

## **PROPUESTAS Y OBSERVACIONES FRENTE A LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN**

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES -CELS

NOVIEMBRE DE 2014

### **Señores/as legisladores/as:**

Celebramos que se esté discutiendo una reforma profunda del sistema de enjuiciamiento penal nacional y federal orientada a la adopción de un sistema acusatorio formal y a la desformalización de la investigación. El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que se está debatiendo hace explícitos los principios constitucionales y las garantías procesales que deben enmarcar el funcionamiento del sistema penal. A su vez, incorpora plazos perentorios, con sanciones para fiscales o jueces que los incumplan, de modo de garantizar que se llegue a una respuesta en un plazo razonable.

Para nosotros, la reforma del CPPN es el comienzo de un proceso político institucional que abarca la transformación de las prácticas de la justicia penal. Este cambio de paradigma tiene que ser entendido como una herramienta que dote de agilidad y transparencia al funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal federal y nacional y que brinde igualdad de armas a quien acusa y a quien se defiende. Esta reforma deberá ser acompañada por un cambio también de la organización judicial que hoy es parte fundamental de las trabas, las largas demoras y las dificultades para dar respuestas a las demandas de justicia.

En este sentido, tal como sostuvimos en documentos anteriores, este nuevo sistema implica que el Ministerio Público Fiscal (MPF) pueda asumir verdaderamente el rol acusador que le toca por misión constitucional y defina también las políticas de persecución penal, con el objetivo de lograr investigaciones eficaces orientadas a los fenómenos criminales más complejos, las violaciones de los derechos humanos y las situaciones más graves de violencia. Además, como se ha venido desarrollando en los últimos años, tanto la Procuración General como la Defensoría General deberán tener las herramientas para ocupar un rol central en las políticas de acceso a la justicia y protección de derechos. Desde hace varios años, el CELS viene promoviendo la necesidad de que se reforme la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), por las deficiencias que mostró para la organización tanto de la Defensa Pública como del MPF. Ante un proyecto que se enfoca en pasar de un modelo de corte inquisitivo a un sistema adversarial basado en el principio acusatorio, la reforma de la LOMP se hace aún más necesaria.

A partir de tener en cuenta la muy problemática experiencia del proceso de reforma de la provincia de Buenos Aires, es fundamental que se acompañe el proceso de reforma del CPPN con una correcta implementación y los recursos necesarios para poner en marcha el nuevo sistema.

Con el presente documento nos dirigimos a las comisiones de Legislación Penal y Presupuesto y Hacienda para aportar algunos puntos de discusión desde una perspectiva de derechos humanos. En este sentido, no desarrollaremos un análisis exhaustivo del proyecto de reforma sino de los aspectos que nos generan preocupación en dos sentidos. Por un lado, en tanto podrían dar lugar a la construcción de una política criminal que profundice estereotipos arraigados en nuestro sistema penal. Por el otro, por su incompatibilidad con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Al mismo tiempo, acercamos propuestas referidas a la existencia de cosa juzgada fraudulenta en causas de violaciones a los derechos

humanos y otras que, a nuestro entender, pueden mejorar las reglas del juicio, sobre todo en relación con las causas judiciales complejas.

Las observaciones y propuestas surgen de la experiencia del CELS en el litigio penal y de nuestra calidad de observadores e investigadores del funcionamiento del sistema penal en su conjunto. En los puntos que siguen, nos centraremos en: 1) la suspensión de juicio a prueba y la expulsión de extranjeros; 2) las medidas de coerción y la restrictivas de la libertad ambulatoria; 3) la cosa juzgada fraudulenta y el recurso de revisión; 4) cuestiones puntuales sobre la dinámica del debate oral.

## **1) SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS**

Cuestiones que plantea el artículo 35 con relación a la situación de los migrantes:

*"También podrá aplicarse [la suspensión de juicio a prueba] respecto del extranjero en situación irregular en el país que haya sido sorprendido en flagrancia de un delito, conforme con el artículo 184 de este Código, o imputado por un delito con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuera superior a tres años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de la reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco años ni mayor de 15".*

El proyecto introduce, en el marco del instituto de suspensión del juicio a prueba, un mecanismo de control migratorio novedoso, problemático en términos prácticos y con problemas serios de constitucionalidad.

### **a. *Sobre la definición de extranjeros en situación irregular***

La norma establece que la *suspensión* se podrá aplicar a todos los extranjeros en situación irregular. La definición de extranjero es más o menos sencilla, el problema es la calificación de su situación migratoria como irregular o no. Es una cuestión de hecho que determina la autoridad de aplicación (la Dirección Nacional de Migraciones -en adelante DNM- de acuerdo al artículo 107 de la ley 25.871<sup>1</sup>). La propuesta de reforma remite entonces a la Ley de migraciones.

En el art. 20 de la ley 25.871 se establece que "los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de residentes permanentes, temporarios o transitorios". Hasta que ello suceda, la DNM podrá conceder una residencia precaria. En los artículos siguientes se define cada una de estas categorías. Por ejemplo, "residente permanente" para los extranjeros con parientes argentinos (un hijo, un padre, etc.). El "residente temporario" se destaca por el criterio de nacionalidad, para aquellos que vengan de estados partes del Mercosur. Este último supuesto constituye una reparación histórica de la Argentina hacia los migrantes latinoamericanos y es tributario del Acuerdo de Libre Circulación y Residencia vigente en todos los países del Mercosur y asociados. El reglamento de 2010 aumentó los supuestos a los casos de

---

<sup>1</sup> Art. 107 "La Dirección Nacional de Migraciones será el órgano de aplicación de la presente ley, con competencia para entender en la admisión, otorgamiento de residencia y su extensión... prórrogas de permanencia y cambio de calificación para extranjeros. Asimismo controlará el ingreso y egreso de personas al país y ejercerá el control de permanencia y el poder de policía de extranjeros".

trabajadores por cuenta propia. En 2012, la DNM diseñó un mecanismo de regularización amplio para migrantes de Senegal y República Dominicana. De acuerdo al art. 17 de la ley, el Estado tiene la obligación (proveerá) de implementar medidas de regularización migratoria y facilitar los trámites (art. 26). El reglamento de 2010 especificó cómo se desarrollan esos programas de regularización. La definición entonces de quién es regular o no depende de la autoridad política migratoria y de los programas y expedientes de regularización pensados para todos los supuestos de extranjeros.

Es la autoridad política migratoria la que analiza la existencia de límites a la residencia, como la existencia de antecedentes penales (art. 29 inc. C). “Serán causas impeditivas del ingreso y la permanencia (...) haber sido condenado o estar cumpliendo condena (...) o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más”. En el reglamento se agregó: “se entenderá por condenado a aquel extranjero que registre una sentencia condenatoria firme y por antecedente la condena no firme o el procesamiento firme”. No es tampoco para cualquier tipo de condena, proceso o imputación. Se refiere a condenas por delitos graves o, con técnica confusa, aquellas condenas mayores a 3 años.

A partir de la existencia de este límite legal para impedir la residencia en la Argentina se articula el litigio de la clínica CELS/CAREF/UBA y de la Comisión del Migrante de la Defensoría General.<sup>2</sup> Nuestros comentarios al proyecto de CPPN y, en especial, al artículo que establece la suspensión del juicio a prueba para migrantes provienen de nuestro trabajo en esos espacios.

La regulación del art. 29 desarmó las capas de antecedentes que se habían consolidado detrás de conceptos como “proclividad al delito”, “desorden social” o “discapacidad”, que aparecían como impedimentos de residencia en los decretos reglamentarios de la llamada “ley Videla” y que se mantuvieron aún con gobiernos democráticos (Alfonsín, decreto de 1987; Menem, decreto de 1994).<sup>3</sup> Incluso en la presidencia de De la Rúa

---

<sup>2</sup> La autoridad migratoria niega la regularización migratoria en todos aquellos supuestos de condenas o antecedentes penales (no sólo los graves o aquellas condenas mayores a 3 años). También considera que la existencia de familia no habilita la regularización. En el caso de la Corte del año 2012, la familia no es límite para rechazar la residencia.

