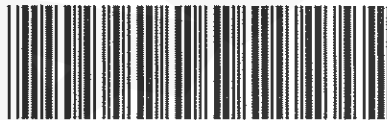
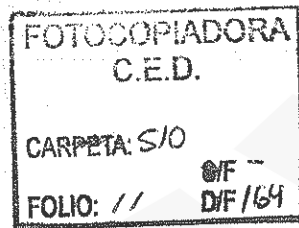


**Cafferata Nores, José I \* Montero, Jorge \* Vélez, Víctor M.  
Ferrer, Carlos F. \* Novillo Corvalán, Marcelo  
Balcarce, Fabián \* Hairabedian, Maximiliano  
Frascaroli, María Susana \* Arocena, Gustavo A.**

# **MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL**

**CÁTEDRAS "A", "B" Y "C"**

Segunda edición revisada y corregida



51000011

## Ciencia, Derecho y Sociedad

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Nacional de Córdoba

### Consejo Editor

Dra. Marcela ASPELL • Dra. Martha DIAZ de LANDA  
Mter. María Eugenia GOMEZ DEL RIO • Dra. Myriam Consuelo PARMIGIANI

### Comité Académico Asesor

|                              |                                  |
|------------------------------|----------------------------------|
| Dr. Ernesto ABRIL            | Dra. Berta KALLER de ORCHANSKY   |
| Dr. Luis F. ALIAGA YOFRE     | Dr. Carlos J. LASCANO            |
| Dr. Julio I. ALTAMIRA GIGENA | Dr. Carlos A. LISTA              |
| Dr. Raúl ALTAMIRA GIGENA     | Dra. Hilda MARCHIORI             |
| Dr. Juan M. APARICIO         | Dr. Fernando MARTÍNEZ PAZ        |
| Dr. Manuel AYAN              | Dr. Luis MOISSET De ESPANES      |
| Dr. Jorge BARBARA            | Dra. Alicia MORALES LAMBERTI     |
| Dra. María I. BERGOGLIO      | Dr. Miguel A. ORTIZ PELLEGRINI   |
| Dr. José BOCCHIARDO          | Dr. Juan C. PALMERO              |
| Dr. José I. CAFFERATA NORES  | Dra. Myriam C. PARMIGIANI        |
| Dr. Ricardo CARACCIOLO       | Dr. Daniel PIZARRO               |
| Dr. Manuel CORNET            | Dr. Víctor F. REINALDI           |
| Dr. Jorge DE LA RUA          | Dr. Ernesto REY CARO             |
| Dra. Adriana DREYZIN de KLOR | Dr. Efraín H. RICHARD            |
| Dr. Carlos ERNST             | Dr. Horacio ROITMAN              |
| Dr. Eduardo I. FANZOLATO     | Dr. José I. ROMERO               |
| Dr. Manuel A. FERRER         | Dra. Amalia URIONDO de MARTINOLI |
| Dr. Pedro J. FRIAS           | Dr. Humberto VÁZQUEZ             |
| Dr. Sergio GUESTRIN          | Dr. Gustavo VALLESPINOS          |
| Dr. Ricardo HARO             | Dr. Héctor B. VILLEGAS           |
| Dr. Antonio M. HERNANDEZ     | Dr. Ramón P. YANZI FERREIRA      |
| Lic. Liliana E. IANNACCONE   | Dr. Alberto ZARZA MENSAQUE       |
| Dr. Francisco JUNYENT BAS    |                                  |

### Comité Académico Externo

Dr. Manlio BELLOMO - Universidad de Catania (Italia)  
Dr. Claus ROXIN - Universidad de Múnich  
Dr. Ernesto GARZON VALDES - Universidad de Maguncia  
Dr. Juan Carlos GORLIER - Center for Latin and Caribbean Studies - USA  
Dra. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI - Universidad de Cuyo  
Dr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO - Universidad Complutense de Madrid

### Secretaría Administrativa

Cr. José María GARCIA

**Diseño de tapa**  
Andrés Garay (garayandres@yahoo.com.ar)

**Edición y diagramación**  
Eugenia Oviedo (eugeniaoviedo@hotmail.com)

ISBN N° 950-33-0373-7

**Editado por CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD** (correoprodeia@yahoo.com.ar)  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Nacional de Córdoba  
Obispo Trejo 242 - C.P. 5000

Impreso en Córdoba, Argentina, por Editorial Intellectus - Obispo Trejo 177  
Teléfono: 0351-4246910

## **Autoridades**

Ramón Pedro Yanzi Ferreira  
**Decano**

Manuel Cornet  
**Vice Decano**

Luis Felipe Aliaga Yofre  
**Secretario Académico**

Alicia Morales Lamberti  
**Secretaria de Extensión y Relaciones Internacionales**

Liliana Iannaccone  
**Secretaria de Ciencia y Técnica**

Alberto Zarza Mensaque  
**Secretario de Post Grado**

Verónica Zamzem  
**Prosecretaria Académica de Post Grado**

Zlata Drnas de Clement  
**Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales**

Luis Horacio Coppari  
**Secretario Legal y Técnico**

José María García  
**Secretario Administrativo**

Carlos Giavays Waiss  
**Secretario de Asuntos Estudiantiles**

## DONACIÓN

---

Sr. Decano de la Facultad de Derecho  
y Ciencias Sociales de la U.N.C.  
Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira  
S/D

De nuestra consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud. a fin de adjuntar en soporte magnético y una impresión en papel, el original del **"Manual de Derecho Procesal Penal"**, que responde al programa unificado vigente en la materia "Derecho Procesal Penal" en las Cátedras "A", "B" y "C" de esa asignatura para el Plan 2000, que hemos elaborado los abajo firmantes como docentes de la misma.

Es nuestro propósito autorizar a la Facultad de Derecho, por veinte años, a que lo haga imprimir fielmente como un libro, de fácil y agradable lectura por el tamaño y tipo de letra que se utilice y los espacios entre líneas, y lo ponga a disposición de los alumnos de la asignatura a un precio accesible, en el que no se contemple ningún beneficio económico a persona individual ninguna, o a institución ajena a la Universidad Nacional.

Y que se provea lo necesario para que ningún alumno se vea privado de su consulta como material de estudio, por razones económicas.

Nosotros, bajo esas condiciones, **renunciamos a la percepción de los derechos de autor** que nos pudiera corresponder sobre dicho trabajo.

Saludamos al Sr. Decano con nuestra mayor consideración.

Cafferata Nores, José L. • Montero, Jorge • Vélez, Víctor M.  
Ferrer, Carlos F. • Novillo Corvalán, Marcelo  
Balcarce, Fabián • Hairabedián, Maximiliano  
Frascaroli, María Susana • Arocena, Gustavo A.



## RESOLUCIÓN DEL HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

Universidad Nacional de Córdoba  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

### **Visto:**

Los expedientes 05-03-02307, 05-03-03525, 05-03-02671, 05-03-02666, en los cuales se dictaron las Resoluciones Decanales ad referendum del H. Consejo Directivo n° 645/03, 77603, 783/03 y 807/03; y

### **Considerando:**

Que en sesión del día de la fecha el señor Decano solicitó tratamiento sobre tablas de las mencionadas resoluciones;

Los fundamentos esgrimidos en las resoluciones de que se trata;

Que puestas a consideración, las mismas fueron aprobadas por unanimidad;

Por ello,

**EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

### **RESUELVE:**

**Art. 1°:** Aprobar las resoluciones decanales dictadas ad referendum del H. Consejo Directivo ... n° 807/03, referida a expresar a los señores Profesores de la asignatura Derecho Procesal Penal de esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, **Dres. José I. Cafferata Nores, Jorge Montero, Víctor Vélez, Carlos Ferrer, Marcelo Novillo Corvalán, Fabián Balcarce, Maximiliano Hairabedian, Susana Frascaroli y Gustavo Arocena**, el más profundo agradecimiento en nombre de esta Casa de Altos Estudios, en razón de la donación y autorización extendida a esta Unidad Académica, por el término de veinte años, para imprimir fielmente y poner a disposición de los alumnos, el **Manual de Derecho Procesal Penal**, correspondiente al programa unificado vigente en las cátedras "A", "B" y "C" de dicha asignatura a un precio accesible, en el que no se contemple ningún beneficio económico a persona individual o a institución ajena a la Universidad Nacional; tener presente de modo especial la expresa renuncia realizada por parte

de cada uno de los mencionados docentes, a la percepción de los derechos de autor que les corresponden sobre dicho trabajo intelectual.

**Art. 2°:** Protocolícese, hágase saber, dése copia, pase al Decanato a sus efectos y archívese.

**DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL H. CONSEJO DIRECTIVO, A VEINTIDÓS DÍAS DEL MES DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRES.**

Fdo.: Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira – Ab. Luis Horacio Coppari

**Resolución n° 141/03**

3

**Manual**, según el diccionario de la Real Academia Española, quiere decir: "*Libro en que se compendia lo más sustancial de una materia*"; también significa "*fácil de entender*".

Buscando, quizás, más lo segundo que lo primero (lo inverso sería jactancioso), hemos desarrollado el *Programa de Derecho Procesal Penal* elaborado para el nuevo Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía del año 2000 (y unificado para la Cátedras "A", "B" y "C"), procurando ajustarnos lo máximo posible a su desarrollo y contenidos, pero sin privarnos de expresar posturas críticas, ni de hacer mención de las más importantes reflexiones nuevas y propuestas de reformas legislativas.

Aunque hemos tratado de priorizar lo conceptual, teniendo a que el estudiante cuente con una herramienta útil para la comprensión y manejo de cualquier legislación, como un modo de facilitar el aprendizaje, hemos relacionado el estudio de las instituciones y procedimientos al nuevo Código Procesal Penal de Córdoba, el que, en sus primitivas redacciones y en la actual, ha sido y es fuente de inspiración de la mayoría de las leyes procesales penales del país.

Con esto, sólo procuramos proporcionar a los alumnos una guía de trabajo, que de ningún modo suple la consulta de la bibliografía que se cita al final como fuente de estudio, ni el aprendizaje, el diálogo y la discusión que se deben dar en las clases que imparta cada docente. Tampoco la actividad extraáulica interdisciplinaria de experimentación y práctica.

Si bien la base general de este manual es el libro "*Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas*", que el Dr. José I. Cafferrata Nores elaborara como material de estudios del anterior programa de la materia, los restantes coautores de este Manual, además de haber realizado muchos e importantes nuevos aportes, han

colaborado en la corrección y adecuación de todos los contenidos de aquella publicación que se manifiestan en ésta.

Puede decirse, entonces, que este Manual procura ser un buen reflejo del *estado medio de opinión* sobre los contenidos de esta asignatura, en las tres Cátedras en las que se la enseña en la Universidad Nacional de Córdoba, aunque para lograrlo todos los coautores hayan sacrificado interpretaciones o posiciones propias sobre diferentes puntos (incluso reflejadas en otros trabajos). Pero como no se pretende, por cierto, una uniformidad conceptual – siempre pernicioso para la evolución del derecho y contraria al espíritu universitario –, en los casos en que existen opiniones muy personales o firmemente discrepantes con otras, las individualizamos con el nombre del autor, citado entre paréntesis. Y con el mismo procedimiento identificamos a los juristas cuyos conceptos adoptamos en cuestiones esenciales.

Cabe señalar, por último, que el aludido estado medio de opinión reconoce la impronta de las enseñanzas de quienes fundaron la llamada Escuela Procesal Penal de Córdoba: Jorge Clariá Olmedo y Alfredo Vélez Mariconde, que ya no están entre nosotros; y de Manuel Ayán, Fernando de la Rúa, Julio Maier, Eugenio Pérez Moreno, Raúl Torres Bas y tantos otros que contribuyeron a su consolidación y siguen aportando a su desarrollo, con nuevas reflexiones y opiniones, censuras y críticas.

## ÍNDICE\*\*

|  |    |
|--|----|
| <b>CAPÍTULO I</b> .....  | 31 |
| <b>I. POLÍTICA CRIMINAL</b> .....  | 31 |
| 1. Concepto .....  | 31 |
| 2. Segmentos .....   | 32 |
| 3. Interrelaciones .....   | 34 |
| 4. Ubicación del proceso penal.....  | 36 |
| <b>II. LAS FUNCIONES DE PERSEGUIR, JUZGAR Y PENAR EL DELITO</b> .....        | 37 |
| 1. Concepto .....  | 37 |
| 2. Independencia entre la función de acusar y las de juzgar<br>y penar ..... | 38 |
| 3. Normas constitucionales.....  | 38 |
| 4. Legislación supranacional.....  | 40 |
| 5. Justificación .....   | 41 |
| <b>III. LA ACTIVIDAD ACUSATORIA OFICIAL</b> .....                            | 42 |
| 1. Concepto .....  | 44 |
| 2. Alcances .....  | 45 |
| 3. La eficacia.....  | 46 |
| 4. Formas y límites de la intervención de particulares .....                 | 51 |
| <b>IV. JURISDICCIÓN PENAL</b> .....  | 55 |
| 1. Concepto .....  | 55 |
| 2. Fuente.....   | 56 |
| 3. Órganos .....   | 57 |
| 4. Caracteres .....  | 58 |
| 5. Contenido.....  | 60 |
| 6. Aspectos .....  | 65 |
| <b>V. JURISDICCIÓN PENAL FEDERAL Y COMÚN</b> .....                           | 67 |
| 1. Procedencia y criterios .....   | 67 |
| <b>VI. COMPETENCIA PENAL</b> .....   | 68 |
| 1. Concepto .....  | 68 |
| 2. Clases.....   | 69 |

\*\* La distribución de los temas concuerda con las bolillas del nuevo programa de la asignatura, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según resoluciones del HCD n° 230/02 y 169/03.

|  |     |
|--|-----|
| 2.1. Material .....  | 69  |
| 2.2. Territorial.....  | 73  |
| 2.3. Por conexión .....  | 74  |
| 2.4. Funcional.....  | 75  |
| 3. Conflictos de competencia .....                                       | 76  |
| <b>CAPÍTULO 2</b> .....  | 77  |
| <b>I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL</b> .....                          | 77  |
| 1. Concepto .....  | 78  |
| 2. Reglamentación.....   | 79  |
| 3. Manifestaciones de su influencia en la persecución penal              | 80  |
| 4. Justificación y críticas .....  | 81  |
| <b>II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</b> .....                                | 84  |
| Noción .....   | 84  |
| 1. Oportunidad reglada .....   | 84  |
| 2. Noción .....  | 85  |
| 3. Criterios de aplicación.....  | 85  |
| 4. Ventajas .....  | 86  |
| 5. Propuestas .....  | 86  |
| 5.1. Redistribución de recursos .....                                    | 86  |
| 5.2. Políticas de persecución penal .....                                | 87  |
| <b>III. EXCEPCIONES Y CONDICIONAMIENTOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD</b> .. | 88  |
| 1. Casos vigentes .....  | 88  |
| <b>IV. LA VERDAD SOBRE LA ACUSACIÓN</b> .....                            | 95  |
| 1. Concepto .....  | 96  |
| 2. Reconstrucción conceptual .....                                       | 98  |
| 3. Dificultades y límites al logro de la verdad .....                    | 99  |
| 4. Responsabilidad de su obtención .....                                 | 100 |
| 5. Método de averiguación .....  | 101 |
| 5.1. Procedimiento.....  | 102 |
| 5.2. Roles de los distintos sujetos procesales .....                     | 102 |
| 6. Percepción subjetiva de la verdad: estados intelectuales              | 102 |
| 7. Verdad consensual.....  | 105 |
| 8. Restricciones .....   | 106 |
| <b>V. LA PENA</b> .....  | 106 |
| 1. Noción.....   | 106 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. La reparación como sustituto de la pena .....                                | 109 |
| 3. Ámbito de aplicación .....   | 111 |
| 4. Otras alternativas no punitivas .....  | 111 |
| <b>VI. LA ACCIÓN RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL</b> .....                     | 112 |
| 1. Noción .....   | 112 |
| 2. Fundamento.....  | 113 |
| 3. Justificación y fines.....   | 113 |
| 4. Titularidad .....  | 114 |
| <b>CAPÍTULO 3</b> .....   | 115 |
| <b>I. GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL</b> .....                                   | 116 |
| 1. Noción y fines .....   | 116 |
| 2. Fuente (el nuevo sistema constitucional: artículo 75<br>inciso 22, CN) ..... | 117 |
| 3. Fundamento.....  | 118 |
| 4. Límites .....  | 118 |
| 5. Bilateralidad.....   | 119 |
| 6. Clases de garantías .....  | 120 |
| 7. Garantías penales .....  | 120 |
| 7.1. Su influencia en el inicio y en el desarrollo del proceso<br>penal.....    | 122 |
| 8. Las garantías procesales.....  | 123 |
| <b>II. IGUALDAD ANTE LOS TRIBUNALES</b> .....                                   | 125 |
| 1. Concepto .....   | 125 |
| 2. Alcances .....   | 125 |
| <b>III. LA RESERVA DE LA INTIMIDAD</b> .....                                    | 126 |
| 1. Proyecciones .....   | 127 |
| <b>IV. EL ESTADO DE INOCENCIA</b> .....   | 129 |
| 1. Concepto .....   | 129 |
| 2. La prueba de la culpabilidad.....  | 131 |
| 3. Condiciones y límites .....  | 131 |
| <b>V. DERIVACIONES DEL ESTADO DE INOCENCIA</b> .....                            | 133 |
| 1. In dubio pro reo.....  | 133 |
| 2. Medidas de coerción procesal .....   | 134 |
| 3. Buen nombre y honor .....  | 136 |
| 4. Revisión de la sentencia firme.....  | 137 |

|   |     |
|---|-----|
| 5. Propiedad .....  | 138 |
| 6. Término máximo de duración del proceso .....                     | 138 |
| 7. Indemnización del error judicial .....                           | 139 |
| 8. Principio de inocencia y derecho de defensa .....                | 139 |
| 9. Prohibición de obligar a declarar y actuar contra sí mismo ..... | 140 |
| <b>VI. JUEZ NATURAL</b> .....                                       | 141 |
| 1. Noción .....   | 141 |
| 2. Normativa constitucional .....                                   | 141 |
| 3. Origen histórico .....   | 142 |
| 4. Derivaciones .....   | 142 |
| <b>VII. LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL</b> .....                     | 144 |
| 1. Concepto .....   | 145 |
| 2. Alcances .....   | 145 |
| 3. Salvaguardas personales y funcionales .....                      | 146 |
| <b>VIII. JUICIO PREVIO</b> .....                                    | 146 |
| 1. Concepto y fuente .....  | 146 |
| 2. Distintas concepciones .....                                     | 148 |
| <b>IX. NON BIS IN ÍDEM</b> .....                                    | 149 |
| 1. Concepto y fundamento .....                                      | 149 |
| 2. Triple identidad .....   | 150 |
| 3. Efectos .....  | 152 |
| <b>X. EL DERECHO DE DEFENSA</b> .....                               | 153 |
| 1. Noción .....   | 153 |
| 2. Fundamento .....   | 153 |
| <b>XI. LA DEFENSA DEL IMPUTADO</b> .....                            | 154 |
| 1. La condición de igualdad .....                                   | 156 |
| 2. Defensa material y defensa técnica .....                         | 159 |
| 3. Otras manifestaciones .....                                      | 163 |
| <b>CAPÍTULO 4</b> .....   | 165 |
| <b>I. EL DERECHO PROCESAL PENAL</b> .....                           | 165 |
| 1. Concepto .....   | 165 |
| 2. Bases constitucionales .....                                     | 166 |
| 3. Legislación reglamentaria .....                                  | 167 |
| 4. Derecho penal y derecho procesal penal .....                     | 168 |

|   |     |
|---|-----|
| 5. Influencias recíprocas .....                                     | 169 |
| <b>II. EL PROCESO PENAL</b> .....                                   | 172 |
| 1. Concepto .....   | 172 |
| 2. Garantía frente a la pena arbitraria .....                       | 174 |
| 3. Instrumentalidad .....   | 176 |
| 4. Desnaturalización .....  | 177 |
| <b>III. LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROCESO PENAL</b> .....              | 178 |
| 1. Actos .....  | 178 |
| 2. Etapas .....   | 179 |
| 3. Objetivos de cada una .....                                      | 180 |
| 4. Sujetos .....  | 182 |
| <b>IV. SANCIONES PROCESALES EN LO PENAL</b> .....                   | 184 |
| 1. Concepto .....   | 184 |
| 2. Clases .....   | 184 |
| 2.1. Caducidad .....  | 185 |
| 2.2. Preclusión .....   | 185 |
| 2.3. Inadmisibilidad .....  | 186 |
| 3. Nulidad .....  | 187 |
| 3.1. Formas de conminar las nulidades .....                         | 188 |
| 3.2. Clases de nulidades .....                                      | 190 |
| 3.3. Subsanación .....  | 193 |
| 3.4. Efectos .....  | 193 |
| 4. Nulidad y garantías .....  | 194 |
| <b>V. FINES DEL PROCESO</b> .....                                   | 194 |
| 1. Reconstrucción conceptual .....                                  | 195 |
| 2. La aplicación del derecho .....                                  | 197 |
| 3. La tutela de las garantías .....                                 | 199 |
| 4. La solución del conflicto .....                                  | 199 |
| <b>VI. PARADIGMAS PROCESALES</b> .....                              | 201 |
| 1. Relación con los sistemas políticos .....                        | 201 |
| 2. Sistema inquisitivo .....  | 202 |
| 3. Sistema acusatorio .....   | 202 |
| <b>VII. EL PROCESO "INQUISITIVO MITIGADO" O "SISTEMA MIXTO"</b> ... | 203 |
| 1. Notas características .....                                      | 203 |
| 2. Rol de los jueces .....  | 205 |
| 3. Críticas .....   | 205 |

|  |     |
|--|-----|
| VIII. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL.....     | 206 |
| 1. Distinción de roles .....                                 | 207 |
| 2. Contraposición de intereses.....                          | 208 |
| 3. Igualdad de atribuciones del acusador y el defensor ..... | 210 |
| 4. Imparcialidad de los jueces.....                          | 211 |
| 5. Reconocimiento del interés prevalente .....               | 212 |
| 6. Un proceso penal contradictorio .....                     | 213 |
| <b>CAPÍTULO 5 Interlocutores</b> .....                       | 217 |
| I. EL JUEZ PENAL .....                                       | 218 |
| 1. Concepto .....  | 218 |
| 2. Atributos.....  | 221 |
| 2.1. Imparcialidad.....                                      | 221 |
| 2.2. Independencia .....                                     | 222 |
| 2.3. Idoneidad .....   | 224 |
| 3. Inhibición y recusación .....                             | 225 |
| II. EL JURADO .....  | 227 |
| 1. La Constitución .....                                     | 227 |
| 2. Pro y contra.....   | 229 |
| 3. El "escabinado" .....                                     | 232 |
| III. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.....                       | 235 |
| 1. Concepto.....   | 235 |
| 2. Autonomía .....   | 238 |
| 3. Objetividad .....   | 239 |
| 4. Criterios de actuación.....                               | 240 |
| 5. Funciones y responsabilidades .....                       | 241 |
| 6. Atribuciones y límites.....                               | 241 |
| 7. Control jurisdiccional .....                              | 243 |
| IV. LA POLICÍA JUDICIAL.....                                 | 244 |
| 1. Situación institucional .....                             | 245 |
| 2. Función .....   | 245 |
| 3. Composición .....   | 245 |
| 4. Atribuciones .....  | 246 |
| V. LA VÍCTIMA .....  | 247 |
| 1. El derecho a la tutela judicial efectiva .....            | 247 |
| 2. Aspectos procesales .....                                 | 250 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Aspectos sustanciales .....                               | 250 |
| VI. EL QUERELLANTE DE ACCIÓN PÚBLICA .....                   | 252 |
| 1. Noción .....  | 252 |
| 2. Fundamento.....   | 252 |
| 3. Titularidad y representación.....                         | 254 |
| 4. Facultades .....  | 255 |
| 5. Intervención.....   | 256 |
| 6. Prueba .....  | 256 |
| 7. Recursos .....  | 257 |
| VII. EL IMPUTADO.....  | 257 |
| 1. Concepto .....  | 257 |
| 2. Adquisición de la calidad .....                           | 258 |
| 3. Cesación de la condición .....                            | 259 |
| 4. Estigmatización.....                                      | 259 |
| 5. Coerción procesal .....                                   | 261 |
| 6. Incoercibilidad moral.....                                | 262 |
| 7. Derecho al comportamiento procesal pasivo.....            | 262 |
| VIII. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO .....                      | 263 |
| 1. Noción .....  | 263 |
| 2. Naturaleza.....   | 264 |
| 3. Presupuesto probatorio .....                              | 265 |
| 4. Declaración sin sospecha .....                            | 265 |
| 5. Estructura.....   | 266 |
| 6. Forma del interrogatorio .....                            | 267 |
| 7. La cuestión de la declaración policial.....               | 267 |
| IX. EL DEFENSOR .....  | 270 |
| 1. Concepto .....  | 270 |
| 2. Función.....  | 270 |
| 3. Atribuciones.....   | 272 |
| X. PARTES CIVILES .....                                      | 273 |
| 1. Actor civil: noción .....                                 | 273 |
| 1.1. Regulación legal de su intervención.....                | 274 |
| 2.1. Atribuciones .....                                      | 275 |
| 2. Tercero civilmente demandado: noción .....                | 277 |
| 2.1. Regulación legal de su intervención y atribuciones..... | 278 |
| 3. El asegurador citado en garantía .....                    | 279 |

|  |     |  |     |
|--|-----|--|-----|
| 4. La responsabilidad probatoria sobre la cuestión civil ..... | 281 | 1.1. Regulación procesal penal; particularidades ..... | 305 |
| <b>CAPÍTULO 6</b> .....  | 283 | 1.2. El perito .....                                   | 309 |
| <b>I. LA PRUEBA EN LO PENAL</b> .....                          | 283 | 1.3. El dictamen .....                                 | 311 |
| 1. Concepto .....  | 283 | 1.4. El informe técnico policial .....                 | 314 |
| 2. Función de garantía .....                                   | 284 | 2. Testimonial .....                                   | 315 |
| 3. Elemento de prueba .....                                    | 285 | 2.1. Regulación procesal penal; particularidades ..... | 316 |
| 3.1. Concepto .....  | 285 | 3. Reconocimiento en rueda de personas .....           | 322 |
| 3.2. Legalidad .....   | 287 | 3.1. Regulación procesal penal .....                   | 322 |
| 3.3. Prueba ilícita .....                                      | 287 | 4. Documental .....                                    | 327 |
| 3.4. Los frutos del árbol envenenado .....                     | 288 | 5. Inspección judicial .....                           | 329 |
| 4. Certeza y condena .....                                     | 291 | 6. Confesión .....                                     | 330 |
| <b>II. OBJETO DE PRUEBA</b> .....                              | 292 | 6.1. Valor .....                                       | 331 |
| 1. En abstracto ¿Qué se puede probar? .....                    | 292 | 7. Reconstrucción del hecho .....                      | 332 |
| 2. En concreto ¿Qué se debe probar? .....                      | 293 | 8. Careo .....   | 335 |
| 3. Medio de prueba .....                                       | 293 | 9. Informes .....                                      | 336 |
| 4. Órgano de prueba .....                                      | 294 | 10. Traducción e interpretación .....                  | 337 |
| <b>III. LIBERTAD PROBATORIA EN LO PENAL</b> .....              | 295 | 11. Indicios .....                                     | 338 |
| 1. Concepto .....  | 295 | 12. Presunciones .....                                 | 340 |
| 2. Alcances .....  | 295 | <b>II. MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA</b> .....           | 340 |
| 3. Libertad en cuanto al objeto .....                          | 295 | 1. Registro .....                                      | 340 |
| 3.1. Limitaciones .....  | 296 | 2. Allanamiento .....                                  | 341 |
| 4. Libertad en cuanto a los medios .....                       | 296 | 3. Requisa personal .....                              | 343 |
| 4.1. Limitaciones .....  | 296 | 4. Interceptación de correspondencia .....             | 345 |
| 4.2. Alcances .....  | 297 | 5. Intervención de comunicaciones .....                | 346 |
| 4.3. Excepciones .....   | 297 | <b>III. MEDIOS "EXTRAORDINARIOS" DE PRUEBA</b> .....   | 347 |
| <b>IV. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LO PENAL</b> .....              | 298 | 1. Justificación .....                                 | 347 |
| 1. Responsabilidad probatoria .....                            | 299 | 1.1. Límites constitucionales .....                    | 348 |
| 2. Momentos .....  | 301 | 2. El agente encubierto .....                          | 348 |
| 3. Comunidad de la prueba .....                                | 301 | 2.1. Riesgos .....                                     | 349 |
| 4. Sistemas de valoración .....                                | 301 | 3. El informante .....                                 | 349 |
| 5. Necesidad de motivación .....                               | 304 | 3.1. Riesgos .....                                     | 350 |
| <b>CAPÍTULO 7</b> .....  | 305 | 4. El arrepentido .....                                | 350 |
| <b>I. MEDIOS DE PRUEBA EN LO PENAL</b> .....                   | 305 | 4.1. Eficacia .....                                    | 350 |
| 1. Pericial .....  | 305 | 4.2. Riesgos .....                                     | 351 |
|  |     | 5. El testigo de identidad protegida .....             | 351 |
|  |     | 5.1. Riesgos .....                                     | 352 |

