

Nolite iudicare

Comentarios de actualidad penal independientes y críticos

Por Daniel R. Pastor

Episodio 4:

Una extraña clase de oralidad

I. A la victoria por la oralidad

En 2008 una reforma parcial del régimen procesal penal nacional (¡otra más!) pretendió, entre otras ilusiones, robustecer la oralidad del enjuiciamiento en la fase de impugnación (ley 26.374¹). Fue una ley con nombre y apellido (¡otra más!). Perseguía la aceleración de los procesos que, en la jerga, son llamados “de lesa humanidad”, es decir, causas judiciales en las que son investigados y juzgados crímenes contra la humanidad, en nuestro caso los cometidos durante la última dictadura (y, quizás, antes también). Removidos, de cualquier manera, los obstáculos normativos que garantizaban la impunidad de los presuntos autores de esos hechos, surgió una segunda muralla de indemnidad, la de los tribunales que no tramitaban los procesos, especialmente en las etapas recursivas, con la celeridad necesaria. La reforma, fallida de nacimiento también por una aplicación retroactiva que —entre personas de bien— siempre es sospechosa², trató de cortar las chicanas: limitar las recusaciones, restringir el efecto suspensivo de los recursos³ y acelerar el resultado de las impugnaciones por medio del procedimiento oral obligatorio.

La oralidad es sólo un caldo de cultivo ideal para que cobren vida resoluciones de excelencia, no se trata de que en una audiencia judicial haya carbono, hidrógeno, oxígeno y nitrógeno, pero hay publicidad, intermediación, contradictorio, celeridad y concentración. Y si, a modo de calcio, fósforo y potasio, hay también independencia e imparcialidad con exclusión de la arbitrariedad, viviremos con decisiones judiciales jurídicamente más aceptables. Pero si y sólo si la oralidad contiene esos elementos esenciales en sus niveles apropiados, lo que no pasa con cualquier oralidad. No basta con proclamarla, con decir mañana empiezo, con creer que *oral, público, rápido, contradictorio y continuo* es un mantra que recitamos y quedamos a salvo.

En esto último, las modificaciones citadas generaron una oralidad bastante fallida por la ausencia

¹ B.O. de 30 de mayo de 2008.

² Por eso es *preferible*, aunque para muchos *inconveniente*, el criterio propuesto por E. Matías Díaz en su obra *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, 2013.

³ Esto por medio de la ley 26.373 (B.O. de 30 de mayo de 2008) que modificó el art. 353 del CPPN.

de esos componentes estructurales en cantidad y calidad suficientes.

Ya en las determinaciones de la ley son apreciables los primeros errores no forzados. Así, el recurrente quedó obligado a fundamentar oralmente su impugnación ante el tribunal *ad quem* (CPPN, art. 454 modificado) pero no se lo liberó de tener que hacer lo mismo por escrito, previamente, ante el *a quo* (art. 450), generándose así un mayor desgaste, totalmente innecesario, a todos los intervinientes. La ausencia del recurrente a la audiencia implica el desistimiento del recurso (art. 454), pero el desistimiento de los recursos de la defensa sólo es eficaz si cuenta con mandato expreso del defendido (art. 443). Se recortó, asimismo, la garantía de garantías que es la motivación de las resoluciones judiciales (art. 455 reformado). Fueron divididas las impugnaciones a la casación para acelerar las dirigidas contra resoluciones equiparables a sentencias definitivas (nuevo art. 465 *bis*), pero nadie sabe bien cuáles son (o cuáles son *todas* las de la enumeración *taxativa* del art. 457).

En otras facetas la reforma tuvo su acierto, como al permitir la resolución en la misma audiencia de las cuestiones sin importancia y diferir hasta cinco días, como máximo, aquellas que requieran mayor deliberación (art. 455 modificado).

Más extraño todavía que el espíritu de la ley fue su corporización en nuestras insólitas prácticas judiciales. Todo a partir de esta amarga comprobación: ningún cuerpo judicial de aplicación de la reforma de la ley 26.374 estaba en condiciones de cumplir correctamente con las exigencias de esa norma, por diversas razones, todas de peso⁴. De tanto peso que, de uno u otro modo, esas razones prevalecieron en todas partes para restringir, en una u otra forma, los beneficios de una oralidad bien entendida y completa (con intermediación real, con contradictorio eficaz, con concentración verdadera, con celeridad en serio)⁵.