<sup>3</sup> Ver artículo 21 del decreto reglamentario de la ley Videla, 1023/94. Allí **dice** “Están absolutamente inhabilitados para ser admitidos y/o permanecer en el país en cualquier categoría migratoria, salvo las expresamente exceptuadas, los extranjeros que presentaren alguno de los siguientes impedimentos: **a) Estar afectado por enfermedades transmisibles de modo tal que pueda presumirse un riesgo para la salud de la comunidad.** La presunción de este riesgo será determinada por las autoridades nacionales de salud o la autoridad en quien ella delegue. **b) Estar afectado de alienación mental en cualquiera de sus formas o poseer personalidad psicopática, en grado tal de alteración de sus estados de conciencia o conducta, capaces de provocar graves dificultades familiares o sociales.** c) Tener discapacidad física o psíquica, congénita o adquirida, o una enfermedad crónica que disminuya totalmente su capacidad para el trabajo o el ejercicio del arte, profesión, industria u oficio que posea y carezca de posibilidades de subsistencia y amparo. d) Estar cumpliendo condena o hallarse procesado por delitos comunes que merezcan para la legislación Argentina, pena privativa de libertad de DOS (2) años o más. e) Traficar o haber traficado con estupefacientes o que por sus antecedentes sea presumible el propósito de hacerlo. f) Ejercer la prostitución, traficar o haber traficado con personas, haber lucrado con ello o que por sus antecedentes sea presumible el propósito de hacerlo. **g) Cuando pueda presumirse que se trata de una persona inútil por carecer de arte, industria, oficio, profesión u otro medio de vida ilícito, o por observar una conducta proclive al delito o que ofenda a la moral o las buenas costumbres públicas, o por cualquier otra circunstancia que a juicio del Ministerio del Interior lo señale como de dudosa capacidad para integrarse a la sociedad.** h) Registrar antecedentes que hagan presumir que podría comprometer la seguridad o el orden público o la paz social. i) Tener expresamente prohibido el ingreso o reingreso a la República por autoridad competente. j) Haber ingresado al territorio sin someterse al respectivo control migratorio. k) Permanecer ilegalmente en el país por un lapso mayor de TREINTA (30) días corridos, siempre que hubiere ingresado en forma legal con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Reglamento. l) Haber sido sorprendido “in fraganti” desarrollando actividades lucrativas o remuneradas sin contar con autorización expresa por la Dirección Nacional de Migraciones.

se aplicaba el impedimento de migrante “inútil” para rechazar la radicación de extranjeros de países limítrofes con familia.<sup>4</sup>

El trámite concluye con la constatación de la “irregularidad”, que siempre tiene que ser declarada por la autoridad política. No se presume sino que es un hecho que tiene que verificarse. Esta es la doctrina de Gabriel Chausovsky que la CSJN aceptó en el caso “Ni”, de 2009.<sup>5</sup>

El artículo 61 de la Ley de migraciones exige que, si se constata la irregularidad, debe “intimarse” al migrante a regularizar su situación. Si no lo hace, recién en ese momento se puede declarar la ilegalidad de la permanencia y se debe pedir a un juez contencioso administrativo la confirmación del acto administrativo de expulsión. El migrante, en ese caso, puede discutir en el ámbito judicial si hay razones válidas para la expulsión. Se revisa la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa.

Sin embargo, la DNM considera que no es necesario intimarlo en aquellos supuestos en los que existen antecedentes penales que implican un impedimento de residencia. Entiende que puede declarar la ilegalidad de la permanencia directamente, pero, aun en ese supuesto, debe constatar la irregularidad migratoria.

En consecuencia, aún con esta diferencia de criterio, la irregularidad debe ser constatada, de manera previa. No existe título de expulsión sin esa constatación.<sup>6</sup> La norma, por lo tanto, va a requerir una decisión previa de la autoridad migratoria que declare si en rigor un extranjero está en “situación irregular” o no. No se supone, no se presume y no lo certifica la autoridad policial o la justicia penal. Se aplicará para aquellos extranjeros sobre los que ya existe una decisión de la autoridad migratoria que constata, de acuerdo al procedimiento del 61 de la ley 25.871 la situación migratoria irregular.

**b. Los supuestos sobre los que podrá aplicarse la suspensión del juicio a prueba para extranjeros en situación irregular. “La flagrancia de un delito o imputado por un delito con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuera superior a tres años de prisión”**

A diferencia de lo que dice la norma migratoria sobre impedimentos para permanecer en el país, el proyecto de Código propone que la medida de suspensión del juicio a prueba podrá aplicarse para todos los delitos en supuesto de flagrancia, sin especificar límites. Y para aquellos delitos de hasta tres años de pena mínima, por

---

<sup>4</sup> Ver Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°8 (Secretaría N°15), 12/08/2003, *Benítez Alicia y otros c/ Estado Nacional, Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo*, presentado a favor de Alfonso Juárez Cribillero. Para un mayor detalle de este caso ver Ceriani, P. y otros en “Los Derechos de los Migrantes en la Jurisprudencia argentina”, publicado en Abramovich, V.; Courtis, Ch.; Bovino, A.; “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. La experiencia de una década”, ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2008.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Ni, I-Hsing s/ carta de ciudadanía, del 23 de junio del 2009. Esta doctrina fue reiterada por la Cámara Federal de Paraná, en el habeas corpus nro. 5-17.559 – 20.768-2.011 “Dai Jianqing y otros” del 23 de junio de 2011. La Cámara allí citó la opinión del Dr. Gabriel B. Chausovsky, quien había señalado en un fallo anterior de la misma cámara que “la ley 25.871 ha introducido un cambio de paradigma en la política migratoria argentina y este se construye a partir de erigir al “derecho a migrar” como derecho humano. Consecuentemente la ley migratoria tiende a la regularización del migrante y por ello la expulsión es una medida extrema y de última ratio”.

<sup>6</sup> **Artículo 61** “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.”

ejemplo, los delitos de usurpación, violación de la ley de marcas (muy común en la captura de hechos vinculados a la venta ambulante), lesiones leves, riñas, daños, etc.<sup>7</sup>

De acuerdo a esta formulación, para el supuesto de imputación de delitos con penas con un mínimo de hasta 3 años dependerá de la suerte del juicio de flagrancia, que se guiará por la información que brinde el funcionario policial, y de la calificación penal que defina el fiscal. En ambos supuestos los primeros momentos del proceso serán claves, ya que se trata de delitos en general capturados por funcionarios policiales, quienes definen los sumarios que elevan para la investigación fiscal.

**c. *La aplicación del trámite implica la expulsión del territorio nacional si no vulnera el derecho de la reunificación familiar. El dilema de optar por la suspensión del juicio a prueba***

El instituto de la suspensión del juicio a prueba está pensado para evitar los efectos de una condena penal en casos en los que se considera que su aplicación resultaría negativa y hasta carente de sentido. A la persona imputada no le queda el antecedente penal y evita el cumplimiento de penas privativas de la libertad cortas. Se opta por vías reparatorias o comunitarias. A su vez, se intenta no incentivar la utilización del derecho penal para estos casos y orientar los recursos a la persecución de los delitos más graves.

Esta finalidad contrasta con la incorporación en este instituto del supuesto de expulsión de extranjeros. Por más que resulte opcional, implicará una forma de incorporar un nuevo sistema de control migratorio. Ante una detención en flagrancia (por cualquier delito) o por delitos con penas menores a 3 años, el migrante se verá en la disyuntiva entre seguir sometido al proceso penal, con la eventualidad de una pena, y la expulsión, por fuera de los supuestos previstos en la Ley migratoria. Esta nueva modalidad guiará la respuesta “migratoria” del Estado a través del proceso penal, con intervención de los funcionarios policiales, fiscales y jueces, y sin la autoridad migratoria.

Si el extranjero irregular acepta la propuesta, implica la expulsión por el término de 5 a 15 años. La oferta genera un dilema. El proceso, si continúa, puede generar una condena que después incide en el proceso político migratorio (impedimento). Si acepta la oferta, no podrá volver al país, y se convierte en un proceso de control migratorio y no en un proceso de suspensión del juicio a prueba.

Lo que impide la ley de migraciones y su decreto reglamentario, que eliminaron todos los supuestos de impedimentos por sospechas, percepción, y solo se puede avanzar en casos de condenas firmes o procesamientos, operará ahora a través de los vínculos, relatos, y expedientes policiales/judiciales.