6

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO 8</b> .....                                     | 353 |
| <b>I. COERCIÓN PROCESAL</b> .....                           | 353 |
| 1. Noción .....   | 353 |
| 2. Clases .....   | 354 |
| <b>II. LA COERCIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO</b> .....          | 355 |
| 1. Concepto .....   | 355 |
| 2. Su manifestación según los paradigmas procesales .....   | 355 |
| 3. Marco constitucional .....                               | 356 |
| 4. Naturaleza .....   | 359 |
| 5. Caracteres .....   | 360 |
| 6. Justificación frente al principio de inocencia .....     | 361 |
| 7. Controles .....  | 362 |
| <b>III. FINES</b> .....                                     | 362 |
| 1. Límites .....  | 364 |
| 2. Presupuestos .....                                       | 366 |
| 3. Correcciones necesarias .....                            | 370 |
| <b>IV. REGULACIÓN CONCRETA</b> .....                        | 372 |
| 1. Situación de libertad .....                              | 372 |
| 2. Medidas sustitutivas .....                               | 373 |
| 3. Caución .....  | 374 |
| 4. Citación .....   | 377 |
| 5. Detención .....  | 378 |
| 6. Incomunicación .....                                     | 381 |
| 7. Arresto .....  | 382 |
| 8. Aprehensión sin orden judicial .....                     | 383 |
| 9. Recuperación de la libertad .....                        | 386 |
| <b>V. PRISIÓN PREVENTIVA</b> .....                          | 387 |
| 1. Concepto .....   | 387 |
| 2. Excepcionalidad .....                                    | 388 |
| 3. Criterios .....  | 389 |
| 4. Presupuesto probatorio .....                             | 390 |
| 5. Alternativas .....                                       | 391 |
| 6. Cesación .....   | 392 |
| 6.1. Criterios .....  | 393 |
| 7. Límite máximo de duración de la prisión preventiva ..... | 394 |
| 7.1. Fundamento y regulación legal .....                    | 395 |

|  |     |
|--|-----|
| 8. Recursos ordinarios .....                     | 397 |
| 9. Recursos extraordinarios .....                | 398 |
| 10. Indemnización .....                          | 399 |
| <b>VI. COERCIÓN REAL</b> .....                   | 401 |
| 1. Noción .....                                  | 401 |
| 2. Secuestro penal .....                         | 401 |
| 3. Clausura de locales .....                     | 402 |
| <b>CAPÍTULO 9</b> .....                          | 405 |
| <b>I. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO</b> .....  | 405 |
| 1. Momentos .....                                | 406 |
| <b>II. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA</b> .....   | 408 |
| 1. Concepto .....                                | 410 |
| 2. Iniciación .....                              | 412 |
| 3. Actos idóneos para provocarla .....           | 412 |
| 4. Denuncia .....                                | 413 |
| 5. Actos de la Policía Judicial .....            | 417 |
| 6. Archivo .....                                 | 418 |
| 7. Desestimación de la denuncia .....            | 420 |
| 8. Caracteres .....                              | 422 |
| 9. Finalidad .....                               | 426 |
| 10. Valor de las pruebas .....                   | 428 |
| 11. Actos definitivos e irreproducible .....     | 429 |
| 12. Duración .....                               | 429 |
| 13. Atribuciones de los sujetos privados .....   | 430 |
| 14. Rol de la víctima querellante .....          | 433 |
| <b>III. LA INVESTIGACIÓN FISCAL</b> .....        | 434 |
| 1. Ventajas .....                                | 435 |
| 2. Eficacia y garantías .....                    | 438 |
| 3. Objetividad .....                             | 439 |
| 4. Atribuciones coercitivas y probatorias .....  | 440 |
| 5. Límites constitucionales .....                | 443 |
| 6. Control jurisdiccional .....                  | 445 |
| 7. Vías y supuestos .....                        | 447 |
| 8. Aspectos organizativos y funcionales .....    | 453 |
| <b>IV. LA INVESTIGACIÓN JURISDICCIONAL</b> ..... | 457 |



|   |            |
|---|------------|
| 1. Supuestos .....  | 457        |
| 2. Regulación legal .....   | 459        |
| <b>CAPÍTULO 10 .....</b>  | <b>463</b> |
| <b>I. MÉRITO CONCLUSIVO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA ....</b> | <b>463</b> |
| 1. Noción y significación procesal .....                                | 463        |
| 2. Presupuestos.....  | 465        |
| 3. Caracteres .....   | 468        |
| <b>II. LA ACUSACIÓN (Mérito conclusivo incriminatorio) .....</b>        | <b>470</b> |
| 1. Concepto.....  | 471        |
| 2. Presupuestos.....  | 472        |
| 3. Requisitos .....   | 473        |
| 4. Motivación.....  | 475        |
| 5. El control de la acusación .....                                     | 476        |
| 5.1. Oposición de la defensa .....                                      | 477        |
| 5.2. Razones.....   | 477        |
| 5.3. Órgano de control .....  | 478        |
| 5.4. Trámite.....   | 478        |
| 5.5. Decisiones posibles y recursos .....                               | 479        |
| 6. Falta de fundamento para la acusación .....                          | 480        |
| <b>III. SOBRESEIMIENTO (Mérito conclusivo desincriminatorio) .....</b>  | <b>481</b> |
| 1. Concepto.....  | 481        |
| 2. Estados psicológicos.....  | 481        |
| 3. Causales de procedencia .....  | 483        |
| 4. Oportunidad.....   | 483        |
| 5. Efectos.....   | 484        |
| 6. Recursos.....  | 484        |
| 7. Instancia fiscal y discrepancia .....                                | 485        |
| <b>CAPÍTULO 11 .....</b>  | <b>487</b> |
| <b>I. EL JUICIO PENAL COMÚN.....</b>                                    | <b>487</b> |
| 1. Concepto.....  | 487        |
| 2. Responsabilidad de la prueba de la acusación .....                   | 488        |
| 3. Fases.....   | 492        |
| <b>II. ACTOS PRELIMINARES.....</b>                                      | <b>492</b> |
| 1. Concepto.....  | 492        |

|  |            |
|--|------------|
| 2. Control de la acusación.....                              | 494        |
| 2.1. Nulidad .....   | 495        |
| 3. Clasificación de la causa .....                           | 495        |
| 4. Integración con jurados.....                              | 496        |
| 5. Citación a juicio.....                                    | 497        |
| 6. Ofrecimiento de pruebas .....                             | 497        |
| 6.1. Requisitos .....  | 498        |
| 6.2. Admisión y rechazo .....                                | 500        |
| 7. Investigación suplementaria.....                          | 501        |
| 8. Sobreseimiento .....                                      | 502        |
| 9. Designación de audiencia .....                            | 503        |
| <b>III. DEBATE.....</b>                                      | <b>504</b> |
| 1. Concepto .....  | 504        |
| 2. Caracteres .....  | 505        |
| 2.1. Oralidad.....   | 505        |
| 2.2. Publicidad.....   | 506        |
| 2.3. Contradictorio.....                                     | 508        |
| 2.4. Continuidad.....  | 509        |
| 2.5. Inmediación.....  | 509        |
| 2.6. Identidad física de los jueces .....                    | 510        |
| 3. El problema de las excepciones: casos autorizados .....   | 510        |
| 4. Dirección del debate: poder de policía y disciplina ..... | 515        |
| <b>5. Apertura: lectura de la acusación.....</b>             | <b>516</b> |
| 6. Cuestiones preliminares.....                              | 516        |
| 7. Asistencia y representación del imputado .....            | 518        |
| 8. Declaración e intervenciones del imputado.....            | 520        |
| 9. Ampliación de la acusación.....                           | 522        |
| 10. Hecho diverso.....                                       | 523        |
| 11. Recepción de la prueba ofrecida.....                     | 524        |
| 11.1. Pericial .....   | 524        |
| 11.2. Testimonial.....                                       | 525        |
| 11.3. Forma de los interrogatorios .....                     | 531        |
| 12. Nuevas pruebas .....                                     | 533        |
| 13. Otras lecturas permitidas: actas y documentos .....      | 535        |
| 14. Discusión final .....                                    | 536        |
| 15. Cierre del debate.....                                   | 542        |

|  |     |   |     |
|--|-----|---|-----|
| 16. Acta del debate .....                                  | 542 | 4. Titulares .....  | 591 |
| <b>CAPÍTULO 12</b> .....                                   | 545 | 5. Fines .....  | 592 |
| <b>I. LA SENTENCIA</b> .....                               | 545 | 6. Posibles resultados .....  | 592 |
| 1. Concepto .....  | 545 | 7. Objeto recurrible .....  | 593 |
| 2. Deliberación .....                                      | 546 | 8. Aspectos a examinar nuevamente .....   | 593 |
| 3. Estructura legal de la deliberación .....               | 547 | 9. Vicios de la resolución .....  | 594 |
| 3.1. Reglas .....  | 549 | 10. Inadmisibilidad y rechazo .....   | 595 |
| 3.2. Reapertura del debate .....                           | 551 | 11. Efectos de su interposición .....   | 596 |
| 4. Redacción: requisitos .....                             | 552 | 12. Adhesión .....  | 598 |
| 5. Motivación .....  | 553 | 13. Límites del tribunal de alzada .....  | 599 |
| 6. La individualización de la pena .....                   | 560 | 14. Prohibición de la " <i>reformatio in peius</i> " .....                                      | 600 |
| 7. Lectura de la sentencia: efectos .....                  | 563 | 15. Clasificación .....   | 601 |
| 8. Congruencia entre acusación y sentencia: alcances ..... | 564 | <b>II. RECURSOS EN PARTICULAR</b> .....   | 602 |
| 9. Pedido fiscal de absolución y condena .....             | 565 | 1. Reposición .....   | 602 |
| <b>II. NULIDAD DE LA SENTENCIA</b> .....                   | 567 | 1.1. Objeto recurrible .....  | 603 |
| 1. Causales de nulidad .....                               | 568 | 1.2. Trámite .....  | 604 |
| 2. Irregularidades de la base fáctica .....                | 568 | 2. Apelación .....  | 604 |
| 3. Ilegalidad de la prueba .....                           | 569 | 2.1. Objeto recurrible .....  | 605 |
| 4. Vicios de la motivación .....                           | 569 | 2.2. Trámite .....  | 606 |
| 5. Otros vicios formales .....                             | 574 | <b>III. CASACIÓN</b> .....  | 607 |
| <b>III. JUICIOS ESPECIALES</b> .....                       | 575 | 1. Nuevo examen jurídico .....  | 607 |
| 1. Juicio correccional .....                               | 575 | 2. Intangibilidad de los hechos .....   | 608 |
| 1.1. Procedencia .....                                     | 575 | 3. Causales de procedencia .....  | 610 |
| 2. Juicio abreviado .....                                  | 576 | 4. Objeto recurrible .....  | 613 |
| 2.1. Procedencia .....                                     | 576 | 5. Trámite .....  | 614 |
| 2.2. Trámites .....  | 577 | 6. Resultados .....   | 616 |
| 2.3. Clases .....  | 579 | 7. La discusión sobre si satisface el derecho al recurso<br>contra la condena: propuestas ..... | 618 |
| 3. Juicio por delito de acción privada .....               | 580 | 8. Jurisprudencia contradictoria: <i>propuestas de solución</i> ..                              | 619 |
| 3.1. Procedimiento .....                                   | 585 | <b>IV. INCONSTITUCIONALIDAD PROVINCIAL</b> .....  | 622 |
| <b>CAPÍTULO 13</b> .....                                   | 589 | 1. Concepto .....   | 622 |
| <b>I. RECURSOS EN LO PENAL</b> .....                       | 589 | 2. Trascendencia .....  | 623 |
| 1. Fundamento .....  | 589 | <b>V. QUEJA</b> .....   | 624 |
| 2. Concepto .....  | 590 | 1. Fines .....  | 625 |
| 3. Caracteres .....  | 590 | 2. Trámite .....  | 626 |
|  |     | <b>VI. REVISIÓN PENAL</b> .....   | 627 |

|   |            |
|---|------------|
| 1. Noción.....  | 627        |
| 2. Causales .....   | 627        |
| <b>CAPÍTULO 14 .....</b>                                  | <b>633</b> |
| <b>I. LA EJECUCIÓN DE LA PENA.....</b>                    | <b>633</b> |
| 1. Etapa del proceso penal .....                          | 633        |
| 2. Función .....  | 634        |
| 3. La individualización de la pena como "secuencia" ..... | 634        |
| 4. Fines del derecho penal y de la ejecución .....        | 635        |
| 5. El "tratamiento penitenciario".....                    | 636        |
| <b>II. CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN.....</b>          | <b>637</b> |
| 1. Tribunal de ejecución .....                            | 637        |
| 2. Atribuciones .....                                     | 638        |
| 3. El fenómeno de la "prisionización" .....               | 641        |
| 4. Ejecución de medidas de seguridad .....                | 642        |
| 5. Extensión de derechos procesales.....                  | 642        |
| <b>III. CÓMPUTO DE LA PENA.....</b>                       | <b>643</b> |
| 1. Importancia .....                                      | 644        |
| 2. Requisitos .....                                       | 645        |
| 3. Trámite .....  | 646        |
| <b>IV. INCIDENTES DE EJECUCIÓN.....</b>                   | <b>647</b> |
| 1. Concepto.....  | 647        |
| 2. Objeto.....  | 647        |
| 3. Recursos.....  | 647        |
| <b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....</b>                         | <b>649</b> |

**CAPÍTULO 1**

- I. POLÍTICA CRIMINAL.** Concepto; segmentos; interrelaciones. Ubicación del proceso penal.
- II. LAS FUNCIONES DE PERSEGUIR, JUZGAR Y PENAR EL DELITO.** Concepto. Independencia entre la función de acusar y las de juzgar y penar. Normas constitucionales. Legislación supranacional. Justificación.
- III. LA ACTIVIDAD ACUSATORIA OFICIAL.** Concepto; alcances; eficacia; formas y límites de la intervención de particulares.
- IV. JURISDICCIÓN PENAL.** Concepto; fuente; órganos; caracteres; contenido; aspectos.
- V. JURISDICCIÓN PENAL FEDERAL Y COMÚN.** Procedencia y criterios.
- VI. COMPETENCIA PENAL.** Concepto. Clases: material, territorial, por conexión y funcional. Conflictos de competencia.

**I. POLÍTICA CRIMINAL**

Desde una perspectiva "política" (se trata del poder, no de la ciencia), la política criminal puede visualizarse como un conjunto de decisiones de la autoridad pública sobre el delito.

**1. Concepto**

Más precisamente podría decirse que la política criminal es el sistema de decisiones estatales (de todos los poderes, incluido el Constituyente) que, en procura de ciertos objetivos (que deberán ser la protección de los derechos reconocidos al individuo por su condición de tal o como miembro de la sociedad), *define* los delitos y sus penas (u otras consecuencias) y *organiza* las respuestas públicas tanto para *evitarlos* como para *sancionarlos*, estableciendo



los órganos y los procedimientos a tal fin, y los límites en que tales decisiones se deberán encausar.

Del sistema constitucional (Constitución Nacional y tratados internacionales incorporados a su mismo nivel, art. 75 inc. 22, CN; Constitución Provincial), pueden extraerse las condiciones básicas a que debe ajustarse cualquier programa elemental de política criminal. Por un lado, ese sistema establece los valores y bienes individuales (v. gr., la vida, la libertad, etc.) y sociales (v. gr., “la seguridad pública”) que reconoce como tales, a la vez que dispone las formas de su tutela y reparación (si son vulnerados) dándole contenido y límites a los poderes que a tal fin instituye.

## 2. Segmentos

Para ello admite, incluso, que algunas conductas de los individuos puedan ser prohibidas y aún castigadas (art. 75 inc. 12 y 18, CN), pero sólo si perjudican a terceros, individualmente — v. gr., integridad física — o en su organización social — v. gr., fe pública — (art. 19, a *contrario sensu* CN) y siempre que así se determine, por ley, antes de su acaecimiento. Por otro lado, organiza las funciones estatales de definir tales conductas, investigar su posible acaecimiento, juzgarlas y aplicar las consecuencias jurídicas previstas para su comisión (que no siempre son punitivas) poniendo tales tareas a cargo de órganos públicos (y a veces de particulares, v. gr., querellante) diferentes, a los que indica cómo deben hacer para prohibir, perseguir, juzgar y punir.

El sistema constitucional requiere un esfuerzo de las autoridades que instituye para que, en el ámbito de la competencia que a cada una le asigna, cumplan con la responsabilidad de garantizar la vigencia de los derechos que reconoce al ciudadano, preservándolo (prevención) de que ocurran o se repitan los comportamientos privados (de particulares) o públicos (de funcionarios) que prohíbe y castiga por disvaliosos y perjudiciales. Aquellas autoridades deberán, primero, procurar activamente *remover las causas* que puedan estimularlos y, después, *desalentar* su comisión mediante el establecimiento de obstáculos materiales o jurídicos a

ello. El incumplimiento de aquella responsabilidad generará la obligación estatal de reparar el perjuicio y de garantizar al ofendido el derecho de reclamar a la justicia el enjuiciamiento y castigo del delito.

Aunque no siempre los responsables piensan lo mismo o simplemente compiten por espacios de poder, las decisiones que integran la política criminal deberían tomarse dentro del mismo marco ideológico-político, que servirá de inspiración y de límite a cada una de ellas, de modo que exista *coherencia* entre todas las que se adopten. Entre nosotros ese marco lo proporciona el sistema constitucional (Constitución Nacional y tratados internacionales incorporados a su mismo nivel, art. 75 inc. 22, CN), que si bien — en tutela de intereses generales o derechos individuales — reconoce el poder penal del Estado (prohibir y penar), lo concibe como *extrema ratio* para la tutela de los bienes que protege, y le impone límites infranqueables a su ejercicio (que en ciertos casos no toleran y en otros no requieren restricciones reglamentarias), derivados de la dignidad de la persona humana y de los derechos que se le reconocen a ésta por su condición de tal o por la situación de afectado potencial o real por aquel poder punitivo, que el sistema constitucional subordina a estos valores e intereses. Si bien estos límites en la práctica muchas veces no se respetan, tal desvío también puede considerarse que integra la política criminal *práctica* pues, aun cuando sea *repudiable* por ilegal, expresa decisiones de la autoridad estatal, tanto formales (v. gr., establecer un delito de simple opinión) como informales (v. gr., aprehensiones ilegales) que no pueden tolerarse y deben ser denunciadas y corregidas.

Por cierto que aquellas decisiones de la autoridad también estarán influidas, regularmente, por conflictos sociales concretos (v. gr., el aumento del delito), la opinión que de ellos se forme (generalmente a través de la prensa) la sociedad, las acciones que emprendan sus organizaciones civiles (v. gr., organismos defensores de víctimas), etc., influencias que, en muchos casos, no se ajustarán a aquellos objetivos ni respetarán aquellos principios, lo que generará tensiones y debates.

### 3. Interrelaciones

Esbozado así el campo de la política criminal como el de la *definición, prevención, juzgamiento y castigo* del delito, y verificada la interrelación en la realidad entre estas actividades, y admitida la necesidad de un funcionamiento coherente de todas ellas en procura de lograr plasmar, en la totalidad de estos ámbitos, los valores y los objetivos que la inspiran (o deberían inspirarla), queda evidenciada como una deformación política — resultante de una mal entendida especialización —, la actitud de muchos cultores del derecho penal y procesal penal, que se despreocupan de las condiciones sociales y políticas que favorecen el delito (o su incremento), y se concentran sólo en su mejor investigación y represión. Una actitud semejante no tiene en cuenta que la sociedad se preocupa, primero, por la existencia de la ilicitud, que es la que pone en jaque los derechos de cada uno de sus miembros, y recién después por las supuestas excelencias de su persecución, juzgamiento y castigo.

El procurar evitar la existencia o el aumento del delito, es decir, su *prevención*, debe ser parte de la política criminal al igual que la *reparación* de la víctima.

Si bien la amenaza de la pena, su imposición y su ejecución deberían contribuir a evitar delitos convirtiéndose en *obstáculos jurídicos* a su comisión (efectos de prevención general y especial que se atribuyen a la pena), la falta de comprobación empírica de esta aptitud preventiva (seguramente por la dificultad de experimentarla) la ha puesto en una zona de dudas y desconfianzas. También se asigna una función preventiva a la tarea policial, cuya función sería la de preservar el orden y la tranquilidad pública y en particular la de impedir que el delito exista, evitando que se cometa. Es la llamada actividad de "policía de seguridad", que se *opone de hecho* a la infracción del orden jurídico, disuadiéndola, como un verdadero *obstáculo material* a la comisión del delito (v. gr., la presencia de un policía en la puerta de un banco).

Pero estas respuestas tradicionales deben fundirse en un enfoque más integral de la problemática delictiva pues sólo así se podrá afrontar con relativa eficacia su prevención.

El mundo enfrenta en estos tiempos un proceso de cambios profundos que afectan sustancialmente las relaciones interpersonales, trayendo aparejado, a veces, consecuencias desfavorables en el desarrollo individual y social. Hoy son de candente actualidad el auge del delito organizado, el crecimiento del ilícito funcional y una fuerte expansión del delito común que, además, posee dosis de violencia inédita (que se presentan como relacionados causalmente entre sí). Esas mutaciones están vinculadas con la modificación de escalas de valores tradicionales, la crisis de los sistemas políticos, la evolución (revolución) tecnológica, los fenómenos migratorios internos y externos, los cambios en la estructura de la economía, el nuevo rol de los medios masivos de comunicación y la "globalización informativa", el crecimiento desordenado de las ciudades, etc., con el consiguiente impacto que todo ello genera sobre las conductas individuales y la repercusión colectiva de éstas.

Esto hace conveniente partir de la idea que no puede concebirse la formulación de una política criminal *aislada o indiferente* de otras políticas públicas, porque el fenómeno delictivo está relacionado con los procesos históricos y políticos de un país, y las políticas sociales y económicas, ya que se encuentra inserto en los primeros y condicionado por las segundas. Por eso es que la antigua receta — que puede tener efectos disuasorios — de leyes más severas y mayor eficacia policial y judicial en su aplicación, no proporcionará nunca soluciones de fondo, porque sólo opera sobre los efectos; y la experiencia histórica ha demostrado, que la prevención del delito es siempre más eficaz que su represión para la paz social, en tanto y en cuanto procure atacar sus verdaderas causas.

Todo lleva ineludiblemente a poner el mayor esfuerzo de la prevención en las situaciones individuales y sociales que favorecen el desarrollo de conductas delictivas. Por un lado, debe repararse en los vertiginosos cambios culturales, el endiosamiento del éxito y

9

del lucro, y una generalizada falta de ejemplaridad de la dirigencia social y política y de los poderosos en general (“ricos y famosos”). También habrá que revisar algunas prácticas políticas (v. gr., el financiamiento de los partidos políticos) y muchos mecanismos de control de la actividad pública (v. gr., órganos revisores de cuentas públicas), en cuyos pliegues se favorece la ilicitud funcional y se protegen delitos de particulares que causan especiales perjuicios en ámbitos administrativos, financieros y económicos. Por otra parte, hay que preocuparse por las distorsiones de la economía y la creciente exclusión de los grupos sociales más débiles, la extrema pobreza, la desestructuración familiar, el analfabetismo o semi-analfabetismo, la deserción escolar, el abuso de alcohol y drogas, la falta de capacitación y oportunidades laborales, sobre todo para los jóvenes, la imposibilidad del acceso a la vivienda, el mal uso del tiempo libre, etc. Todo ello potenciado por una cultura consumista, que enaltece el éxito individual y descrea de la solidaridad.

También deberán atenderse (y controlarse) presiones (v. gr., de los poderosos para lograr impunidad) o actitudes sociales (v. gr., estigmatización de personas afectadas por el poder penal) o prácticas estatales (v. gr., brutalidad policial), que por ser manifestaciones de la “violencia de arriba”, generan asimismo comportamientos delictivos (“violencia de abajo”).

#### 4. Ubicación del proceso penal

Por imperio de la realidad normativa argentina (el Código Penal: sistema constitucional), el delito cuya comisión no ha podido prevenirse (es decir, evitarse), por regla general debe ser *perseguido* por el Estado (salvo los casos de acción privada), *juzgado* imparcialmente y, si corresponde, *penado* en las condiciones que establece el sistema constitucional y que reglamentan los Códigos Procesales Penales: todo con igual resguardo de los intereses de la víctima y los derechos del acusado. Como un segmento de la política criminal del Estado, entonces, se ubica el proceso penal.

Es así que frente a la hipótesis de la comisión de un delito, el Estado, a través de sus órganos persecutorios, impulsa su investiga-

ción en procura de verificar la existencia de la infracción que se presume cometida y lograr el eventual examen posterior de los jueces sobre su punibilidad (actividad acusatoria o de persecución penal). Superados afirmativamente estos interrogantes a través de un juicio imparcial en el que se respete la dignidad del acusado y se garantice su defensa, se impone al culpable una sanción (actividad jurisdiccional).

De tal modo, la norma penal es actuada en el caso sometido a proceso. La hipótesis fáctica ya verificada (la posible comisión de un delito) que concretó el objeto procesal es encuadrada en dicha norma, cuyas consecuencias se hacen recaer sobre el autor. Queda cerrado así un ciclo: el infractor ha sido acusado, juzgado y castigado. Por eso se afirma que el orden jurídico alterado por la comisión del delito, es *reintegrado* con la aplicación judicial de la pena amenazada al culpable. Esta figura literaria no tiene actualmente la aceptación de que gozaba hasta no hace mucho tiempo y es discutida por quienes procuran enfatizar en la solución del conflicto humano que subyace en la mayoría de los delitos.

No obstante es bueno advertir desde ahora, que *no siempre* y en todo caso en que se admita que una conducta es delictiva (es decir, típica, antijurídica y culpable), esta será *perseguable* y *punible*, pues nuestro derecho sacrifica muchas veces, total o parcialmente, la potestad represiva que emana de la norma penal, cuando así lo exigen *otros* intereses que se consideran — por diversas razones — más atendibles.

## II. LAS FUNCIONES DE PERSEGUIR, JUZGAR Y PENAR EL DELITO

### 1. Concepto

Desde que el Estado prohibió la “justicia por mano propia” y asumió la obligación de “*administrar* justicia”, se fue apropiando de la realización de casi todas las tareas pertinentes a esta función. El Estado ha generado así un sistema de respuestas que se presenta,

en general, como de dominio *casí exclusivo* de funcionarios públicos, con muy poca cábida para el control o la participación ciudadana, salvo los limitados casos de ejercicio exclusivo (acción privada) o conjunto (acción pública) de la persecución penal por parte del ofendido o la intervención de particulares (que hasta ahora es casi nula, excepción hecha de la moderna experiencia cordobesa) en los tribunales (jurados).

Hoy, el reexamen de esta "estatalidad" implica preguntarse sobre si el derecho penal debe cumplir una función exclusivamente punitiva en la sociedad, o si puede asumir también la función de buscar y lograr una solución pacífica del conflicto humano que subyace en el delito, como una alternativa a la pena. Una reflexión como esta, profundiza el debate sobre si la *procuración* y la *administración* de la justicia penal son tareas *exclusivas* de funcionarios públicos, o si en ellas deben participar también los ciudadanos, en cuyo caso, deberían estudiarse las formas y alcances de esa participación.

## 2. Independencia entre la función de acusar y las de juzgar y penar

Como ya se dijo, la actividad acusatoria (de persecución penal) es una *función estatal* (salvo las contadas excepciones de acción privada o querrela de acción pública) a cargo del Ministerio Público Fiscal, y la de juzgamiento (y la de penar) es *otra función estatal* independiente, provocada por aquélla, pero de naturaleza *diferente*, a cargo de tribunales imparciales del Poder Judicial (entre los que hay que incluir también al jurado). Así surge de las normas del sistema constitucional que les dan origen.

## 3. Normas constitucionales

La Constitución Nacional acepta esta *diferenciación*. En el campo de la responsabilidad política, pone la *acusación* a cargo de la Cámara de Diputados (sólo ella ejerce el derecho de acusar..., art. 53, CN) y el *juzgamiento* de los acusados a cargo de la Cámara de Senadores (al Senado corresponde juzgar ... a los acusados ... art. 59, CN). Lo mismo ocurre en materia de remoción de jueces

inferiores: el Consejo de la Magistratura *acusa* y el Jurado de Enjuiciamiento *juzga* (arts. 114 inc. 5 y 115, CN).

En el área de la responsabilidad penal común, la Constitución establece la secuencia diferenciada de "acusación, juicio y castigo" (arts. 60 y 115).

A los fines de la *acusación*, la Constitución Nacional (art. 120) y las constituciones provinciales (v. gr., Constitución de Córdoba, arts. 171 a 173), han instituido el Ministerio Público, el cual, en el ámbito de las respectivas jurisdicciones (nacional o provincial), tiene la función de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad" (art. 120, CN), de "promover y ejercitar la acción penal pública" y de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (art. 172, Const. de Córdoba) lo que, por cierto, no excluye la posible participación de particulares en la acusación.

Para imponer la pena que las normas penales autorizan, la Constitución (art. 18, CN) exige un "juicio", en el que se respetará la dignidad y se garantizará la defensa del acusado, y que llevará adelante un "juez natural", único que podrá "juzgar" y "penar" (lo que implica que *no podrá* a la vez acusar), integrante de los tribunales federales o provinciales, según corresponda (arts. 75 inc. 12 y 18, CN).

Se evidencia así un modelo procesal de origen constitucional, cuyas normas *distinguen e independizan* la función de "perseguir y acusar" de la de "juzgar", "aplicar" la ley penal, "penar", "reprimir" o "castigar". Según este modelo *ambas* funciones son responsabilidades *estatales*, al punto tal que instituye dos ordenes de funcionarios públicos *distintos* para ejercerlas: el Ministerio Público Fiscal (para "promover la acción de la justicia", "perseguir" o "acusar"), los tribunales (para "juzgar", "penar", "reprimir" o "castigar"). Tan tajante separación no tolera *ninguna* confusión de roles. Así lo entendió el Procurador General de la Nación al dictaminar que, cuando la acción es pública, sólo debe ejercerla quien tenga encargo especial de la ley para ello. Los jueces no represen-

10



tan al pueblo o al Estado para ese objeto. De allí que en las causas criminales, los jueces deben limitarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin convertirse *jamás* en “acusadores”.

#### 4. Legislación supranacional

La legislación internacional incorporada a la Constitución (art. 75, inc. 22, CN) se inscribe en estos mismos principios.

Así, se establece con claridad que toda persona frente a una “acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a ser “juzgada sin dilaciones indebidas” por un juez o tribunal “independiente e imparcial” (art. 8.1, CADH; art. 14.c, PIDCP). Tiene derecho a que “el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial” (art. 10, DUDH).

La diferenciación entre *acusación*, por un lado, y su juzgamiento o *examen* por un juez, por otro, ratifican el modelo de enjuiciamiento de la Constitución y le agregan *expresamente* un componente (implícito en el art. 18, CN): la *imparcialidad* de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez, orientada a la *igualdad* procesal entre acusador y acusado como presupuesto de la defensa de este.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los más importantes organismos regionales de protección de los derechos humanos, han interpretado la normativa supranacional incorporada a nivel constitucional por el art. 75 inc. 22. Sobre la aplicación en nuestro país de esta jurisprudencia han señalado que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” y que la “sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico”, circunstancias que legitiman el “interés del Estado en resolver presuntos casos penales” a través del ejercicio de una “función pública”; y que lo expuesto, tratándose “de delitos de acción pública (...) perseguibles de oficio”, genera al Estado una

“obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos ... identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes”.

Pero esos órganos supranacionales también dejan perfectamente en claro otros dos conceptos, que resultan inseparables de aquéllos. El primero es que la *razón principal* por la cual el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “*garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*” a las que se les reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25 CADH). El segundo es que, “por graves que puedan ser ciertas acciones, y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse *sin límite alguno* o que el Estado pueda valerse de *cualquier procedimiento* para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.

Lo dicho muestra que las obligaciones estatales de *respetar* los derechos humanos y *asegurar* su plena vigencia, tal y como impone la normativa supranacional incorporada (art. 75 inc. 22, CN), se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal. Estas obligaciones se expresan en salvaguardas que pueden ser: o *comunes* para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o *específicas* para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como *garantías* (véase el Capítulo 3, en pág. 115).

#### 5. Justificación

La *existencia* de la acusación y su *separación* de la actividad de juzgamiento, es exigida por la *imparcialidad* del juez, que es prenda de la *igualdad* entre acusador y acusado y está en la base del derecho de defensa de éste. Puede así decirse que no sólo no es posible penar sin juicio previo, sino que tampoco es posible penar *sin acusación* previa a ese juicio (y también, por cierto, sin previa defensa).



A pesar de la tajante separación, tanto orgánica como funcional, estatuida por el sistema constitucional entre la persecución (acusación), el juzgamiento y el castigo, muchos códigos procesales acuerdan a los tribunales tareas *propias* de la persecución penal (v. gr., el de procurar de oficio pruebas acerca de la verdad de la acusación sobre la que deben juzgar), aunque sin calificarlas como tales. Esta realidad debe ser corregida pues afecta a la imparcialidad del juzgador, la igualdad entre acusador y acusado y el derecho de defensa de éste. Además confunde el verdadero rol de los jueces.

### III. LA ACTIVIDAD ACUSATORIA OFICIAL

Teniendo en cuenta la existencia de la potestad estatal abstracta de aplicar penas a quienes cometen delitos (arts. 75 inc. 12, 60, 115 y 18, CN), y considerando asimismo que éstas sólo pueden ser reconocidas previo juicio (art. 18, CN) en una sentencia condenatoria, la posición tradicional colige que debe concedérsele al Estado la *posibilidad* y *los medios* para intentar el reconocimiento en juicio, y por obra de los jueces, de la existencia concreta de su potestad represiva cuando crea posible probar la comisión de un delito, y de *lograrlo* cuando corresponda.

Esta posibilidad se expresa, generalmente, en una actividad estatal que se suele titular como "requirente", "acusatoria" y también de "persecución penal" o de "procuración de justicia penal" y que se denomina "ejercicio de las acciones penales" en el Código Penal. Éste, a través de tal terminología, evidencia estar inscripto en el sistema de la acusación *pública estatal* (persecución penal pública) disponiendo en el art. 71 que "*deberán* iniciarse de oficio *todas* las acciones penales" (salvo las dependientes de instancia privada y las privadas). Al establecer que *deberán* iniciarse *todas* las acciones penales, el Código Penal consagra el llamado principio de "*legalidad*" (obligatoriedad) pues, a *contrario sensu*, no podrá

*evitarse* iniciar alguna. Y al agregar que ello debe hacerse *de oficio*, es decir, sin esperar excitación o pedido de nadie, le acuerda a la acusación la nota de actividad estatal (*oficialidad*), porque sólo el Estado es capaz de actuar así (de oficio).

La finalidad perseguida por el Código Penal con la iniciación de oficio y posterior ejercicio de la *acción penal* que preceptúa el art. 71, se evidencia en la obligación estatal de *perseguir* a "los delincuentes" impuesta por el art. 274 del mismo Código, para lograr su "*represión*".

#### *Desdoblamiento estatal*

A diferencia del ámbito civil, donde el Estado se limita a prestar su concurso para la solución judicial de conflictos de derecho privado sólo cuando algún particular así se lo requiera, en materia penal y por imperio del art. 71 CP, el Estado debe también tomar *parte activa* en el asunto (salvo los delitos de acción privada) *desdoblando*, como ya se vio, su actividad e instituyendo órganos públicos diferenciados. De estos órganos, unos están encargados de la acusación (persecución) — Ministerio Público Fiscal — y otros del juzgamiento y castigo del delito — tribunales — (desdoblamiento sólo formal que, hasta tanto no se acuerde un mayor rol a la víctima, no logrará disimular que la relación sigue siendo entre dos: el Estado y el individuo penalmente perseguido).

Los organismos regionales encargados de la protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han expresado que esta es una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados por la legislación supranacional (incorporada a nuestra Constitución — art. 75 inc. 22 — "*a toda persona* sujeta a su jurisdicción", por lo que, "tratándose de delitos de acción pública (...) perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos, promoviendo e impulsando, las distintas etapas procesales", a fin de "identificar a los responsables" e "imponerles las sanciones pertinentes", lo que constituye un "*deber jurí-*

*dico propio*” y no “una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima (...) o de la aportación privada de elementos probatorios”).

Si bien se ha planteado, todavía no se ha profundizado la discusión sobre si el Estado — a través del Ministerio Público Fiscal — asume la persecución penal *iure proprio*, o lo hace en *representación* de la víctima del delito (que puede verse afectada en bienes o derechos que se le reconocen como individuo o en su condición de integrante de la sociedad). Esta discusión se relaciona con la *titularidad* del interés, bien o derecho jurídicamente protegido por la norma penal. En otras palabras la discusión versa sobre si el “interés general” de la sociedad (o el “bien jurídicamente protegido”) es de *todos y cada uno* (por ser de cada uno, es el de todos) o si, por haber sido asumido como el de todos, deja de ser de cada uno. En este último caso se corre el riesgo de que el Estado asuma como propio el interés, “autonomizándolo” del interés particular o general de los ciudadanos asociados. Esto implicará que tal apropiación tenga como beneficiarios a algunos integrantes de la sociedad (no a todos), mejor representados en la estructura estatal, o a la propia burocracia del Estado.

Por cierto que según se incline la respuesta en uno u otro sentido será el mayor o menor protagonismo que se asigne a la víctima del delito (cuyo interés, bien o derecho concretos han sido afectados), no sólo en los aspectos “procesales” de la acusación (v. gr., intervención como querellante), sino también en los sustanciales.

### 1. Concepto

El cumplimiento práctico de esta normativa (arts. 71 y 274, CP) se expresa en un *conjunto* complejo de actividades oficiales — que pueden ser complementadas por particulares — (que *abarca* el de la actividad propiamente acusatoria, pero *no se agota* en ella) que se conoce generalmente como *persecución penal*, y que consiste en la *realización de actos materiales y jurídicos, unas veces tendientes a y otras veces configurativos de la preparación, formula-*

*ción, sostenimiento y acreditación de una acusación contra una persona determinada, por la comisión de un delito, buscando primero y proporcionando a los tribunales después, las fuentes del conocimiento (o sea, las pruebas) que éstos necesitarán para decidir (art. 116, CN) si corresponde o no acoger la acusación, y en caso afirmativo aplicar el derecho penal (art. 75 inc. 12, CN) al caso planteado.*

La persecución penal aparece así como un *género* que abarca diferentes *especies* de actividades. Sin embargo — y como ya señalamos —, por encima de estas precisiones, se utilizan frecuentemente las expresiones “actividad acusatoria” y “persecución penal” de modo indistinto (como si fueran sinónimos).