El desenvolvimiento que tuvo desde entonces el modo de limitar esa nueva oralidad y sus ventajas puede ser reducido, con los costos que ello supone, a dos estilos básicos que se dejan describir bastante bien como el modelo de las Cámaras Federales y el modelo de la Cámara del Crimen.

⁴ La Cámara Federal de la Plata lo explicó así: “del análisis detallado de los Arts. 6 y 7 de la mentada norma, surge el obstáculo insalvable que se originará para atender en tiempo oportuno la totalidad de los expedientes conforme la nueva redacción de los Arts. 454 y 455 del Código Procesal Penal de la Nación; ello toda vez que el Tribunal no cuenta con los elementos materiales, técnicos, y humanos necesarios para afrontar con éxito su aplicación” (resolución de 11 de septiembre de 2008 de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de la ciudad de La Plata en causa “Capobianco, Aurelio Hector s/ Inf. Arts. 292 y 296 del C.P.”; disponible en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00024900.Pdf>).

⁵ Uno de los motivos fue la falta de personal administrativo agrupado en las no siempre implementadas oficinas judiciales dispuestas por la reforma (y propias ya de toda reforma procesal penal). En realidad, actualmente, todo el trabajo organizativo de las oficinas judiciales debe ser realizado, más rápida y eficientemente, por sistemas informáticos (tal como hacemos con la compra del supermercado vía internet, reservamos turno para ver al oftalmólogo, adquirimos billetes de avión y entradas para espectáculos, etc.). Los jueces no necesitan más personal administrativo, necesitan un software sencillo que funcione como oficina judicial automática. Así, por medio de cualquier dispositivo (*home court*) los interesados podrán ingresar los datos necesarios de su pretensión (p. ej. un recurso) para que el programa automáticamente organice el trámite y asigne tribunal, día y hora para el tratamiento de esa impugnación. También podrían añadirse para ello algunas terminales colocadas en los vestíbulos de los tribunales justo al lado de los cajeros automáticos.

II. Un modelo escrito, *ma non troppo*

Prácticamente todas las Cámaras Federales de Apelaciones *acordaron* no señalar siempre las audiencias exigidas por la nueva legislación⁶. La ley, al menos en gran parte, quedó *de facto* inobservada justo en el ámbito en el que eran desarrollados los procesos para los cuales fue creada. En lo central, este modelo mantuvo el *statu quo*, previo a la reforma, de informe escrito y audiencia excepcional optativa.

Desde la defensa de la oralidad esto fue vivido como una traición que olía a persistencia del inquisitivo en la predilección por la escritura, por el no dar la cara, por la delegación. Por lo demás, se cuestionaba, acertadamente, el apartamiento de la ley por Acordada judicial, aunque es clásico entre nosotros el incumplimiento serial de las normas procesales, con lo cual el reproche perdía bastante autoridad moral. Estas objeciones eran todas válidas, pero siempre hay un *y, sin embargo*.

Y, sin embargo, el modelo de aplicación restringida de esta norma, dispuesto por las Cámaras Federales, tuvo ventajas que la oralidad a ultranza no tenía. En el modelo de la Cámara Federal porteña⁷, p. ej., tenemos que la audiencia optativa (quien la quiere, la tiene) es una audiencia ante el tribunal completo⁸. Algo de oralidad ha sobrevivido al apocalipsis proclamado. Quien no desee la audiencia puede sostener su impugnación por escrito. Las audiencias comienzan a la hora señalada y el tiempo de emisión de las resoluciones, que no es el de la ley, no desentona con el de otros tribunales de Alzada. Un mundo, por consiguiente, quizás no tan imperfecto.

III. Un modelo oral, *ma non troppo*

Hubo una experiencia, al menos, para intentar cumplir con la aceleración del proceso recursivo por medio de la oralidad estricta prevista por la nueva ley, aunque precisamente para los casos que no llevaban el nombre y apellido de la ley. En efecto, la llamada “Cámara del Crimen”⁹ de la ciudad de Buenos Aires, incompetente para los casos de *lesa humanidad*, consideró que estaba bien cumplir con la ley¹⁰ y que la oralidad era algo muy bueno para los recursos. Y, sin embargo, siempre hay un *pero*.