La expulsión regulada en el nuevo Código Procesal Penal es una medida de salida del país realizada por el propio extranjero. Si no se constata la salida del país, el juicio debería reiniciarse. Existe entonces un problema operativo concreto, ¿cómo se constata la salida del país realizada por el propio extranjero? Este

---

<sup>7</sup> Para mayor detalle, algunos de los delitos del código penal a los que este proyecto refiere, con una pena mínima inferior a tres años, son las lesiones leves (art 89), lesiones graves (art 90), lesiones culposas (art 94), homicidio o lesiones en riña (art 95), agresión con arma (art 105), exposición a peligro por desamparo sin resultado de grave daño o muerte (art 106), inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (art 117 bis), hurto (art. 162), robo (art 164), usurpación (art. 181 y 182), daños (183 y 184), delitos contra la seguridad y el tránsito, corte de rutas (art 190 – 197), entre muchos otros.

problema técnico operativo va generar otro, para aquellos que opten por la salida de país de manera voluntaria y no puedan realizarla por problemas materiales como por ejemplo fondos para salir del país. Además del reinicio del juicio, también van a quedar sujetos a la discrecionalidad policial, fuera de la ley. Sin posibilidad de regularizarse porque tienen la obligación de salir del país, el Estado no podrá concretar la expulsión y serán objeto de la “disponibilidad” policial/judicial. Justamente el escenario que la ley migratoria busca evitar.

Si fuese una medida de fuerza, es decir, una acción que deba ser llevada adelante por una autoridad judicial con la colaboración de las fuerzas públicas, se daría un problema técnico constitucional y legal. La expulsión se convertiría así en una pena que sólo podría ser aplicada de acuerdo a las normas vigentes o de expulsión que remiten a la ley de migraciones. No existe la pena de expulsión en el Código Penal. Hay jurisprudencia sobre la imposibilidad de jueces penales o civiles de aplicar sanciones de expulsión sin pasar por el trámite migratorio político.<sup>8</sup>

#### **d. Las etapas migratorias. Del derecho humano a migrar a esta nueva etapa de sospechas.**

Hay cuatro etapas históricas en el control migratorio en la Argentina. Luego de la primera ley Avellaneda que en el marco del Estado agroliberal pagaba los boletos de los extranjeros europeos, a partir de la ley de residencia (1902) y la de defensa social (1910) se realizó un control migratorio sobre aquellos que tenían ideas políticas distintas a las existentes en la Argentina del Centenario. La expulsión de dirigentes sociales pasó a ser una regla, la alteración del orden social, económico su finalidad.

Cuando la inmigración europea dejó de ser central, la latinoamericana emergió como principal flujo migratorio, y desde la presidencia de Onganía en adelante, la cuestión de la pobreza, la pertenencia a países limítrofes, justificó expulsión y detenciones. Ya no era necesario llevar adelante una investigación administrativa, la simple pobreza, la falta de pago de tasas migratorias o el establecimiento de requisitos excesivos de regularización fueron suficientes para declarar a alguien legal o ilegal. La dictadura le agregó a aquellos dos supuestos, la doctrina de la seguridad nacional. Las ideas políticas y la pobreza, desde la ley Videla, pasaron a ser la regla en las declaraciones de expulsión y detención de migrantes. Los gobiernos de Alfonsín, Menem y De la Rúa sostuvieron y profundizaron esas perspectivas mediante los decretos reglamentarios en materia migratoria. Pobres y discapacitados del extranjero no podían residir en Argentina. Las sospechas de participación en hechos delictivos, la supuesta “proclividad al delito”, también sirvió para expulsar y detener migrantes.

---

<sup>8</sup> Un juez civil en un proceso de insania, en los años 90 pidió la expulsión de una persona de Bolivia por sus problemas de alcoholismo. La Cámara civil revocó esa decisión y sostuvo que la residencia la debía definir Migraciones y no los jueces civiles. Y agregó la Cámara que “lo resuelto también importa una clara violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento que como es sabido tiene en nuestro país raigambre constitucional...Decimos ello, pues si el Estado adopta una decisión de la gravedad como la aquí decidida por el a quo respecto de R., que constituye una sanción punitiva contra dicho sujeto, la misma debe estar precedida por un trámite o procedimiento que garantice el derecho de defensa del extranjero permitiendo que éste pueda alegar en su defensa. Tal elemental principio de bilateralidad no sólo es garantizado por la Const. Nacional en los procesos judiciales, sino también en el ámbito de la propia administración...Del relato que se efectuara en esta causa surge que R. se encuentra no sólo imposibilitado de poder justificar su ingreso en nuestro país (padece de alcoholismo crónico), sino que además nunca se le formuló una petición en concreto a su curador”. Ver fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, 28/04/1998, R., C. R, LL, 1998-E, 405

La ley 25871 de 2003 y el decreto 616 de 2010 transformaron estas prácticas. La regularización migratoria pasó a ser una política de Estado y el control migratorio una cuestión de derechos humanos (intervención de jueces, supervisión de todas las etapas migratoria, asistencia legal obligatoria, entre otras garantías).

Esta propuesta de reforma del Código Procesal Penal implica un nuevo modo de control migratorio, que reintroduce la relación migrantes/delitos que pretendió desterrar el cambio del paradigma migratorio. La sanción legislativa de un artículo de estas características implicaría volver a la sospecha policial y al sistema penal como herramienta de control de estos colectivos.

#### **e. Las formas del control migratorio**

La ley de migraciones tiene varios supuestos de control migratorio. Uno, el control de permanencia referido en este apartado, para aquellos que están en el territorio. Dos, el control en frontera establecido en el art. 35 de la ley de migraciones, que brinda la posibilidad de rechazar el ingreso de extranjeros con documentos falsos, o, si hay dudas, de retener en frontera. El remedio para estas situaciones es un recurso ante los consulados. Y la de aquellos que se encuentran en prisión, por condenas o por prisión preventiva, del art. 64 de la ley de migraciones, que tienen que tener una orden de expulsión firme y consentida, para que se puedan dar los supuestos que en ese artículo se contemplan.

La propuesta de reforma del Código Procesal es una nueva forma de control migratorio, que no aparece regulada en la norma de fondo. Las formas en que esto se materialice dependerán de las prácticas policiales y judiciales. Como dijimos en los párrafos anteriores, esta nueva regla importará la reproducción de las prácticas discriminatorias que se intentaron revertir y la profundización del estereotipo del “migrante delincuente”.

## **2. PRISIÓN PREVENTIVA.**

El proyecto contempla correctamente un catálogo de medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva, última en la escala de posibilidades. Sin embargo, contiene importantes deficiencias en la regulación del encarcelamiento preventivo. Sostiene reminiscencias del sistema procesal que se pretende reformar e incluso introduce elementos regresivos que desnaturalizan la definición del instituto como medida cautelar, tal como lo exige la normativa internacional.

La CSJN en el caso Loyo Fraire<sup>9</sup> sostuvo que la prisión preventiva debe ajustarse a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana): i) que la finalidad de la medida sea cautelar, esto es, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida idónea menos gravosa. Por esta razón la Corte IDH ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación deba ser excepcional, y iv) que

---

<sup>9</sup> CSJN, sentencia del 6 de mayo de 2014, L. 196. XLIX, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Guillermo Daniel Piñeiro en la causa Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada -causa n° 161.070".

sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido.<sup>10</sup>

Siguiendo estos requisitos, el proyecto enuncia correctamente que la regla durante el proceso debe ser la libertad y remarca que su restricción podrá ser determinada únicamente con fines procesales. Sin embargo, al desarrollar el instituto de la prisión preventiva se desvirtúan esos principios.

Para su aplicación, el juez deberá tener en cuenta, principalmente, los requisitos establecidos en los artículos 185, 188 y 189 del Proyecto. Esos artículos establecen los criterios legales para determinar la existencia de riesgos procesales y con ello, justificar el dictado de la prisión preventiva. Para corroborar la presencia de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación, el juez debe analizar entre otros supuestos, el hecho que se imputa, su naturaleza y gravedad, la pena que podría corresponderle, si generó conmoción social y la posibilidad de declaración de reincidencia de quien se encuentre imputado.

Desde el plano normativo, esta regulación resulta inconstitucional y representa una regresión. Desde una mirada de política criminal, pretende aportar una respuesta efectista al problema de la inseguridad al ubicar al encarcelamiento preventivo en un lugar central de la respuesta penal para responder al temor social al delito. Esta forma de regular la prisión preventiva, sin embargo, ha demostrado no generar soluciones en esa materia e impactar en forma muy negativa en el funcionamiento del sistema procesal que se pone en marcha, como ha quedado demostrado ante procesos regresivos similares en la provincia de Buenos Aires, que generaron graves consecuencias en materia judicial y carcelaria, a partir de lo cual intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Verbitsky*.<sup>11</sup>

El principal cuestionamiento que realizamos es a la forma en la que se regula el derecho a la libertad ambulatoria y el principio de presunción de inocencia (arts. 14 y 18 CN; arts. 7, 8 y 9 de la CADH y 14.2 del PIDESC). Entre los efectos que se desprenden del juego armónico de estos principios cobra especial relevancia el derecho del imputado a ser tratado como inocente mientras dura el proceso y, por ende, a permanecer en libertad. De su vigencia se derivan reglas y exigencias específicas para los Estados, que determinan los requisitos sustantivos que autorizan la detención preventiva de un inocente. Uno de sus objetivos primordiales es evitar la imposición de una pena de manera anticipada sin que exista sentencia de condena firme.