### 2. Alcances

Desde nuestro punto de vista, la actividad acusatoria no es simplemente “requirente” (concepto tradicional propio del “sistema mixto”) de la actividad jurisdiccional, porque su alcance no se reduce a condicionar *formalmente* el ejercicio de la jurisdicción (evitando — correctamente — que pueda autoexcitarse en perjuicio de su imparcialidad y del derecho de defensa), ni se acota al ofrecimiento de pruebas sobre la culpabilidad del sospechoso en el proceso concreto. De hecho, ni siquiera se agota con la responsabilidad de procurarlas a través de una investigación.

Es mucho más que eso, porque en materia criminal (y como ya anticipamos) el Código Penal no se limita a *posibilitar* al Estado que *requiera* a los tribunales la aplicación del derecho penal, sino que se lo impone como un *deber*, para cuyo cumplimiento se instituyen órganos y se disciplinan funciones públicas (la posibilidad u obligación de denunciar; la llamada “inteligencia criminal” o “investigación preventiva”; los controles de las actividades públicas — v. gr., contratos estatales — o privadas — v. gr., actividad financiera — y el cruzamiento de los datos respectivos, etc.), con el fin de poder *anoticiarse sobre posibles violaciones a la ley penal e investigar* sobre su posible existencia y responsables, así como intentar y lograr (si puede probarlo) que éstos últimos sean penados por

aquellos otros órganos estatales, diferenciados e independientes (los tribunales). Esta actividad acusatoria o de persecución penal, debe ser *eficaz* para lograr la aplicación de la pena a los culpables de la comisión de delitos.

El principal responsable institucional del ejercicio de la actividad acusatoria oficial o de persecución penal es el Ministerio Público Fiscal.

### 3. La eficacia

Con este último párrafo dejamos en claro que la *eficacia* en la represión de los ilícitos penales no debe procurarse genéricamente con el proceso, ni entenderse como responsabilidad propia de los tribunales de justicia. Lo que debe ser eficaz a esos fines es la tarea de *investigación y obtención de las pruebas* necesarias y *argumentación* a cargo del Ministerio Público Fiscal, para lograr que los jueces acojan favorablemente la acusación. El logro de la eficacia en la persecución penal requerirá la concurrencia de varias condiciones, que no podrán nunca pensarse (ni mucho menos desarrollarse) como afectaciones a las garantías individuales.

#### *Redistribución de recursos*

Desde lo *operativo* habrá que realizar un prolijo inventario de todos los recursos humanos y materiales afectados a la persecución penal del Estado y luego redistribuirlos con un criterio más racional, de modo que su mayor concentración se destine a aquellos delitos cuya investigación, juzgamiento y castigo sea más importante por su gravedad, por la forma organizada de su comisión, por el abuso de la función pública que desempeñe el autor, por la peligrosidad evidenciada por éste, etc. El resto se asignará a aquellos delitos que son de mediana o mínima gravedad, los cuales podrán ser tratados mediante alternativas a la pena, que favorezcan la "resocialización" (efecto de prevención especial sobre el agente, concebida como probabilidad de que éste no vuelva a incurrir en el campo del derecho penal), teniendo prevalentemente en cuenta los intereses de la víctima, cuya reparación (que también tiene efecto

de prevención general) puede considerarse, no ya una simple cuestión civil, sino el tercer fin del derecho penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad. Todo esto requiere la ampliación de los criterios de oportunidad reglada que hoy acepta la legislación en Argentina (véase apartado II del Capítulo 2, en la pág. 84).

#### *Fijación de políticas*

El desarrollo de lo precedentemente expuesto exigirá desde lo *orgánico-funcional*, que haya alguien que se ocupe de fijar criterios (políticas) al respecto, es decir, que pueda fijar objetivos y tras ellos orientar procederes idóneos para alcanzarlos, dentro del marco que las leyes autoricen.

Éste deberá ser la cabeza de un Ministerio Público Fiscal estructurado jerárquicamente, cuya tarea se puede llevar a cabo en la práctica orientando a los de inferior rango mediante criterios uniformes para la *aplicación* (en procesos concretos) de las excepciones al principio de legalidad que ya existen en la legislación penal (v. gr., suspensión del juicio a prueba), y las nuevas que habría que incorporar. También podrá disponer la *priorización* de tratamiento de los casos penales. En este sentido la realidad indica que cuando no es materialmente posible investigar todo, y desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal se ordena empezar a hacerlo por ciertos delitos, el resultado práctico es que reciben atención por haber sido priorizados, y el resto quedan para ser tratados más adelante, o sencillamente nunca, porque habrá menos o ninguna posibilidad material para hacerlo desde el punto de vista de los recursos.

#### *Organización estatal*

La eficacia de la actividad persecutoria requerirá, además de la estructura orgánica del Ministerio Público Fiscal, la precedencia y acompañamiento de una organización estatal "activa y vigilante", capaz de desarrollar una "actividad agresiva e investigadora" (es la "lucha" contra el delito), y la provisión de los medios humanos y materiales necesarios a tal efecto. Es así, que cada investigación que se inicia, cada acusación que se promueve, se asemeja a la pun-

12

ta de un “iceberg” en cuya base hay un soporte estatal que debería ser activo y predispuesto (policías; órganos oficiales de control del aparato público y de la actividad económica, financiera, impositiva etc.; organismos de inteligencia, entre otros).

#### *Reformulación de métodos*

Como las más dañinas expresiones delictivas de nuestros días se caracterizan por su accionar organizado y el manejo de importantes aparatos económicos, es preciso también reconocer que en este nivel, la investigación solitaria, basada en la intuición y la perseverancia de un detective, debe ser *complementada o sustituida* por equipos humanos integrados por civiles con capacitación personal, especialización diversificada y soporte tecnológico adecuados, que tengan una eficiente organización interna. Asimismo, es de esperar, se relacionen coordinadamente con otros agentes y organismos privados y públicos (nacionales e internacionales) capaces de buscar, clasificar y suministrar información útil para la investigación criminal. En este sentido se ha propuesto, por ejemplo, una relación orgánica y una base única de datos entre el Banco Central, la Dirección General de Aduanas y la Dirección General Impositiva. Las asociaciones privadas que posean aptitudes similares a la señalada (v. gr., asociaciones de protección de derechos humanos; o del medio ambiente; o de víctimas de delitos comunes — v. gr., la violencia familiar —; o que de otro modo promuevan la participación ciudadana), deberían formar parte de estos equipos.

Esta propuesta contribuirá a mejorar no sólo la calidad sino también los resultados de la persecución penal, pues permitirá reforzar las atribuciones jurídicas y optimizar la organización y funcionamiento práctico del Ministerio Público Fiscal. Porque en la *mayor fortaleza* de éste y no en la usurpación de sus funciones por los tribunales (ni en la usurpación de las de éstos por el Ministerio Público Fiscal, v. gr., dándole atribuciones de dictar la prisión preventiva), ni en la vulneración de la defensa del imputado, es por donde debe buscarse la necesaria eficacia de la persecución penal.

#### *Límites*

Pero no hay que incurrir en una suerte de *concepción bélica* de la persecución penal, consistente en entenderla como un “arma” para enfrentar y ganar la “guerra” contra manifestaciones delictivas que generan especial inquietud y reprobación social (delito organizado, tráfico de estupefacientes, terrorismo, corrupción de funcionarios públicos, delincuencia económica, financiera, impositiva, etc.). Propio de esta particular concepción, es el empeño por incorporar a la investigación penal “medios extraordinarios de prueba” que si no se regulan y utilizan *muy* correctamente se convertirán en modos encubiertos de legitimación de violaciones a la Constitución, *blanqueando* datos o información adquirida o transmitida ilegalmente (v. gr., agente encubierto; informante), lo que ya hemos denunciado como absolutamente inaceptable.

#### *Actividad requirente y responsabilidad probatoria*

En lo *procesal*, la aplicación de estas ideas requerirá que la actividad acusatoria esté a cargo del Ministerio Público Fiscal, no sólo en sus aspectos meramente conclusivos (v. gr., formulación de la acusación), sino también en la tarea *práctica* de preparación, sostenimiento y acreditación de esa actividad acusatoria (con el auxilio del “soporte estatal” y las asociaciones civiles a que nos hemos referido). Así, habrá de acordar a sus funcionarios la tarea de *investigación preliminar* de los delitos que sirva para dar base a la acusación. Si ésta es formulada, deberá, asimismo, asignarles la responsabilidad de sostenerla y probarla en el debate. A los jueces les estarán reservadas las instancias de control de la actividad investigativa preliminar del Ministerio Público Fiscal (juicio sobre la observancia de garantías constitucionales), la rectitud formal (cumplimiento de la ley procesal), el mérito probatorio (de los actos, requerimientos y conclusiones de éste), y sobre todo, su función esencial de *juzgar* en definitiva resolviendo sobre la posible culpabilidad del acusado.

En su expresión concreta, esta actividad del Ministerio Público Fiscal debe comenzar y mantenerse con *afirmaciones* sobre la

hipotética o probable existencia de un hecho merecedor de una pena (cuya prueba deberá *procurar* en todo caso, aunque no siempre las leyes dispongan que ocurra así), y con la solicitud dirigida al órgano jurisdiccional competente de que desarrolle el *juicio* que, mediante una sentencia, pueda legitimar la aplicación de la sanción, la que así *reclamará* al órgano jurisdiccional concretamente: es la que se conoce como *actividad requirente*. Tales afirmaciones se harán *inicialmente*, o pidiendo el comienzo de una investigación jurisdiccional respecto de una persona (requerimiento de instrucción) o realizándola por su cuenta (investigación fiscal preparatoria); luego, pidiendo su sometimiento a juicio (acusándola); y finalmente, después del debate, concluyendo sobre su culpabilidad y requiriéndole una sanción como partícipe del hecho delictivo contenido en la acusación (si correspondiera) cuya prueba habrá aportado a estos fines. Esto último es importante de resaltar pues “acusar”, aun desde su simple significado idiomático consiste no sólo en “imputar un delito”, “exponer cargos contra una persona”, sino también en “demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado mediante *pruebas acusatorias*”. Imputar y probar la imputación son aspectos inescindibles de la tarea acusatoria del Ministerio Público Fiscal.

#### *¿Y las nociones de acción y pretensión?*

Todo lo dicho no transforma las nociones de acción y pretensión procesales en categorías desechables en el ámbito penal. La idea de acción entendida como posibilidad de deducir y sostener una pretensión, y la conceptualización de ésta como *afirmación* (aún hipotética) de la existencia de un hecho humano al que el derecho le asigne una determinada consecuencia (la pena) cuya aplicación se reclama ante un órgano jurisdiccional del Estado, siguen siendo útiles herramientas conceptuales pero que, como se ha visto precedentemente, no alcanzan para explicar en toda su extensión la realidad del fenómeno de la actividad acusatoria o de persecución penal.

#### 4. Formas y límites de la intervención de particulares

Originariamente, la Constitución Nacional estableció la secuencia de acusación, juicio y castigo (arts. 60 y 115, CN), pero no incluyó ninguna norma que expresamente estableciera algún sistema de acusación o tipo de acusador especiales, derivando a “las leyes” (arts. 60 y 115, CN) su regulación práctica.

Luego de la reforma de 1994, la incorporación del Ministerio Público Fiscal (art. 120) consagra — para el orden federal — un acusador público, pero no de modo excluyente de otras formas posibles de acusación no oficial. Esto es así, no sólo porque no hay ninguna disposición limitativa expresa, sino porque, como veremos, la incorporación a la Constitución y a su mismo nivel (art. 75 inc. 22) de la principal normativa supranacional sobre derechos humanos (v. gr., CADH) así como su interpretación por organismos de aplicación (v. gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos), hacen extensivo el derecho a la “tutela judicial efectiva” (v. gr., art. 25, CADH), al logro, por parte de la víctima del delito, del enjuiciamiento y castigo del autor de un ilícito. La Constitución de Córdoba, por su parte, acepta expresamente la posible participación de particulares en el ejercicio de la actividad acusatoria (art. 172 inc. 3).

Si la víctima de cualquier delito es el ciudadano (individualmente considerado, o como integrante de la sociedad) y teniendo el Estado como única razón de ser la protección de los derechos de éste (que no han sido “abdicados” a favor del Estado), es natural la ampliación del campo de los posibles protagonistas de la actividad acusatoria y la visión sobre su fundamento último. Así, la actividad aparece también como una vía acordada a la víctima del delito para procurar y lograr (si corresponde) la aplicación de la consecuencia penal prevista para su comisión (e inclusive de evitarla), en pro de una mejor protección de su derecho, vulnerado por el acto ilícito. Más aún, los organismos regionales de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos), han producido un conjunto de opiniones y decisiones que proporcio-

nan un amplio margen para rediscutir el rol de la persecución y administración de la justicia penal e incluso el fundamento del propio derecho penal. Así, han expresado que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas ...”, entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de éstas haya sido violado), como un corolario necesario del “derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les impongan “las sanciones pertinentes”.

Es que, si bien el Código Penal (art. 71) se adscribió al sistema de la persecución penal pública con *oficialidad* en la titularidad de la acción penal (el Estado es el titular) y *oficiosidad* en su ejercicio (se ejercita sin necesidad de que nadie lo requiera — salvo caso de instancia privada —), ello tampoco impediría un sistema de acusación popular o por el ofendido (aún en el proceso por delitos que no sean de acción privada).

Sólo que la actuación de éstos (en las actuales condiciones de vigencia del art. 71 CP) no podría ser *excluyente* o *condicionante* de la intervención de los órganos públicos a quienes se acuerda la potestad de acusar, sino *subsidiaria, conjunta* e inclusive, podría ser *autónoma*, pero esto sólo en los casos en que la autoridad acusatoria inicialmente no intervenga, o concluya en sentido desinclinador (v. gr., no acusando), tal como lo ha aceptado recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con esa limitación, incluso los códigos procesales pueden hoy regular lo concerniente a las formas de preparar, formular y sostener una acusación ante los “tribunales ordinarios” (arts. 60 y 115, CN).

#### Acusación popular

El modelo de la *acusación popular* consiste en que la acción para reclamar el castigo de un delito, lo puede ejercitar *cualquier persona* del pueblo, sea o no el ofendido por el delito, determinan-

do la obligación de los tribunales de justicia de resolver sobre esa acción. Esto se debe a que el delito significa una ofensa inmediata a la sociedad, alterando el orden existente, y sólo “mediatamente constituye una agresión al ofendido” por lo que la acción penal corresponde a “*todos* los integrantes de la sociedad” y también al Estado como entidad jurídica superior constituida por ella misma.

En Argentina, el sistema de acusación popular rigió antes de la sanción de la Constitución de 1853, pero con posterioridad fue entrando en desuso y quedó derogado en el procedimiento ordinario con el dictado del Código de Procedimientos en lo Criminal Nacional de 1888, en cuya exposición de motivos se argumentó que “nunca se ejercita”. Su vigencia se mantiene en la legislación electoral y de enrolamiento para las infracciones penales de esta naturaleza (v. gr., leyes 8.871; 11.386 y 11.387). Este sistema parece ser acorde con la ideología de nuestra ley fundamental, puesto que si ella admite el ejercicio popular de la *jurisdicción* (juicio por jurados, arts. 118, 75 inc. 12 y 24), no se advierten razones para pensar que sea adversa a la acusación popular. Por el contrario, desde que confía en un ciudadano común para la trascendente misión de sentenciar, resolviendo sobre la inocencia o culpabilidad de un semejante, no podrá imaginársela recelosa del mismo ciudadano respecto de la mucho más humilde misión de provocar el dictado de ese fallo.

En la actualidad, la ampliación del concepto de víctima, las tendencias a vincular a la actividad acusatoria oficial con las organizaciones de la sociedad civil y la preocupación por la delincuencia funcional, parecen receptar el espíritu de la acusación popular, adaptándola a estos tiempos.

#### La querrela de la víctima

Es también posible para la Constitución que la acusación pueda ser llevada adelante por el *ofendido* por el delito, no sólo en los delitos de acción privada (art. 73, CP), sino también en los de acción pública (art. 71, CP), mientras no se intente impedir o con-

dicionar la oficialidad y la oficiosidad del ejercicio de la acción penal pública impuesta por el Código Penal.

El régimen de promoción de *oficio* de la acción penal, significa que el órgano estatal al que se asigne esta función — entre nosotros, el Ministerio Público Fiscal (v. gr., art. 120, CN) —, no debe esperar, para iniciarla, autorización o pedido de ninguna naturaleza (salvo los casos de instancia privada art. 72, CP), por lo que quedaría prohibida cualquier disposición de leyes procesales que tienda a enervar o haga depender esta reacción estatal de un estímulo particular del ofendido o de cualquier otra naturaleza.

Pero, si bien es cierto que la oficialidad impuesta por el Código Penal consagra la incondicionalidad de la reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, ella no excluye la posibilidad de que tal reacción pueda ser *iniciada o acompañada* por el ofendido, o sólo *encarnada* en éste, si el Ministerio Público Fiscal concluye en forma desincriminante (v. gr., pide la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento o la absolución). Esto siempre y cuando la intervención del ofendido tienda a facilitar la punición (no a condicionarla) determinando la intervención del órgano jurisdiccional que sería el encargado de decidir si hay fundamento para ello.

Sin embargo, es preciso destacar que en estos tiempos, existen tanto propuestas como leyes vigentes que procuran que el ofendido pueda también participar con su voluntad en la extinción de la actividad persecutoria, mediante la aceptación de soluciones no punitivas al caso penal (v. gr., avenimiento en los delitos contra la integridad sexual; reparación de la víctima). También se propone extender el concepto de víctima a las asociaciones que se ocupan de ellas, buscando una mayor participación de la sociedad civil en la actividad de persecución penal (véase el apartado VI del Capítulo 5 sobre querellante, en la pág. 252).

#### IV. JURISDICCIÓN PENAL

##### 1. Concepto

Puede decirse (simplificando) que la **jurisdicción penal es el poder emanado de la Constitución y acordado a los tribunales del Poder Judicial para conocer, a través de un proceso y con arreglo a sus normas, sobre la existencia concreta de un hecho delictivo que ha sido motivo de una acusación y decidir de modo imparcial e independiente sobre la responsabilidad penal de sus partícipes, actuando la ley penal en el caso concreto; imponiéndoles una pena (o medida de seguridad), adoptando a su respecto alguna alternativa no punitiva o absolviéndolos.**

Esta noción puede deducirse de las disposiciones de la Constitución que acuerdan al Poder Judicial el *conocimiento y decisión* de todas las *causas* (pleito judicial; proceso criminal) que versen sobre puntos regidos por ella, por las leyes de la Nación y los tratados con las naciones extranjeras (art. 116, CN). Además la Constitución reconoce a los tribunales la atribución de aplicar la ley penal (art. 75 inc. 12, CN) en las condiciones y con los límites previstos por ella y por los tratados internacionales incorporados a su nivel. Del concepto unitario de jurisdicción se ocupa la "Teoría General del Proceso" (Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003).

Tales atribuciones deben ser ejercitadas con imparcialidad, es decir, sin designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas y con *independencia*, o sea, sin influencia alguna de mandatos o presiones políticas o sociales: deberán *sólo* subordinarse a la prueba y a la ley.

La decisión sobre la aplicación de la ley penal puede implicar la *imposición* de una pena (arts. 18, 60 y 115, CN) o medida de seguridad como culminación de un juicio (art. 18, CN) basado en una acusación (acusación, juicio, castigo, es la secuencia de los arts. 60 y 115, CN), o la *adopción* de alguna medida alternativa a la san-

14



ción (v. gr., art. 76 bis, C. Penal). También la decisión puede ser sobreseimiento o *absolución* (incluso si la acción penal prescribe por no haber podido resolver a tiempo sobre los extremos de la imputación, se *decide* el caso mediante el sobreseimiento).

### Nuevo punto de vista

La posibilidad de alternativas a la pena para ciertos delitos (v. gr., reparación) *ensancha* el rol del derecho penal en la sociedad. Al asignarle idoneidad para procurar otro tipo de respuestas al conflicto humano que subyace en el caso penal, se acuerda al derecho penal una función social distinta a la de ser un instrumento exclusivamente punitivo. El mismo efecto tiene la recepción legal de criterios de oportunidad que evitarán la imposición de la pena, abstractamente conminada por la ley, para el delito concreto en el que alguno de aquellos criterios se aplica.

Indudablemente, lo antes expuesto enriquecerá el contenido de la jurisdicción penal que en muchos casos se ejercitará desde otro *punto de vista*, pues en lugar de “conocer para establecer si hay que penar”, es decir, en lugar de conocer “para el castigo”, deberá “conocer para *no* castigar”, para solucionar el caso sin hacerlo (procurando, en cambio, armonizar a sus protagonistas). Esto implicará que algunas veces, hasta pueda conocer “menos”. Pero, incluso en estos supuestos, siempre habrá *decisión*, pues el caso será resuelto de acuerdo a alguna alternativa a la pena prevista por la ley.

## 2. Fuente

La fuente originaria de la jurisdicción son las disposiciones de la Constitución que acuerdan al Poder Judicial el *conocimiento* y *decisión* de todas las *causas* (pleito judicial; proceso criminal) que versen sobre puntos regidos por ella, por las leyes de la Nación y los tratados con las naciones extranjeras (art. 116, CN). Además, la Constitución Nacional reconoce a los tribunales la atribución de aplicar la ley penal (art. 75 inc. 12, CN) en las condiciones y con los límites previstos por ella y por los tratados internacionales in-

corporados a su nivel. A nivel provincial, la fuente es el art. 160 de la Constitución de Córdoba.

## 3. Órganos

Sólo los *jueces del Poder Judicial* (oficiales o ciudadanos) pueden ejercer la potestad jurisdiccional y tienen su *monopolio* (art. 152, Const. Prov.). Ellos son, en este aspecto y para estos fines, representantes de la soberanía popular, como también pueden (y en la práctica deberían, efectivamente) serlo los jurados (art. 118 y concordantes de la CN). Al Poder Ejecutivo le ha sido expresamente prohibido el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 109, CN; art. 138, Const. Prov.). Al Poder Legislativo le esta igualmente vedado, tal como surge nítidamente de la estricta *delimitación* de los alcances de la única atribución que le reconoce la Constitución para considerar delitos: establecer la responsabilidad política que su comisión pudiera hacer recaer sobre algunos altos funcionarios sometibles a juicio político (art. 60, CN). Esta delimitación deja expresamente aclarado que, si el juicio político les fuera adverso, aquellos sujetos quedarán sometidos a acusación, juicio y castigo *ante* los tribunales ordinarios (art. 60, CN; art. 122, Const. Prov.), tareas que obviamente, los legisladores *no podrán* a su vez desarrollar. Además, la generalidad y abstracción propias del acto legislativo (caracteres que — se dice — ha ido perdiendo progresivamente la ley, cuya aprobación es fruto de las más contradictorias exigencias), impedirá que el legislador resuelva sobre si uno o varios casos concretos se adecuan o no a lo previsto por la ley penal, o que una ley dé por existentes o inexistentes ciertos y determinados hechos o circunstancias que deberían ser objeto de prueba en juicio por ante los órganos jurisdiccionales (Núñez, 1986).

El Código Procesal Penal dispone que la jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable (art. 28).



#### 4. Caracteres

A continuación pondremos de relieve algunos de los principales caracteres que distinguen a la jurisdicción penal.

##### *Soberana*

Las decisiones en que la jurisdicción se expresa, tienen como particularidad (que es a la vez su clave de identificación) la de no ser *susceptibles* de *revisión* ni *revocación* por ningún otro poder del Estado, salvo algunas contadas excepciones de raíz constitucional (v. gr., amnistía, indulto). Por eso suele decirse que es *soberana*.

##### *Provocada*

A *diferencia* de la actividad ejecutiva o legislativa, la jurisdiccional *no* se puede poner en movimiento por su propia iniciativa: los jueces no son émulos del Quijote que salen por allí a ver que entuertos descubren para “desfacerlos”. Por el contrario, se exige un requerimiento para que actúen, formulado por alguien ajeno a ellos, como prenda de su *imparcialidad*. Este es el principio *nemo iudex sine actore*, reconocido por el sistema constitucional cuando establece la secuencia “acusación, juicio y castigo” (arts. 60 y 115, CN), también denominado “principio acusatorio formal”. En materia penal, el Ministerio Público Fiscal (art. 120, CN; arts. 171 y 172, Const. de Cba.) es el “*actore*” (aunque no excluyente) que, frente a la posible comisión de un delito y en nombre del interés general, debe requerir la intervención jurisdiccional para lograr su castigo. Por eso se dice que la jurisdicción es *provocada*, lo cual implica además que solo puede ser ejercitada en la medida en que lo fue, es decir, limitada a los hechos que fueron objeto de los actos promotores (integrantes de la actividad acusatoria), tendientes a ponerla en funcionamiento.

Esta particularidad de la jurisdicción de *no* poder ejercitarse de oficio, tiene su expresión más común en la imposibilidad de poner en marcha la investigación preliminar (cuando es puesta por

las leyes a cargo de un juez — instrucción —) y de realizar el juicio oral si *previamente* el órgano público encargado de la actividad acusatoria, es decir, el Ministerio Público Fiscal (o la víctima en carácter de querellante, según el caso) no formula los requerimientos respectivos (de instrucción y de elevación a juicio). Lo mismo ocurre con la jurisdicción de los tribunales de alzada, que para poder ejercitarse, exige que se haya interpuesto un recurso.

Actualmente, se cuestiona como contraria a aquel principio, la facultad, antes pacíficamente reconocida a los tribunales de juicio, de condenar al imputado aun cuando el Fiscal hubiere solicitado su absolución

No obstante lo expuesto, no son pocos los códigos procesales que autorizan excepciones desnaturalizantes del principio *nemo iudex sine actore*. El ejemplo más patente lo dan aquellos códigos que otorgan a un tribunal la facultad de obligar a un nuevo Fiscal a formular la acusación, cuando el que intervino originariamente en el proceso se hubiere negado a hacerlo (art. 348, C.P.P. Nacional). Esto transforma sustancialmente al órgano jurisdiccional en (su propio) *actore* (manda a acusar), por encima de que, formalmente, la acusación la presente el *nuevo Fiscal (cumple el mandato)*.

##### *Defensa y jurisdicción*

El ejercicio *válido* de la jurisdicción no sólo requiere la excitación del acusador, sino que exige también el ejercicio pleno del derecho de *defensa*, que es declarado inviolable por la Constitución (art. 18) en el proceso (juicio). *No* se trata, en materia penal, de una simple posibilidad. Por el contrario, la defensa es *impuesta* en su aspecto técnico, incluso frente al desinterés o expresa voluntad contraria del imputado, haciéndose cargo de ella el mismo Estado. En su aspecto material, la defensa garantiza el derecho al silencio e impide el juicio en rebeldía.



### Accesible y eficaz

Modernamente se enfatiza la eficacia de la jurisdicción, que incluye las ideas de mejores e igualitarias formas de acceso y actuación ante ella para la protección y defensa de los derechos y de optimización del “servicio de justicia” (art. 114 inc. 6, CN). En este sentido se proponen modificaciones que apuntan a un mejor aprovechamiento de sus recursos materiales y humanos, a la horizontalización de la justicia, a la liberación a los jueces de tareas administrativas (procurando a la vez la centralización y tecnificación de éstas), a la integración flexible de las salas de los tribunales, etc.

### 5. Contenido

Los siguientes son los principales contenidos de la jurisdicción penal.

#### *Poder de conocer (saber-poder)*

Como bien señala la Constitución, la decisión de aplicar el Código Penal debe fundarse en un *conocimiento* sobre la acusación de un delito que, por cierto, debe ser verdadero. Por eso se ha dicho que la jurisdicción es un *saber-poder* que no tendrá como fuente de su legitimación una raíz representativa porque exprese la voluntad de la mayoría (como ocurre con las funciones ejecutiva y legislativa) “sino racional y legal, en cuanto exprese *la verdad* sobre un conflicto (...) y aplique la ley al caso” (Ferrajoli, 1997). El conocimiento de los jueces debe abarcar todos los *hechos* y *circunstancias* que, por estar contenidos en el acto que requirió su intervención (acusación), deben ser objeto de decisión: el hecho delictivo y sus circunstancias jurídicamente relevantes y algunos aspectos de la personalidad de su autor (nunca otros hechos sin esta relevancia jurídica), lo que se logra a través de la prueba. El conocimiento de los Jueces se expresa en conclusiones o *juicios de hecho*.

El conocimiento que basará luego la decisión, debe ser (especialmente si se trata de una condena) *verdadero*, es decir, *co-*

*rrespondiente* con lo ocurrido en la realidad, por lo que la jurisdicción, como bien se ha dicho, es también “garantía de verdad”. Sin embargo, se acuerda valor, sólo para el desarrollo del proceso con sentido incriminador, al conocimiento sobre la imputación que, sin llegar a la certeza sobre su condición de verdadero, sea *verosímil* o *probable*. Sobre éste último se pueden basar decisiones procesales como, por ejemplo, o la prisión preventiva, o la elevación a juicio.

Pero la sentencia que condene al cumplimiento de una pena deberá (y únicamente podrá) basarse en un conocimiento *probablemente verdadero* sobre la responsabilidad penal del condenado. Si ello no se lograra, *habrá* que absolver. O sea, que de *nada* servirá el conocimiento, por más que pueda ser verdadero, si no es inducido de (o justificado por) pruebas legítimas y obtenido con arreglo a las condiciones legales establecidas en resguardo de la dignidad y derechos del acusado, o si no puede ser explicado racionalmente en base a esas pruebas.

Hoy se discute sobre si las fuentes de donde la jurisdicción obtenga conocimiento pueden ser procuradas por los mismos funcionarios que la ejercen, es decir, los jueces por *su propia cuenta*, o si éstos deben atenerse al conocimiento que logren obtener de las pruebas que les *proporcionen* los representantes de los intereses que se enfrentan en el proceso penal (Ministerio Público Fiscal; defensor del imputado), posición esta última más ajustada al paradigma procesal diseñado por el sistema constitucional. Pero en cualquiera de ambos casos, la actividad de recibir y valorar los medios de prueba, implica tanto el esfuerzo de procurar *descubrir* el *dato* conviccional que contienen (si lo contienen), como el esfuerzo para *apreciar* la idoneidad de ese dato (solo y en conjunto con los demás que se hayan logrado recibir) para producir *conocimiento* sobre la acusación. Todo ello se expresará como una conclusión de hecho, dándola por probada, o por no probada por no darse las condiciones (formales o materiales) jurídicamente exigidas para su acreditación (v. gr., ilegalidad de la prueba; falta de contundencia conviccional de la prueba).

### Poder de decidir

Sin duda que la exteriorización por excelencia de la jurisdicción es el poder de *decisión* sobre el mérito de la acusación, haciendo efectiva la voluntad de la ley que aplica al caso (*condeno; absuelvo*). La decisión presupone el previo conocimiento sobre la existencia del hecho y la participación del acusado y concreta su encuadramiento en una figura penal (o en ninguna) y la aplicación de las consecuencias, que según la ley que aplica, correspondan al caso, es decir, la pena (o medida de seguridad), fijando su especie y cantidad o ninguna (si absuelve). Se tratará de un juicio *de derecho* (que implica interpretar la ley que aplica).

En esta tarea de interpretación legal, el titular de la potestad jurisdiccional deberá cotejar la adecuación de la ley a la normativa constitucional y, recién después de que esta prueba de "calidad" haya sido superada airoosamente (si así no ocurre no aplicará la ley por ser inconstitucional), podrá aplicarla. La interpretación de la ley deberá *orientarse* por los principios que inspiran el *Estado de Derecho* (en donde el derecho es concebido como una forma de limitar el poder frente al ciudadano en cuyo interés se organiza el Estado), el sistema *republicano* (fundado en la división de los poderes del Estado y su control recíproco a modo de "pesos y contrapesos") y el modelo *democrático* (que reconoce a la soberanía del pueblo como única fuente del poder y supone la participación ciudadana en la cosa pública). Por cierto que la labor interpretativa (en la que no puede descartarse la influencia de valoraciones personales del juez) deberá respetar un límite infranqueable: nunca podrá servir para sustituir la voluntad de la ley por la propia del juez mediante el arbitrio de la analogía, aplicando al caso otra ley que no lo capta (aun cuando respetar este límite le haga sentir como injusta su decisión).

El ejercicio de esta atribución de decidir también puede ser de carácter *provisorio*, como cuando el tribunal resuelve sobre el mérito de la acusación disponiendo la elevación a juicio del proceso. Por lo general, las decisiones provisorias son de tipo incrimina-

tor y provocan el avance del proceso (salvo el caso, por ejemplo, del sobreseimiento provisional).

### Siempre aplica el derecho

Las decisiones jurisdiccionales pueden *aplicar* el derecho penal en *contra* del acusado declarándolo culpable e imponiéndole una sanción; o bien puede aplicar el derecho *en favor del acusado*, no penándolo, por concurrir algún motivo que impida directamente el castigo (v. gr., legítima defensa) o por la aceptación de alternativas a la pena (v. gr., sobreseimiento en caso de suspensión del juicio a prueba). El tribunal también podrá aplicar el *derecho constitucional* (aun cuando pocas veces se lo invoque en forma expresa), como cuando absuelve al acusado por no haberse acreditado fehacientemente su culpabilidad (*in dubio pro reo*, derivado del principio de inocencia art. 18, CN) o porque el hecho, al ser atípico, no es de aquéllos que la ley prohíbe (art. 19, CN). O sea, penar o no penar es *siempre* ejercicio de la jurisdicción (véase el apartado V del Capítulo 4, en pág. 194).