⁶ La resolución judicial citada en la nota 4 informa acerca de la extensión de esta tendencia: “debe señalarse que similar temperamento han adoptado diferentes Cámaras Nacionales y Federales del país cuyos trámites procesales han sido alcanzados por la reforma, mediante el dictado de sendas acordadas en las que se han puesto de manifiesto sus situaciones individuales y han establecido las particularidades de aplicación en cada fuero, con sus limitaciones”.

⁷ Acordada N° 59/2008 de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de 5 de septiembre de 2008.

⁸ Una de las razones mencionadas en la Acordada citada en la nota anterior para justificar la imposibilidad de señalar y efectuar audiencia en todos los casos fue que “la situación de falta de integración ya apuntada impide establecer audiencias contradictorias en las que *es ineludible la presencia de salas completas*” (lo destacado, que no es del original, es importante en la comparación, que se hace más abajo, con el otro modelo).

⁹ *Rectius*: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

¹⁰ Para otro país lo afirmado sería sorprendente, pero no para Argentina, donde, como lo caracterizó en una conferencia reciente el ministro Rosatti, desarrollamos un modelo de “juez libre pensador”, para quien las normas (y, me permito agregar, las pruebas) son sólo sugerencias

Pero este sueño oral produjo monstruos. Viejas y nuevas razones de peso (p. ej.: muchos casos, pocos jueces) impedían cumplir cabalmente con la oralidad de esta fase del proceso. La oralidad, o era una fatalidad, o era una impostura. Este modelo eligió, en lugar de cancelarla por imposible, fingir que se la respetaba. Trató, sí, de preservarla, pero con los ojos cerrados. Aparecieron así algunos engendros: audiencias con dos magistrados en lugar de los tres de la Sala; audiencias con sólo una parte de la controversia sin consecuencias de ningún tipo para la parte ausente; audiencias que comienzan cuatro horas después del momento señalado por el propio tribunal y en el cual el único que tiene que estar obligatoriamente es el pobre diablo del recurrente; si los dos jueces del caso después no se ponen acuerdo, llaman a un tercero para que venga en su auxilio, oiga y venza¹¹; y, finalmente, las resoluciones suelen ser emitidas fuera del plazo de ley¹².

IV. Siempre se puede estar mejor (o peor)

Dado que reformas procesales penales llueven, entró en vigencia hace nada la ley 27.272 de enjuiciamiento de delitos atribuidos a personas detenidas en flagrante¹³. En lo que toca a la oralidad de este capítulo del procedimiento la ley establece, para todas las instancias, que las “decisiones jurisdiccionales a las que se refiere el presente título se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración” (CPPN, art. 353 *bis* modificado). Ni más ni menos que una pincelada de básica oralidad. Y Entonces — porque siempre hay un *y entonces*— apareció una jurisprudencia nueva que tendría que haber sido vieja.

de GPS. Justamente en lo relativo a la oralidad esta Cámara abrazó con entusiasmo exagerado la reforma de la ley 26.374 a pesar de que, en contra de lo dispuesto expresamente por la ley, siempre se negó, con el mismo entusiasmo y excusas mezquinas para la oralidad, a realizar la audiencia prevista por el art. 61 del CPPN.

¹¹ Inmediatamente o días después de la audiencia, verificado el desacuerdo de los jueces que estuvieron en ella *de cuerpo presente*, es convocado un tercero para que defina el caso por medio de la *escucha* de la grabación de lo debatido en la audiencia. Llamativamente, jueces que de cuerpo presente en las audiencias son muy preguntones, cuando se informan del caso por la grabación suelen sentar en la introducción de su voto un “no teniendo preguntas que formular”.