**a. La evaluación del hecho imputado, de sus consecuencias y repercusiones.**

El párrafo inicial del art. 185 establece la regla que trastoca la regulación sobre la libertad durante el proceso. El artículo pretende regular los casos en los que no podrá aplicarse la prisión preventiva pero introduce

---

<sup>10</sup>Cfr. *Sentencia del 21 de noviembre de 2007 en el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador"*, parágrafo 93. (citada por el Dictamen del Procurador en CSJN, L. 196. XLIX).

<sup>11</sup> CSJN, en causa "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", del 3 de mayo de 2005, V. 856. XXXVIII,. Véase texto del fallo en <[http://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo\\_csjn\\_comisarias\\_bonaerenses.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf)>. Ver, CELS "Colapso del sistema carcelario", Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2005. En la provincia de Buenos Aires, la reforma procesal impulsada en 1997 sufrió reformas regresivas en materia de regulación de las excarcelaciones incluso antes de empezar a ser implementado. Esos retoques al proyecto fueron desvirtuando la regulación hasta invertir la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. Este proceso tuvo su punto cúlmine en la reforma de Carlos Ruckauf que llevó al colapso del sistema carcelario provincial.



criterios vagos y de origen sustantivo para evaluar la existencia de los peligros procesales (peligro de fuga o entorpecimiento del proceso), únicos fines legítimos de la prisión preventiva.<sup>12</sup>

*Texto del primer párrafo de la norma:*

**“Prisión preventiva.** *Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias, naturaleza, conmoción social del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código.”*

Lo establecido en este párrafo se ve complementado por el inc. b) del art. 188 que establece como criterio para determinar la existencia de peligro de fuga, a las *circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, y la posibilidad de declaración de reincidencia.*

De acuerdo al contenido de ambos artículos, el juez deberá tener en cuenta los requisitos enumerados al describir los fines procesales del art. 188 y 189, pero lo hará en función los criterios fijados en el art. 185. Es este último artículo el que, junto a los criterios para determinar el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso, determinan los elementos que deberá evaluar el juez para dictar la prisión preventiva. De allí surge la relevancia y gravedad de los conceptos utilizados.

Es importante comprender que tanto la *gravedad del hecho y la pena que se espera, como su naturaleza, o su repercusión social* son criterios sustantivos asociados al delito imputado y no tienen relación directa con la evaluación que debe realizar el juez sobre la existencia concreta de los peligros procesales. El dictado de la prisión preventiva sobre la base de estos criterios no implica el aseguramiento de los fines del proceso sino un adelantamiento de pena. Lo mismo sucede con la *posibilidad de declaración de reincidencia*, criterio de fines preventivos asociado a las características de la persona y a los delitos imputados y no a la posibilidad concreta de fugarse o entorpecer la investigación.

En el informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, la Comisión Interamericana sostuvo que era incompatible con la Convención la posibilidad de que se contemple a la conmoción social y la evaluación del hecho cometido como fundamento de la prisión preventiva:

*“Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son **criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prevenir o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia.** Este principio impide aplicar una*

---

<sup>12</sup> Alberto Bovino precisa que “si la coerción procesal se orienta a alcanzar los fines del procedimiento, sólo dos tipos de situaciones justifican la privación de libertad anticipada: a) todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación (...), y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el derecho penal sustantivo”. Bovino, Alberto, op. cit. p. 140.

*consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.”<sup>13</sup> (el resaltado nos pertenece)*

En cuanto a la consideración de la *repercusión social* del hecho, la Comisión Interamericana sostuvo que la ley no puede disponer que determinados delitos queden excluidos de la regla de la libertad durante el proceso “...sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como “*alarma social*”, “*repercusión social*”, “*peligrosidad*” o algún otro.”<sup>14</sup>

*“Ese tipo de clasificaciones violan el principio de igualdad ya que el distinto trato está fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos, criterios que no pueden ser tenidos en cuenta para denegar la libertad durante el proceso. Algunas personas quedarán automáticamente excluidas del derecho a la libertad a pesar de estar imputadas de delitos reprimidos con penas más leves, **en virtud de percepciones sociales que, además de indemostrables, son absolutamente ilegítimas a los fines de determinar la licitud de una prisión preventiva.**” (el destacado es nuestro)<sup>15</sup>.*

La Corte IDH también ha sido determinante respecto de la utilización de criterios como la *gravedad del hecho* y las *condiciones del imputado* para el establecimiento de la prisión preventiva. Así, lo ha sostenido en varios casos entre los que se encuentra *Bayarri vs. Argentina*. Al condenar al Estado argentino la Corte sostuvo que “... *Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.*”<sup>16</sup> Los estándares fijados por la Corte IDH en este caso particular sobre la Argentina serán determinantes para la evaluación judicial de esta nueva norma procesal.

Respecto a la evaluación de *la pena que se espera como resultado del procedimiento*, la Corte IDH en el caso “López Álvarez”, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, sostuvo que fundar la prisión preventiva en el reproche que eventualmente merece el supuesto autor y en la pena aplicable al caso, contraviene el principio de inocencia e implica un juicio anticipado a la sentencia, adelantando la imposición de la pena.<sup>17</sup>

Por su parte, la incorporación de criterios como el de la *posible declaración de “reincidencia”* del imputado para la determinación de la prisión preventiva implica la evaluación de una actividad delictiva anterior que colisiona con los estándares mencionados. En primer lugar, y al igual que con toda consideración sobre el delito imputado, la detención cautelar se estaría disponiendo sobre la base de cuestiones que necesariamente deben ser probadas en un juicio oral. Esto significa, como en los casos anteriores, realizar una presunción legal que determina el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación sobre la base de una conducta anterior del imputado que se suma para determinar su peligrosidad a una conducta que todavía no se encuentra acreditada. Además, se estarían replicando las consecuencias disvaliosas que ya ha tenido la comisión de un hecho para sostener una privación de libertad preventiva en un proceso que nada tiene que ver con este.

<sup>13</sup>CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, párrafo 8.

<sup>14</sup>CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, párrafos 141.

<sup>15</sup>CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, párrafos 141 y 142.

<sup>16</sup>Corte IDH en caso Bayarri vs. Argentina, sentencia del 30/11/2008, Serie C No. 187, párr. 74. Caso López Álvarez, sentencia del 1/2/2006, Serie C No. 141, párr. 69, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24/6/2005, Serie C No. 129, párr. 111; Caso Tibi, Sentencia de 7/9/2004, Serie C No. 114, párr. 180, y Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12/11/1997, Serie C No. 35, párr. 77.

<sup>17</sup>Cfr. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Caso López Álvarez, sentencia del 1/2/2006, Serie C No. 141, párr. 22.

En consecuencia, del desarrollo de estos estándares surge claramente que en estos puntos la propuesta de modificación legislativa es contraria a las exigencias constitucionales y al desarrollo de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos y de la CSJN. Así, la CSJN señaló "...la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas (...) como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia (...) importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad" (cons. 6º)<sup>18</sup>. En igual sentido, la Corte IDH, analizando un caso reciente sobre el tema, ha decidido enfatizar que "no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva."<sup>19</sup>

De acuerdo con estas reglas, los supuestos de peligro procesal que autorizan la aplicación de la prisión preventiva son estrictamente dos: la existencia de razones fácticas concretas que hagan presumir que el imputado podría fugarse o entorpecer la investigación.

Si bien los criterios cuestionados han sido incorporados al proyecto de Código como pautas para evaluar la existencia de estos peligros procesales, las referencias al hecho cometido como a sus posibles efectos o a su percepción social, dan cuenta de que se incorporan al análisis criterios de "peligrosidad" o preventivos que implican un anticipo de pena y que funcionan como presunciones que poco tienen que ver con la posibilidad concreta de que el imputado se fugue o entorpezca la investigación.

#### **b. Duración, cese y control de la prisión preventiva.**

El proyecto establece en su art. 191 las causales de cese de la prisión preventiva:

**"Límite de la prisión preventiva.** La prisión preventiva cesará:

- a) si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal.
  - b) si el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;
  - c) si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida.
- ..."