### Poder de coerción preventiva

Con el propósito de asegurar que la jurisdicción pueda *ejercitarse* en plenitud al momento en que se dicte sentencia definitiva, se le incorporan atribuciones de *coerción preventiva*. Estas se expresan en restricciones excepcionales a derechos patrimoniales o personales, generalmente del imputado, que se imponen durante el proceso para garantizar que los tribunales puedan conocer la verdad sobre la acusación, aplicar el derecho y hacer cumplir lo que decidan, sin obstáculos sobre la prueba de los hechos o sobre el desarrollo del proceso (como ocurriría si el imputado ocultara o falseara las pruebas del delito o se fugara, evitando así el juicio o el cumplimiento de la sentencia). Pero estas atribuciones deben ejercitarse con un celoso respeto por el principio de inocencia, procurando que no se manifiesten como penas anticipadas.

### Definición del caso

En cualquier caso, la decisión definirá en un sentido o en otro la controversia de intereses entre acusación y defensa, resolviendo sobre si la acusación encuentra o no encuentra el fundamento probatorio y legal que el orden jurídico exige para someter a un ciudadano al cumplimiento de una pena. Esta decisión final es *inevitable* pues la actividad jurisdiccional, una vez que se puso en marcha, no puede ser *declinada*, debiendo concluir en una resolución definitiva (y dentro de ciertos plazos).

### Armonización de los protagonistas

Es útil reconocer que en el marco de esta concepción tradicional, es muy posible que el conflicto de fondo, es decir, el existente entre autor y víctima, quede incólume luego de la decisión jurisdiccional. Por estos días toma fuerza una corriente que apunta a que el derecho y la jurisdicción penal procuren atender y, si es posible, hasta solucionar este conflicto, acordándoles un rol en la armonización real de los protagonistas activo y pasivo del delito.

### Poder de ejecución

Es también parte de la jurisdicción el poder de *hacer cumplir*, incluso por la fuerza pública, sus decisiones: cuando se trata de la sentencia definitiva se lo conoce como poder de ejecución penal.

### Facultad de dirección procesal

Aunque no parecen ser estrictamente jurisdiccionales, se suelen mencionar como tales las facultades de *dirección* del proceso (v. gr., para aceptar o rechazar una prueba) para que éste pueda desenvolverse con normalidad. Entre estas facultades se incluyen algunas de tipo disciplinario (v. gr., asegurar el orden en la sala de audiencias) que se acuerdan a los tribunales con alcances variados, según la etapa en que éste se encuentre.

## 6. Aspectos

Se destacan como aspectos especiales de la jurisdicción su función *garantizadora* y su "*valencia política*".

### Función garantizadora

Es de la esencia de la jurisdicción su función *garantizadora* de los derechos individuales comprometidos en el proceso. El no hacer esta precisión ha llevado a que, entre nosotros, los jueces sean percibidos, primero, como funcionarios responsables de la persecución penal, verdaderos representantes del "interés social" en el "castigo del delito" y, recién después, como una garantía para los ciudadanos frente a posibles acusaciones infundadas en los hechos (por no haber podido ser probadas con el grado de convicción y dentro de los límites exigidos por el sistema constitucional) o arbitrarias en lo jurídico (por no fundarse realmente en la ley que rige el caso). En realidad los jueces deberían ser reconocidos por cumplir esta última y trascendental función.

Parte fundamental de esta tarea es *garantizar* (controlándola) la observancia de los derechos esenciales del imputado durante la investigación preliminar (v. gr., necesidad de las medidas de coerción; fundamento probatorio de la acusación), durante el juicio (v. gr., la recepción de pruebas de descargo), e incluso durante los recursos (v. gr., revocación de oficio a favor del imputado). También lo es el hacer respetar el libre ejercicio de las atribuciones que el orden jurídico reconoce al Ministerio Público Fiscal y a los otros sujetos privados que pueden intervenir (v. gr., querellante; actor civil; tercero civilmente demandado).

Y, por cierto, la jurisdicción los deberá respetar, evitando cualquier tipo de abuso que pueda significar un menoscabo injustificado en su desarrollo práctico. Así debe ser el "proceso regular y legal" del art. 18 CN.

*Valencia política*

Nuestro Poder Judicial no es una mera administración de justicia que sólo aplica la ley, como ocurre en otros países donde la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder, pero *no* es un poder. Aquí es un poder que, a diferencia de lo que ocurre en aquellos lugares, tiene la incondicionada atribución (que ejercita a través de cualquiera de sus representantes, es decir, los jueces) de examinar e incluso *dejar sin efecto* actos de los *otros* dos poderes (leyes; decretos) bajo el argumento del control sobre la constitucionalidad de esos actos. Este es el *rol político* que le asigna el esquema constitucional para la protección del ciudadano frente a excesos o abusos de los otros poderes o de sus funcionarios (lo que tiene también un efecto de *promoción* de los derechos individuales, mediante su reconocimiento y resguardo en la práctica). No obstante la indiscutible importancia de este rol, no se oculta la dificultad de legitimar políticamente dentro de “una organización democrática del gobierno”, las atribuciones del Poder Judicial (el que menor respaldo encuentra en la voluntad popular) de tener la “última palabra” en materia de control constitucional de las leyes y de interpretación de la Constitución. Al respecto se ha indicado el peligro de que “los jueces terminen silenciosamente, tomando el lugar que deberían ocupar *los representantes* de la voluntad popular”.

Pero el ejercicio de sus atribuciones no puede implicar una intromisión de la jurisdicción en la determinación de las políticas confiadas por el ordenamiento jurídico a los otros poderes del Estado. Estos límites nunca han sido sencillos de encontrar pues, como ha señalado la Corte Suprema, “la misión más delicada de la justicia (...) es la de saber mantenerse *dentro* de la órbita de su jurisdicción, *sin menoscabar* las funciones que incumben a los otros poderes”. Bien se ha dicho, sin embargo, que mucho peor que el “gobierno de los jueces” sería un “gobierno sin jueces”.

En cambio, la posibilidad de que los jueces juzguen y castiguen delitos cometidos por funcionarios de los otros poderes de Estado (y del propio), no debería parecer una “misión especial” de

la jurisdicción, sino más bien, ser una simple (y deseablemente rutinaria) expresión de su normal funcionamiento, consecuencia del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley penal (art. 16, CN) y ante los tribunales (PIDCP art. 14.1). No obstante, debe reconocerse que este aspecto se mostrará en muchos casos como una importante nota del poder que ejercen los jueces y de su misión de escudo protector de los derechos individuales frente a la arbitrariedad de los funcionarios públicos, cuando esa arbitrariedad se exprese en actos delictivos que los lesionan de modo directo (v. gr., privación ilegal de libertad) o indirecto (v. gr., sustracción de fondos públicos).

## V. JURISDICCIÓN PENAL FEDERAL Y COMÚN

De acuerdo a nuestro sistema federal de gobierno, los estados provinciales reservan para sí el poder de juzgar todos los hechos delictivos cometidos dentro de su territorio (arts. 121 y 122 y 75 inc. 12, CN). Es lo que se conoce como *jurisdicción común*.

Pero la integración nacional a través del federalismo determinó la creación de un Estado Nacional con proyección sobre todo el país para cuidar de su mantenimiento como tal y de las relaciones exteriores. En consecuencia, el Estado nacional debió ser dotado de la potestad de someter a juzgamiento a los autores de los delitos que atenten contra su seguridad o soberanía, cualquiera sea el lugar en que se hubieren cometido: es la llamada *jurisdicción federal* (que sufre en estos días un proceso de reelaboración teórica).

### 1. Procedencia y criterios

La jurisdicción federal se justifica por tres razones principales: lugar, materia y sujeto. Por el *lugar* (art. 75 inc. 12 y 30, CN): cuando el delito se comete en lugares sometidos a la autoridad absoluta y exclusiva de la Nación, ya sea fuera de las provincias, o

dentro de ellas (v. gr., sede de la Universidad Nacional). Por la *materia* (art. 116, CN y ley 48): cuando el hecho delictivo ofenda la soberanía o los intereses generales de la Nación como, por ejemplo, los atentados contra el sistema representativo, republicano y federal (rebelión, sedición, traición), los ataques al tráfico interprovincial o a las rentas de la Nación, etc. Por la investidura nacional de los *sujetos* (art. 116 y 117, CN y ley 48) activo o pasivo del ilícito penal, como son las autoridades de los poderes públicos de la Nación, los funcionarios nacionales, diplomáticos y representantes de estados extranjeros.

## VI. COMPETENCIA PENAL

Si bien todos los tribunales de un determinado ordenamiento (provinciales, nacionales) *tienen* en ese ámbito el poder jurisdiccional, no todos ellos pueden intervenir en cualquier caso.

Por el contrario, las leyes de organización judicial y procesal pre-establecen *cuál* es el órgano jurisdiccional que debe intervenir en cada tipo de caso concreto, lo que opera como un *límite* a sus atribuciones y se presenta en la práctica como una especie de *división del trabajo* jurisdiccional entre diferentes tribunales: es la noción de *competencia*.

### 1. Concepto

Desde una *concepción subjetiva*, la competencia penal ha sido definida como el poder-deber de un juez de ejercer la jurisdicción que le es propia, con relación a un determinado asunto penal.

Desde un punto de *vista objetivo*, es el ámbito legislativo predeterminado por la ley, dentro del cual el juez puede ejercer la función jurisdiccional.

Como la jurisdicción penal se ejerce por los tribunales que la Constitución y la ley instituyen y se extiende al conocimiento de

los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar (art. 28 CPP de Córdoba), es necesario precisar que la competencia de aquellos tribunales es *improrrogable*, es decir, no hay disponibilidad, no se puede convenir ni elegir por alguna de las partes ni por el tribunal. Las normas sobre competencia no son disponibles por nadie, salvo por ley (v. gr., un juez no puede delegarle su competencia a otro que no la tiene).

### 2. Clases

La tarea judicial se reparte, por obra de la ley procesal, entre diferentes órganos jurisdiccionales según varios — y clásicos — criterios, que determinan (pre-determinan) cuáles de esos órganos son los que pueden y deben intervenir en un caso concreto. El lugar de presunta comisión del delito es la base de la *competencia territorial*; la clase o cantidad de la pena, la naturaleza del delito (culposos o dolosos), o de la acción ejercitada (pública o privada) y la edad del imputado, son pautas para distribuir la *competencia material*; la etapa por la que transita el proceso (investigación preparatoria; juicio) o sus grados (tramitación de recursos) atribuyen *competencia funcional*. Algunas de estas reglas pueden quedar sin efecto cuando, tratándose de varios delitos, exista entre ellos alguna relación (subjetiva u objetiva) que requiera unificar la sede de su tratamiento judicial: es la *competencia por conexión*.

#### 2.1. Competencia material

##### Concepto

La competencia material es el poder-deber de un juez de conocer y juzgar un determinado delito en razón de la entidad de ese delito. La *entidad* del delito se refiere a: la *edad* del imputado, la *naturaleza del delito*, la *cantidad* y *calidad* de la pena del delito en cuestión, y la *naturaleza* de la acción penal ejercitada.

*Criterios de procedencia*

Por eso, para determinar los criterios de procedencia de la competencia material, hay que tener en cuenta primeramente:

1. La *edad* del imputado: si el imputado es *menor de dieciocho años*, en nuestra provincia se lo debe juzgar de acuerdo a lo establecido por la Ley 9053. Si el imputado es mayor de esa edad, se tendrá en cuenta:
2. La *naturaleza del delito*: los delitos culposos, cualquiera sea el monto de la pena, serán juzgados por el *Juez Correccional* (art. 37).
3. La *cantidad y calidad* de la pena: en caso de delitos dolosos conminados con pena de prisión de *hasta tres años* o pena de multa o inhabilitación, también los juzga el Juez Correccional (art. 37). Pero si se trata de un delito doloso con pena de prisión de *más de tres años* o pena de *reclusión* de cualquier monto, su juzgamiento corresponde a la Cámara en lo Criminal (art. 34).
4. La *naturaleza de la acción*: si se trata de delitos de acción privada, corresponde que los juzgue el *Juez Correccional* a través de un proceso especial (arts. 424 y ss). Si se trata de delitos de *acción pública*, tanto promovible de oficio como dependientes de instancia privada, hay que ver primero el *monto* y *especie* de pena conminada en abstracto para ese delito y, de acuerdo a ello, será el tribunal que deba juzgarlo según lo señalado en el apartado anterior.

Es útil precisar que para determinar la competencia material se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito *consumado* y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del art. 52 del Código Penal (medidas de seguridad), será competente la Cámara en lo Criminal (art. 40).

*Órganos de la competencia material*

Del análisis de los artículos del Código, advertimos que existen órganos jurisdiccionales que *resuelven*, otros que — en forma excepcional — pueden *investigar* y, finalmente, quienes cumplen tareas de *ejecución*.

A) Los órganos que *resuelven* son:

- *Tribunal Superior de Justicia*, que conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión (art. 33).
- *Cámara en lo Criminal* que conocerá:
  - a. de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de las cuestiones de competencia que se suscitaren entre los tribunales jerárquicamente inferiores (art. 35) (la anterior Cámara de Acusación fue suprimida, ver ley 9048 del 29.10.02).
  - b. a través de sus Salas Unipersonales o como Tribunal Colegiado, juzgará en única instancia de los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro tribunal (art. 34). La regla general son las Salas Unipersonales (art. 34 *bis*); la excepción es el Tribunal Colegiado, y ante los supuestos del art. 34 *ter*.
- *Juez Correccional* que juzgará en única instancia (art. 37), los delitos de acción pública dolosos que estuvieren reprimidos con prisión no mayor de tres años o pena no privativa de la libertad; los delitos culposos, cualquiera sea el monto de la pena; los delitos de acción privada.
- *Juez de Instrucción* que juzgará en única instancia en el caso del juicio abreviado inicial previsto por el art. 356 (el que puede solicitar el imputado durante la investigación penal preparatoria) (art. 36 inc. 2).

B) Los órganos que pueden *investigar* son:

18



- *Juez de Instrucción* o de *Control* que practicará la *investigación jurisdiccional* en los supuestos previstos en los arts. 14 y 16 y adoptará las medidas que le correspondan durante la investigación fiscal (art. 36, inc. 1), v. gr., control de la privación de libertad dispuesta por el Fiscal de Instrucción.
- *Juez de Paz* que realiza los actos urgentes de la investigación cuando en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores (art. 39).

C) Los órganos de *ejecución* son:

- *Juez de Ejecución* quien controla y conoce sobre los diversos supuestos previstos en el art. 35 *bis* y siempre que no se tratare de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores (hoy suspendido en su vigencia).

D) Fuero penal económico (Ley 9122):

- *Fiscalía de Instrucción en lo Penal Económico, Juzgado de Control en lo Penal Económico, Fiscalía de Cámara en lo Criminal Económico y Cámara en lo Criminal Económico* que tienen asignada la competencia material en lo penal económico anticorrupción administrativa, prevista en el Artículo 54 de la Ley n° 8835 en forma exclusiva y excluyente, para el Centro Judicial Capital de la Primera Circunscripción Judicial.

### *Incompetencia y efectos*

La incompetencia por razón de la *materia* deberá ser declarada aun de oficio en cualquier estado del proceso. El tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere. Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el tribunal de juicio juzgará de los delitos de competencia inferior (art. 41).

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la *nulidad* de los actos, ex-

cepto lo que sea imposible repetir. Esta disposición no regirá cuando un juez de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior (art. 42).

### *2.2. Competencia territorial*

#### *Concepto*

La competencia territorial es el **poder-deber de un juez penal competente en razón de la materia, de conocer y juzgar un determinado delito por la relación que existe entre el lugar donde se cometió el delito y el lugar sobre el que el juez ejerce su jurisdicción.**

#### *Criterios de procedencia*

Según lo que establecen los arts. 43 y 44, será competente para intervenir:

1. El tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido.
2. En caso de *tentativa*, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución.
3. En caso de delito *continuado* o *permanente*, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.
4. Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el tribunal jerárquicamente superior.

#### *Incompetencia y efectos*

En cualquier estado del proceso, el tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación (art. 45).



La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia (art. 46).

### 2.3. Competencia por conexión

#### Concepto

Competencia por conexión es la potestad que tiene un juez para entender en diversos procesos que se encuentran vinculados por razón de la persona o de los delitos, en forma de producir unificación procesal y que, de acuerdo a los principios generales, tomados esos delitos en forma aislada, no le hubiera correspondido entender en todos los casos (Clariá Olmedo, 1963).

Es decir, las normas de competencia material y territorial se aplican cuando aparece un solo delito; pero estas normas sufren variaciones cuando ocurren dos o más hechos delictivos que, aunque son independientes, se vinculan entre sí por circunstancias objetivas o subjetivas. En esos casos se produce la acumulación de causas que permiten conocer y juzgar en todas a un solo juez, derogándose así las reglas sobre materia y territorio (excepción: art. 426).

Hay que tener en cuenta que la acumulación de causas por conexión sólo puede realizarse entre jueces de la misma jurisdicción (v. gr. nacional o provincial).

#### Criterios de procedencia

El art. 47, establece dos criterios de conexión de causas.

*Conexión objetiva:* por un lado, si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas. Por el otro, si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.

*Conexión subjetiva:* cuando a una sola persona se le imputaren varios delitos.

#### Efecto

El efecto de la conexión es la acumulación de procesos.

Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, los procesos se acumularán y será competente:

1. El tribunal competente para juzgar el delito más grave.
2. Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el tribunal competente para juzgar el que se cometió primero.
3. Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el tribunal jerárquicamente superior.

Hay que recordar que estas reglas se aplican en el momento de juzgar esos delitos, por eso, a pesar de la acumulación, las actuaciones sumariales (las de investigación penal preparatoria) se compilarán por separado, salvo que fuere inconveniente para la investigación (art. 48 *in fine*).

### 2.4. Competencia funcional

#### Concepto

Es el poder deber que el Código acuerda a diferentes tribunales para intervenir en un proceso, según sea la fase (v. gr., la investigación jurisdiccional o el juicio) o el grado (v. gr., recursos) en que el mismo se encuentre.

El Código establece cuáles son los tribunales que deben intervenir en el juicio común (v. gr., art. 34) o los juicios especiales (v. gr., art. 37) y cuáles son los que deben intervenir en los recursos que se autorizan contra resoluciones jurisdiccionales (v. gr., art. 33) y en la ejecución (art. 35 bis).

### 3. Conflictos de competencia

Es posible que dos tribunales se declaren simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho. En tal supuesto el conflicto será resuelto por el tribunal jerárquicamente superior (art. 50).

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de competencia por inhibitoria ante el juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente (art. 51).

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate (art. 52).

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación. Al resolver el conflicto, el tribunal determinará, si correspondiere, qué actos del declarado incompetente no conservan validez. De la conceptualización de la inhibitoria y la declinatoria se ocupa la "Teoría General del Proceso" (Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003).

- I. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.** Concepto; reglamentación; manifestaciones de su influencia en la persecución penal. Justificación y críticas.
- II. **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** Noción. **Oportunidad reglada:** noción; criterios de aplicación; ventajas. Propuestas: redistribución de recursos y políticas de persecución penal.
- III. **EXCEPCIONES Y CONDICIONAMIENTOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** Casos vigentes.
- IV. **LA VERDAD SOBRE LA ACUSACIÓN.** Concepto. Reconstrucción conceptual: dificultades y límites al logro de la verdad. Responsabilidad de su obtención. Método de averiguación: procedimiento y roles de los distintos sujetos procesales. Percepción subjetiva de la verdad: estados intelectuales. Verdad consensual: restricciones.
- V. **LA PENA.** Noción. La reparación como sustituto de la pena: ámbito de aplicación. Otras alternativas no punitivas.
- VI. **LA ACCIÓN RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL.** Noción; fundamento; justificación y fines; titularidad.

#### I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

##### *Principios generales*

Las actividades de perseguir penalmente, juzgar y, eventualmente, penar se encuentran orientadas entre nosotros (aunque no siempre con los mismos alcances) por tres principios fundamentales: *legalidad*, *verdad* histórica y *pena* como única o principal respuesta a la infracción penal. Aunque como estos principios registran algunas excepciones (legales y de hecho) desde antes de ahora y comienzan en estos últimos tiempos a admitir otras nuevas

(proponiéndose más aún, relacionadas con una mayor protección de los derechos e intereses de la víctima del delito), quizá podría decirse que, *prevalentemente*, orientan aquellas actividades. Pero, hay que adelantarlo desde ya, aquellas actividades se encuentran condicionadas insuperablemente en su ejercicio por el “principio de la dignidad personal del imputado” que les impone límites y restricciones como salvaguarda de sus derechos ciudadanos frente a posibles (*temibles y frecuentes*) excesos estatales en esta materia.

### 1. Concepto

La ley penal describe en abstracto una conducta punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Pero su actuación práctica en un caso concreto requiere un procedimiento mediante el cual, frente a la hipótesis de que se ha incurrido en esa conducta, se procure establecer si en verdad esto ha ocurrido para dar paso a la aplicación de la sanción prevista para el responsable.

Sobre el punto se presentan, teóricamente, dos alternativas posibles. O la reacción buscando acreditar el hecho delictivo para que pueda ser penado se debe dar fatalmente en *todos los casos* en que exista la posibilidad de que haya ocurrido, sin excepción y con la misma energía; o bien, se puede *elegir* en qué casos se va a provocar esta actividad y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina *legalidad* (legalidad “procesal”) o *indisponibilidad*; la segunda *disponibilidad* o también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad serían las razones de la disponibilidad).

Se ha conceptualizado a la *legalidad* (procesal) como la **automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que, frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública), comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.**

Se lo enuncia exageradamente diciendo que todo delito de acción pública debe ser *ineludiblemente* investigado, juzgado y penado (por cierto, si corresponde) y con igual compromiso de esfuerzos estatales (cualquiera sea la gravedad del delito).

### 2. Reglamentación

En nuestro país no hay normas constitucionales que impongan el principio de legalidad o el de oportunidad. Sí las tiene el Código Penal.

Salvo los casos de algunos delitos que podríamos denominar constitucionales, como el delito de traición (art. 29, CN), la Constitución y los tratados internacionales incorporados (art. 75, inc. 22, CN) se limitan a poner condiciones para el ejercicio del poder penal del Estado: “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ...”.

Pero en ningún lugar se expresa que *cada vez* que se cometa un hecho de los que la ley anterior tipifica como delito, deba provocarse la iniciación de un juicio o se deba imponer una pena. Además, aun cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio (“acusación, juicio y castigo”, es la secuencia prevista por el artículo 60 de la Constitución Nacional), no ordena que aquélla se produzca en *todo* caso. La Constitución tolera tanto la legalidad como la oportunidad, en la medida que esta última respete el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y ante los tribunales (art. 14.1, PIDCP) que protege al ciudadano frente a la discriminación en situaciones iguales.

Sin embargo, aquella “tolerancia” parece encontrar un límite — al menos frente a ilícitos que signifiquen violaciones serias a derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución y la normativa supranacional incorporada a ella, a su mismo nivel (art. 75, inc. 22) — en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, cuando señala que, como consecuencia de su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de aquellos derechos “a toda persona sujeta a su jurisdicción”, el Estado tiene el *deber*

*jurídico* de “investigar (...) las violaciones que se hayan cometido (...) a fin de identificar a los responsables” e “imponerles las sanciones pertinentes”. Hay también casos en los que la actuación *de oficio* (expresión del principio de legalidad) es una obligación estatal de expresa raíz constitucional (v. gr., investigación de oficio de la posible existencia del delito de tortura — art. 8 de la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura” —); o casos en que es posible entrever alguna autorización para criterios de oportunidad, expresados como “atenuantes” de pena para quienes, habiendo participado en el delito de desaparición forzada de persona, “contribuyan a la aparición con vida de la víctima” o suministren “información que permita esclarecer la desaparición” (art. III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”).

El Código Penal, en cambio, *sí* hace una opción y establece el principio de *legalidad* como regla general. Por un lado, el artículo 71 dispone que “deberán iniciarse de oficio todas” las acciones penales. Como la iniciación de oficio solamente se concibe mediante la actuación de órganos estatales (sólo ellos pueden actuar de oficio), se refiere a *todas* las acciones y se utiliza el imperativo *deberán*, queda claro que esa norma impone el principio de legalidad. La misma disposición hace excepción de las acciones públicas dependientes de instancia privada y las acciones privadas. Por otro lado, y concordantemente, el artículo 274 del C. Penal reprime la conducta de los funcionarios públicos que, debiendo *perseguir y castigar* a los delincuentes, omitan hacerlo. Esta disposición, además, proporciona sentido al principio de legalidad, indicando *para qué* se inician las acciones penales (para perseguir y castigar el delito).

### 3. Manifestaciones de su influencia en la persecución penal

La influencia del principio de legalidad procesal se advierte en el momento *inicial* de la persecución penal y en el momento *posterior* de su ejercicio.

En el primero se presenta con la característica de la *inevitabilidad*: frente a la hipótesis de la comisión de un delito, *necesariamente* se tiene que poner en marcha (lo que se conoce como preparación o promoción de la acción penal) el mecanismo estatal enderezado a la investigación, juzgamiento y castigo (art. 5), sin que se pueda *evitar* de ninguna manera o por ninguna razón que esto así ocurra. Una vez ocurrido esto, el principio de legalidad se manifiesta en la *irretractabilidad*: una vez puesta en funcionamiento la persecución penal, no podrá interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar (art. 5), hasta que el juez que corresponda resuelva definitivamente sobre ella (sobreseimiento; sentencia absolutoria o condenatoria).

### 4. Justificación y críticas

El principio de legalidad ostenta serias y fundadas justificaciones de carácter teórico. No obstante, cada una de ellas recibe una crítica o una relativización desde la misma óptica y contundentes cuestionamientos desde el campo de la realidad.

Se argumenta principalmente que, para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito *sea reintegrado*, es necesario que se imponga la sanción amenazada por la ley como consecuencia de su comisión: sólo así se afirmará la efectividad del derecho en la realidad. Esta argumentación se contraargumenta diciendo que es una expresión de *autoritarismo* del sistema penal, por el cual no se repara tanto en la protección del bien jurídico concretamente lesionado por el delito (que sólo se define como categoría general), sino que se presta mayor atención a lo que significa como desobediencia (reforzando el principio de autoridad mediante el castigo de la desobediencia). Prueba de ello es la escasa o nula atención que el sistema penal presta a los intereses que pueda tener el principal involucrado por el conflicto penal, que es quien sufre las consecuencias del ilícito, es decir, la víctima.

Un segundo argumento a favor del principio de legalidad es que sólo a través de él se puede lograr (en la realidad) cumplir con *los fines de la pena* (véase el apartado V de este Capítulo, en pág.

106). Se responde a este argumento señalándose que es puramente retribucionista y que en muchos casos se pueden alcanzar los fines de prevención general y sobre todo de prevención especial, sin necesidad de imponer una sanción; y que hoy se piensa que el rol del derecho penal en la sociedad no se agota en la idea de la pena, sino que abarca también el examen de su idoneidad para proporcionar alternativas para la definición del conflicto penal, que no siempre deben ser punitivas.

Otro argumento utilizado a favor del principio de legalidad, es que favorece la *independencia* entre los poderes del Estado, porque si la voluntad del poder legislativo fue la de *sancionar* una conducta por ser delictiva, ni el órgano que ejerce la acción penal (que en algunos sistemas es autónomo, v. gr., en el orden nacional, art. 120, CN), ni el que tiene que aplicar la sanción, que es el Poder Judicial, pueden evitar la pena sin afectar las atribuciones constitucionales del primero o del último (v. gr., el Poder Judicial no reprime lo que el Poder Legislativo le manda reprimir; el Poder Judicial se ve impedido de aplicar la pena por decisión negativa de un acusador que integre un poder autónomo, como ocurre con el Ministerio Fiscal en el orden Nacional, art. 120, CN). Este argumento también es relativizado al afirmarse, por un lado, que precisamente el legislativo es quien fija los criterios de oportunidad y que, entre nosotros, el Ministerio Público Fiscal es independiente del ejecutivo; y por otro, que es normal la existencia de controles entre los Poderes para que, además de su independencia, tiendan a un equilibrio recíproco (v. gr., declaración de inconstitucionalidad de leyes o decretos por parte de los jueces; ley de amnistía; decreto de indulto).

Se dice asimismo, a favor de la legalidad, que es la forma más perfecta de garantizar, en los hechos, el principio de *igualdad ante la ley penal* (alcanzará a todos, sin excepción), siendo la expresión más elocuente en este campo del derecho, de la *venda* que tiene la imagen de la justicia sobre sus ojos. A esto se replica, por un lado, que la igualdad es tal cuando se refiere a quienes están en *iguales circunstancias*. No es lo mismo — se ejemplifica en este sen-

tido — la situación del conductor desaprensivo de un vehículo que en estado de semiebriedad atropella a un peatón y le causa la muerte, que la situación del padre de familia que, por una distracción accidental en la conducción de su automóvil, choca y ocasiona la muerte de su hijo que lo va acompañando (hipótesis clásica de aplicación de un criterio de oportunidad en relación a este poder). Por otro lado, se expresa que la aplicación habitual de la ley penal es desigual porque, según se puede comprobar empíricamente, afecta prioritariamente a los *sectores marginados* de la sociedad y en medida decreciente a quienes ostentan una mejor situación económica y social (hay una desigualdad en la práctica).

#### *El fracaso en la práctica*

Pero el principio de legalidad sufre sus más severas críticas desde la óptica de su *aplicación práctica*. Allí nos encontramos con que, por encima de lo que manda la ley, en verdad no tiene plena *efectividad* en la realidad. Ésta indica, por el contrario, que en el mundo *no* hay sistema judicial que pueda dar tratamiento (o sea, investigar, juzgar y castigar) a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a los que se *conocen*, y ni siquiera a los que a él *ingresan* (lo que debe tenerse en consideración cuando se analicen las atribuciones de la jurisdicción y los fines del proceso, que poco se re-examinan frente a este fenómeno; alguien ha denunciado con agudeza un “sopor dogmático en la materia”).

Ello obedece a la falta de información (la cifra *negra* del delito), o a la venalidad o influencias (cifra *dorada*), o a la aplicación informal (y muchas veces ilegal) de criterios de oportunidad por parte de funcionarios policiales, fiscales o judiciales, favorecida por algunas disposiciones procesales o prácticas muy extendidas. A esto se suma la *imposibilidad material* del aparato estatal para investigar y juzgar todos los delitos (cuyo catálogo aumenta constantemente, la llamada “inflación legislativa penal”), derivada de la desproporción entre el número de éstos y el de órganos públicos encargados de su persecución y juzgamiento.

Lo cierto es que la realidad muestra con contundencia esta crisis de vigencia práctica del principio de legalidad y la existencia de un extendido, informal y muchas veces *inicuo* fenómeno de selección de casos, que se hace arbitrariamente, sin responsables, ni control y — sobre todo — sin atención de los criterios que postulan esta selección como conveniente para ciertas hipótesis y que deberían estar previstas en la ley. Haciendo un juego de palabras podría decirse que, por fuerza de los hechos, lo “inevitable” es la “disponibilidad”.

## II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Lo contrario al principio de legalidad procesal, precedentemente desarrollado, es el principio de *disponibilidad*, más conocido como *principio de oportunidad*.

### Noción

El principio de *oportunidad* (*disponibilidad*) puede expresarse como la posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”; o la autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada para el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió.

### 1. Oportunidad reglada

Las atribuciones propias del principio de oportunidad (antes sintetizadas) pueden ser dejadas por el orden jurídico exclusivamente en manos de los órganos de la acusación, para que las ejerciten discrecionalmente (lo que se conoce como oportunidad libre)

cuando lo crean conveniente, o bien pueden ser prefijadas por la ley como una excepción al principio de legalidad.

### 2. Noción

La *oportunidad reglada* significa entonces que, sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, se admiten *excepciones por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal, tanto en sus motivos (causas de procedencia) como en sus alcances (en qué consisten)*.

La aplicación de un criterio de oportunidad en el caso concreto debe realizarse bajo la *responsabilidad* de funcionarios judiciales predeterminados, requiriendo generalmente el *consentimiento* del imputado y a veces también el de la víctima, y sometido al *control* del órgano jurisdiccional sobre si el caso es de los que la ley autoriza *abstractamente* a tratar con algún criterio de oportunidad (y con cuál), y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento (véase el apartado III de este Capítulo, en pág. 88).

### 3. Criterios de aplicación

Los criterios de oportunidad *priorizan* otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación, o cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor, según los casos. Se encuentran dentro de estas soluciones alternativas, la reparación de la víctima que hoy se plantea como el tercer fin del derecho penal (al lado de la pena y la medida de seguridad, — véase el apartado V de este Capítulo, en pág. 106 —, o la “resocialización” del autor (prevención especial) por tratamientos alternativos (v. gr., cumplimiento de las condiciones de la suspensión del juicio a prueba, art. 76 *bis*, CP), o su rehabilitación (v. gr., tratamiento de recuperación del adicto acusado de tenencia de droga para consumo personal, art. 18, ley 23.737), o la pérdida del interés de castigar (v. gr., delito que en sí mismo o en su consecuencia infringe un daño al autor superior a la pena —

“pena natural” —); o cuando la pena impuesta por otros delitos (v. gr., prisión perpetua) hace *irrelevante* perseguir el nuevo; o cuando concurre la misma razón por la gran cantidad de hechos imputados, entre otras propuestas. También se proponen excepciones por razones *utilitarias* (v. gr., colaboración con la investigación, art. 29 *ter*, ley 23.737; art. 2 y 3 ley 25.241), o como un modo de armonizar el conflicto penal de una manera más conveniente a los intereses de la víctima (v. gr., el avenimiento, art. 132, CP, texto según ley 25.087).

#### 4. Ventajas

Como ventaja de la oportunidad reglada se ha señalado que ella permitirá, por un lado, *canalizar* la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando *desigualdades* en contra de los más débiles, ajustándola a *criterios* predeterminados y racionales y asignándole *controles*. Y, por otro, satisfacer la necesidad de *descongestionar* el saturado sistema judicial (sobresaturado “por la inflación” legislativa penal), para así evitar los irracionales efectos que en la práctica suele provocar el abarrotamiento de causas (v. gr., una priorización de su tratamiento, inverso a su importancia; primero lo más leve que suele ser más sencillo; después — y por lo tanto muchas veces nunca — lo grave y complicado).

