responsabilidad penal juvenil, las soluciones alternativas al juicio oral exceden sin duda el planteo de la ley de flagrancia, que restringe aún más esta posibilidad debido al plazo perentorio del art. 353 *sexies*.

En efecto, su expansión dentro de las legislaciones especiales de menores está íntimamente relacionada con el proceso de reorientación de la política criminal a partir de la labor realizada por organismos internacionales como las Naciones Unidas²⁰⁹ y el Comité de Ministros del Consejo de Europa²¹⁰, que mediante distintos tratados y recomendaciones a lo largo de los últimos años, han prestado atención a cuestiones como la simplificación de la justicia penal, las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, la participación ciudadana, la asistencia a las víctimas, los trabajos en favor de la comunidad y las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad (Fellini y Verde, 2002).

Los principales puntos de acuerdo son: implementar un derecho penal mínimo a través de instrumentos tales como el principio de oportunidad procesal o el perdón judicial y la exclusión de determinados delitos; otorgar al derecho penal juvenil todas las garantías procesales; aplicar la internación sólo como medida excepcional y por tiempo determinado; y relacionar al joven delincuente con la víctima y el daño ocasionado, para procurar soluciones de carácter compensatorio o conciliatorio (Sánchez Martínez 1999, 90). De manera progresiva, la mayoría de

²⁰⁸ Fallo citado en nota al pie 16.

²⁰⁹ Art. 11.1 de las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985): “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes... para que los juzguen oficialmente”. Art. 40. 3 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989): “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

²¹⁰ Recomendación R (87) 20 sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil del 17 de septiembre de 1987 que recomienda: “a los Gobiernos de los Estados miembros revisar, si es preciso, su legislación y su práctica con miras a alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel de órganos de persecución o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios y comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos”.

los países han adaptado sus legislaciones y modificado el catálogo de sanciones, conforme las pautas establecidas en estas recomendaciones²¹¹.

La falta de adecuación de la ley penal juvenil de nuestro país a los lineamientos internacionales se agrava aún más en supuestos como el presente, motivo por el cual podría invocarse como casos de excepción frente a la caducidad de la norma.

IV. CONCLUSIONES

Históricamente, hemos visto como la falta de previsión genera leyes y procedimientos de baja calidad. Numerosas reformas espasmódicas en materia penal y procesal penal lo demuestran. En particular, en este último ámbito, merced a una decisión política continúa vigente a nivel nacional un procedimiento en gran parte escrito y escasamente contradictorio²¹².

El procedimiento previsto por la Ley 27.272 representa un avance en un aspecto significativo: la oralidad. La inmediatez entre la persona sometida a proceso, su acusador y el órgano de control, asegura el derecho a ser oído del primero pero, además, contribuye a una mejor decisión. El acusado deja de ser un nombre perdido en las fojas de un expediente, una foto en blanco y negro, una fría explicación en el papel, para ser una persona de carne y hueso que es vista y oída en forma directa por quienes lo investigan o supervisan el procedimiento.

Otro de los aspectos positivos de la reforma es la mayor celeridad que se logra. La tendencia debería llevar a que los mecanismos de simplificación procesal se adopten en forma temprana. Tratándose de soluciones alternativas, es conveniente pues evitará el desgaste personal y jurisdiccional. Sin embargo, hemos advertido que la imposibilidad de acceder a este tipo de soluciones más adelante –finalizada la etapa de investigación– constituye un desacierto de la ley.

En otro orden de ideas, la celeridad que se pretende conspira contra el más amplio y efectivo ejercicio del derecho de defensa. A modo de ejemplo y tal como se señalará desde la defensa oficial,

La oportuna preparación del caso de la defensa se encuentra supeditada, en gran medida, a la colaboración espontánea de las fuerzas de seguridad y los fiscales, en lo que tiene que ver con la remisión, previo a la audiencia inicial, de los antecedentes de prevención policial.

²¹¹ Para un análisis completo de la legislación comparada ver capítulos XI, XII XIII y XI de Mediación-Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2002.

²¹² La referencia, claro está, tiene que ver primordialmente con la etapa de instrucción. Sin embargo, a pesar de lo resuelto por nuestra CSJN en diversos precedentes a partir del leading case “Benítez, Aníbal” (2006), lo cierto es que numerosos elementos de prueba sobreviven a esa primera etapa y son luego usados para fundar condenas –en juicio oral y, sobre todo, en acuerdos de juicio abreviado–.

En tal sentido, predominan los canales informales de comunicación y depende de la mayor o menor disposición de aquellos agentes²¹³.

El efectivo ejercicio del derecho de defensa, en ocasiones demanda celeridad y en otras, tiempo.

Más allá de lo positivo de la reforma, enmarcada en un procedimiento general predominantemente escrito, hemos dado cuenta de numerosos cortocircuitos. Hubiera sido deseable una reforma integral como la propuesta consolidada en la suspendida Ley 27.063.

Bien entendida, la ley de flagrancia puede ofrecer al imputado la posibilidad de terminar rápidamente con la pesada carga que significa estar sometido a proceso – por ejemplo, suspendiéndose en forma temprana a prueba, conciliándose, o reparándose el daño presuntamente por él causado–. Para el Estado, a su vez, significará conservar recursos para aquellos casos de mayor complejidad, así como también dar respuestas con mucha mayor fluidez.

Como contracara, en cambio, esta ley puede ser el aval para condenas exprés, en desmedro del efectivo ejercicio de derechos y garantías esenciales para el justiciable. El Estado siempre gana, habrá que ver cuál es el costo y comparar a futuro para no perder de vista el centro. No se trata de cualquier Estado, se trata de conservar uno que sirva a la Constitución como fin último.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, Alessandro. 1998. "Infancia y Democracia". Instituto del Niño, la Niña y Adolescentes de la Organización de los Estados Americanos. Disponible en (consultado el 16/4/2018):

http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_democracia_A_Baratta.pdf

Beloff, Mary. 2004. "Un modelo para arma ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos el niño vs. Derechos de situación irregular". En Los derechos del niño en el sistema interamericano". Buenos Aires: Editores del Puerto.

Beloff, Mary. 2006. "Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho sobre la 'Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes', 26.061", en Derecho de Familia N° 33. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Beloff, Mary. 2007. "Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina". En Abramovich, Víctor y otros (compiladores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

²¹³ Informe sobre la implementación del proceso especial de flagrancia elaborado por la Secretaría Especial de la Defensa Pública para la Implementación Estratégica del Sistema Penal, de fecha 10/01/2017.

Fellini, Zulita y Verde, Claudia. 2002. "Legislación comparada". En Mediación-Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Fellini, Zulita. 2002. "Mediación penal juvenil". En Mediación-Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Ferrajoli, Luigi. 1995. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Madrid: Editorial Trotta.

Maier, Julio B.J. 2003. "Derecho Procesal Penal", Tomo II. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Martínez, Silvia E. 2016 "Notas preliminares al proyecto especial para delitos cometidos en flagrancia". Disponible en:

www.pensamientopenal.com.ar.

Sánchez Martínez, Francisco. 1999. "Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores". Marcial Pons: Madrid.

Vítale, Gustavo L. 2004. "Suspensión del proceso penal a prueba", 2 edición actualizada. Buenos Aires: Editores del Puerto.