Conforme al principio de proporcionalidad expresamente reconocido en el proyecto (art. 16) la prisión preventiva debería cesar en un momento anterior a los tres enumerados por este artículo. En este sentido, tiene entendido la CIDH que el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva implica que la persona

<sup>18</sup> CSJN en causa "Nápoli, Erika E. y otros", rta. el 22/12/1998, publicado en LA LEY 1999-B, 662, con nota de Germán J. Bidart Campos - LA LEY 2000-B, 690, con nota de Héctor Sagretti - DJ 1999-2, 597 - Colección de Análisis Jurisprudencial - LLP

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279

bajo una medida cautelar no pueden recibir un trato peor o igual que el de una persona condenada. Así, en su informe 86/09 sostuvo que *“Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana).”*<sup>20</sup>

Por lo tanto, la medida cautelar no puede igualar a la pena, lo que implica que cuando se haya cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal o la pena impuesta por sentencia no firme (o aun cumpliendo un tiempo que posibilitaría la libertad condicional o asistida), el principio de proporcionalidad ya se encontraría vulnerado, tal como es entendido por la CIDH.

En línea con este principio y con el de necesidad de la medida, consideramos que sería importante la incorporación de una regla que obligue al control periódico de la cautelar a los fines de evaluar si los riesgos procesales continúan existiendo y con ello, la necesidad de sostener la privación de la libertad. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido en el caso Bayarri vs. Argentina que *“el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón”*<sup>21</sup>. *En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.”*<sup>22</sup>

### **c. Conclusión**

Como dijimos, los problemas de la regulación no se reducen a una discusión constitucional sino, también, a la orientación político criminal por la que se opta. La forma en la que se regula la prisión preventiva en el proyecto se enmarca en los discursos que procuran resolver las demandas sociales de seguridad a través del endurecimiento del sistema penal y de darle centralidad al encarcelamiento preventivo sin evaluar las consecuencias sociales que genera y sin reparo por su demostrada ineficacia.

La inclusión del criterio de conmoción social resulta particularmente regresiva en la medida que no sólo implica contrariar los estándares constitucionales mencionados sino la legitimación legal de criterios de interpretación atados a las percepciones sociales sobre la inseguridad, los estereotipos y las definiciones o reproducciones mediáticas vinculadas con el delito y la violencia. Este criterio representará un instrumento de aplicación desigual y arbitraria de la ley penal.

Iniciativas como estas ya han probado su fracaso como políticas orientadas a reducir el delito y colaboran en el ocultamiento de los problemas de funcionamiento del sistema de justicia y de las instituciones de seguridad. Este tipo de criterios desvirtúan las buenas iniciativas que este mismo proyecto de código posee respecto de un nuevo modelo de enjuiciamiento penal. En la medida en que las personas son privadas de libertad sin

<sup>20</sup> CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, párrafo 109.

<sup>21</sup>Cfr. O.N.U. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, supra nota 47, principio 39.

<sup>22</sup>Corte IDH en caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.

necesidad de llegar a un juicio se relajan las funciones de investigación del Ministerio Público Fiscal y de las policías, al descansar en el encarcelamiento preventivo.

En consecuencia, entendemos que en el marco del debate legislativo se reconsidere la forma en que se ha regulado el instituto de la prisión preventiva, se eliminen los criterios sustantivos para evaluar los riesgos procesales y se la adecúe a los estándares aquí desarrollados. A su vez, se incorpore una regla de control periódico del encarcelamiento preventivo, tal como lo hacen los códigos procesales más modernos.<sup>23</sup>

### **3. OTRAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD AMBULATORIA.**

Las aprehensiones policiales siguen siendo prácticas que, por su discrecionalidad y sustracción a los controles públicos, se prestan a irregularidades y abusos que pueden derivar en graves violaciones a los derechos humanos<sup>24</sup>. Teniendo estos antecedentes como referencia creemos que el CPPN debería apuntar a restringir y delimitar claramente estas atribuciones policiales.

Desde esta perspectiva, realizamos algunas observaciones puntuales a los artículos que implican medidas restrictivas de la libertad ambulatoria.

#### **a. *Detención***

El proyecto contempla la detención de una persona por 72 horas por orden del juez y a solicitud del Ministerio Público, cuando existan indicios que permitan sostener razonablemente que procederá la prisión preventiva y cuando la detención sea necesaria para preparar y fundar la audiencia donde se va a hacer el pedido de prisión preventiva.

El Código debería aclarar que toda detención que se prolongue por más de 72 hs. sin que se haya formalizado la investigación o sin que se haya adoptado una decisión sobre la libertad personal del imputado deberá ser considerada ilegal y, por consiguiente, que corresponde su liberación inmediata. .

#### **b. *Aprehesión sin orden judicial y flagrancia.***

En el art. 183, el proyecto contempla dos motivos habilitantes de la detención sin orden judicial:

1) la fuga de una persona legalmente detenida

2) la flagrancia.

---

<sup>23</sup>Así lo establecen el art. 145 del Código Procesal Penal de Chile, y los art. 235 y 236 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut, en línea con el precedente Bayarri vs. Argentina de la Corte IDH.

<sup>24</sup>Tiscornia, Sofia; Eilbaum, Lucía y Lekerman, Vanina (2000), "Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos", en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la Ciudad de Buenos Aires*, CELS / CED. Disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/detenciones.pdf>; Tiscornia, Sofia (2004), "Entre el impero del Estado de policía y los límites del derecho. Seguridad ciudadana y policía en la Argentina", en *Nueva Sociedad* n° 191, Caracas, mayo-junio de 2004; CELS (2013), "Detenciones y otras prácticas policiales abusivas en virtud de la vulnerabilidad de diferentes grupos de población", en *Derechos humanos en Argentina. Informe 2013*, Buenos Aires, CELS / Siglo XXI.

Resulta positivo que se eliminen otros dos supuestos de detención sin orden judicial (*"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 *"Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo"*) que habilitaban prácticas discrecionales de las fuerzas de seguridad justificadas a partir de criterios como la "sospecha" policial.

Existe, sin embargo, un problema con el concepto de flagrancia que propone el proyecto en el art. 184. Se trata de un concepto más laxo que el que está vigente en la actualidad. Según el proyecto, la situación de flagrancia abarca el comienzo de la ejecución de un hecho (*"cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de intentarlo..."*), el momento de la consumación (*"... de cometerlo"*), y un momento posterior a la consumación, cuando el autor del delito es perseguido (similar a la segunda frase del actual art 285) o tiene objetos o presenta rastros que permitan sostener razonablemente que acaba de participar de un delito.

En este último punto se utiliza un estándar problemático al ampliar los momentos posteriores al hecho que siguen en el ámbito de la flagrancia y que, por lo tanto, habilitan una detención sin orden judicial. En el régimen actual, el criterio pasa por la posesión de *"objetos o rastros que hagan presumir vehementemente"* que una persona haya participado en un delito. El proyecto, por su parte, refiere que el detenido debe tener objetos o presentar rastros que *"permitieran sostener razonablemente que acaba de participar en un delito"*. No se trata de una discusión semántica menor. Por el contrario, creemos que el estándar utilizado relaja los requisitos necesarios para detener a una persona sin orden judicial y, por lo tanto, amplía las facultades policiales para practicar este tipo de aprehensiones sin orden judicial.

Consideramos que la formulación actual, en el código vigente, es más rigurosa en este sentido. El Código Procesal Penal debe incluir fórmulas o cláusulas que orienten a los jueces hacia una interpretación lo más restrictiva posible del concepto de flagrancia, ya que este es el supuesto que habilita la excepción. La regla constitucional que debe regir la actuación policial es la existencia de una orden judicial para la detención.

Esta regla cobra aún más relevancia si se tiene en cuenta que aún está pendiente el proceso de adecuación de toda la legislación y las normativas de las fuerzas de seguridad sobre detenciones sin orden judicial a los estándares internacionales de derechos humanos, según ordenó la Corte IDH en su fallo del 18 de septiembre de 2003 en el caso "Bulacio vs. Argentina".

### **c. Arresto preventivo.**

El artículo propone la disminución de 8 a 6 horas del plazo máximo de tiempo durante el cual la autoridad a cargo de un procedimiento puede restringir los movimientos de personas que pudieran estar relacionadas con un hecho delictivo, antes de convertirlo en detención conforme el art. 183 o, en su defecto, ordenar la libertad de los arrestados. Si el Ministerio Público decide mantener la medida restrictiva de la libertad mas allá de las 6 horas previstas, la persona detenida debe ser presentada ante el juez a efectos de decidir sobre la procedencia de la prisión preventiva en un plazo que no exceda las 72 horas. Entendemos que este acortamiento del plazo de arresto es positivo. Además, se exige la obligación de comunicar inmediatamente al juez a cualquier funcionario o persona que realice la detención.