#### 5. Propuestas

Para que esta propuesta traiga las ventajas prácticas que se esperan de ella, además de las necesarias reformas legislativas, serán necesarias otras acciones prácticas que realizar, a saber:

##### 5.1. Redistribución de recursos

Desde lo operativo, esto exigirá un prolijo *inventario* de todos los recursos humanos y materiales afectados a la persecución penal del Estado para luego *redistribuirlos* con un criterio más racional, de modo que su *mayor* concentración se destine a aquellos delitos cuya investigación, juzgamiento y castigo se considere *más*

*importante* por su gravedad, por la forma organizada de su comisión, por el abuso de la función pública del autor, por la peligrosidad evidenciada por éste, etc. El *resto* se asignará a aquellos delitos de mediana o mínima gravedad, los que podrán ser tratados mediante las alternativas a la pena que autoricen los criterios de oportunidad, que favorezcan la “resocialización” (efecto de prevención especial sobre el agente, concebida como probabilidad de que éste no vuelva a incurrir en el campo del derecho penal) teniendo prevalentemente en cuenta los intereses de la víctima, cuya reparación (que también tiene efecto de prevención general) puede considerarse, no ya una simple cuestión civil, sino el tercer fin del derecho penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad (véase el apartado V de este Capítulo, en pág. 106).

##### 5.2. Políticas de persecución penal

El desarrollo de lo precedentemente expuesto exigirá, desde lo *orgánico-funcional*, que haya alguien que se ocupe de fijar criterios (políticas) al respecto, es decir, que pueda fijar objetivos y tras ellos orientar procederes idóneos para alcanzarlos, dentro del marco que las leyes autoricen.

Éste deberá ser la cabeza de un Ministerio Público Fiscal independiente, estructurado jerárquicamente, cuya tarea se puede llevar a cabo en la práctica *orientando* a los de inferior rango mediante criterios uniformes para la *aplicación* (en procesos concretos) de las excepciones al principio de legalidad que ya existen en la legislación penal (v. gr., suspensión del juicio a prueba), y las nuevas que habría que incorporar. También podrá disponer la *priorización* de tratamiento de los casos penales. En este sentido, la realidad indica que cuando es materialmente imposible investigar todo y desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal se ordena empezar a hacerlo por ciertos delitos, el resultado práctico es que esos delitos reciben atención por haber sido priorizados, y el resto quedan para ser tratados más adelante, o sencillamente nunca, porque habrá menos o ninguna posibilidad material para hacerlo desde el punto de vista de los recursos.



### III. EXCEPCIONES Y CONDICIONAMIENTOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por encima de la discusión teórica entre legalidad versus oportunidad, la exteriorización del principio de legalidad en lo relativo a la promoción y ejercicio de la persecución penal pública, tiene en la realidad del derecho argentino algunas excepciones *vigentes* y expresamente previstas, las que *impiden* o *demoran*, según el caso, la aplicación de la pena a conductas delictivas.

#### 1. Casos vigentes

Las constituciones y las leyes penales consagran impedimentos absolutos (v. gr., inmunidad de opinión del legislador) o relativos (v. gr., instancia privada), al *inicio* de la persecución penal o a su *prosecución* (v. gr., cuestiones prejudiciales; privilegios procesales de funcionarios; suspensión del proceso a prueba o para rehabilitación de adictos). Si bien responden a fines diferentes, estos impedimentos tienen en la práctica el mismo efecto. También se establecen *límites temporales* a la vigencia del poder de perseguir penalmente (prescripción de la acción y de la pena).

Sólo algunos impedimentos pueden considerarse criterios de oportunidad en el sentido estricto precedentemente desarrollado (v. gr., suspensión del juicio a prueba); pero todos, de algún modo, restringen la actuación práctica del principio de legalidad (procesal).

#### *Inmunidad de opinión*

Las constituciones establecen (v. gr., CN, art. 68; Const. Cba., art. 89), en general, que los legisladores no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones, discursos o votos que emitan en el *desempeño* de su mandato, es decir, no pueden ser perseguidos penalmente ni mucho menos sancionados por tales expresiones, aun cuando puedan considerarse delictivas (v. gr., injurias).

Esta verdadera inmunidad penal (por ausencia de tipicidad penal o exclusión de la pena por fines políticos, discrepan los autores) alcanza a toda manifestación vertida con motivo del ejercicio del cargo (sea en el recinto de sesiones o fuera de éste, incluso ante medios de comunicación, Const. Cba. art. 89), aun después del cese del mandato legislador. Esta inmunidad debe ser entendida en el más amplio sentido, pues garantiza el libre funcionamiento del parlamento, favorece su función de control y afianza la independencia entre los poderes del Estado.

#### *Instancia privada*

En ciertos casos, la ley subordina el ejercicio de la acción (persecución) penal pública a una manifestación de voluntad de la víctima (art. 72, C. Penal): la *instancia privada*. Se deja así en manos del agraviado la decisión de permitir el inicio de la persecución penal, instándola o impidiéndola mediante su inactividad o silencio. Si la instancia se produce (a través de una denuncia o querrela), el particular no tiene luego ninguna posibilidad de revocarla, aspecto que hoy se propone revisar, procurando respetar mejor el interés del agraviado (lo que se ha logrado, en otros términos, en los delitos contra la integridad sexual — ley 25.087 —).

El *fundamento* originario de esta institución fue el de evitar a la víctima de delitos contra la integridad sexual la *revictimización* que le significaría el conocimiento público del hecho y su participación en el proceso (el *strépitus fori*). Actualmente se ha extendido a otras situaciones, protegiendo relaciones de familia (v. gr., impedimento de contacto de los hijos menores con los padres no convivientes) en las que también se subordina a la voluntad del damnificado el interés estatal de penar y a otras hipótesis que sólo persiguen fines de descongestión judicial (v. gr., lesiones leves). Sin embargo existen motivos especiales que *transforman* a todos estos ilícitos en perseguibles de oficio (v. gr., víctimas menores que no tienen representantes legales; razones de interés o de seguridad pública en las lesiones leves).



### Cuestiones prejudiciales

Las leyes aceptan como causales de *suspensión* del ejercicio de la persecución penal las llamadas *cuestiones pre-judiciales* civiles y penales (arts. 9 y 10, CPP).

Las primeras — pre-judiciales civiles — son aquellas cuya **resolución — que es puesta a cargo de un juez extra penal (distinto del que tiene competencia en el proceso penal) — tendrá como efecto, según sea como se resuelvan, el de quitar o atribuir tipicidad penal al hecho que origina el proceso.** No basta con que puedan influir en la calificación legal.

La única cuestión pre-judicial civil que hoy subsiste es la relacionada con la validez o nulidad del *matrimonio*, que puede tener incidencia, por ejemplo, sobre la existencia del tipo de la bigamia (el segundo matrimonio sólo será delito si el primero es válido).

Existe cuestión prejudicial penal, **cuando la solución de un proceso penal dependa de la resolución que recaiga en otro proceso penal y ambos no puedan ser acumulados** por razones de distinta jurisdicción (v. gr., si un documento que fue presuntamente falsificado en una provincia — en donde se labra un proceso por su falsificación — se habría usado en otra en donde se labra un proceso por el uso del documento falso. En este último proceso podrá plantearse la cuestión prejudicial penal hasta que se dicte resolución en el primero).

Admitida la cuestión pre-judicial, la persecución penal se suspende hasta que el tribunal que debe resolverla lo haga por sentencia firme, la cual hará *cosa juzgada* en el primer proceso.

### Privilegios constitucionales

También con el propósito de garantizar el libre ejercicio de las funciones de miembros del Poder Ejecutivo (v. gr., presidente, gobernador, ministros), Legislativo (senadores y diputados) y Judicial (v. gr., integrantes de cortes supremas, tribunales superiores o magistrados inferiores), la Constitución Nacional establece (Const.

Nac. arts. 70 para legisladores; arts. 53, 59 y 115 para jueces; art. 53 y 59 para miembros del ejecutivo), y las leyes procesales reglamentan, verdaderos obstáculos transitorios al *ejercicio* de la acción (persecución) penal en su contra.

Si bien se autoriza su inicio (promoción de acción, acusación, querrela, son las expresiones utilizadas), el sometimiento a proceso del funcionario imputado o su encarcelamiento preventivo no es posible (esto con distintos alcances según las Constituciones Nacional, Provinciales y Códigos Procesales) sin una decisión previa de un cuerpo político que fundadamente lo autorice, a pedido — también fundado — del tribunal judicial competente.

La Constitución de Córdoba del año 2001 ha derogado toda inmunidad de proceso o de arresto respecto de los legisladores. Y mantiene alguna inmunidad para magistrados judiciales y altos funcionarios del Poder Ejecutivo, restringida — en relación a la Constitución anteriormente vigente — por los arts. 14 y 15 CPP a una *inmunidad de coerción* (no podrá ser detenido ni obligado a comparecer ante un tribunal por la fuerza pública) y *de juicio*. Con arreglo a esta última para poder detener a un magistrado o funcionario de los mencionados o para someterlo a juicio oral y público, deberá obtenerse el allanamiento del privilegio mediante el procedimiento constitucional previsto para su destitución (jurado de enjuiciamiento de magistrados, art. 159, Const. Prov.; juicio político para altos funcionarios del Poder Ejecutivo, art. 112, Const. Prov.). Véase el apartado IV del Capítulo 9, en pág. 457.

### Criterios de oportunidad

Como ejemplos claros de excepción al principio de legalidad, por aceptación de criterios de oportunidad que admiten una solución no punitiva del caso penal, se presentan en el derecho positivo vigente entre nosotros los siguientes.

La ley 24.316 incorpora al Código Penal *la suspensión del juicio a prueba* que en ciertos casos (delitos leves), bajo ciertas condiciones, y requiriendo *acuerdo* entre los sujetos del proceso,

permite suspender el ejercicio de la persecución penal — en la etapa del juicio. La supresión del juicio o prueba contempla la posibilidad de que si el imputado cumple con las condiciones impuestas — en especial la de *reparación* a la víctima —, la persecución penal se extinguirá y el imputado deberá ser sobreseído (arts. 76 *bis* a 76 *quater*).

La ley 23.737 dispone (art. 18) que si el imputado de simple tenencia de estupefacientes para uso personal es un adicto a la droga, se le puede imponer — con su acuerdo — un tratamiento de rehabilitación, lo que suspenderá la persecución penal. Si hay recuperación, se extingue la acción penal y se dicta el sobreseimiento.

La ley 25.087 elimina al casamiento con la ofendida como excusa absoluta en los delitos contra “la integridad sexual” (antes denominados delitos contra la honestidad). En su lugar, el nuevo art. 132 del CP dispone que la víctima de algunos de esos ilícitos que “fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un *avenimiento* con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 *ter* y 76 *quáter* del Código Penal” (suspensión del juicio a prueba).

También la ley 25.087, que conserva el régimen de instancia privada para los delitos contra la integridad sexual, dispone que si existieren “intereses gravemente contrapuestos” entre los autorizados a instar en representación de una víctima menor de edad (padres, tutor, guardador) y esta última, el fiscal *podrá* actuar de oficio cuando así resultare “más conveniente para el interés superior de aquél” (art. 72, *in fine*, CP). O sea que también podrá *no actuar* cuando así lo aconseje el interés superior de la víctima. Es un caso

de disponibilidad de la acción penal, fundado en aquel interés que funciona como un criterio de oportunidad.

La ley 24679, que estatuye sobre el “Régimen Penal Tributario”, permite en *ciertos* casos que la “*reparación* del damnificado” (el Fisco o ente previsional) por pago de la deuda, extinga la acción penal deducida contra el infractor (art. 16). Igualmente podrán citarse los casos de “*arrepentimiento*” y colaboración con la investigación que prevé la ley 23.737 de estupefacientes (art. 29 bis y 29 *ter* y el art. 217 del CP), y que pueden disminuir la pena legalmente prevista y aun eximir de ella. O la más reciente ley 25.241 relativa al terrorismo (arts. 2 y 3) que permite reducir la escala penal a la de la tentativa o limitarla a la mitad o “al mínimo legal de la especie de pena” al imputado que haya “colaborado eficazmente con la investigación” con los alcances que allí se precisan.

### *Prescripción*

La pretensión punitiva tiene un límite temporal para procurar su satisfacción, vencido el cual, queda *extinguida* (como acción o como pena): es la *prescripción* (arts. 62 y 65, C. Penal).

Se discute si su fundamento radica en que el paso del tiempo acalló la alarma causada por el delito y la exigencia social de su represión, a la par que demuestra la *enmienda* del autor sin necesidad de la pena (pues se abstuvo de cometer otro delito que habría interrumpido el curso de la prescripción), o si sólo se trata de una *limitación temporal* al poder penal del Estado fundado en un rasgo esencial del Estado de Derecho (la limitación jurídica del poder, en garantía de los ciudadanos). También se le atribuye como “roles *accesorios*” un efecto de “estímulo” a la actividad de los órganos de persecución penal (si no actúan, la posibilidad de persecución se extingue), contribuir al derecho a la terminación del proceso penal en un plazo razonable y funcionar como una “válvula de escape” a la acumulación de casos en la justicia penal.

Existen últimamente, por obra de tratados internacionales con vigencia en Argentina, delitos imprescriptibles (v. gr., desapa-

rición forzada de personas, art. VII de la "Convención Americana sobre la desaparición forzada de personas").

La prescripción de la acción penal se *suspende* (art. 67, CP) en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas (v. gr., remoción de obstáculos constitucionales) o prejudiciales (civiles o penales). También en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, "para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público" (art. 67, CP), lo que encuentra justificación en el obstáculo que al descubrimiento del hecho delictivo (en perjuicio de la administración pública) o a su investigación eficaz, puede significar la investidura oficial del agente (aun cuando ello no atrapa todas las hipótesis posibles de abuso delictivo del poder). Superadas estas circunstancias, el término de prescripción se reanuda (aprovechando el tiempo de prescripción anterior a la suspensión que pudiera haber corrido).

La prescripción de la acción penal se *interrumpe* (el tiempo de prescripción transcurrido se pierde y comienza a correr nuevamente) por la comisión de otro delito (art. 67, CP) desde la fecha de comisión de éste (salvo que el delito interruptivo sea continuado o permanente, en cuyo caso el curso de la prescripción se reanuda cuando este delito cese). Esto adquiere sentido, ya sea como prueba de que el autor *no* se enmendó (para quienes ven en la enmienda el fundamento de la prescripción) o como *aprovechamiento* racional del esfuerzo que demandará al sistema judicial el tratamiento del nuevo ilícito (si debe hacerse un juicio por uno, que se haga por todos).

También se interrumpe por "la secuela del juicio" (art. 67, CP), causal interruptiva que ha sido cuestionada por "absurda" (porque como no rige para la prescripción de la pena, se coloca al condenado en mejores condiciones que el simple imputado), o porque de modo desigual libra al imputado de un proceso o lo mantiene bajo su amenaza, según la "veleidad" de los acusadores.

La interpretación de la naturaleza y alcances de esta causal interruptiva ha generado perplejidades (indescifrable enigma, se apostrofó) y contradictorias posiciones que han servido como exponente de los componentes autoritarios y garantistas que conviven en el pensamiento penal argentino, expresados en opiniones doctrinarias y decisiones jurisdiccionales. Hay quienes creen que constituyen "secuela del juicio" actos realizados en *cualquier* momento de la persecución penal (aunque se discute sobre cuáles serán los que tienen efecto interruptor), y hay quienes creemos que sólo pueden serlo actos propios de la etapa procesal denominada "*juicio*". Ello no sólo porque en el C. Penal "juicio" no es "instrucción" (distinción que puede verse claramente en los arts. 76 *bis* y ss, CP), sino porque aceptar que los actos de la investigación previa puedan configurar la secuela interruptiva de la prescripción, podría llegar a estimular la abulia judicial, a facilitar la inobservancia de los plazos acordados por los códigos para la tramitación de las causas o a favorecer la posibilidad de mantener al imputado sujeto al proceso, si no en forma indefinida, por lo menos durante un lapso mucho mayor al tolerado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

#### IV. LA VERDAD SOBRE LA ACUSACIÓN

Es indudable que el objetivo de "afianzar la justicia", incluido en el preámbulo de la Constitución Nacional, implica la exclusión de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, de cualquier fuero que sean (civil, penal, etc.) e impone el mayor grado posible de *verdad* en sus conclusiones fácticas y jurídicas. Por algo es que, en una de las más famosas conceptualizaciones del valor justicia, se señala que justicia es "aquella bajo cuya protección puede florecer (...) *la verdad*" (Kelsen, 1987). El concepto de verdad no es sólo un concepto regulador de la teoría de la prueba, sino el *basamento* de todo el sistema de garantías penales y procesales.

El criterio de verdad constituye un requisito *sine qua non* cuando se trate de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al culpable *verdadero*, y siempre que su culpabilidad haya sido plenamente *acreditada*. Esta es una exigencia del sistema constitucional argentino derivada del principio de inocencia, que reconoce un estado de *no culpabilidad* del acusado hasta que *se pruebe* la verdad de lo contrario. Consecuentemente, el sistema constitucional argentino establece para el caso de *incertidumbre* sobre la verdad de la acusación — originada tanto en la ausencia como en la insuficiencia o falta de contundencia conviccional de la prueba de cargo —, la imposibilidad de penarlo.

Se dice que la exigencia de verdad abarca, asimismo, la aplicación de la ley, pues el hecho cometido (u omitido) debe ser “en verdad” el *descrito* por la norma penal como merecedor de la pena que se aplique. El *encuadramiento legal* también debe ser verdadero, lo que fundamentalmente significa que no podrá ser analógico (ni tampoco equivocado).

### 1. Concepto

A diferencia del proceso civil, que se conforma con lo que las partes *aceptan* como verdadero (porque no lo controvierten) y sólo procura la verdad de los hechos controvertidos por ellas (llamada verdad *formal*), el proceso penal procura llegar a la *verdad real* sobre la atribución a una persona de un hecho delictivo. Pero no se trata de un concepto sustancial, sino de la que se conoce como verdad por *correspondencia*. Se la ha definido **como la adecuación de lo que se conoce de una cosa con lo que esa cosa es en realidad.**

#### ¿Qué verdad?

La *exactitud* total de esa correspondencia en el proceso penal no es más que un *ideal* al que se aspira, pues múltiples circunstancias que se analizan a continuación condicionan su obtención absoluta. En términos estrictamente teóricos, esto lleva al concepto de verdad procesal al campo de lo *aproximativo*; y su logro, a lo

*humanamente* posible. Pero esta conclusión no puede ser argumentada para legitimar posiciones autoritarias que se conformen, conscientemente, con “*menos* verdad” como base de la condena o que intenten superar con meras impresiones, simples opiniones o puro arbitrio judicial las dificultades para conocer “*toda*” la verdad. Por el contrario, debe servir para *redoblar* los esfuerzos y *extremar* las precauciones tendientes a que el conocimiento que se obtenga en el proceso sea el más “correspondiente” posible con la realidad de lo ocurrido y a que las pruebas de cargo que en él se obtengan sean idóneas para provocar en los jueces la firme concepción demostrable de haber llegado a la verdad, de estar en lo cierto: es lo que se conoce como *certeza*. Sin esta percepción, no puede haber condena.

Pero, cuidado con los relativismos. En realidad, lo que debemos decir es que frente a la dificultad para demostrar la absoluta “verdad por correspondencia” de la acusación, el orden jurídico, en garantía del acusado, opta por solucionar el problema en términos “psicológicos”: **acepta que se tenga por verdadero lo que el tribunal cree firmemente que es verdad, siempre que esa convicción pueda derivarse de las pruebas del proceso y se pueda explicar, racionalmente, porque esas pruebas permiten fundar esa convicción.** Sólo la satisfacción de las exigencias de prueba y motivación podrá otorgar a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológica) el título de “certeza judicial” y dar por verdadera esa creencia. Para eso deberán extremar sus “controles de calidad” y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo.

De este modo la verdad, aunque aproximativa (“judicial”, “procesal”, “forense” o “formalizada” como se la ha denominado), funcionará como *garantía* de que quien resulte penado lo será porque *verdadera y probadamente* es culpable. O sea, que a nadie se le imponga una pena *arbitraria*, no sólo porque *se probó* que es realmente inocente, sino porque *no se pudo probar* acabadamente que sea verdaderamente culpable. La verdad y su prueba son conceptos inescindibles en el proceso penal, como se verá a continuación.

### ¿Verdad sobre qué?

Es cierto que la actividad procesal sólo puede comenzar cuando se afirme, aun hipotéticamente, que una persona (que inicialmente puede no estar individualizada) ha cometido un hecho punible. Pero esto de ningún modo sirve para *justificar* (y ni siquiera para explicar) la difundida idea de que la actividad procesal debe orientarse a lograr la verdad, tanto sobre la existencia como sobre la inexistencia del hecho; tanto sobre la participación responsable del imputado, como sobre su no participación: es decir, que en el proceso debe procurarse la verdad tanto sobre la *culpabilidad* como sobre la *inocencia* de aquél.

Semejante idea es equivocada: conocer la verdad sobre la inocencia del imputado *no* tiene por qué ser un fin de la actividad procesal pues, en virtud del *principio de inocencia*, aquélla se encuentra *presupuesta* por el ordenamiento jurídico y *subsiste* hasta que se pruebe lo *contrario*. Si tal cosa no ocurre, para el derecho la verdad *seguirá siendo* la inocencia. Lo que se debe procurar, en cambio, es la verdad sobre “lo contrario”, es decir sobre la *culpabilidad*. Esto no excluye, por cierto, el derecho del imputado de acreditar su inocencia mediante pruebas de descargo ni la obligación de los órganos oficiales de no pasarlas por alto, y de investigar con objetividad sólo en el sentido de sus sospechas.

### 2. Reconstrucción conceptual

Por referirse a un hecho (delictivo) acaecido en el pasado, la verdad que se busca en el proceso es una expresión de lo que se conoce como *verdad histórica*. Es por eso que su *reconstrucción conceptual* se admite como posible, a pesar de no ser susceptible de experimentación o percepción directa — no podría demostrarse, como sí podría hacerse, por ejemplo, con la ley de gravedad, dejando caer un objeto —. La verdad se induce de las *huellas* que aquel acontecimiento pudo haber dejado en las cosas (rastros materiales — v. gr., roturas, manchas —) o en las personas (huellas físicas — lesiones — o percepciones — recuerdos —), que por conservarse durante un tiempo pueden ser conocidas con posteriori-

dad; y también mediante los resultados o conclusiones de *experimentaciones, operaciones o razonamientos* que puedan disponerse sobre tales huellas (o a partir de ellas), para descubrir o valorar su posible eficacia reconstructiva con relación al hecho del pasado (esto es la *prueba*).

Es decir que, por su naturaleza, la verdad que se persigue en el proceso penal, o sea la verdad sobre la culpabilidad, es una verdad *posible* de probar y precisamente por eso, el orden jurídico sólo la aceptará como tal cuando resulte *efectivamente probada*: será la “prueba de lo contrario” exigida por el principio de inocencia. La verdad y su prueba se encuentran íntimamente ligadas, a tal punto que procesalmente aquélla no puede prescindir de ésta. La garantía frente a la condena penal es la *verdad probada*.

### 3. Dificultades y límites al logro de la verdad

Ya se ha advertido sobre la existencia de límites respecto del logro de la verdad en el proceso penal.

En cuanto a los condicionamientos de orden *jurídico*, puede señalarse que la Constitución Nacional, los pactos internacionales incorporados a ella y los códigos procesales *subordinan*, la obtención de la verdad sobre el hecho punible, respeto de otros valores o intereses que *priorizan* sobre ella (v. gr., prohibición de obligar a declarar contra uno mismo, sin que la abstención de hacerlo pueda esgrimirse como una prueba de cargo). Ello podrá implicar en muchos casos, que la verdad sobre el delito o su autoría no llegue a ser probada o no pueda serlo con el grado de convicción exigido para condenar. Correlativamente, se prohíbe la utilización de las pruebas obtenidas mediante la violación de aquellas *limitaciones*. También pueden condicionar el logro de la verdad, algunos límites a la prueba, impuesta por leyes sustantivas: cuando se dispone que ciertas situaciones *sólo* pueden ser acreditadas a través de un *determinado* medio probatorio, no admitiéndose ningún otro (v. gr., el estado civil).

Por ser la verdad que se procura en el proceso relativa a un hecho del pasado, su búsqueda encuentra dificultades prácticas. A la desgastante influencia que sobre las huellas de su acaecer tiene el *transcurso* del tiempo, se sumará el peligro de *equivocaciones* en su percepción originaria, de *distorsión* en su transmisión e interpretación, de su *falseamiento*, a veces malicioso (v. gr., alteración de huellas materiales; falso testimonio) o de *errores* en su apreciación por parte de los jueces.

Diversas particularidades de la investigación judicial ponen límites al logro de la verdad. Así, se parte de una *hipótesis* (la posible comisión de un hecho) que sólo podrá ser confirmada o no. La búsqueda de datos debe respetar determinadas *formas* procesales (v. gr., como no deben ser las preguntas) y se orienta sólo hacia los aspectos fácticos que se crean jurídicamente *relevantes* (v. gr., la calificación legal) y no hacia otros, que resultan así "filtrados", aun cuando luego pudieran ser útiles, etc. Podría graficarse esta situación, diciendo que se procura conocer la verdad "mirando por el ojo de la cerradura".

Importante incidencia tendrán también en la búsqueda de la verdad (dificultando su logro) ciertas *rutinas* pre-moldeadas del proceso penal y los *prejuicios* (individuales o de la sociedad en la que viven) de los funcionarios policiales, fiscales o judiciales que tengan a cargo la investigación de la verdad.

#### 4. Responsabilidad de su obtención

Hay coincidencia sobre que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia que no debe construir, sino que compete al Estado destruirlo, probando, si puede, su culpabilidad en un proceso desarrollado en legal forma. Pero, ¿qué órganos del Estado deben ser los responsables de destruir ese estado de inocencia y probar la culpabilidad del imputado, en los delitos de acción pública? La mayoría de nuestros doctrinarios piensa equivocadamente que todos, es decir: la policía, los fiscales y, principalmente, los jueces, cualquiera sea la competencia funcional que a éstos se les asigne.

Es indudable que esta consigna de "todos contra el imputado" no parece un ejemplo de la igualdad que debe existir en el proceso entre acusación y defensa, según nuestro paradigma constitucional (v. gr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, n° 2; CN, art. 75, inc. 22). Éste indica, en cambio, que "le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones". Resulta así correcto sostener que "la carga probatoria conducente a la determinación de la responsabilidad del imputado, corresponde al Ministerio Público como titular de la acción", pues "al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba en contrario debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación" (véase el Capítulo 3, en pág. 115).

Desde otra perspectiva, puede también señalarse que admitir que los jueces sean corresponsables (o principales responsables) de la prueba para destruir el estado de inocencia, probando la culpabilidad, significa ponerlos en riesgo de *parcialidad*, haciéndolos coacusadores.

Es que, desde nuestro punto de vista, la imparcialidad del tribunal se verá afectada, no sólo cuando deba comenzar afirmando una hipótesis delictiva sobre la que luego tendrá que investigar y juzgar (lo que se evita con poner a cargo del Ministerio Público el provocar la iniciación del proceso y la acusación previa al juicio), sino también cuando se le permita (o se le imponga) la obligación de incorporar pruebas por sí mismo para fundar la acusación o para resolver luego sobre ella en forma definitiva.

#### 5. Método de averiguación

Todos estos condicionamientos evidencian la necesidad de elegir un *método* de averiguación de la verdad que sea, por un lado, lo más *respetuoso* posible de las limitaciones de origen jurídico impuestas a esta tarea; y por otro, que sea lo más *idóneo* posible para disminuir los factores de riesgo de error o falsedad.



### 5.1. Procedimiento

A tal efecto, parece conveniente adoptar un procedimiento en el que la acusación pueda (y haya podido) ser *comprobada* o *desvirtuada* a través de un método probatorio idóneo a tal fin; que sólo autorice a admitirla como *verdadera* cuando pueda apoyársela firmemente en un *conjunto* de legítimas pruebas de cargo concordantes con ella, no enervadas o desvirtuadas por ninguna prueba de descargo, luego de haberlas *valorado* a todas ellas conforme a las reglas de la sana crítica racional, que orientan el recto pensamiento humano (principios de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común). Como gráficamente se ha dicho, estas reglas se utilizan para “discernir lo verdadero de lo falso”, y todo sin que exista la posibilidad de arribar a una conclusión *diferente*.

### 5.2. Roles de los distintos sujetos procesales

Ello implica la igual posibilidad de desarrollo de un rol activo y protagónico del acusador y del imputado y su defensor, respectivamente, en la *afirmación* y *negación* de la acusación y en la libre y responsable actividad de *producción* y *valoración* de las pruebas de cargo (que la confirmen) o de descargo (que la desvirtúen). Al juez se le reservará la tarea de decidir *imparcialmente* y en forma *motivada*, acerca del fundamento de la acusación (y su posible negación) a base de las pruebas y argumentaciones vertidas en apoyo o refutación de aquélla.

## 6. Percepción subjetiva de la verdad: estados intelectuales

La verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir *subjetivamente* como creencia de haberla alcanzado.

Cuando esta percepción es sólida, se dice que hay *certeza*, la que ha sido definida como “**la firme convicción de estar en posesión de la verdad, excluyendo cualquier duda**”. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe). Pero sólo la *convic-*

*ción firme* (certeza), fundada en *pruebas* (no basta la creencia íntima), de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se le condene y aplique la pena prevista. Y si tal grado de convencimiento no se alcanza (o si la íntima convicción no puede fundarse en la prueba de cargo), no se puede penar (*in dubio pro reo*): habrá que absolver.

Pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. Para llegar a esos extremos el intelecto humano debe generalmente recorrer un camino; debe ir salvando obstáculos tratando de alcanzar esa certeza, pues a este grado de convicción no se arriba abruptamente, sino paulatinamente, en un tránsito no exento de idas y vueltas, en cuyo transcurso el intelecto va posicionándose en estados intermedios con relación a la verdad que se procura. Estos estados intermedios suelen ser denominados *duda*, *probabilidad* e *improbabilidad*.

En el ámbito procesal, a partir de la inicial falta de conocimiento sobre la hipótesis imputativa, las pruebas que se van incorporando pueden provocar una situación de oscilación del pensamiento entre la confirmación o la no confirmación de esa hipótesis, sin que la razón pueda afirmarse con firmeza en ninguna de tales alternativas (hay una indecisión pendular). Oscilando entre la certeza positiva y la certeza negativa (o equidistante entre ambas), la *duda* se presenta como una **indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual está pensando, derivada del equilibrio conviccional entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles**: es lo que se conoce como duda en sentido estricto.

En cuanto se encuentren mejores motivos a favor de la confirmación de la hipótesis imputativa, que pueda mostrarse como prevalentes sobre los motivos contrarios, se dice que existirá *probabilidad*, la cual se presenta como una especie de la duda, porque no logra excluir totalmente estos motivos contrarios, impidiendo al espíritu llegar a la certeza (que sólo es compatible con la superación o disipación de cualquier duda).

Habrá *probabilidad*, entonces, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos; es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. La probabilidad permite al proceso avanzar hacia el juicio definitivo (v. gr., auto de elevación a juicio). Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista), se dice que hay *improbabilidad* (o probabilidad negativa).

En el proceso penal interesa especialmente la certeza positiva, fundada y explicada, sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, pues sólo ella permitirá que se le aplique la pena prevista. Si tal grado de convencimiento no se alcanza, aunque se llegue a la probabilidad, no se puede penar (*in dubio pro reo*): habrá que absolver.

Por cierto que a la firme convicción sobre que el acusado verdaderamente es culpable se llegará, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su *disipación o superación*.

Obviamente, este resultado (la superación de las dudas) no podrá obedecer a puros *actos de voluntad* ni a simples *impresiones* de los jueces, sino que deberá ser el fruto de una *consideración racional* de datos objetivos exteriores a su espíritu (las huellas que dejó el hecho y las operaciones técnicas sobre ella, es decir, las pruebas), legalmente introducidos como pruebas al proceso, que justifiquen y expliquen de *qué forma* se pudieron disipar las dudas existentes y *cómo* se arribó, a pesar de ellas, a la convicción de culpabilidad.

Toda esta actividad intelectual, que deberá realizarse del mismo modo que lo haría cualquier persona común para llegar, mediante el uso de su razón, a la misma conclusión, tendrá que exteriorizarse en forma de *explicación*, comprensible (y por ende controlable) también para cualquier persona, mediante el uso de su razón (órganos públicos o simples ciudadanos).

## 7. Verdad consensual

Si bien ha quedado dicho que la pena sólo se puede aplicar al *verdadero* culpable, en los últimos tiempos han aparecido (reaparecido, mejor dicho) interesantes propuestas que pueden significar la *posibilidad* de desplazamiento (parcial) de la "verdad material" por una "*verdad consensual*", admitida como verdadera por acuerdo de los sujetos que actúan en el proceso (pero siempre para evitar la pena). Esto se desprende de la idea de considerar al *consenso* como una forma alternativa (o auxiliar) de solución para ciertos casos penales, evitando la pena, simplificando o acelerando su imposición o pactando su extensión (con distintos alcances).

La propuesta de darle tal eficacia jurídica al "consenso" encuentra propulsión en tendencias modernas que, viendo en el delito más un conflicto intersubjetivo que una infracción legal (o ambas cosas a la vez), aconsejan priorizar (en ciertos casos) la reparación del daño causado por el ilícito por sobre su castigo, otorgar a la víctima un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde con su condición de primera y máxima damnificada por la infracción penal y receptor criterios de "utilidad" y "oportunidad" frente al reconocido fracaso del principio de legalidad.