¹² Esto es inválido precisamente para garantizar los beneficios de la oralidad. La distancia temporal entre audiencia y decisión borra toda oportunidad de tener una resolución de calidad asegurada por las condiciones propias del enjuiciamiento oral. Pasado el lapso de ley entre audiencia y decisión la resolución será adoptada sobre la base de algún registro, como sucede en el caso de los procesos escritos o en el supuesto de la nota anterior (juez que escucha una grabación). El juez que estuvo presente en la audiencia, al resolver más allá del plazo legal, se basará en sus anotaciones o también recurrirá a la grabación, pero no estará cumpliendo con la ley, la cual pretende imponer el plazo para la decisión como un *non plus ultra* para la persistencia de la memoria, con independencia de lo que realmente el juez siga conservando en su cabeza después del plazo o de lo que haya perdido antes. El plazo establece una razonable ficción rígida, como la que dice que un persona es inimputable un minuto antes de cumplir 16 años y es imputable un minuto después. Para preservar todas las ventajas de la oralidad es nulo el debate interrumpido por encima de los plazos de ley (CPPN, art. 365). Por la misma razón es nula la resolución de una impugnación, debatida oralmente, si es emitida fuera del plazo legal. De otro modo sería mentira que el procedimiento sea oral y, en consecuencia, sería más honesto permitirle a las partes litigar por escrito. Eso sin contar con que además estaremos consintiendo otra alegre e impune lesión de la ley.

¹³ B.O. de 1 de diciembre de 2016. Esta ley incorpora el nuevo enjuiciamiento para casos flagrantes modificando el art. 353 *bis* del CPPN, con el agregado de varios artículos más. El art. 353 *bis* fue introducido por ley 24.826 de 1997 al CPPN de 1992. Este código fue derogado por el art. 2.º de la ley 27.063 de 2014, de modo que la ley 27.272 reformó un código derogado. Esto sí que es una ultra-actividad bien entendida. Igual queda una sorpresa para quien creyera que ya no se podía sufrir más: la pre-actividad normativa reformada. La ley 27.272, en su afán por ocuparse de códigos que son verdaderos muertos vivos, además de modificar un código derogado, de paso cambió uno que no tuvo ni un minuto de aplicación todavía. La reforma incorpora ese mismo procedimiento para casos de flagrancia al no vigente aún CPPN de 2014. En ambos casos por medio de los consabidos artículos que van del *bis* al *septies* (sólo uno suena bien: *sexties*).

En uno de estos procesos tan flagrantes, en la audiencia de usos múltiples prevista por la reforma (nuevo art. 353 *quater* del CPPN)¹⁴, la defensa solicitó, sin resultado, la excarcelación del imputado. Apelada esa decisión, a la audiencia del recurso asistió únicamente la defensa. La Sala de la Cámara del Crimen, integrada, como Dios manda, por sólo dos de sus tres jueces, resolvió que la “...ausencia del Ministerio Público Fiscal en el acto contraría evidentemente tal espíritu [el de la ley] y sólo 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 [se refieren al Fiscal de Instrucción] en relación a la libertad de F. A. B., la cual entonces deberá ser dispuesta de manera inmediata”¹⁵.

Estamos ante el mismo tribunal que no aplicó nunca este correcto rigor a los recurridos que no asisten a las otras audiencias de apelación que se celebran en sus Salas, las del art. 454 del CPPN. Esa norma dice que la audiencia se celebrará con las partes que asistan, salvo que el recurrente esté ausente (art. cit. 2.^{do} párrafo). Esto sólo significa que si el recurrente concurre y el recurrido no, la audiencia debe ser efectuada y en ella, tras la exposición de los fundamentos del recurso (art. cit. 3.^{er} párrafo), debe disponerse la revocación de lo apelado, pues la ausencia del recurrido, tal como bien lo dice la resolución del caso flagrante, “sólo puede interpretarse, a los fines de resolver la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada, como su desistimiento a la oposición formulada”. Así tendríamos un principio contradictorio, asegurado por la oralidad, en todo su esplendor. Para todos los casos y sin jurisprudencia contradictoria en la interpretación del contradictorio. ¿O hay oralidad de dos velocidades?

En el caso tratado, el tribunal parece no querer reconocer su error del pasado (tratar el fondo de recursos contra resoluciones no defendidas en la audiencia por el recurrido ausente) e insinuar que, de este modo, existirían dos estilos de audiencias de apelación, uno de contradicción más estricta para los procesos por casos con detenidos en estadio de flagrancia (CPPN, 353 *bis, ter*, etc.) y otro más relajado de contradicción voluntaria y esporádica para todos los demás casos (CPPN, art. 454).