#### 4. COSA JUZGADA FRAUDULENTA Y RECURSO DE REVISIÓN.

Celebramos la incorporación del inciso f) en el artículo 318 que habilita la revisión de sentencias firmes en aquellos supuestos en los se haya dictado una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual. La práctica actual ha mostrado que algunos operadores judiciales han sido reacios a revisar estas cuestiones cuando algún organismo internacional así lo ha ordenado.

Nos interesa reparar en los artículos 5 y 318 del Proyecto ya que podrían ser reformulados para contemplar otros supuestos importantes.

“ARTÍCULO 5º.- Persecución única. Nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias en favor del condenado”.

Este artículo prevé correctamente el supuesto de persecución única a favor del condenado. Sin embargo, es insuficiente, e incluso no contempla la excepción del inciso f del artículo 318 sobre procedencia del recurso de revisión.

Nuestra experiencia en el litigio de causas complejas, tanto a nivel nacional como internacional, nos ha demostrado que en muchos casos de graves violaciones de derechos humanos los responsables han sido beneficiados con absoluciones contaminadas por profundos vicios, configurando luego supuestos de cosa juzgada fraudulenta.

Precisamente pensando en este tipo de casos es que entendemos que es necesario estudiar este tema y evaluar la posibilidad de reformular el artículo propuesto. Con este objeto citamos acá algunos antecedentes relevantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Corte IDH desarrolló y aplicó el concepto de cosa juzgada fraudulenta en casos como *Carpio Nicolle Vs. Guatemala* - relacionado con ejecuciones y atentados a la integridad personal - al comprobar la existencia de graves vicios que determinaron la impunidad. Destacó la combinación en el caso de una obstrucción continua de las investigaciones por parte de agentes del Estado y la falta de diligencia judicial en su desarrollo. Entre las acciones que condujeron a la impunidad remarcó las constantes amenazas y actos intimidatorios a familiares, testigos y operadores de justicia, la desaparición de pruebas y la desestimación arbitraria de algunas. Frente a este tipo de situaciones, la Corte entendió que el Estado no puede invocar eximentes a su obligación de investigar y sancionar y encomendó “remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad (...) así como utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso...”<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, en el caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, la Corte IDH señaló: “...Este Tribunal ya se ha referido a la llamada “cosa juzgada fraudulenta”, que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron

---

<sup>25</sup> Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Op. Cit., párr.134.

**contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos....”<sup>26</sup>.**

El estándar de “fraudulencia” se asocia a situaciones claramente dirigidas a propiciar la impunidad. Como consecuencia de ello, en algunos casos determinados, la Corte IDH habilitó a limitar el alcance del principio *ne bis in idem*. En este sentido, en el caso *Almonacid Orellano y otros vs. Chile*, la Corte consideró:

*“...En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”...”<sup>27</sup>.*

Se trata justamente de casos que generan graves violaciones de derechos humanos, donde están involucrados agentes del Estado que tienen la posibilidad material de garantizar su impunidad mediante el entorpecimiento de las investigaciones, la amenaza a testigos, funcionarios judiciales o defensores de derechos humanos o el fraguado de pruebas.

De acuerdo con la Corte IDH, una sentencia dictada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” que demanda que *“... pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem.”<sup>28</sup>*

Al respecto, resulta pertinente destacar que el *juicio de ponderación* desarrollado por la Corte IDH, en el marco del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*<sup>29</sup>, demuestra que cuando se está ante una afectación tan significativa de los derechos de las víctimas, y ante un caso de notable trascendencia social, resulta pertinente exigir **una excepcional limitación a la garantía de ne bis in idem**. Y como consecuencia de ello, habilitar la reapertura de las investigaciones clausuradas, en palabras del tribunal, por el *“incumplimiento protuberante”* de los deberes de investigar y sancionar seriamente las graves violaciones.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup>Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr.98*. El destacado es propio.

<sup>27</sup>Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154*. El destacado es propio.

<sup>28</sup>Idem.

<sup>29</sup>Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2010*.

<sup>30</sup>Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2010, párr. 44*. El destacado es propio.



De acuerdo con el criterio de la Corte IDH toda restricción al *ne bis in idem* debe entenderse como sumamente excepcional. Sin perjuicio de ello, entendemos que es también posición de la Corte Interamericana que esta garantía habrá de ceder ante situaciones en las que hayan existido acciones deliberadas para consagrar la impunidad y aún más, en aquellos casos en los que el propio acusado fue parte activa del actuar fraudulento.

En virtud de estas consideraciones creemos que podría reformularse el artículo comentado, a fines de incorporar esta excepción.

Siguiendo esta línea, y con el objeto de evitar incoherencias en el propio texto es necesario también analizar el artículo 318 del Proyecto que regula la procedencia del recurso de revisión. Este artículo establece:

“ARTÍCULO 318.- Procedencia. La revisión de una sentencia firme procede en todo tiempo y únicamente a favor del condenado, por los motivos siguientes:

- a) los hechos establecidos como fundamento de la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable;
- b) la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable, o resulte evidente aunque no exista un procedimiento posterior;
- c) la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable;
- d) después de la condena sobrevinieran o se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hicieran evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, que el hecho cometido no es punible o encuadra en una norma penal más favorable;
- e) corresponda aplicar retroactivamente un cambio en la legislación que favorezca al condenado.
- f) Se dicte en el caso concreto una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual.

El rechazo de la solicitud de revisión no impedirá un nuevo pedido fundado en motivos distintos”.

Para evitar que casos de graves violaciones de los derechos humanos queden impunes y con el objeto de cumplir con la obligación de investigar y sancionar<sup>31</sup> entendemos que al regularse este recurso debería

---

<sup>31</sup>De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, ver por ejemplo Corte IDH, caso *Moiwana vs. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, párrafo 147. En igual sentido ver Corte IDH, “*Hermanas Serrano Cruz*”, sentencia del 1 de marzo de 2005, Párr. 27; “*Las Palmeras*”, sentencia del 6 de diciembre de 2001; “*Carpio Nicolle y otros*”, sentencia del 22 de noviembre de 2004, Párr. 128; y “*Masacre Plan de Sánchez*”, sentencia del 19 de noviembre de 2004.

preverse un supuesto que permita también la revisión de absoluciones firmes que hayan sido fundadas de manera fraudulenta y que hayan permitido quedar impunes a los responsables de la comisión de graves violaciones de derechos humanos, aun si no existiera una sentencia de la Corte Interamericana.

En consecuencia, consideramos que una propuesta superadora podría aquella que modifique el texto en la línea señalada.

## **5. DEBATE ORAL. AGILIDAD DE LA INSTANCIA.**

A partir de nuestra experiencia en litigio de causas complejas, tanto en casos de lesa humanidad como de violencia institucional, hemos advertido algunas cuestiones que pueden ser mejoradas en relación a las reglas del debate oral.

Como aspecto central debemos destacar que las reglas prácticas para facilitar el avance de los juicios por los crímenes de lesa humanidad o casos complejos previstas por la Acordada 1/12 dictada por la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante CFCP)<sup>32</sup> han sido fundamentales para lograr ese objetivo.

Por ello, entendemos que esta propuesta de reforma procesal debe incorporar el avance de este tipo de regulaciones, que ya han marcado un camino en función de la propia experiencia.

Con relación al artículo 157 referido a los testimonios especiales, creemos que sería útil incluir allí algunas cuestiones que fueron pensadas a partir de la experiencia de los testimonios de víctimas de delitos de lesa humanidad (sobrevivientes o familiares), pero que deben ser aplicables a cualquier persona que haya sido afectada psicológicamente, en la forma en que la regla quinta de la acordada 1/12 lo propone. Así, la acordada mencionada establece que:

*“Se recomienda a los jueces que deban resolver sobre la comparecencia a audiencia oral y pública de víctimas-testigos, sus familiares o testigos menores de edad, que tengan en cuenta los casos en que su presencia pueda poner en peligro su integridad personal, su salud mental o afectar seriamente sus emociones, o ser pasibles de intimidación o represalias, especialmente en los juicios que involucran agentes del estado, organizaciones criminales complejas, crímenes aberrantes, crímenes contra la humanidad, abusos sexuales, o hechos humillantes, a fin de evitar su innecesaria o reiterada exposición y revictimización, privilegiando el resguardo de su seguridad personal. En esos casos, es conveniente acudir a los criterios que surgen de la legislación nacional y de instrumentos internacionales –tales como el artículo 118 del Código Procesal Penal de la Nación, la Declaración de Naciones Unidas sobre los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder” de 1985, el “Protocolo de Estambul”, el “Protocolo de intervención para el tratamiento de víctimas-testigos en el marco de procesos judiciales”, las “100 Reglas de Brasilia”, los argumentos expuestos en los artículos 68.2 y 69.2 del “Estatuto de Roma” entre otros-.”*

De este modo nos parece que una correcta fórmula del artículo mencionado podría ser la siguiente:

---

<sup>32</sup> Del 28 de febrero de 2012.