Estas ideas *chocan* con algunos fundamentos teóricos que inspiran el sistema penal y procesal argentino, como son los principios de legalidad (todo delito de acción pública que se comete debe ser investigado, juzgado y penado) y el de verdad real (adecuación entre lo realmente ocurrido y lo reconstruido conceptualmente en el proceso), como base de una imposición de la pena por parte de órganos jurisdiccionales del Estado. Y chocan porque la "*verdad consensual*" puede prestarse, no tanto a que se castigue a quien *no* sea culpable, sino más bien a que no se castigue a *todo* quien *sí* lo sea, a través de formas de resolución del caso por alternativas a la pena que prescindan total o parcialmente de ella (v. gr., reparación de la víctima).



## 8. Restricciones

Hoy en día es impensable (y seguramente inconveniente) sustituir el sistema de regulación oficial monopólica del caso penal, por otro que deje librada su solución a la voluntad de los protagonistas. Pero no es menos cierto, que el *consenso* — y su producto, la “verdad consensual” — puede tener un considerable campo de acción para ciertos delitos (especialmente los que lesionan intereses o derechos disponibles por su titular, v. gr., la propiedad) como atenuante de la opuesta regla general vigente, idea que amplía su espacio en el campo doctrinario y legislativo, aportando un nuevo ingrediente a la relativización del concepto de verdad real, pensado como única y excluyente base para la aplicación de la ley penal.

## V. LA PENA

Por regla general la persecución penal se agota al obtener la imposición jurisdiccional de una pena al culpable de la comisión de un delito por parte del tribunal estatal y con la ejecución de esa pena. El tema del delito y su sanción ha sido desde siempre una preocupación para la comunidad. El concepto social imperante es el de la pena como castigo para reintegrar el orden jurídico afectado. Se dice que con la pena se logra la restitución simbólica del derecho lesionado.

### 1. Noción

Se ha dicho que la pena “es un mal consistente en la pérdida de bienes como *retribución* por haber violado el deber de no cometer un delito”, entendido éste como una ofensa intolerable para la sociedad contra bienes individuales o sociales que, por su particular importancia, son considerados por aquélla como merecedores de una también particular tutela jurídica. La pena sólo puede ser

impuesta por el Estado, a través de órganos y formas especialmente predispuestas (juez natural, juicio previo, etc.).

La pena aparece así incorporada a nuestra formación jurídica como un irreflexivo valor entendido: es como si fuera la única o la más natural consecuencia del delito, lo que refleja una concepción exclusivamente punitiva de la función del derecho penal en la sociedad. Aunque se la menciona en las Constituciones y otros estatutos para humanizar su ejecución y rodear de garantías su imposición (nadie puede ser penado sin juicio previo: abolición de tormentos y azotes, art. 18, CN), de esa mención surge también su legalización: en las condiciones de garantía establecidas, se *puede* amenazar e imponer una pena siempre que la misma no sea de muerte (art. 4, inc. 3, CADH), confiscación de bienes (art. 17, CN), o cruel, inhumana o degradante (art. 7, PIDCP). A partir de esto, el Congreso Nacional (art. 75, inc 12, CN) establecerá qué conductas humanas serán punibles (con el límite del art. 19 de la Constitución Nacional sobre las acciones privadas) y con qué sanción se amenaza y se pena su comisión.

### Fines

Se afirma que la pena es un *castigo* (concepto social imperante) y un símbolo de la *reprobación pública* frente al delito. Muchos la entienden sólo como una retribución, consistente en la imposición de un mal como *contrapartida* de una conducta delictiva culpable, sin que para sus sostenedores tenga otra finalidad (se aplica sólo *porque* se delinquirió). Unos dicen que con ella se logra la *restitución* (simbólica) del derecho lesionado o la *reintegración* y compensación de la norma quebrantada o del orden jurídico alterado por el delito.

Últimamente, hay quienes piensan que la pena es una respuesta institucional que re-nivela a víctima y victimario, redignificando a la víctima en su condición de persona vulnerada por la comisión del delito (retribucionismo centrado en la víctima). Admiten todos que su base es la *culpabilidad* del agente.

Pero también hay mucha coincidencia en que la pena debe servir para que *no se delinca*, llegándose a sostener que este es su único justificativo. Los sostenedores de la “prevención general” creen que la amenaza de la pena debe servir de freno para que no “caigan” en el delito quienes puedan verse inducidos a cometer una acción punible. Su imposición concretará el mal previsto como amenaza, mostrando a los potenciales infractores los perjuicios reales que puede acarrearles el cometer la infracción, *desalentándolos*; y demuestra a la comunidad la *conveniencia* de respetar el orden jurídico y los bienes y derechos que la propia comunidad tutela (prevención general negativa). Pero la imposición concreta de la pena, expresa a la vez, la *vigencia* real del orden jurídico y *refuerza* la confianza de la sociedad en el derecho, pues ésta percibe cómo se sanciona su quebrantamiento (prevención general positiva), dando por solucionado el conflicto.

En cambio, el efecto de “*prevención especial*” puede lograrse, según predicen sus sostenedores, evitando que el *agente* cometa *nuevos* delitos, tanto porque la pena nos *libra* durante su ejecución del delincuente y de su potencial accionar delictivo (posición tan cínica como popular), como porque logrará (por *escarmiento* — otro cinismo muy difundido — o *reeducación*) resocializarlo (ilusión nunca demostrada en la práctica y hoy seriamente cuestionada). El sistema constitucional argentino establece con claridad que las cárceles no serán para castigo, sino para seguridad de los reos (art. 18 CN) y que la *ejecución* de las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH; art. 75 inc. 22, CN). Se adscribe así a la teoría de la prevención especial (en la que poco creemos). Sin embargo, se ha dicho que en las cárceles (no sólo en las nuestras) predomina “la intención primordial” de que “constituyan lugares informales”, aunque la ley diga lo contrario, porque la sociedad no sólo tolera sino que exige que al delincuente se lo haga sufrir (descripciones tan críticas como realistas).

Ahora bien, al margen de estas finalidades que se puedan pensar, lo cierto es que la imposición concreta de la pena expresa

la vigencia real del orden jurídico y refuerza la confianza de la sociedad en el Derecho, porque éste, a través de vías institucionales, ha servido como instrumento para la solución de un conflicto instalado en un nivel muy básico de la vida social. Como el delito, en tanto obra del hombre, aparece siempre como una conducta con entidad suficiente para dañar o poner en peligro bienes individuales o colectivos y ello afecta el sentimiento de seguridad de los ciudadanos, se va perfilando la idea de que se trata de acciones antisociales.

### *Condiciones de imposición*

En el ámbito específico de nuestro enfoque, es necesario adelantar que la pena sólo podrá imponerse cuando *un juez* natural e imparcial (y por ende, independiente) declare por *sentencia* (firme) la culpabilidad del acusado por el delito que se le atribuye, luego de la *realización* de un *proceso* respetuoso de todos los derechos y garantías acordadas por el orden jurídico, fundándose en legítimas *pruebas* de cargo aportadas por la acusación — de las que la culpabilidad pueda inferirse racionalmente y sin duda alguna —, y recibidas en *juicio* oral y público con vigencia de la inmediación, el contradictorio y la identidad física de los jueces.

## **2. La reparación como sustituto de la pena**

Existe en esta época un fuerte impulso para incluir como respuesta frente al delito — al lado de la pena y la medida de seguridad —, a la *reparación*, aun simbólica, de la víctima, lo que no sólo podría considerarse una excepción al principio de legalidad (procesal), sino que permitiría asignarle al derecho penal una *función social distinta* a la de ser un instrumento *exclusivamente* punitivo (la de ser también, v. gr., una herramienta para recomponer la paz a través de la reparación).

Sin embargo, hay quienes sostienen que, en estos casos, correspondería una retirada del derecho penal pues, si basta con reparar el daño, el asunto debe ser regulado por el derecho civil (en el que no se admite, por otra parte, la “prisión por deudas”, situa-

ción que podría configurarse si el asunto se mantiene en la órbita del derecho penal, frente a la imposibilidad de reparar).

### Fundamento

La reparación como sustituto de la pena reposa en una concepción que ve en el delito más un *conflicto* que una infracción, y por ende, busca priorizar la *solución o armonización* del conflicto entre partes por sobre el castigo a la infracción a la ley, al menos para ciertos delitos. En este sentido, se estima que la solución o armonización del conflicto mejora la situación de la víctima y a la vez beneficia al acusado. Por ello, prefiere la reparación del daño causado por determinados ilícitos *antes* que su represión, otorgando al ofendido un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde con su condición de primer damnificado de carne y hueso por la infracción. Esto implica revalorizar la autonomía de la voluntad de la víctima que, así como en la mayoría de los delitos es esencial para que puedan configurarse como delitos (porque la violentan), no puede ser ella ignorada totalmente luego de su comisión. También requiere reconocer que es posible y conveniente aceptar la no imposición de la pena si la víctima recibe la compensación del daño que ha sufrido, acordando a la reparación el valor de *respuesta* alternativa (no punitiva) del conflicto que el delito expresa.

Es que la crisis de justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor, han determinado la búsqueda de estos nuevos caminos para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor (en especial, y según se ha dicho, la violencia realimentada del sistema). La idea de la *reparación* de la víctima como alternativa a la imposición de la pena se presenta como la *tercera vía del derecho penal*. Se ha dicho incluso que cumple *mejor* los fines de la pena pues soluciona el conflicto por *reposición* al estado anterior al delito, lo que *satisface* la conciencia jurídica colectiva, y el autor — al reparar el daño — reconoce el valor del *bien jurídico* que lesionó y procura su *reinserción* social.

Sin embargo, esta finalidad “punitiva” de la reparación, al menos en la búsqueda de los mismos efectos que la pena (tal como se señala precedentemente), es criticada por algunos para quienes la reparación que permite una injerencia excesiva del Estado en la solución del conflicto, pudiendo llegar a frustrar el interés de la víctima (v. gr., no se acepta la reparación porque al juez le pareció exigua: como resultado impone una pena y la víctima no es reparada).

### 3. Ámbito de aplicación

Es importante señalar que este reconocimiento a la decisión del ofendido, deberá referirse principalmente a aquellos ilícitos que sólo lesionan derechos e intereses *disponibles* de su titular y, por ende, dejados por el orden jurídico en el ámbito de la autonomía de su voluntad, como por ejemplo la propiedad privada; o bien a aquellos delitos en que la tutela de la *intimidad* de la víctima requiere acordarle un mayor alcance a sus decisiones; o a los de naturaleza *culposa*, por su menor culpabilidad. En general, los delitos graves impiden que la sociedad considere el esfuerzo del autor por reparar el daño como “suficiente para el restablecimiento de la paz jurídica”.

Hay interesantes opiniones referidas a que la reparación puede no ser estrictamente resarcitoria, sino que en ella caben otras formas de desagravio, incluso moral. Esta idea, si bien independiente en algo a la reparación del criterio civilístico de indemnización de los perjuicios ocasionados, no excluye la calidad de tal (de reparación). La reparación debe ser voluntaria (pues esto implica el reconocimiento del derecho de la víctima) y no forzada: es algo más que un simple volver al *statu quo ante*.

### 4. Otras alternativas no punitivas

Estas ideas ya tienen influencia en nuestra legislación penal, cuando la reparación de la víctima se impone como condición para el logro de ciertos beneficios como, por ejemplo, la rehabilitación (art. 20 *ter*, CP), la extinción de la acción penal por reparación vo-

luntaria del perjuicio al fisco en los casos de evasión fiscal (art. 16, ley 24.769) o la suspensión del juicio a prueba (art. 76 *bis*, CP). No debe pasarse por alto, tampoco, el orden de prelación del artículo 30 CP, que prioriza atender la reparación de la víctima antes que el pago de la multa.

## VI. LA ACCIÓN RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL

### 1. Noción

Ante la identidad del bien jurídico lesionado, el CPP autoriza a que en el proceso penal se ejercite también la acción civil tendiente a lograr la restitución del objeto materia del delito, o la indemnización del daño material (daño emergente, lucro cesante) y moral causado por aquel ilícito (art. 24). La acción civil es la que nace de los delitos incriminados en el Código Penal, cuyo fin es la reparación del daño causado, a través de la restitución o de la indemnización en dinero (arts. 1077, 1083 y 1109, CC).

El ejercicio de la acción resarcitoria amplía el objeto del proceso, pues el hecho que lo motiva será considerado no sólo en orden a sus connotaciones relevantes para su calificación legal desde la óptica del derecho penal, sino también en sus connotaciones relevantes para el resarcimiento de los daños que ha ocasionado desde el punto de vista del derecho civil.

Esta ampliación podrá llegar a comprender hechos extraños al delito, pero generadores de responsabilidad extracontractual, como son los vínculos jurídicos que unen al imputado con terceras personas y que determinan la obligación de éstas de afrontar la reparación del daño (civilmente responsables), y también circunstancias que pueden ser penalmente irrelevantes, pero interesantes para la reparación civil (v. gr., ganancias de la víctima del homicidio para calcular la indemnización del lucro cesante de los herederos menores de edad).

### 2. Fundamento

Esta autorización encuentra sustento en el art. 29 del Código Penal que, al disponer que la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado y la restitución de la cosa obtenida por el delito, autoriza al damnificado a reclamar en sede penal, mediante una acción civil "independiente de la acción criminal" (art. 1096, C. Civil).

### 3. Justificación y fines

Por estar prevista en el art. 63 punto 1 de la CADH, la "justa indemnización" de la víctima de un delito ha adquirido nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN). Esto exige facilitar el ejercicio de ese derecho, pues los órganos regionales de protección de los derechos humanos han señalado que para garantizarlo plenamente "no es suficiente que el gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del gobierno culmine con la *reparación* a la parte lesionada". Esta disposición, y su interpretación por la jurisprudencia supranacional de la región, proporcionan un importante respaldo al ejercicio de la *acción civil resarcitoria* en el proceso penal, habida cuenta de que así habrá una mayor protección a la víctima (lo que pone en crisis algunas tendencias a suprimirlo que han aparecido en los últimos tiempos). Es que la acción civil resarcitoria proporciona una mejor posibilidad de reparar el daño, ya que autoriza al damnificado a aprovechar el esfuerzo estatal para acreditar la existencia del hecho y la participación del imputado. También le permitirá evitar los inconvenientes que la regla de prelación temporal de la sentencia penal sobre la civil (art. 1101, C. Civil) puede significarle para lograr la reparación en sede distinta de la penal. Procura, en suma, una mejor protección para la víctima pues, como el Estado se encarga de probar el acaecimiento del delito que violó su derecho y la participación del responsable, aquélla *sólo* tendrá que probar la existencia y extensión del daño material o moral que sufrió (ya que si, en cambio, se la obliga en

todo caso a accionar en sede civil, tendría a su cargo probar también la violación de su derecho.

#### 4. Titularidad

La acción civil sólo podrá ser ejercida por la víctima, por sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable (art. 24).

La legitimación para ejercer la acción civil dentro del proceso penal, no corresponde a todos aquellos que, conforme a las leyes civiles, tienen derecho a la reparación por delitos o cuasidelitos, sino, entre ellos, solamente a la *víctima* o bien a sus *herederos* y otros *damnificados directos*. Estas personas tienen entonces derecho a optar entre ejercer la pretensión resarcitoria dentro del proceso penal o bien ante un tribunal civil, mientras que los demás damnificados (los indirectos) carecen de esta opción de competencia (solo pueden acudir a la sede civil).

No se encuentran legitimados para ejercer la acción civil en el proceso penal los *damnificados indirectos*, es decir, aquellos que por causa del delito y debido a una vinculación contractual con la víctima, deben efectuar en su favor erogaciones dinerarias (por ejemplo, el asegurador de la víctima de un delito de tránsito que sufraga los gastos médicos).

Pueden ser sujetos pasivos de la acción civil en el proceso penal los partícipes del delito y los terceros civilmente responsables. La acción puede dirigirse en contra de todos, pero como lo indica la conjunción copulativa "y" que utiliza el artículo 24 no es posible demandar sólo al tercero excluyendo al imputado (véase el apartado X del Capítulo 5, en la pág. 273).

### CAPÍTULO 3

- I. **GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL.** Noción y fines; fuente (el nuevo sistema constitucional: artículo 75 inciso 22 CN); fundamento; límites; bilateralidad; clases de garantías. **Garantías penales:** su influencia en el inicio y en el desarrollo del proceso penal. **Las garantías procesales.**
- II. **IGUALDAD ANTE LOS TRIBUNALES:** concepto; alcances.
- III. **LA RESERVA DE LA INTIMIDAD.** Proyecciones.
- IV. **EL ESTADO DE INOCENCIA.** Concepto. La prueba de la culpabilidad; condiciones y límites.
- V. **DERIVACIONES DEL ESTADO DE INOCENCIA.** **In dubio pro reo;** medidas de coerción procesal; buen nombre y honor; revisión de la sentencia firme; propiedad; término máximo de duración del proceso. **Indemnización del error judicial.** Principio de inocencia y derecho de defensa; prohibición de obligar a declarar y actuar contra sí mismo.
- VI. **JUEZ NATURAL.** Noción; normativa constitucional; origen histórico; derivaciones.
- VII. **LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL:** concepto; alcances; salvaguardas personales y funcionales.
- VIII. **JUICIO PREVIO.** Concepto y fuente; distintas concepciones.
- IX. **NON BIS IN ÍDEM.** Concepto y fundamento, triple identidad; efectos.
- X. **EL DERECHO DE DEFENSA.** Noción; fundamento.
- XI. **LA DEFENSA DEL IMPUTADO.** La condición de igualdad; defensa material y técnica; otras manifestaciones.

## I. GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL

### 1. Noción y fines

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal, lo que es incuestionable en casos de acción penal privada, mientras avanza la idea para el caso de la acción pública) ante los tribunales de justicia (art. 172 inc. 3, Const. Prov., que autoriza a las leyes a acordar derechos a los particulares sobre la promoción y ejercicio de la acción penal pública). Asimismo, las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria ("acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho") en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido (antes de su acaecimiento) por la ley como delito, como también porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarla y a aplicar la sanción.

O sea que en el proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado *víctima* de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la "tutela judicial" (arts. 1.1, 8.1 y 24, CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal y, por lo tanto, con derecho a reclamarla ante los tribunales (art. 8.1, CADH) penales, actuando como acusador, aun exclusivo. También se erigen como resguardo de los derechos del *acusado*, no sólo frente a posibles resultados penales arbitrarios, sino también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a imponer una pena.

#### Judicialidad

Por cierto que las garantías deben ser "judiciales", lo que implica la intervención de un órgano judicial independiente e im-

parcial que las proporcione *efectivamente*: es que nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia frente a graves injusticias.

### 2. Fuente (el nuevo sistema constitucional: artículo 75 inciso 22, CN)

Luego de la incorporación a la Constitución Nacional de los principales tratados sobre derechos humanos, y de situarlos a su mismo nivel (art. 75 inc. 22, CN), puede hablarse de un nuevo "sistema constitucional" integrado por disposiciones de igual jerarquía "que abreva en dos fuentes: la nacional y la internacional". Sus normas, "no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan" formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía (Bidart Campos, 1969), al que tendrá que subordinarse *toda la legislación* sustancial o procesal secundaria, que deberá ser dictada "en su consecuencia" (art. 31, CN). Además, la paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y esa normativa supranacional, obliga a los jueces a "no omitir" las disposiciones contenidas en esta última "como fuente de sus decisiones", es decir, a *sentenciar* también "en su consecuencia".

Este sistema constitucional diseña un esquema de garantías para los derechos que reconoce. Este esquema se proyecta sobre el proceso penal es también ley suprema en Córdoba, conforme a lo dispuesto por el art. 18 de su Constitución, el cual dispone que "todas las personas en la provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen" Además, en una "disposición complementaria" establece que "toda edición oficial" de la Constitución Provincial "debe llevar anexa los textos de la *Declaración Universal de los derechos del Hombre*" de la ONU de 1948 y la parte declarativa de derechos de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*". Pero, además, la Constitución de Córdoba profundiza para nosotros ciertos aspectos de la normativa "nacional-supranacional" aludida.

Todo esto forma un verdadero "bloque de legalidad" de máximo nivel jurídico que debe presidir la formulación de las normas procesales penales y, sobre todo, su interpretación y aplicación *prácticas*. No es citando las constituciones y los pactos que se cumple con ellos: a veces ese es el mejor método para esconder su vulneración.

### 3. Fundamento

Porque "tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y emanan de su "dignidad inherente", estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas las cuales tienen "como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre" (Preámbulo de la DADDH). El sistema constitucional establece también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación y para asegurar su restauración y reparación, aun mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal. Estas garantías son de naturaleza jurídico-política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado y establecen límites a su poder.

### 4. Límites

Si bien los derechos que las garantías tutelan no son absolutos, pues están "limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (art. XXVIII, DADDH), las restricciones que con tales propósitos establezcan las leyes que reglamenten su ejercicio por razones de interés general, deberán guardar directa relación con las razones que las autorizan y no podrán alterarlos en su esencia (art. 28, CN). Es por eso que la interpretación de las leyes debe ser conforme al sistema constitucional, es decir, con "sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido

constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad" (Ferrajoli, 1997), e inspirada en el principio "*pro hómine*" (Pinto).

Aun cuando se funden en una ley, las restricciones podrán considerarse arbitrarias si fueren incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. En otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho.

### 5. Bilateralidad

Las garantías se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser: o bien *comunes* para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o bien *específicas* para cada uno de ellos. Entre las primeras (las *comunes* para la víctima y el acusado) encontramos las de "igualdad ante los tribunales", "acceso a la justicia y defensa en juicio", e "imparcialidad (e independencia) de los jueces". Su *equivalente* proyección tutelar para los derechos de ambos justifica su mención conjunta, sin perjuicio de que luego las analicemos en sus proyecciones particulares en relación a cada uno. En este capítulo nos ocupamos principalmente de las del imputado.

Como se ha dicho (Rodríguez Rescia, 1998), no obsta a esta bilateralidad el hecho de que en el texto de la normativa supranacional "las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado" y que su "aplicación a los afectados por el hecho ilícito" sea un aspecto que no "fue debidamente desarrollado", por ejemplo, por la CADH. Esto obedece a que *no es menos cierto* que las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación han evolucionado decididamente en "sentido bilateral". Basta señalar como ejemplo, que luego de entender que el papel del derecho penal es el de sancionar el delito (*distinguiéndolo* de la función del derecho humanitario que es la



de proteger y reparar a la víctima), los organismos regionales han ido incluyendo la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar el castigo del culpable ante los tribunales penales.

## 6. Clases de garantías

La normativa supranacional incorporada a la Constitución por el art. 75, inc. 22, hace expresas, ratifica y amplía los alcances de muchas de las garantías acordadas exclusivamente al acusado, que antes ya estaban contenidas o se deducían (garantías implícitas o no enumeradas) de la Constitución Nacional. Aunque tradicionalmente se la ha distinguido entre garantías penales y garantías procesales, desde aquella nueva perspectiva se acrecienta la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad de limitar el poder penal del Estado. Es que ambas clases funcionan como directivas o prohibiciones hacia el Estado, indicándole cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir una pena, y cuándo y cómo no podrá.

Pero hay que destacar que como el derecho penal vive y se encarna en su actuación judicial, todas estas garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unas los alcances y contenidos de otras, para el más pleno efecto garantizador de cada una y del conjunto.

## 7. Garantías penales

El sistema constitucional argentino, por ideología y en sus disposiciones expresas, consagra las siguientes garantías penales:

*Legalidad:* sólo la ley (es decir, un acto emanado del Poder Legislativo y no de los otros poderes), de alcance general y abstracto, puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponderá al infractor.

*Reserva:* sólo podrá aplicarse pena a quien incurra en la conducta descripta por la ley como delito (con sus notas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), nunca otras no atrapadas por aquella descripción (todo lo que no está penalmente incriminado, estará penalmente autorizado), ni con una especie o cantidad diferente de pena que la prevista (lo que excluye la posibilidad de aplicación analógica de la ley penal).

*Ley previa:* sólo podrá reprimirse una conducta humana si se encuentra descripta por la ley como punible, antes de su acaecimiento y sólo con la pena prevista en ese momento.

*Irretroactividad:* no podrá invocarse para reprimir esa conducta una ley posterior a su ocurrencia, sea porque recién la tipifique como delictiva, o porque le asigne una sanción más grave (sí podrá aplicarse retroactivamente la ley penal más benigna).

Estas garantías se utilizan en la conocida máxima "*nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali*", expresamente receptado en nuestro sistema Constitucional (art. 18, CN; art. 15, PIDCP).

Como precisiones de lo expuesto, se admite en forma generalizada que sólo pueden conminarse como punibles, conductas (no pensamientos, ni condiciones o situaciones personales: se pena por lo que se hace o se deja de hacer, no por lo que se es, o se cree o se piensa) que deben ser actual o potencialmente dañinas para algún bien susceptible de ser protegido por el derecho (nunca aquellas que "de ningún modo ofenden al orden o a la moral pública, ni perjudican a un tercero, art. 19, CN) y culpables, es decir, cometidas u omitidas con conciencia y voluntad (por dolo o culpa del autor): no hay responsabilidad penal objetiva. Además, la descripción de las conductas punibles tendrá que reunir la máxima precisión y debe ser posible de verificar su existencia o inexistencia a través de la prueba.

Con relación a la pena, también existen disposiciones garantizadoras. Entre nosotros no puede existir la pena de confiscación de bienes (art. 17, CN), ni de muerte (art. 4.3, CADH), ni tampoco



alguna que sea cruel, inhumana o degradante (art. 5.2, CADH), inhumana o inusitada (art. XXVI, DADDH), lo que exige un estricto control de la ejecución de otras, como la de prisión, para que en la práctica no tengan tales características. Es también una garantía el principio de *proporcionalidad* de la pena y el hecho de que no pueda "trascender la persona del delincuente" (art. 5.3, CADH).

### 7.1. Su influencia en el inicio y en el desarrollo del proceso penal

Los principios de reserva y legalidad penal (*nullum crimen sine proevia lege*) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su *iniciación* y *subsistencia* a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva.

Los principios de reserva y legalidad penal funcionan así como una garantía, no ya frente al "momento final" de imposición de la pena en la sentencia, sino al *inicio* de la persecución penal y durante su *desenvolvimiento posterior*, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto de cualquier investigación sobre una persona, que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal.

Quedará así también delimitada la órbita de la actuación investigativa y la actividad probatoria de los intervinientes. La actuación investigativa no sólo no podrá versar sobre hechos que no sean delictivos, sino que además deberá circunscribirse sólo a éstos y a sus circunstancias jurídicamente relevantes: transponer tales límites con la investigación estatal, comprometerá la zona de libertad del investigado, preservada por el art. 19, CN.

Consecuentemente, los actos de iniciación del proceso deberán señalar expresamente cuál es el delito que se incrimina, es decir, el encuadramiento del hecho atribuido en una figura penal determinada (argumento de los arts. 8.2.b, CADH y 14.3.a, PIDCP). Vulneran aquellos principios en su proyección procesal los códigos que restringen esta exigencia al caso de que "sea posible" (como el CPP de Cba., art. 341 inc. 2), pues si aun provisoriamente la conducta imputada no se puede calificar jurídicamente como delito, no

puede iniciarse la persecución penal. También los vulneran los que disponen que al imputado se le reciba declaración sin informarle el título del delito que se le imputa.

El sometimiento formal de una persona al proceso (que puede incluso determinar medidas de coerción en su contra) tendrá requisitos añadidos. Será necesario, no sólo que pueda encuadrarse la conducta en una figura penal, sino además que pueda pensarse, fundadamente, que su participación en el hecho típico es también antijurídica, culpable y punible.

Complementariamente, deberá garantizarse que si luego de iniciada la actividad procesal se advierte que el hecho no existió, no fue cometido por el imputado o no es punible por no encuadrar en una figura penal o por existir causas de justificación, inculpatibilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias, habrá que cerrar (hacer cesar) el proceso a favor del imputado en forma definitiva e irrevocable mediante el dictado del sobreseimiento, haciendo cesar las medidas de coerción que pudieran habersele impuesto.

Y si en la etapa del juicio, al momento de dictar la sentencia posterior al debate, la responsabilidad del acusado por la comisión del delito que se le imputa, no se encontrase plenamente acreditada en todos sus aspectos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), se deberá absolver libremente ("*in dubio pro reo*").

### 8. Las garantías procesales

El sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho delictivo, es decir, el imputado, es reconocido por el sistema constitucional (Constitución Nacional y tratados internacionales incorporados a su mismo nivel — art. 75 inc. 22, CN —) como titular de derechos que emanan de su condición de persona humana, la que se valoriza en su dignidad (Preámbulo de la CADH). De allí que se le reconozcan *derechos* como tal y se los proteja aun durante el proceso penal. Pero el sistema constitucional le confiere además otros derechos y garantías (mínimas) especiales en virtud de su

específica condición de penalmente perseguido, procurando asegurarle un "juicio justo".

Aunque muchas veces no ocurre así en la práctica, esta concepción debe tener como reflejo una firme actitud de todos los poderes del Estado en el marco de sus respectivas competencias, tendiente a evitar cualquier afectación a los derechos del imputado — que no pueden ser restringidos bajo ningún concepto (v. gr., la integridad física) durante el curso del proceso —, y a minimizar la restricción de aquéllos que sí puedan verse limitados — por razones procesales —, a la medida de lo estrictamente imprescindible. Estas limitaciones siempre serán de aplicación e interpretación restrictiva.

Si bien la hipótesis fundada de que una persona pudo haber participado en un delito, autoriza la iniciación de la persecución penal en su contra, esto no implica que con motivo de la iniciación o durante el desarrollo de esta actividad estatal, aquella persona no conserve el ejercicio de todos sus atributos y derechos. Aunque las necesidades del proceso penal pueden implicar la restricción de algunos, esta posibilidad deberá restringirse a lo estrictamente indispensable para satisfacer esas necesidades razonablemente.

El CPP de Córdoba se ocupa principalmente de las garantías del imputado en su artículo 1.

Por su *bilateralidad*, las garantías se relacionan también con quien ha resultado *víctima* de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la "tutela judicial" (arts. 1.1, 8.1 y 24, CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal, y, por lo tanto, con derecho a reclamarla ante los tribunales penales (art. 8.1, CADH).

## II. IGUALDAD ANTE LOS TRIBUNALES

Derivado de la dignidad personal y como corolario del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), la legislación supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN) establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia" (art. 14.1, PIDCP).

### 1. Concepto

Ello requiere que se acuerde tanto a la *víctima* que reclama investigación y juicio, como al *imputado*, durante el proceso penal, un trato que será *igual*, cualquiera sea su condición personal: no puede haber ni privilegios ("ley privada") ni discriminación de ninguna naturaleza, ni por ninguna razón, ni durante el proceso, ni en la decisión final. A la vez, cualquiera que sea el sentido que ésta última adopte, deberá ser equitativa e imparcial y fundarse solamente en la prueba y en la ley. Esto exige que no se hagan (ni en la ley ni en la práctica) excepciones personales con respecto a la formación o a la prosecución de las causas penales, ni a la posibilidad de intervenir en ellas, ni a su radicación ante los tribunales; ni que se impulsen procesos por motivos exclusivamente personales, derivados sólo de quién es la persona que los impulsa o quién es la persona contra la cual se promueven. Tampoco podrá admitirse un tratamiento diferencial (ni mejor ni peor) de las víctimas que reclaman penalmente ni de los imputados, por razones económicas, sociales, religiosas, políticas, culturales, etc.

En el plano estrictamente normativo, la igualdad de las partes en el proceso penal no tendrá mejor modo de expresarse, que respetando el principio contradictorio (véase el apartado VIII del Capítulo 4, en pág. 206).

### 2. Alcances

Por eso, también desde esta perspectiva habrá que esforzarse seriamente en revertir la tendencia implícitamente selectiva de

la persecución penal hacia integrantes de grupos socialmente más vulnerables (un área en que la discriminación se muestra con mucha crudeza) quienes, en cambio, cuando resultan víctimas de un delito, generalmente se topan con la indiferencia estatal. Además, el poder, la riqueza o el prestigio no pueden "alivianar" la prueba de cargo, ni tampoco "cargar" la de descargo. Tampoco puede generar favoritismos ni severidades especiales en el trato procesal ni en la aplicación de la ley penal (del mismo modo no puede haber aplicación analógica del castigo, ni mucho menos "zonas francas de impunidad"). Tampoco esas situaciones pueden ser motivo de actitudes "justicieras" para enfatizar que no originan preferencias pues, si bien no acuerdan "más derechos", tampoco autorizan "menos". Aunque simbolizando mucho más la primera (no acordar más derechos) que la segunda (no autorizar menos derechos), ambas situaciones deben considerarse comprendidas por la venda que, sobre sus ojos, tiene la imagen tradicional de la justicia.

Por cierto que serán necesarias acciones positivas ("política activa") procurando "igualar". En tal sentido, deberá asegurarse tanto a la víctima que lo necesita para reclamar penalmente, como a cualquier imputado, el acceso igual a las posibilidades de una defensa técnica eficaz, que deberá ser provista por el Estado en caso de pobreza; (respecto del imputado, esta es una de las pocas obligaciones de hacer que se imponen expresamente al Estado, v. gr., art. 8.2.e, CADH). Asimismo deberá garantizarse el goce de una igual posibilidad de libertad durante el proceso, que no podrá restringirse por falta de recursos para afrontar una fianza económica.

### III. LA RESERVA DE LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad, en sus diferentes expresiones, es otro de los reconocidos por el sistema constitucional, porque emana de la dignidad personal del imputado. Protege todo aspecto de la vida privada de un individuo que éste quiera preservar del co-

nocimiento e intrusión de los demás (art. 11.1, CADH). Si bien este derecho puede verse restringido por el desarrollo del proceso penal, ello sólo podrá ocurrir bajo ciertas condiciones que aquella legislación superior autoriza. Los datos obtenidos en violación de esta garantía no podrán ser utilizados como prueba.