La resolución comentada no se refiere a este doble estándar, pero al remarcar por qué en los casos por hechos en flagrante —y sólo respecto de estos casos— la ausencia del recurrido tiene consecuencias tan drásticas, da a entender que éstas no rigen para los otros tipos de procesos. Concretamente, la decisión resalta que para los casos de flagrancia la audiencia, por disposición expresa de la nueva legislación, es **contradictoria**, regida por el principio de **bilateralidad**. ¿Quiere la resolución significar que las audiencias del art. 454 no son contradictorias ni bilaterales? Si así fuera, la argumentación yerra. No

¹⁴ En el art. 353 *ter* fue escrito, impunemente como es de estilo, “audiencia oral”.

¹⁵ Resolución de 6 de diciembre de 2016 de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos “B., F. A. s/excarcelación” (causa 72795/2016). El texto completo de esta decisión puede ser consultado online en la página de la Asociación Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/44581-flagrancia-audiencia-excarcelacion-ausencia-del-fiscal-desistimiento>.

contradictoria y unilateral es la audiencia que es efectuada, excepcionalmente en los procesos penales del estado constitucional y democrático de derecho, con una sola parte por exclusión de la otra. No se trata de casos en los que la otra parte no asiste, se trata de supuestos en los que está prohibido que concurra, por lo cual, naturalmente, ni siquiera es convocada (típicas audiencias unilaterales y no contradictorias son aquellas en las que se plantea y resuelve, en diversas instancias, la aplicación de ciertas medidas cautelares al inicio del proceso¹⁶). Claro como el agua clara: las audiencias del art. 454 del CPPN son contradictorias y bilaterales.

V. Por la oralidad a la calidad

¿Qué nos deparará el futuro sobre esto? Mi abuelo diría que andando se van acomodando los melones que cargamos en el carro. Por eso, pareciera que, para uno o el otro de los lados, las audiencias de apelación, cualesquiera que sean (353 *bis, ter*, etc. o 454) deberían tener la misma consecuencia ante la ausencia del recurrido. O no. ¿Se mantendrá quizá esta nueva carga sólo para los recurridos en procesos por hechos flagrantes? ¿O se extenderá a los demás? ¿O seguirá la vieja jurisprudencia de resolver libremente el recurso, en cualquiera de los sentidos posibles, aun ante la ausencia del recurrido? Y esto último, ¿será así para las causas por delitos no flagrantes o para éstos también?

Es posible empezar a responder a estas preguntas con un principio general: no es admisible un doble estándar. Correcto es, en mi modesta opinión, darle la razón al recurrente ante la ausencia injustificada del recurrido, que es la idea de esta nueva jurisprudencia para casos de flagrancia. Es la contra-carga (*fair play*) del deber del recurrente de fundamentar su posición en la audiencia bajo aperebimiento de tenerlo por desistido de su impugnación.

Más allá de ello, y siempre en la misma dirección, sería conveniente también que las audiencias fueran realizadas no sólo con la asistencia de todas las partes, sino también ante Salas de Apelaciones integradas con tres jueces. Igualmente, las resoluciones deberían ser adoptadas en los plazos previstos por la ley para que la realización oral del procedimiento no pierda su razón de ser.

Cualquier otro método, por más comprensibles que sean los motivos que lo impongan, no será nunca un sistema de oralización verdadera de la etapa recursiva con contradicción de existencia efectiva, con celeridad aceptable, con inmediatez real y con concentración eficaz. Ni el modelo de las Cámaras Federales ni el modelo de la Cámara del Crimen cumplen con ello. Podrá decirse que a casi una década de la reforma las razones que impiden cumplir con las disposiciones de la ley 26.374 y sus ventajas siguen pesando; quizá esto afecte también a los procedimientos establecidos por la ley 27.272. Pero seamos

¹⁶ CPPN (texto aprobado por ley 27.063), arts. 145, 190, 201, 220 y 296.

conscientes, al menos, de que esas razones siguen, en una u otra forma según cada modelo, frustrando ese tipo de enjuiciamiento oral de alta calidad que es indispensable para contar con resoluciones judiciales de excelencia formal y material también en la etapa recursiva.