“ARTÍCULO 157.- Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el representante del Ministerio Público Fiscal o el juez, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, **programas de protección de testigos, así como la utilización de video conferencias para evitar traslados de testigos en función de su protección, seguridad, dignidad, distancia de la jurisdicción**, garantizando el ejercicio de la defensa.

**Podrá admitirse la incorporación de registro filmico o grabado y de las actas correspondientes a testimonios producidos en otras instancias, de ese proceso o de otras actuaciones, a fin evitar que el testigo declare reiteradas veces, garantizando el ejercicio de la defensa. El que se oponga a ello deberá fundarlo y establecer los puntos sobre los que pretende interrogar”** (lo resalta en negrita es agregado).

El artículo 248 del proyecto en su tercer párrafo prevé una audiencia preliminar para organizar el debate.

En los juicios por los crímenes de lesa humanidad es habitual que se realice esta audiencia. Conforme nuestra experiencia, la audiencia preliminar resulta productiva para ordenar y acordar entre las partes cuestiones de prueba, para limitar la reiteración de aquellas que se refieran a hechos no controvertidos y de este modo procurar un mejor desarrollo del debate. En virtud de ello, proponemos agregar al articulado lo que resaltamos en negrita de conformidad con lo previsto en la regla cuarta de la acordada de Casación.

“ARTÍCULO 248.- Organización. Dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas de recibido el auto de apertura a juicio la oficina judicial procederá inmediatamente a:

- a) sortear el o los jueces que habrán de intervenir en el caso;
- b) fijar el día y hora de la audiencia de debate, la cual no se realizará antes de CINCO (5) ni después de TREINTA (30) días de recibidas las actuaciones;
- c) citar a todas las partes intervinientes;
- d) recibir de las partes los objetos y documentos que deban analizarse durante el debate;
- e) disponer todas las demás medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio.

El órgano jurisdiccional no podrá tomar conocimiento o solicitar a la oficina judicial el auto de apertura o demás constancias que aquella o el Ministerio Público Fiscal posean.

En casos complejos o cuando las partes lo soliciten, el encargado de la oficina judicial, realizará una audiencia preliminar para resolver cuestiones prácticas de organización, **tales como días de debate, lugar de realización, habilitación de feria en caso de que sea necesario, día y horario de las audiencias, establecer las partes pertinentes de lectura de los requerimientos de elevación a juicio, asegurando celeridad y juzgamiento en plazo razonable, respetando el debido proceso legal.**

**En la misma audiencia, y previo a resolver sobre la admisibilidad de la prueba, el tribunal podrá invitar a las partes a limitar la prueba a aquella que resulte dirimente o de imprescindible producción en el debate a fin de evitar la reiteración de las efectuadas para la acreditación de hechos notorios no controvertidos.**

Las partes tendrán a su cargo la notificación a los testigos y peritos de la audiencia designada y de las respectivas citaciones a dicha diligencia a través de la Oficina de Notificaciones, con la prevención de que, en caso de inasistencia injustificada, serán conducidos por la fuerza pública.

Cuando por las características del juicio se infiera que la audiencia de debate se prolongará por más de VEINTE (20) días, se sorteará UNO (1) o más jueces sustitutos de conformidad con el procedimiento que determine la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Federal y Nacional, quienes tendrán las mismas obligaciones de asistencia que los jueces titulares, pero no la de participar en las deliberaciones para la resolución de planteos ni las obligaciones previstas en los artículos 269 y 270”.

Por otra parte, al artículo 264 que regula el interrogatorio, debería introducir, en su parte final, alguna fórmula que permita que los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, puedan hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. Ello encuentra sustento no solo en la mencionada acordada 1/12, sino también en el Código Procesal Chileno que constituye un notable ejemplo sobre códigos de corte acusatorio<sup>33</sup>.

En cuanto al artículo 268, que regula la discusión final, entendemos que también debería ser reformulado. Es necesaria alguna mención a la potestad del tribunal de limitar razonablemente la duración de las últimas palabras de los imputados a fin de evitar que se conviertan en nuevos alegatos, indagatorias o derivaciones impertinentes, tal como lo prevé la acordada 1/12 de la CFCP.<sup>34</sup> Entonces, se debería agregar una mención a la necesidad de que el tribunal tome en consideración la extensión del juicio o la complejidad del caso para determinar el tiempo que concederá al efecto, tal como lo prevé el Código Procesal Penal Chileno<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>Cfr. regla quinta Acordada 1/12 CFCP. Y Art. 329 del Código Procesal Penal Chileno que establece “*Peritos y testigos en la audiencia del juicio oral*. Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332. El juez presidente de la sala identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir la verdad. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinieren como acusadores el ministerio público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda. Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos. A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia. Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia. Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La parte que los presente justificará su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren”.

<sup>34</sup>Ello obedece a que esta facultad fue utilizada abusivamente por los acusados en los juicios de lesa humanidad, lo que motivo que se establezcan algunas limitaciones a partir de la Acordada 1/12 de la CFCP (Regla Sexta).

<sup>35</sup>Conf. Código Procesal Penal Chileno, art. 338 que dispone “*Alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral*. Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor, para que expongan

En igual sentido, se debería regular el momento de las últimas palabras del imputado. La redacción elegida por el Código Procesal de Neuquén resulta más precisa para lograr que ciertos momentos no demoren excesivamente el debate, máxime cuando estamos ante intervenciones pensadas en el marco de un sistema inquisitivo en donde se oía al imputado para que suplique la clemencia del juez. Esto no conculca el ejercicio de su derecho de defensa, garantía fundamental del proceso, dado que la oportunidad procesal es la instancia de los alegatos. La modificación, entonces, debería ser reemplazar la fórmula propuesta en el proyecto que disponía “*otorgará al acusado la palabra, para que manifieste lo que estime conveniente*”<sup>36</sup>, por la siguiente: “*preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar*”.

En suma, la redacción final del art. 268, según nuestra propuesta, sería:

“ARTÍCULO 268.- Discusión final. Terminada la recepción de las pruebas, quien preside concederá sucesivamente la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, al querellante, al actor civil, al defensor y al civilmente demandado para que en ese orden expresen sus conclusiones y presenten sus peticiones. **El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio o la complejidad del caso para determinar el tiempo que concederá al efecto.**

No se podrán leer memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas.

Si intervino más de un representante del Ministerio Público Fiscal, querellante o defensor, todos podrán hablar repartiendo sus tareas para evitar repeticiones o dilaciones.

Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra.

Al finalizar el alegato el orador expresará sus peticiones de un modo concreto.

Por último, **se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar** y se convocará a las partes para comunicar la decisión jurisdiccional, señalando la hora de su lectura.

**El tribunal limitará razonablemente la duración de las últimas palabras de los imputados, a fin de evitar que se conviertan en nuevos alegatos, indagatorias o derivaciones impertinentes”.**

A su vez, y teniendo en cuenta que el objetivo de la reforma es lograr un Código Procesal de carácter adversarial, acercamos una serie de sugerencias que pueden mejorar y fortalecer el articulado propuesto.

---

sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto. Seguidamente, se otorgará al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes. Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifiestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate”.

<sup>36</sup>Esta propuesta se inspira en el art. 192 del CPP de Neuquén que establece “Terminada la recepción de las pruebas, quien preside concederá sucesivamente la palabra al fiscal, al querellante y al defensor para que en ese orden expresen sus alegatos finales. No se podrán leer memoriales sin perjuicio de la lectura parcial de notas. Si intervinieron más de un (1) fiscal, querellante o defensor, todos podrán hablar repartiendo sus tareas para evitar repeticiones o dilaciones. Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieren sido discutidos. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus peticiones de un modo concreto. **Finalmente, se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar y se declarará cerrado el juicio**” (el resaltado no pertenece al original).

El art. 246 que regula el control de la acusación debería contener algún párrafo sobre la posibilidad de que las partes también puedan solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos que no podrían ser discutidos en el juicio. Se trata de aquellos hechos de la realidad que ya no requieren de un debate en juicio y que, por lo tanto, su discusión no tiene sentido y termina generando una dilación evitable en el proceso. Esta propuesta se inspira en el art. 171 del Código Procesal Penal de Neuquén<sup>37</sup>. A continuación agregamos en **negrita** el agregado que se postula.