#### 1. Proyecciones

La reserva de la intimidad tiene varias derivaciones y repercusiones que se analizan a continuación.

##### *Pudor*

Debe asegurarse, en primer lugar, el respeto al pudor del imputado (intimidad corporal) cuando sea objeto de la persecución penal. Al respecto, es preciso restringir al límite de la más estricta necesidad cualquier medida judicial sobre su cuerpo (como sería una inspección corporal o una requisita personal), la que deberá ser objeto de una cuidadosa reglamentación en orden a las causas de su procedencia y a la forma de su realización (v. gr., la requisita sobre una mujer deberá practicarla personal femenino).

##### *El domicilio*

El domicilio es una proyección espacial del ámbito de intimidad de la persona, lo que ha determinado el reconocimiento general de su inviolabilidad y la exclusión de posibles injerencias arbitrarias en él (art. 18, CN; art. 11.2, CADH). Si bien se podrá autorizar su registro y allanamiento, será necesaria una prolija regulación por ley de las razones de su procedencia (art. 18, CN). En este sentido, su allanamiento será dispuesto sólo por un juez competente mediante orden motivada y previa al acto, escrita y determinada y no reemplazable por ningún otro medio, ni siquiera por el consentimiento del interesado (pues la experiencia demostró que éste se solía arrancar *ex post facto*).

La garantía excluye no sólo la intromisión física, sino también la realizada a distancia (v. gr., a través de escuchas electrónicas).

(32)

cas), así como el acceso al domicilio mediante engaño (v. gr., autoridad de la investigación que encubre su condición de tal, como sería un “agente encubierto”).

### *Correspondencia y papeles*

La intimidad de la persona también es resguardada mediante el establecimiento de la inviolabilidad de su correspondencia y papeles privados (art. 18, CN; art. 11.2, CADH), lo que debe extenderse a las otras formas de comunicación interpersonal. Las limitaciones deberán emanar de disposiciones concretas de las leyes, respetuosas del sistema constitucional, que circunscriban la órbita en que pueden aplicarse durante el proceso penal.

Las restricciones a la libre circulación e inviolabilidad de la correspondencia podrán permitirse sólo cuando siendo la correspondencia dirigida al imputado, o remitida por éste, su interceptación sea útil para el descubrimiento de la verdad, salvo que se trate de cartas o documentos que se envíen a los defensores para el desempeño de su cargo (que por su finalidad, deben considerarse como una prolongación del secreto profesional).

### *Comunicaciones*

Respecto de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o similares (telefax, correo electrónico, etc.), su intervención sigilosa debe restringirse a aquellos casos en que sea imprescindible para la investigación. Sólo podrá admitirse previa orden judicial y con relación a las comunicaciones del sospechoso, quedando excluida la posibilidad de interferir las de éste con su defensor (o las que mantenga con cualquiera en el marco del secreto profesional, v. gr., no podrá grabarse lo que expresa a un sacerdote en el confesionario).

### *Vida familiar*

El reconocimiento del derecho a la intimidad abarca también el de evitar injerencias abusivas en la vida familiar — incluso por la actividad del Estado (art. 11.2, CADH) —, que puedan

importar un resquebrajamiento de su cohesión interna. Esto se proyectará en la actividad procesal y obligará a condicionar e incluso a impedir actos imputativos o probatorios que — aun cuando pudieran ser de suma relevancia para lograr el castigo del delito, por provenir de parientes directos del imputado —, puedan poner en peligro la unidad de su familia (v. gr., prohibición de denunciar; facultad de abstenerse de declarar).

En todos estos supuestos, el Estado preferirá hasta la frustración de su potestad represiva (por prescindir de esos datos), antes que lograr su efectivización a riesgo de la destrucción de la unión de la familia del presunto culpable.

### *Secreto profesional o de Estado*

El derecho a la intimidad exige también que las confidencias o revelaciones realizadas a otras personas por razones propias de su oficio, profesión o estado, sean mantenidas en la reserva en que se produjeron, incluso en el ámbito del proceso penal.

En este sentido, se establece que deberán abstenerse de declarar como testigos sobre los hechos de los que se hubieren enterado en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros de un culto admitido, abogados, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras, etc., salvo que sean autorizadas por el interesado (aunque esto último se discute respecto del sacerdote). Por otra parte, a los depositarios de las confidencias protegidas, se les prohíbe denunciar los delitos que puedan conocer a través de ellas, cuando tal conocimiento se encuentre, por la ley, al amparo del secreto profesional o de Estado.

## IV. EL ESTADO DE INOCENCIA

### 1. Concepto

Por respeto a su dignidad personal, al imputado se le reconoce, durante la sustanciación del proceso, un estado jurídico de

no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye (que también se denomina principio de inocencia o derecho a la presunción de inocencia, art. 11, DUDH), que no tendrá que acreditar (aunque tiene derecho a ello), como tampoco tendrá que hacerlo en relación con las circunstancias que pueda invocar y que sean eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal.

El estado de inocencia puede formularse diciendo que **todo acusado es inocente** (art. XXVI, DADDH) **mientras no se establezca legalmente su culpabilidad** (art. 8.2, CADH), **lo que ocurrirá cuando “se pruebe”** (art. 14.2, PIDCP) **que “es culpable”** (art. XXVI, DADDH), **en las condiciones de garantías que se establecen en el sistema constitucional y en el Código Procesal Penal** (art. 1).

#### *Repercusiones*

Ello significa que no se podrá penar como culpable (ni tratar como tal durante el proceso penal) a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal. Supone, además, que esa prueba deben realizarla los órganos encargados de la preparación, formulación y sostenimiento de la acusación; que el imputado no tiene — ni, por lo tanto, se le puede imponer — la obligación de probar su inocencia y que si la acusación no se prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto.

Pero el principio de inocencia no es incompatible con las presunciones judiciales de culpabilidad que se exigen para el avance del proceso penal con sentido incriminador (v. gr., auto de elevación a juicio), en la medida en que esas presunciones no se quieran utilizar para la imposición de sanciones anticipadas disfrazadas de coerción procesal. El principio de inocencia tampoco tiene ninguna connotación ética, pues sólo consiste en una situación jurídica de no culpabilidad que el orden jurídico estatuye a favor de quien es imputado de un delito y en relación a ese delito, hasta que se pruebe lo contrario.

## 2. La prueba de la culpabilidad

### *Responsabilidad del acusador*

La prueba de la culpabilidad del acusado (lo contrario de la inocencia) será responsabilidad, en caso de delitos de acción pública, de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, Ministerio Público Fiscal), no de los jueces (aunque a veces también se incluye incorrectamente a éstos). La responsabilidad probatoria conducente a la determinación de la responsabilidad del inculcado, corresponde al Ministerio Público, pues corresponde “a la acusación la demostración de la posición que haga procedente la aplicación de la sanción punitiva” (Vázquez Rossi, 1995). Es que “al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba en contrario debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación” (Ferrajoli, 1997).

Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargo ni autoriza a los órganos públicos a pasarlas por alto, ni mucho menos a ocultarlas, como tampoco a investigar sin objetividad o sólo según el sentido de sus sospechas.

## 3. Condiciones y límites

La prueba que aporten los acusadores deberá versar sobre los hechos de la imputación, es decir, sobre la conducta atribuida (acción u omisión), el elemento subjetivo (dolo o culpa) — ya que no hay responsabilidad penal objetiva —, y sobre ciertas condiciones personales del imputado relevantes para la calificación legal o la individualización de la pena. También tendrán que probar la inexistencia de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, invocadas por el imputado.

El juicio de culpabilidad deberá ser inducido de datos probatorios objetivos, nunca de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso ni de su silencio ni de explicaciones insuficientes o mentirosas o de

otras situaciones similares. Es por esto, que el principio de inocencia será vulnerado por una sentencia condenatoria dictada sin la evidente y probada concurrencia de los extremos objetivos y subjetivos de la imputación.

Sólo la convicción firme (certeza) y fundada (por inducción) en pruebas de cargo legalmente obtenidas sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se aplique la pena prevista, pues sólo así habrá quedado destruido el principio de inocencia. Tal destrucción no podrá, por lo tanto, derivar de ficciones de culpabilidad ni de puros actos de voluntad ni de simples impresiones de los jueces ni de sus "sentimientos personales" o "convicciones íntimas".

Podría afirmarse, sin exageración, que la condena sólo será legítima cuando las pruebas la hagan inevitable. En otras palabras, cuando no haya más remedio.

Por cierto que para condenar no será suficiente que los órganos de la persecución penal hayan hecho el máximo de los esfuerzos para procurar aquellas pruebas de cargo, si estos esfuerzos no fueron coronados por el éxito y la culpabilidad no pudo ser acreditada. En este caso, el imputado deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*. Complementariamente, se establece que éste no podrá ser nuevamente perseguido por ese delito: *non bis in ídem*. La sentencia absolutoria, aunque obedezca a la falta de certeza de culpabilidad, tendrá efecto de cosa juzgada y no podrá ser revisada en el futuro, aun cuando pudieran aparecer nuevas pruebas.

O sea que "inculpabilidad probada" y "culpabilidad no probada" son situaciones jurídicamente equivalentes a los fines de una absolución: en ambos casos se habrá absuelto a un inocente.

## V. DERIVACIONES DEL ESTADO DE INOCENCIA

El principio de inocencia tiene varias derivaciones y repercusiones que se analizan a continuación. Pero la principal, que es su verdadera contracara, es el principio *in dubio pro reo*.

### 1. *In dubio pro reo*

Por duda se entiende genéricamente la imposibilidad de llegar a la certeza (positiva o negativa); pero esta imposibilidad tiene diferentes grados.

*Stricto sensu*, habrá *duda* cuando coexistan motivos para afirmar y motivos para negar, pero equilibrados entre sí. Si los motivos para afirmar prevalecen, *habrá probabilidad* (positiva), la que, si bien se acerca a la certeza positiva, no la alcanza en virtud de la vigencia no superada de los motivos para negar. En cambio, si los motivos para negar son los que prevalecen, habrá *improbabilidad*, la que se acerca a la certeza negativa, pero no llega a ella en razón de la existencia, insuperable, de algún motivo para afirmar. En estos últimos dos casos, la imposibilidad de arribar a la certeza permitirá incluir la probabilidad y la improbabilidad en el concepto *amplio* de duda.

Para ser beneficiosa, la duda debe recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado.

La influencia del principio "*in dubio pro reo*" se extiende, con distintos pero progresivos alcances, durante todo el curso del proceso penal y mientras más adelantado se halle éste, mayor será el efecto beneficiante de la duda. Pero, la máxima eficacia de la duda se mostrará en oportunidad de elaborarse la sentencia definitiva, posterior al debate oral y público, pues sólo la *certeza positiva* de la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda *stricto sensu* y aun la probabilidad (positiva) deter-

minarán su absolución. Es en este momento donde impera con total amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales excluyentes de la certeza.

Se discute, en cambio, sobre si el *in dubio pro reo* rige en materia de interpretación de la ley penal. Algunos se inclinan terminantemente por la negativa, basándose en que aceptar su vigencia en esta materia, importaría abolir la tarea de interpretación jurídica, pues bastaría presentar una postura razonable, más beneficiosa al imputado, para que ésta fuere obligatoria (aun cuando resulte equivocada). Otros, en cambio, admiten que este principio valga como criterio de interpretación “no sólo para evitar la aplicación analógica de la ley penal o su extensión interpretativa más allá del marco del hecho, sino también en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referida a él” (Núñez, 1986).

## 2. Medidas de coerción procesal

Ya señalamos que el principio de inocencia que asiste al imputado durante el proceso impide la afectación de cualquiera de sus derechos, incluso — y en especial — el de su libertad ambulatoria (art. 7.1 y 3, CADH) a título de *pena anticipada* por el delito que se le atribuye, antes de que adquiera firmeza (por no haber sido recurrida, o si lo fue, haber sido confirmada) una sentencia condenatoria en su contra.

### *Naturaleza cautelar*

Por tal motivo, la privación de libertad durante el proceso sólo encontrará *excepcional* legitimación (“no debe ser la regla general”, dispone el art. 9.3, PIDCP) en cuanto medida cautelar: cuando existiendo suficientes *pruebas* de culpabilidad (que muestren como probable la imposición de una condena cuyo justo dictado se quiere cautelar), ella sea *imprescindible* (máxima necesidad) -y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia pero menos severa-, para neutralizar el peligro grave (por lo

serio y por lo probable) de que el imputado *abuse* de su libertad para intentar obstaculizar la investigación, impedir con su fuga la sustanciación completa del proceso (no hay entre nosotros juicio en rebeldía), o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer.

Para mantener su naturaleza puramente cautelar, el encarcelamiento procesal sólo puede durar un cierto tiempo: el imprescindible para tramitar y concluir el proceso en el que se le ha dispuesto, bajo el único argumento y con el único propósito de proteger los fines de ese proceso. Más allá deberá cesar, aun cuando la sentencia que procura cautelar no se haya dictado en ese lapso. Tanto la *imposición* procesalmente innecesaria del encarcelamiento, como su *prolongación* más allá de lo razonable, lo desnaturalizarán transformándolo en una ilegal pena anticipada, contraria al principio de inocencia.

### *Interpretación restrictiva*

Si bien en el derecho procesal penal se admite la *interpretación restrictiva*, la extensiva y aun la aplicación analógica, la primera es la única aceptable en materia de coerción personal del imputado. La interpretación restrictiva de una disposición legal implica que ésta debe ser “entendida apretadamente a su texto, sin extensión analógica o conceptual”, aun cuando su literalidad “admita lógicamente su extensión a hechos o relaciones conceptualmente equivalentes o similares a los previstos expresamente por ella”.

El carácter *excepcional* de las restricciones a la libertad — frente al principio de inocencia — imposibilita interpretar las normas que las autorizan más allá de lo que literalmente expresan. Impide además atrapar en su contexto otras situaciones de hecho no contempladas expresamente como merecedoras de tales medidas restrictivas. Sólo si fuera en beneficio del imputado, se podrá aplicar al caso una norma que no lo regule expresamente (véase el apartado II del Capítulo 8, en pág. 355).

34



### 3. Buen nombre y honor

La experiencia enseña que el derecho de la persona al buen nombre y honor (art. 11.1, CADH) es el que más *irreparablemente* resulta afectado por su sometimiento al proceso penal, que sigue (como hace siglos) cumpliendo anticipadamente y en los hechos, con una función infamante, que según el sistema constitucional ni siquiera es admisible respecto de la pena. Tal perjuicio deriva del conocimiento público de la imputación y se ve sensiblemente agravado con la imposición de medidas restrictivas a la libertad (véase el apartado VII del Capítulo 5, en pág. 257).

El principio de inocencia requiere que los órganos públicos no *ocasionen* esta vulneración ni la favorezcan. Para ello, será preciso que las leyes y las prácticas judiciales procuren restringir al mínimo la posibilidad de que la reputación del imputado sea afectada más allá de lo que resulte consecuencia inevitable de actos o decisiones adoptadas para el logro de los fines del proceso.

El requisito mínimo que debe respetarse, en este sentido, será el de *preservar* a las personas de arbitrarios *sometimientos a proceso*, estableciendo determinadas exigencias que — relacionadas fundamentalmente con la concurrencia de cierto caudal de pruebas de culpabilidad — lo tornen razonable.

Además, habrá que *evitar* la privación de la libertad si ella no es absolutamente indispensable pues, en la realidad, nada afecta más la reputación de una persona que la privación de su libertad durante el proceso, sobre todo cuando nuestra inquisitiva tradición cultural le asigna (equivocadamente) a esta situación, la función de una pena por la comisión de un delito; y muchos de los operadores del sistema de justicia penal (abusivamente) también lo hacen. Cuando el encarcelamiento preventivo sea imprescindible, deberá practicarse del modo que perjudique lo menos posible la reputación del afectado, evitando innecesarias severidades o procedimientos espectaculares. Asimismo, el encarcelamiento preventivo debe hacerse efectivo en establecimientos diferentes al de los penados.

De suma importancia será también que los órganos policiales, fiscales o judiciales no difundan públicamente el hecho del sometimiento a proceso de una persona o su privación de libertad, sobre todo en los primeros momentos de la investigación, cuando la imputación se funda, por lo general, sólo en meros indicios o sospechas. No debe confundirse el conocimiento y difusión del hecho delictivo por parte de la prensa con la difusión oficial de las actuaciones judiciales iniciales: la restricción se refiere a estas últimas.

Y, si bien la publicidad propia del debate oral y el libre ejercicio de la actividad periodística someterán al acusado a la *exposición pública* de su condición de tal (la llamada “pena del banquillo”), el tribunal deberá adoptar los recaudos necesarios en resguardo de la seriedad de la actuación judicial, para evitar que se pretenda montar un espectáculo en torno del acusado.

Por eso se ha propuesto que “el imputado que fuera presentado públicamente como culpable, hasta antes del dictado de la sentencia, tendrá derecho a obtener una constancia escrita sobre su condición procesal y del significado jurídico de ella, sin perjuicio del ejercicio de los derechos que le pudieran corresponder contra los responsables” (Frascaroli, 2002).

### 4. Revisión de la sentencia firme

Existe generalizada aceptación del derecho que tiene quien considere que ha sido injustamente condenado en un proceso penal (porque la convicción sobre su culpabilidad no fue obtenida del modo que exige la normativa correspondiente), a intentar que se revise la sentencia en su favor, aun cuando se encuentre firme (art. 14.6, PIDCP). Parecería que en este caso, el principio de inocencia tuviese una eficacia *ultraactiva*.

La autoridad de cosa juzgada deberá ceder cuando haya sido lograda a consecuencia de un *error judicial*, determinado por falsas pruebas o por prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, o si nuevas pruebas, solas o unidas a las ya examina-



das, hagan evidente que el hecho no existió o que el condenado no lo cometió (o encuadra en una norma penal más favorable), o cuando los hechos que determinaron la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal.

### 5. Propiedad

El principio de inocencia impide también que las limitaciones al derecho de propiedad que se autoricen durante el desarrollo del proceso penal signifiquen un anticipo de *penas pecuniarias* principales (multa) o accesorias (decomiso). Para ello, las restricciones que puedan imponerse a la libre disposición del patrimonio del imputado (y, por cierto, de terceros) deberán reducirse a los límites de la más estricta necesidad procesal.

### 6. Término máximo de duración del proceso

La puesta en tela de juicio del estado de inocencia por obra de la persecución penal, no puede durar más allá de cierto término porque la persistencia temporal del proceso, sin una decisión definitiva, implicará un *desconocimiento práctico* del principio. De allí que se reconozca el derecho del imputado (art. 14.3.c, PIDCP) a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, “ponga término de una vez y para siempre, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad” que importa su sometimiento al proceso penal, que lo hace “padecer física y moralmente”, pendiendo sobre él como una permanente espada de Damocles, no *porque* haya delinquido, sino *para saber* si ha delinquido o no lo ha hecho.

Puede también hablarse de un término mínimo de duración: el necesario para la eficacia de la defensa y para obtener una decisión serena de los jueces, alejados temporalmente del estrépito causado por la violencia del delito. Término máximo y mínimo procuran evitar que el tiempo provoque injusticias; por decisiones tardías o prematuras.

### 7. Indemnización del error judicial

También se relaciona con el principio de inocencia el derecho de quien ha sido condenado en virtud de un error judicial (dolo o culposos), -es decir, *equivocadamente* declarado culpable- a ser indemnizado por los daños sufridos por la sentencia injustamente dictada (art. 14.6, PIDCP). El mismo derecho debe reconocerse en aquellos casos de evidente improcedencia de la detención o prisión preventiva, cuando, a pesar de no corresponder o no ser necesarias estas medidas, fueron igualmente aplicadas durante el curso del proceso (art. 9.5, PIDCP) y éste terminó por sobreseimiento o absolución (art. 9.1, PIDCP) (art. 300).

El resarcimiento deberá ser afrontado, en principio, por el Estado, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer sobre los funcionarios judiciales actuantes en caso de prevaricato, cohecho, negligencia, etc.

### 8. Principio de inocencia y derecho de defensa

El principio de inocencia se relaciona íntimamente con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido. Si aquél no existiera o existiera uno contrario (presunción de culpabilidad) podría también existir derecho a la defensa, sólo que en este supuesto, la defensa consistiría en garantizarle al imputado la “oportunidad de probar su inocencia” (concepto de mucha difusión en la opinión vulgar), con la consecuencia de que si así no lo lograra, la condena sería poco menos que inevitable.

Pero si a aquel sujeto se le reconoce un estado jurídico de inocencia que no debe probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado, el sentido de su defensa será otro: *controlar* el modo en que se pretende probar su culpabilidad o intentar *acreditar*, si quiere, su inocencia.

En ambos casos, la defensa será resistencia frente a la pretensión penal, pero sólo en el primero podrá ser *eficaz* siendo *pasiva*.

## 9. Prohibición de obligar a declarar y a actuar contra sí mismo

Si durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, es obvio que nadie puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye (art. 18, CN; art. 8.2.g, CADH).

Por eso se establece que el imputado no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad, pues el sistema constitucional así se lo garantiza. Ello implica la exclusión de la coacción directa y también la “inherente” a ciertas condiciones o circunstancias (v. gr., la derivada de la atmósfera de intimidación del lugar en donde se encuentra detenido y se le recibe declaración etc.). Consecuentemente, la declaración del imputado debe ser considerada un medio para su defensa y no un medio de prueba.

Además de prohibirse obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo (art. 18, CN), se proscribe igualmente imponerle su intervención activa como órgano de prueba (v. gr., en una reconstrucción del hecho, en un careo, etc.).

De ello se sigue, naturalmente, que no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra (ni como circunstancias agravantes para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41, CP), el hecho de que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa, o que se niegue a actuar como órgano de prueba; tampoco lo dicho o hecho por aquél en cualquier acto practicado con violación de las reglas que prohíben obligar al imputado a declarar contra sí mismo. Sólo cuando el imputado actúe como objeto de prueba (lo que no significa que sea objeto del proceso) podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal (v. gr., en una inspección de su cuerpo).

## VI. JUEZ NATURAL

### 1. Noción

El principio consiste en que **nadie será juzgado (en ninguna instancia) por jueces o tribunales creados o designados para intervenir especialmente en la investigación o juzgamiento del delito que se le imputa o respecto de su persona en particular, después de que la presunta infracción haya sido cometida; prohíbe así los tribunales ex post facto, designados especialmente para el caso (ad hoc).**

### 2. Normativa constitucional

La Constitución Nacional establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los “jueces” designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 CN). La legislación internacional incorporada a nivel constitucional (art. 75 inc. 22 CN) coincide en general con *el derecho a ser “juzgado” por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley* (v. gr., art. 14.1, PIDCP; art. 8, CADH).

Al establecer que los individuos deben ser “juzgados” por “jueces”, se deja claramente establecido que sólo tienen “jurisdicción” para llevar adelante el “juicio previo” y aplicar el Código Penal, los tribunales federales o provinciales que integran el Poder Judicial (art. 75 inc. 12, CN). Esto resulta coherente con la prohibición dirigida al Poder Ejecutivo de ejercer “funciones judiciales” (art. 109, CN) y la precisa delimitación del único motivo por el que se autoriza al Poder Legislativo la consideración de delitos: el análisis de su incidencia sobre la responsabilidad política de altos funcionarios públicos para removerlos de sus cargos (arts. 53 y 59, CN) a fin de que puedan quedar luego sujetos a “acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los *tribunales ordinarios*” (arts. 60 y 115, CN). Cualquier autoridad que pretenda “ejercer funciones judiciales” y que no sea un juez o tribunal del Poder Judicial, configurará una “comisión especial” prohibida por el art. 18 de la Constitución.

Son tribunales del Poder Judicial los jurados previstos por los arts. 118 y concordantes de la Constitución Nacional.

### 3. Origen histórico

Resulta interesante repasar (y repensar) el sentido histórico del juez natural, que era aceptado como tal por su capacidad de comprender los valores y criterios de vida, características y costumbres de la comunidad a la que pertenecía el individuo que debía juzgar imparcialmente. Pero hoy, el sistema constitucional lo considera un principio de garantía frente a la *posible arbitrariedad* de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del imputado. Semejante arbitrariedad podría facilitarse mediante la asignación *posterior* al momento de acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, *no* para juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino *para* perjudicarlo (si lo fuera para beneficiarlo, se violaría el principio de igualdad ante la ley). De allí también que las normas de la Constitución (art. 114 inc. 6) y las internacionales incorporadas a ella (art. 75 inc. 22, CN), le requieran al juez “independencia” e “imparcialidad”, que son las condiciones que se procuran asegurar con el principio del juez natural (véase el apartado I del Capítulo 5, en pág. 218).

### 4. Derivaciones

Son derivaciones del principio de “juez natural” los siguientes aspectos: que su nombramiento se haya producido respetando las condiciones constitucionales (v. gr., sobre el órgano que la realiza o los requisitos para el cargo) o legales (v. gr., forma de intervención del Consejo de la Magistratura); que si se trata de un Tribunal Colegiado, actúe integrado por el número (v. gr., los tribunales de juicio oral son regularmente compuestos por tres jueces) y la calidad de jueces que se requieren (v. gr., que se incorporen ciudadanos comunes cuando así se exija); que el juez no se encuentre comprendido por algún motivo que le impida actuar imparcialmente, tanto funcional (v. gr., haber intervenido en el proceso an-

teriormente como fiscal), como personal (v. gr., enemistad con algún interesado); que no exista delegación de cualquiera de las atribuciones propias del juez (v. gr., recepción de pruebas o preparación de resoluciones por funcionarios judiciales inferiores); y que el juez que intervenga en el dictado de una sentencia condenatoria sea la misma persona que conoció la acusación y la posición del imputado sobre ella, participó en la producción de prueba y recibió las razones y alegatos del fiscal y la defensa (*identidad física del juez*).

#### *Irretroactividad de la competencia*

Pero no cualquier tribunal judicial dará satisfacción al principio de juez natural. Para lograrlo deberá además haber sido creado por una *ley*, dictada *antes* del hecho de la causa, de modo que su capacidad para entender en ese caso, derive del hecho de que ese caso es uno de los que, de modo general y abstracto, esa ley dispone que sea juzgado por dicho tribunal. Es la noción de “competencia” del juez a la que se refieren los pactos internacionales (art. 8. 1 CADH) y que según la letra de la Constitución (art. 18 CN) será *irretroactiva* (Maier, 1996).

#### *Alcances de la garantía*

Esto no significa que la *persona* del juez deba estar designada en el cargo antes del hecho: basta con que el tribunal haya recibido por ley previamente su competencia, pudiendo sucederse en su titularidad o integración distintas personas (v. gr., por ascenso), mientras esto no encubra una maniobra para que el sucesor juzgue *arbitrariamente* en contra del imputado.

La garantía exige, en cambio, que los jueces hayan sido establecidos con anterioridad para entender y juzgar ciertas *categorías* de delitos o de personas y que esta capacidad *futura* surja de una ley (nunca de la voluntad de ninguna otra autoridad). Esta ley deberá ser respetuosa del derecho de todo acusado a ser enjuiciado por el tribunal — federal o provincial — con *asiento en la provincia*

36

en la que se cometió el hecho objeto del proceso (proyección territorial del principio de juez natural, art. 18, CN).

Hace también a la esencia del principio de juez natural que el caso *permanezca bajo su órbita*. Por eso, se prohíbe trasladar una causa a otro tribunal distinto al competente para juzgarlo antes del hecho, sea mediante la supresión sobreviniente al hecho de la competencia de ese tribunal, o por la reasignación del caso a otro ya existente o creado al efecto.

## VII. LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

Si bien la imparcialidad del tribunal siempre fue considerada una garantía implícita (sin ella de poco — o nada — servirían todas las otras), los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75 inc. 22, CN) le han dado carácter *expreso*. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece con claridad en su art. 8.1 que toda persona, frente a una “acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a un juez o tribunal “independiente e imparcial”. Por su parte el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que esa persona tiene derecho a que “el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial”. La “independencia” está actualmente expresada en el art. 114 inc. 6 de la Constitución Nacional.

La formulación de la normativa supranacional deja en claro que la garantía de *imparcialidad* es de carácter *bilateral*, pues no sólo ampara al acusado penalmente, sino que también alcanza a cualquier persona que procure una determinación judicial sobre sus derechos, de cualquier carácter que sean. Esta expresión abarca sin duda, el derecho de la víctima a intentar y lograr — si corresponde — la condena de los responsables del delito (derecho reconocido por los órganos supranacionales de protección de los dere-

chos humanos).

### 1. Concepto

La imparcialidad es la condición de “tercero desinteresado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusador ni del acusado, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos; y la actitud de mantener, durante todo el proceso, la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia.

No es casual que el triángulo con que se grafica esta situación siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados y a la misma distancia del fiel.

Ello le obliga a asegurar la igualdad de posibilidades entre acusación y defensa para que cada una pueda procurar — mediante afirmaciones y negaciones, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas —, desequilibrar los platillos de la balanza a favor de los intereses que cada una representa o encarna (verdadero “control de calidad” de la decisión final).

### 2. Alcances

Por cierto que la imparcialidad así entendida supone la *independencia* del tribunal respecto de cualquier tipo de presión o poder políticos o sociales. Esa imparcialidad impide o esteriliza cualquier influencia que intente desequilibrar “desde afuera” alguno de aquellos platillos. El juez debe tener plena libertad para decidir el caso, estando sometido *sólo* a la ley y a la prueba — o a la falta o insuficiencia de ella — de la que “depende” (el adverbio “sólo” es la clave de interpretación correcta de la independencia). Véase el apartado I del Capítulo 5, en la pág. 218.

### 3. Salvaguardas personales y funcionales

La imparcialidad tiene dos aspectos. Uno es el personal: las relaciones de amistad, parentesco, enemistad, negocios, etc. entre el juez y las partes, pueden generar el peligro de parcialidad por parte del juez. También son personales el anticipo de opinión sobre el caso, sea de modo extrajudicial (v. gr., juez que anticipó su decisión a la prensa) o judicial (v. gr., juez que antes actuó como fiscal).

Otro aspecto es el funcional y está relacionado con la *actitud* que las leyes asignan o permiten al tribunal *frente a los intereses en conflicto* sometidos a su decisión. Ello exige que no se atribuyan a un mismo órgano dos funciones diferentes: la de deducir la pretensión jurídica penal y la de juzgar, después, acerca de su fundamento. Pero la imparcialidad del tribunal podrá también verse afectada, no sólo cuando pueda comenzar por sí mismo el proceso, afirmando una hipótesis delictiva sobre la que luego deberá investigar y juzgar (lo que se evita con poner a cargo del Ministerio Público Fiscal la iniciación del proceso y la acusación previa al juicio), sino también cuando se le permite (o se le impone la obligación de) investigar o incorporar pruebas de oficio para procurar, por sí mismo, conocimiento sobre el fundamento de la acusación (instrucción jurisdiccional) o receptar por propia iniciativa las pruebas enderezadas a resolver luego sobre ellas en forma definitiva (v. gr., incorporación de oficio de nuevas pruebas al debate). Véase el apartado II del Capítulo 1, en la pág. 37.

La garantía de imparcialidad, entonces, requiere jueces *sin responsabilidad* de probar los hechos sobre los que deben juzgar.

## VIII. JUICIO PREVIO

### 1. Concepto y fuente

El sistema Constitucional no sólo establece "quién" puede aplicar la pena (el juez del Poder Judicial, "natural" e imparcial),

sino que estatuye también "cómo": "nadie podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" reza el art. 18 de la Constitución Nacional, lo que importa la consagración del proceso como *condición ineludible* para la realización del derecho penal (art. 14.1 y 3.e, PIDCP).

A pesar de que en muchos casos sería materialmente posible (incluso quizá sin mayor riesgo de arbitrariedad) la aplicación de una sanción sin ningún procedimiento previo, por medio de intervenciones directas de la autoridad judicial, el Estado de Derecho (que se limita a sí mismo) decide condicionar el ejercicio de su poder penal, e impone el trámite procesal para cualquier caso y para todo caso.

Resulta así evidente el efecto político garantizador que tiene la exigencia de "juicio previo", pues constituye una insuperable limitación *objetiva* al poder penal estatal, con sentido de protección al individuo frente a la posible arbitrariedad del Estado. La exigencia de juicio previo le impone al Estado el respeto de una *forma* que en su desarrollo a través del tiempo, constituirá el lapso de "máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías" del individuo ante el intento oficial de restringir sus derechos como sanción por un delito. La incorporación, con jerarquía constitucional, de los pactos internacionales (art. 75 inc. 22 CN) deja en claro que el juicio es el modo de "sustanciar" y "examinar" una acusación contra una persona por la comisión de un delito, ratificando la secuencia "acusación, juicio, castigo" expresamente consagrada por la Constitución Nacional (art. 60 *in fine* y 115). En este sentido, la Constitución establece a la acusación como base del juicio y al juicio como presupuesto del castigo: no hay juicio sin acusación, no hay pena sin juicio.

### Alcances

Pero la garantía del "Juicio previo" significa no sólo que él debe preceder inevitablemente a la pena, sino que, además, no puede imponerse una pena por *fuera* del juicio, ni el proceso puede ser ocasión ni pretexto para una *indebida* restricción de los de-

rechos que al imputado se le reconocen como inherentes a su dignidad humana (v. gr., intimidad), ni configurar una pena en *si mismo*, sea por la utilización de la prisión preventiva como sanción anticipada, sea por repercusión social estigmatizante, etc.

## 2. Distintas concepciones

Si bien existe generalizada coincidencia sobre estos aspectos, no la hay cuando se trata de precisar qué se entiende por "juicio previo", aunque cada una de las opiniones parece tener parte de razón, pues expresa aspectos complementarios entre sí, que se fundan en una unidad conceptual: juicio previo, proceso regular y legal, juicio justo, debido proceso, son voces que procuran expresar la misma idea.