“ARTÍCULO 246.- Audiencia de control de la acusación. Desarrollo. Vencido el plazo del artículo 244, la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a una audiencia dentro de los CINCO (5) días siguientes.

Como cuestión preliminar el acusado y su defensa podrán:

- a) objetar la acusación o la demanda civil, señalando defectos formales;
- b) oponer excepciones;
- c) instar el sobreseimiento;
- d) proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado;
- e) solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa;
- f) plantear la unión o separación de juicios;
- g) contestar la demanda civil.

Resueltas las cuestiones, cada parte ofrecerá su prueba para las DOS (2) etapas del juicio y formulará las solicitudes, observaciones e instancias que estimare relevantes con relación a las peticiones realizadas y las pruebas ofrecidas por los demás intervinientes.

**Las partes también podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio.**

El juez evitará que en la audiencia se discutan cuestiones que son propias del juicio oral y resolverá exclusivamente con la prueba que presentaren las partes.

Si las partes consideran que para resolver alguno de los aspectos propios de la audiencia de control es necesario producir prueba, tendrán a cargo su producción. Si es necesario podrán requerir el auxilio judicial.

---

<sup>37</sup> Artículo 171 del CPP de Neuquén "Admisibilidad y convenciones probatorias. Es admisible la prueba que se refiera directa o indirectamente al objeto de la investigación y resulte útil para descubrir la verdad.

Podrán limitarse los medios de prueba ofrecidos, cuando ellos resulten manifiestamente sobreabundantes. Cada parte podrá formular solicitudes y planteamientos con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes también podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio.

El juez resolverá fundadamente todas las cuestiones en el orden que fueran planteadas”.

Siguiendo esta línea y con el objeto de que el código no pierda coherencia, creemos que el artículo 247 también debería contener alguna mención a las convenciones probatorias. Para ello, entendemos que el artículo 173 del Código Procesal Penal de Neuquén resulta orientador<sup>38</sup>. A raíz de ello proponemos el siguiente agregado destacado en negrita:

“ARTÍCULO 247.- Auto de apertura del juicio oral. El auto de apertura del juicio oral contendrá:

- a) el órgano jurisdiccional competente para intervenir en el juicio oral;
- b) la acusación admitida;
- c) **Los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias.**
- d) la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para el debate y el juicio de la pena, con expresión del fundamento;
- e) los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, la oposición a la apertura del juicio;
- f) la decisión acerca de la legitimación del querellante para habilitar la apertura del juicio o para intervenir en él y, en caso de pluralidad de querellantes, la orden de unificar personería, si fuera procedente;
- g) cuando el acusado soporte una medida de coerción, la decisión acerca de la subsistencia de la medida o su sustitución;
- h) en su caso, la indicación de cómo ha quedado trabada la litis en la demanda civil y su contestación.

El auto de apertura del juicio oral es irrecurrible y será remitido a la oficina judicial correspondiente”.

Por otra parte, y de acuerdo con el principio dispositivo que debe regir un sistema adversarial, observamos que en el artículo 263 se debería incluir alguna referencia con relación a que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba. Cabe aclarar que una cosa es consensuar el orden en que presentarán las pruebas las partes, es decir quien empieza (cuestión ya prevista en el proyecto), y otra muy distinta es que cada parte

---

<sup>38</sup> Artículo 173 Apertura a juicio. Si el juez dispone la apertura a juicio, resolverá sobre las siguientes cuestiones:

- 1) El tribunal competente para intervenir en el juicio oral.
- 2) La acusación admitida.
- 3) Los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias.
- 4) Las pruebas que se admiten para su producción en el juicio; y

Le ordenará a la Oficina Judicial que fije la fecha de audiencia de selección de jurados para constituir el Tribunal de Jurados, en caso que corresponda. El juez también ordenará la remisión a la Oficina Judicial del auto de apertura a juicio y las evidencias y documentos admitidos. Las demás constancias que las partes hubieren acompañado durante el procedimiento les serán devueltas.

defina por sí el orden en que presentará su prueba, cuestión que no debe ser supeditada a consenso alguno y mucho menos sea dispuesta legalmente o por el juez. Así ha quedado establecido en el artículo 328 del Código Procesal Penal Chileno<sup>39</sup>, y consideramos que puede ser una buena fuente para realizar la modificación.

La redacción que proponemos es la siguiente:

“ARTÍCULO 263.- Recepción de pruebas. Después de las intervenciones iniciales de las partes se recibirá la prueba propuesta en el orden que éstas hayan acordado. De no mediar acuerdo, se recibirá en primer término la del Ministerio Público Fiscal, luego la de la querrela y, por último, la de la defensa. **Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba**

A pedido de las partes o aun de oficio, el tribunal podrá resolver de manera excepcional que los testigos no se comuniquen entre sí ni con otras personas, y que no puedan ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias, para lo cual podrá incomunicarlos en la antesala por el tiempo mínimo necesario. Deberá garantizar tanto la comodidad como la correcta alimentación e higiene de los testigos, teniendo especialmente en cuenta sus edades y condiciones físicas.

Después de declarar, el tribunal resolverá si deben permanecer incomunicados en la antesala.

Si por la extensión del debate la incomunicación no fuera posible, el tribunal podrá ordenar que los medios de comunicación difieran la difusión audiovisual de aquellos testimonios que pudieren afectar sustancialmente el contenido de declaraciones ulteriores, hasta tanto cesaren los motivos que hubieren dado lugar a esta restricción.

No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero los jueces apreciarán esta circunstancia al valorar la prueba” (el destacado en negrita es agregado).

Otro punto que merece ser destacado tiene que ver con la prueba no solicitada oportunamente, previsto en el artículo 267 del proyecto. Observamos que tal cual está hoy redactado el artículo se deja poco margen para que la acusación pueda ampliar la prueba, cuestión se suma importancia en procesos complejos. A partir de ello, creemos que podría hacerse un agregado que resuelva esta circunstancia sin que se afecte el derecho de defensa en juicio.

La regla que se propone a continuación está prevista en el Código Procesal Penal Chileno<sup>40</sup>, que entendemos que además de ser razonable, no afecta ninguna garantía del imputado y resulta plenamente compatible con el principio acusatorio.

---

<sup>39</sup>Art. 328 dispone: “Orden de recepción de las pruebas en la audiencia del juicio oral. Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra.

<sup>40</sup>Ver al respecto el artículo Art. 336 del CPP chileno que dispone “Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.



“ARTÍCULO 267.- Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, los jueces podrán ordenar la recepción de pruebas que ellas no hubieren ofrecido oportunamente, si no hubieren sido conocidas al momento del ofrecimiento de la prueba.

**Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”** (lo resaltado en negrita es nuestro agregado).

Estas últimas propuestas están orientadas, en base a nuestra experiencia en el litigio de causas complejas, a mejorar la dinámica de los juicios orales y a procurar regulaciones que impidan largas demoras u obstáculos formales para el avance de investigaciones socialmente relevantes.

## **6. CONCLUSIONES FINALES**

Tal como hemos resaltado a lo largo de este documento, entendemos que este proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación representa una oportunidad para adecuar la legislación interna a un proceso penal más ágil, que garantice una tutela judicial efectiva y sea respetuoso de los estándares internacionales de derechos humanos.

Algunos de los comentarios realizados señalan las propuestas de modificación que resultan incompatibles con esos estándares y otras sugerencias tienen como objetivo acercar a las y los legisladores propuestas que pueden mejorar el articulado.

La reforma del Código Procesal Penal es un primer paso para un cambio profundo del sistema de enjuiciamiento penal a nivel federal, que deberá ser acompañada de una modificación de la estructura y organización judicial y del MPF así como de un proceso fuerte de implementación que asegure que las viejas prácticas no sobrevivan al cambio normativo. La reforma procesal es sólo una herramienta para lograr nuevas prácticas judiciales. Estas son las que definen el funcionamiento cotidiano del sistema de justicia penal y las que deben ser parte del cambio cultural y organizacional que se espera. Pero sobre todo, será una herramienta que deberá ser acompañada de fuertes definiciones de política criminal para reorientar el funcionamiento del sistema penal a los delitos más graves y a garantizar respuestas eficaces a las demandas sociales de justicia. De otro modo, la herramienta ágil servirá para consolidar una aplicación discriminatoria y desigual de la ley penal.

Esperamos que al momento de estudiar, analizar y revisar el cuerpo normativo propuesto, ambas comisiones tomen en consideración las observaciones aquí desarrolladas.-