Hay quienes piensan que, como la garantía del juicio previo impone la existencia de una sentencia declarativa de culpabilidad para poder aplicar una pena, "juicio previo" es sinónimo de "sentencia previa" (Maier). También puede encontrarse quien estima que "juicio previo" significa "debate oral, público y contradictorio" que basado en una acusación, sea el único fundamento posible de la sentencia de condena, exigencia derivada de la filiación iluminista de nuestra Constitución (Bovino, 1998). Con el propósito de zanjar estas diferencias se ha concluido en una apreciación *dialéctica*, según la cual la acusación es la tesis, la posibilidad de contradicción es la antítesis, y que ambas son presupuestos del "juicio jurisdiccional que es la síntesis" (Clariá Olmedo, 1963).

La opinión más corriente (que abarca a las anteriores) entiende que juicio previo equivale a *proceso previo*, concebido éste como una "entidad jurídica prefijada" (Vélez Mariconde, 1986), cuya completa tramitación será imprescindible para poder aplicar una pena al acusado de la comisión de un delito. Esta construcción legal (es decir, hecha por ley), dispondrá en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse en su desarrollo, quiénes podrán ser sus protagonistas, qué formas deberán observar y en qué orden deberán cumplirse. Todas estas disposiciones serán *inalterables* por los funcio-

narios y particulares actuantes: es el *proceso regular y legal* que debe necesariamente preceder a la sentencia condenatoria, que por cierto, lo integra.

Sin embargo, debe enfatizarse que no *cualquier* proceso previo a la condena dará satisfacción plena a esta garantía: en el curso del mismo deberán asimismo respetarse, simultáneamente, las *demás* garantías (mencionadas en este capítulo).

## IX. NON BIS IN ÍDEM

### 1. Concepto y fundamento

Nuestro sistema constitucional recepta el principio *non bis in ídem*: **ninguna persona puede ser perseguida penalmente (y por cierto, tampoco juzgada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo** (art. 14.7, PIDCP).

Este límite al poder penal del Estado consiste, entonces, en que su ejercicio en un caso concreto se puede procurar *sólo una vez*. Se lo ha fundamentado diciendo que el principio tiende a "preservar la estabilidad del orden jurídico", o resulta una "derivación necesaria de la presunción de verdad de la cosa juzgada", o así lo exige la "seguridad jurídica de quien ya fue objeto de la persecución penal del Estado".

#### *Proyección temporal*

El *non bis in ídem* significa que nadie puede ser *condenado* por el mismo hecho delictivo por el que anteriormente fue sobreseído o absuelto, ni tampoco *ver agravada*, por una nueva condena, otra anteriormente impuesta por su comisión. Ni siquiera puede ser *expuesto al riesgo* de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal.

Pero el *non bis in idem* no sólo abarca la prohibición de una múltiple persecución sucesiva, sino también la de una *simultánea* a una misma persona, por el mismo hecho, tal como ocurriría si se sustancia más de un proceso ante órganos judiciales diferentes por la misma hipótesis fáctica.

### La persecución ulterior

Con las palabras *persecución penal* se comprende toda actividad oficial (policial, fiscal, e incluso jurisdiccional — que no puede ser propiamente tal —) o privada (querrela) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Para que pueda hablarse de *segunda* persecución, será necesario que la *primera* se esté desarrollando o haya concluido por sobreseimiento o sentencia (condenatoria o absolutoria). A los efectos del *non bis in idem*, la persecución no será tal si el primer intento persecutorio no logró abrir un proceso, como ocurriría en caso de desestimación de la denuncia o archivo del sumario de prevención policial, por entenderse que el hecho en ellos contenido carecía de tipicidad penal. Pero si el proceso iniciado se viera paralizado por la existencia de algún obstáculo *removible* a la persecución penal (v. gr., privilegio del imputado que es juez) tan pronto éste quede removido (v. gr., por renuncia, destitución, etc.), la persecución podrá reanudarse, pues se tratará de la *misma* que prosigue (porque no concluyó definitivamente) y no de una nueva.

## 2. Triple identidad

Para que el principio *non bis in idem* sea aplicable, será necesario que la segunda (o posterior) persecución penal se refiera al *mismo* hecho que fue objeto de la primera. El concepto de *identidad* de hecho implica, a estos efectos, la existencia de una *triple identidad*: identidad de persona (*idem personam*), identidad de objeto (*idem re*) e identidad de causa de persecución (*idem causa petendi*). Si alguna de ellas falta, no regirá el principio.

La exigencia de *identidad de persona* significa que esta garantía sólo puede ser invocada por la *misma persona física* que ya

fuera objeto de una primera persecución, cuando se pretenda perseguirla *de nuevo* por el mismo hecho. Consecuentemente, quien no sufrió la primera persecución, no podrá invocar el principio a su favor. Por ejemplo, si una sentencia anterior dictada respecto de un partícipe, hubiera declarado que el hecho no existió, esta circunstancia no podrá ser argumentada por el co-partícipe al que se persigue por el mismo hecho pero cuya situación no fue resuelta en la primera y anterior decisión jurisdiccional. El *non bis in idem* carece de un efecto “extensivo” como el que tienen los recursos.

El requisito del *idem re* se refiere a la identidad entre el contenido fáctico de la primera persecución penal, con el de la nueva (sucesiva o simultánea). O sea, se refiere a la *identidad sustancial* de la acción u omisión humana hipotética atribuida desde una perspectiva “naturalística”, y *no* por su diferente repercusión jurídico-penal. Si esta identidad fáctica esencial existe, rige el principio, aun cuando en la posterior persecución se afirmen *nuevas circunstancias* o un modo diferente de participación, o se pretenda una *calificación legal* distinta.

Por eso, mientras lo *sustancial* de la conducta atribuida se mantenga idéntico, no obstará a la vigencia de la garantía, que en la nueva persecución se agreguen *accidentes* de lugar, tiempo o modo (como por ejemplo la existencia de nuevas víctimas), o nuevos hechos integrativos de un *delito continuado*, o circunstancias agravantes de *calificación* de la *misma* figura penal, tanto físicas (v. gr., uso de armas que agravaría un hecho de robo simple), como psíquicas (v. gr., intención de matar que agravaría un hecho de homicidio culposo) o jurídicas (v. gr., existencia de vínculo matrimonial entre victimario y víctima, que agravaría un hecho de homicidio simple), o que encuadrarían el hecho objeto de la persecución en una figura penal *distinta* y más severamente penada. Regirá también la garantía cuando en la nueva persecución se afirme una *forma* diferente de participación delictiva (v. gr., se sobreseyó al imputado como autor y se lo pretende perseguir de nuevo como instigador del mismo delito), o un *grado* distinto de



ejecución (se lo condenó por tentativa de un delito y se pretende perseguirlo por el mismo delito, pero consumado).

Semejante alcance del *non bis in ídem* obedece a que en el primer intento se pudo investigar y probar sobre todos estos aspectos, y el tribunal que decidió sobre la persecución hubiera podido conocer todas estas nuevas circunstancias invocadas en la segunda; si todo ello no sucedió por defectos de la primera persecución, no se puede procurar *mejorarla*, repitiéndola.

Identidad de *causa de persecución (idem causa petendi)*, es sinónimo de identidad de pretensión ejercitada. Como lo que no se puede procurar más de una vez (simultáneamente o sucesivamente) es la *condena penal* de una persona, no existirá esta identidad si la segunda o posterior persecución basada en el mismo hecho, contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (v. gr., la indemnización del daño civil causado por el delito). Para que concurra tal identidad también se requiere que las pretensiones penales ejercitadas sucesiva o simultáneamente, sean idénticas en sus *alcances* jurídico-procesales, es decir, iguales en su *capacidad* de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo *todos* sus posibles encuadramientos penales por parte de los tribunales que deban intervenir en ambos casos. Si así no ocurre por limitaciones a la jurisdicción derivadas de la diferente naturaleza de la acción ejercitada (pública o privada), y el tribunal de la primera persecución sólo pudo confrontar el hecho con una parte de las figuras penales (v. gr., las de acción pública), será posible una segunda persecución para procurar la confrontación del *mismo* hecho con la *otra* parte de las figuras penales, con las que antes no lo pudo confrontar (v. gr., las de acción privada).

### 3. Efectos

En los supuestos de doble *persecución sucesiva*, el principio podrá hacerse valer invocando la excepción de *cosa juzgada*, que implica la imposibilidad de revisar o de intentar hacerlo en contra del imputado, una sentencia firme de absolución (o sobreseimiento) o de condena (la que sí puede ser revisada, pero sólo a favor

del imputado). En caso de doble *persecución simultánea*, el principio podrá hacerse funcionar interponiendo una suerte de excepción de *litis pendencia*, procurando la *unificación* de los procesos.

## X. EL DERECHO DE DEFENSA

### 1. Noción

El derecho de defensa es otro de aquéllos cuyo reconocimiento es unánime en el sistema Constitucional vigente (Constitución Nacional art. 18 y tratados internacionales incorporados — art. 75 inc. 22 CN — v. gr., art. 8.2.d.e, CADH).

Importa, *lato sensu*, la **posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento y protección, aun penal, de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra**. Dicho más específicamente, se trata de la posibilidad reconocida a los *sujetos privados* del proceso, de demostrar el fundamento de la pretensión que ejercitan o la falta total o parcial de fundamento de la ejercitada en su contra (Vélez Mariconde, 1986).

Es una garantía “bilateral”, *común* para la víctima y el acusado, que *implica* las garantías de “igualdad ante los tribunales” y “acceso a la justicia”.

### 2. Fundamento

Esta garantía se cristaliza en normas constitucionales tales como el art. 18 de la Constitución Nacional (o 40 de la Const. Provincial), que dispone “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Con ello se deja claramente establecido, además, que el juicio — es decir, el proceso — es el ámbito previsto para intentar la defensa de “la persona y de los derechos”, y que la defensa abarca la atribución de lograr el reconocimiento y la protección del “derecho” (individual o social) que se afirme violado,

así como la resistencia a la pretensión de restricción de derechos que implica la imposición de una pena. Más recientemente se establece la obligatoriedad de la defensa técnica y su provisión como un deber (subsidiario) del Estado (v. gr., art. 8.2, CADH).

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, que impone al Estado el deber de asegurar "la eficaz prestación de los servicios de justicia" (art. 114, inc. 6) y la incorporación de la normativa supranacional a nivel constitucional (art. 75 inc. 22 CN), han enriquecido la discusión sobre los aspectos de aquel "servicio". Estos aspectos comprenden, entre otros: el acceso a la justicia para todos, la intervención efectiva de la víctima (y el asesoramiento y patrocinio o representación gratuita de víctimas carentes de recursos económicos), las exigencias sobre la defensa técnica oficial para el acusado que no pueda o no quiera tener abogado, el concepto de una igualdad entre los contendientes que supere el plano de lo formal, el concepto de defensa idónea del imputado (como expresión de la "paridad de armas" con el acusador) y la atención, información y orientación jurídica prestada al público en general por integrantes de la justicia en forma permanente.

## XI. LA DEFENSA DEL IMPUTADO

Con relación al imputado, el derecho de defensa se encuentra expresamente consagrado por el sistema Constitucional (art. 18, CN; art. 11.1, DUDH). En especial la Constitución Provincial (art. 40) establece: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. *Todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal*".

### *Nemo iudex sine defensione*"

El derecho de defensa no sólo es una emanación de la dignidad personal del imputado, sino, además, un requisito indispensa-

ble para asegurar (a él y a la sociedad) el desarrollo de un proceso respetuoso de la escala de valores del Estado de Derecho. Por eso, el sistema procesal debe asegurar todas sus manifestaciones (la material y la técnica) desde el primer momento de la persecución penal y en cada una de las etapas procesales. Sólo podrán tolerarse restricciones de *origen* legal y de *carácter* reglamentario y a condición de que no lo afecten en su esencia, porque es un componente insustituible del juicio previo (proceso) constitucional y un límite infranqueable a la búsqueda de la verdad sobre la acusación de un delito, que *sólo* puede obtenerse legítimamente con el inexcusable resguardo de la defensa del imputado.

O sea que el ejercicio válido de la jurisdicción, con el mismo rigor que requiere de la acusación, requiere de la defensa (porque necesita de *ambas* para legitimarse): *Nemo iudex sine defensione* (Ferrajoli, 1997).

### *Noción*

No hay defensa, ni siquiera genéricamente considerada, ajena a la idea de *resistencia* del imputado a cualquier pretensión de restricción de sus derechos que las leyes puedan autorizar como consecuencia de la comisión de un delito o de la realización del proceso. Tal resistencia podrá ser activa o pasiva, y comprende la posibilidad de reclamar la vigencia de las garantías de juez natural, juicio previo, etc.

Abarca la atribución de intentar *evitar* o *resistir* jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o so pretexto de su desarrollo, pueda afectar o afecte sus derechos individuales fuera de los casos y de los límites que la Constitución autoriza. Es que si el "juicio" (proceso) es el ámbito para la defensa de la persona y de los derechos, no puede ser, en cambio, ocasión para su desconocimiento o violación, debiendo evitarse o enmendarse cualquier afectación no permitida por la ley y exigida por la necesidad a la dignidad personal, seguridad, libertad, honra, intimidad, propiedad, etc.

*Específicamente*, la defensa del imputado consiste en la posibilidad que se le debe acordar de *contradecir* la imputación, proporcionando — si lo desea — su versión sobre el hecho delictivo que se le atribuye, la cual tiene que ser objeto de consideración y de aceptación o rechazo expreso por parte de los jueces. Tal versión puede consistir en la negativa de la existencia del delito que se le imputa o de su participación en el mismo (aspectos que, con contradicción o sin ella, tendrán que ser probadas por el acusador), o puede consistir sólo en la invocación de circunstancias que atenúen o excluyan su responsabilidad penal (cuya *inexistencia* también deberá acreditar el acusador). El imputado podrá también *ofrecer pruebas, controlar la ofrecida por el acusador, y alegar sobre su mérito para demostrar la carencia total o parcial de fundamento de la pretensión de penarlo por razones fácticas (falta de pruebas suficientes) o jurídicas, ya sean de fondo (v. gr., atipicidad del delito) o de forma (v. gr., nulidad de la acusación), e interponer recursos*. Integra la posibilidad de resistencia, el derecho irrenunciable del imputado de contar con un abogado que lo asista y represente desde el punto de vista legal.

Pero es también parte del derecho de defensa, el de “*no defenderse*”, es decir, el no desarrollar ninguna de aquellas actividades, sin que esa posibilidad u omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en contra del imputado. Si así no se estableciere, la posibilidad de no actuar, en lugar de ser un modo de defenderse, sería una *forma de inculparse*.

### 1. La condición de igualdad

Nuestro sistema constitucional (v. gr., art. 14.3, PIDCP) exige que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones de “*plena igualdad*” con la acusación, lo que se grafica con la alocución “*paridad de armas*”. Esto ocurrirá cuando el imputado tenga, no sólo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades (reales) que el acusador para influir en las decisiones de los jueces sobre el caso. Esta igualdad de posibilidades dependerá de las garantías constitucionales, los derechos procesales, la equivalencia de

conocimientos jurídicos y los recursos humanos y materiales con que ambos cuentan.

### *Recursos humanos y materiales*

Desde el punto de vista de los recursos, sería hipócrita hablar de una plena igualdad entre el Estado en papel de acusador y un ciudadano común acusado (aun cuando integre una organización delictiva). El auxilio policial, el uso de la fuerza pública, la colaboración obligatoria de todas las reparticiones estatales, la cooperación interprovincial e internacional, la utilización legítima de medios de información clandestinos (v. gr., intervenciones telefónicas), entre muchos otros, son herramientas de las que *carece* cualquier imputado. En este aspecto, la igualdad se procura poniendo al servicio de la actividad de la defensa y a su pedido, la mayor cantidad posible de aquellos medios, especialmente en materia probatoria. Pero nadie puede desconocer la diferencia entre mandar y *pedir*.

### *Las garantías constitucionales*

La desigualdad existente entre el Estado en función de acusador y el ciudadano en situación de acusado también se procura *nivelar* — a favor de éste — con el principio de inocencia, con la responsabilidad impuesta al Estado de probar la acusación, con la exclusión de toda exigencia al imputado sobre la prueba de su inculpabilidad y con la imposibilidad de condenarlo si el acusador no logró acreditar ciertamente su responsabilidad sobre la base de las pruebas aportadas. La igualdad persigue también el carácter de *irrenunciable* acordado a la defensa técnica y la obligación subsidiaria del Estado de brindarla a su costa.

### *El criterio de objetividad*

El criterio de *objetividad* que debe presidir la actuación de los órganos encargados de la persecución penal (el M. P. Fiscal y la policía), los obliga a no desatender la prueba de descargo y a re-

querir el sobreseimiento o la absolución del imputado; asimismo les permite recurrir en su favor cuando todas estas actitudes por derecho correspondan. Desde esta óptica puede considerarse que el criterio de objetividad tiende también a favorecer la condición de igualdad. Pero esta posibilidad se contrapone a la atribución que la mayoría de los códigos — no así el de Córdoba — reconocen a los jueces (incluso los del juicio) de disponer la incorporación de pruebas de cargo, incluso aquellas no ofrecidas por (y aún contra la voluntad del) Ministerio Público Fiscal.

#### *Atribuciones procesales*

La *paridad* de atribuciones procesales entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado es la manifestación legal más expresiva de la igualdad. Su expresión acabada se encuentra en la etapa del juicio (y también en la de los recursos), no así en la investigación preliminar en la que acusador e imputado tienen atribuciones desparejas, sobre todo en orden al secreto de períodos procesales (v. gr., las actuaciones son secretas para el defensor hasta la declaración del imputado, pero no lo son para el fiscal) o actos en particular (v. gr., la realización de un allanamiento domiciliario que no se comunica previamente a la defensa y sí al fiscal). Si bien es cierto que por lo general bastaría con que la igualdad exista durante el juicio (porque sólo sus actos y las pruebas allí recibidas pueden dar base a la sentencia de condena), este argumento es más *teórico* que práctico si se repara que las leyes autorizan la directa admisión en el debate de pruebas recibidas en la investigación preliminar, incluso a espaldas de la defensa (v. gr., incorporación al debate por la lectura, del testimonio prestado sin control de partes en esa etapa por una persona que luego falleció).

#### *Un ideal*

Por todo lo dicho, es evidente que la condición de igualdad parece más una *aspiración ideal* que una realidad fácilmente alcanzable. Seguramente por eso se la ha querido reducir — incorrectamente — a la exclusión de una “conformación procesal”, “infun-

dada, irrazonable, arbitraria, o sustancialmente discriminatoria a la luz de las finalidades del proceso penal”.

#### **2. Defensa material y defensa técnica**

Tradicionalmente, se distinguen dos aspectos de la actividad defensiva: el material y el técnico.

*La defensa material consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y presenciando o participando (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos, o absteniéndose de hacerlo.* El correcto ejercicio de ella exige su intervención efectiva en el proceso y presupone su conocimiento de la imputación.

La defensa del imputado se integra, también, con la *actividad desarrollada por un abogado que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las de cargo que ofrezca el acusador, argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, y podrá recurrir en su interés: es lo que se conoce como *defensa técnica*.* Sobre el defensor, véase el apartado IX del Capítulo 5, en pág. 270.

#### *Expresiones*

Clásicamente, se ha entendido que la defensa del imputado está integrada por diferentes expresiones (que se desarrollan a continuación) relacionadas con su intervención en el proceso y su posibilidad de audiencia.

#### *Hallarse presente (Intervención)*

La defensa presupone el derecho del imputado de intervenir personalmente en su caso, de “*hallarse presente* en el proceso” (art.14.3.d, PIDCP). Por eso, si bien la investigación preliminar

puede desarrollarse en ausencia del imputado (lo contrario evitaría su identificación o recolección de las pruebas), no podrá producirse la acusación ni realizarse el juicio oral y público si la ausencia se mantiene. Se ha dicho que esta prohibición tiene como fundamento la necesidad de verificar "de cuerpo presente" si el imputado tiene capacidad para intervenir en el proceso (v. gr., no lo tendría si fuera demente) (Maier, 1996).

Más recientemente, se ha sostenido que sería posible desarrollar el juicio en rebeldía "cuando la ausencia es voluntaria" luego de conocida la existencia del proceso (Corvalán, 1996), siempre que al rebelde se le designe un defensor con amplias facultades y se acuerde un recurso de revisión amplio contra la sentencia. Al respecto, se discute si la expresa consagración del derecho "a hallarse presente en el proceso" por obra del art. 14.3. d. del PIDCP acuerda respaldo de nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN) a la prohibición del juicio en rebeldía.

#### *Ser oído (Audiencia)*

El derecho a "ser oído", como elemento esencial de la defensa del imputado, admite la formulación de preguntas como las que siguen: ¿sobre qué será oído?, ¿cómo se entera y cuándo de aquello sobre lo que puede ser oído?, ¿de qué forma y bajo qué condiciones deberá ser oído?, ¿quién deberá oírlo y cómo?. La respuesta a estos interrogantes precisará el contenido de este concepto.

La atribución a una persona de una acción u omisión que la ley penal reprime como delito es lo que se conoce como *imputación* (art. 10, DUDH). Sobre ella debe permitirse al imputado ser oído, porque es contra lo que deberá defenderse.

Si bien los requisitos que debe reunir la imputación van creciendo a lo largo del proceso, el núcleo central de la conducta atribuida deberá mantenerse *idéntico* del principio hasta el fin. Esta identidad (congruencia) es básica para el eficaz ejercicio de la defensa porque de poco serviría ser oído sobre una imputación que,

con posterioridad, puede ser mutada en su esencia y convertirse, por lo tanto, en otra diferente.

La imputación se exterioriza *originariamente* en los actos policiales o del Ministerio Público Fiscal que durante la investigación preparatoria atribuyen al imputado una conducta delictiva. En cualquier caso, la imputación requerirá una *descripción* de los hechos atribuidos lo más clara y circunstanciada que se pueda, con referencia expresa a su *encuadramiento* jurídico.

La imputación se perfecciona con el acto de *acusación*, consistente en atribuirle a una persona, debidamente individualizada, alguna forma de participación en un hecho delictivo, y en el pedido de que esa persona sea sometida a juicio oral y público por ese delito. El documento acusatorio deberá contener la individualización del acusado y la descripción clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, su encuadramiento legal y la fundamentación correspondiente, sobre la base de las probanzas recogidas durante la investigación preparatoria. Es lo que se denomina en los códigos "requerimiento fiscal de citación a juicio". Con él quedará delimitada la materia sobre la que debe versar la defensa del acusado, y determinado el ámbito fáctico dentro del que podrá ejercer su jurisdicción el tribunal de juicio. Estos requisitos deberán también ser observados por la acusación a cargo de un particular (v. gr., querellante).

Para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier *sorpresas*. El acto por el que se le informa de la imputación se denomina en las leyes, *intimación*. Ésta debe ser *previa* a cualquier declaración que se pueda recibir del imputado y *detallada*, con explicación de las *causas* de la acusación, es decir, de los hechos que le dan base, de las pruebas existentes y de su *naturaleza*, o sea, su encuadramiento legal (art. 8.2.b, CADH; art. 14.3.a, PIDCP).

Las leyes exigen que la intimación sea realizada por la autoridad judicial que debe recibir la declaración del imputado, de mo-

do previo a ella, tanto durante la investigación preparatoria como en el juicio oral y público.

El derecho a ser oído (audiencia) se canaliza *principalmente* a través de la llamada "declaración del imputado" (indagatoria), acto predispuesto por las leyes procesales para que aquél decida libremente si prefiere ejercer su defensa material guardando *silencio* (art. 18, CN; art. 8.2.g, CADH) o a través de manifestaciones verbales en *descargo* o *aclaración* del hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer junto con las pruebas existentes en su contra, en forma previa y detallada, y con el encuadramiento legal recaído, porque *sólo* así podrá defenderse *integralmente*. Si el imputado ejerce su defensa guardando silencio, esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra (manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo), aspecto del que deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial responsable del acto.

Si el imputado optara por declarar, expondrá libremente lo que estime conveniente en descargo o aclaración de los hechos, pudiendo proponer aquellos elementos probatorios que estime útiles a su defensa y que el órgano judicial deberá procurar incorporar (evacuación de citas).

La legislación internacional incorporada (art. 75, inc. 22, CN) enfatiza el concepto de imparcialidad del tribunal que debe oír al acusado (v. gr., art. 10, DUDH) y que se orienta a asegurar la igualdad procesal entre éste y su acusador. La imparcialidad es considerada un presupuesto de la defensa: el encartado debe ser oído *imparcialmente*.

#### *Asistencia extra legal*

La defensa deberá también integrarse con la posibilidad de asistencia estatal en materias que no sean de carácter legal. Abarcará no sólo cuestiones técnicas, sino incluso la colaboración para la investigación que fuere necesaria a los fines de acceder a fuentes

de prueba (aspecto que no tiene reconocimiento legal entre nosotros).

### 3. Otras manifestaciones

Pueden mencionarse también como derivaciones de la garantía que hemos desarrollado precedentemente, las siguientes.

#### *Congruencia*

El derecho de defensa exige la identidad del hecho delictivo por el que se dicta la sentencia, con el contenido en la acusación (en la originaria o en su ampliación), con el intimado al imputado al recibírsele declaración y con el expresado en la requisitoria fiscal de instrucción (si existiere). Entre todos ellos debe existir una *correlación fáctica* esencial, en todas las etapas del proceso: es la *congruencia* (véase el apartado I del Capítulo 12, en pág. 545).

#### *Motivación de la sentencia*

Es parte del derecho de defensa, el obtener una decisión jurisdiccional *motivada* sobre la causa, que le ponga fin decidiendo el caso. Sobre todo si se trata de una sentencia condenatoria, parece claro que al ciudadano que se lo condena se le debe explicar a base de qué se lo hace (véase el apartado I del Capítulo 12, en pág. 545).

#### *Recursos*

Integra también el derecho de defensa del imputado, la posibilidad de recurrir contra las resoluciones jurisdiccionales que les sean desfavorables, en especial, la sentencia condenatoria (art. 8.2.h, CADH), lo que ha determinado que hasta se replanteen los alcances del recurso de casación (véase el punto I del Capítulo 13, en la pág. 589).

41

## CAPÍTULO 4

---

- I. **EL DERECHO PROCESAL PENAL.** Concepto; bases constitucionales; legislación reglamentaria. **Derecho penal y derecho procesal penal.** Influencias recíprocas.
- II. **EL PROCESO PENAL.** Concepto; garantía frente a la pena arbitraria; instrumentalidad; desnaturalización.
- III. **LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROCESO PENAL.** Actos; etapas; objetivos de cada una; sujetos.
- IV. **SANCIONES PROCESALES EN LO PENAL.** Concepto; clases. Caducidad. Preclusión. Inadmisibilidad. **Nulidad:** formas de conminar las nulidades; clases de nulidades; subsanación; efectos. **Nulidad y garantías.**
- V. **FINES DEL PROCESO.** Reconstrucción conceptual; la aplicación del derecho; la tutela de las garantías; la solución del conflicto.
- VI. **PARADIGMAS PROCESALES.** Relación con los sistemas políticos. Sistema inquisitivo y acusatorio.
- VII. **EL PROCESO "INQUISITIVO MITIGADO" O "SISTEMA MIXTO".** Notas características; rol de los jueces; críticas.
- VIII. **EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL.** Distinción de roles; contraposición de intereses; igualdad de atribuciones del acusador y el defensor; imparcialidad de los jueces; reconocimiento del interés prevalente. Un proceso penal contradictorio.

### I. EL DERECHO PROCESAL PENAL

---

#### 1. Concepto

Se ha dicho que el Derecho Procesal Penal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organi-



zan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción (o una medida de seguridad penal), regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él (Maier, 1966).

De este concepto se desprende que el Derecho Procesal Penal se ocupa de dos aspectos: por un lado, de la organización judicial y de la acusación (y aun defensa) estatales; y, por el otro, de los sujetos que deben actuar y de los actos que deben o pueden llevar a cabo para la imposición de una pena (o medida de seguridad) por la participación en un delito.

Pero, para obtener una mejor comprensión dogmática del Derecho Procesal Penal, es preciso acudir a nuestra regulación político-jurídica fundamental (hoy integrada con la incorporación a nuestra Constitución, y a su mismo nivel, de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado y complementado los principios y normas constitucionales que se refieren a estos aspectos del proceso penal — art. 75 inc. 22 CN —).

Omitimos aquí nociones generales que son propias de contenidos previstos para la asignatura “Teoría General del Proceso”, tratando de resaltar las notas características de la nuestra.

## 2. Bases constitucionales

Si la Constitución Nacional acuerda al Congreso (art. 75 inc. 12) la atribución de *dictar* el Código Penal; si atribuye su *aplicación* a los Tribunales del Poder Judicial (art. 108) federales o provinciales según las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75 inc. 12); si la imposición de las penas que el Código Penal prevé se condiciona a que *previamente* se lleve a cabo un *juicio* (art. 18) que, basado en una acusación (art. 60), no puede estar a cargo de cualquier tribunal, sino de uno cuya competencia esté fijada por ley con anterioridad al “hecho del proceso” y que sea independiente e imparcial (juez natural, art. 18, CN); si la actuación de éste (en caso de acción pública) debe ser promovida por

el Ministerio Público (art. 120) que tendrá a su cargo la preparación y formulación de la *acusación* (sin perjuicio de la actividad de las víctima — art. 172 inc. 3, Const. Cba. —); si durante el juicio es inviolable la *defensa* del imputado (art. 18) quien debe ser respetado en su dignidad personal y no puede ser considerado ni tratado *como culpable* antes de ser declarado tal (art. 18); surge evidente la necesidad de un *conjunto de normas jurídicas reglamentarias que den vida práctica a estas disposiciones constitucionales y a los principios jurídico-políticos que las inspiran.*

## 3. Legislación reglamentaria

Estas normas reglamentarias deben abarcar el doble aspecto señalado en el “concepto” precedente.

*Primero*, estableciendo, por un lado, los *órganos públicos* que deberán ocuparse de la preparación, formulación, sostenimiento y acreditación (prueba) de una *acusación* (persecución penal) que concrete el reclamo estatal de que se imponga una pena al partícipe de un delito; y, por otro, estableciendo los *organismos* que deberán encargarse de conducir la realización de un proceso hasta su conclusión que, con resguardo pleno de la defensa del imputado, culmine luego de un juicio con una *decisión* definitiva sobre la acusación (sentencia), que resuelva el caso concreto a través de la aplicación de la norma penal, civil o constitucional, condenando o absolviendo, según corresponda.

*Segundo*, adecuando la *organización, funciones, atribuciones y deberes* de todos estos sujetos a aquellos principios que ceñirán su actuación, y regulando los *actos* que deben o pueden cumplir para el desempeño de esas actividades, programando previamente su forma, oportunidad, secuencia y efectos.

Este es el contenido del *Derecho Procesal Penal*, que en el marco de las aludidas normas constitucionales, se integra con las leyes de organización del Ministerio Fiscal y los Tribunales Penales, y con los Códigos Procesales Penales, pero que más precisamente se refleja en éstos. También estatuirá lo concerniente a la defensa, en

los casos que deba ser provista por el Estado y reglamentará la participación de simples particulares en la actividad acusatoria (v. gr. querellante), jurisdiccional (v. gr. jurados) o defensiva (v. gr. defensor particular), estableciendo sus funciones, atribuciones y deberes.

#### 4. Derecho penal y derecho procesal penal

Se advierte así, que el derecho procesal penal dentro del marco que le fijan la Constitución y los tratados incorporados a ella (art. 75 inc. 22, CN), “regulará en forma conjunta con el derecho penal, el poder punitivo del Estado” (Binder, 1999). El derecho penal *definirá* en abstracto los comportamientos punibles, la pena merecida y las causas que puedan excluirla o modificarla. El derecho procesal determinará, además, las condiciones que deben observarse para que la sanción se aplique legítimamente, fijando los requisitos de *quién y cómo*. Estas condiciones deberán satisfacerse para *intentar* acreditar y poder *dar por* acreditada la existencia concreta de un hecho delictivo y la participación culpable del acusado, y para, en caso afirmativo, imponerle y hacer cumplir la sanción que corresponda.

Dicho de otro modo, al ser dos los niveles o secciones del sistema penal considerado como un todo, no es posible pensar el derecho procesal penal prescindiendo del derecho penal: “Mentalmente omitido el derecho sustancial, nos quedaría un derecho procesal actuando en el vacío, como un rayo de luz que no encuentra donde proyectarse” (Clariá Olmedo, 1963). La consideración conjunta de las dos disciplinas es insoslayable porque, dentro del marco que les fija a cada una la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados al mismo nivel (art. 75, inc. 22 CN), ambas se ocupan del poder penal del Estado: el derecho penal *definirá* en *abstracto* qué conductas son punibles y qué pena merecen y el derecho procesal fijará las *condiciones* para que la pena pueda aplicarse en un caso *concreto*.

Apreciar la “intimidad” de esta relación es fundamental, pues el proceso penal tendrá que *adecuar* inevitablemente sus es-

estructuras a las disposiciones expresas y a los principios inspiradores del derecho penal en cada lugar y momento histórico determinados. Así se advierte en estos días con especial claridad, porque se insinúa una evolución desde el concepto de delito mirado *sólo* como un *conflicto legal* entre un ciudadano y la ley penal (una infracción, una desobediencia) hacia un concepto de delito mirado también como un *conflicto humano* entre autor y víctima, lo cual potencia la intervención de ésta en la resolución de ese conflicto, y va asignándole al derecho penal un rol social diferente al puramente punitivo.

#### 5. Influencias recíprocas

Se ha dicho que el derecho penal “no le toca al delincuente ni un pelo” (Beling, 1943), pues la pena que éste debería sufrir se encuentra sólo en las páginas de los códigos y “el mundo de los criminales puede burlarse de los párrafos que sólo viven en el papel hasta tanto el derecho penal no actúe realmente”.

Únicamente el derecho procesal permitirá la realización del derecho penal para que pueda así “tocarle el pelo” al culpable. Desde esta perspectiva, el derecho procesal es un instrumento imprescindible e insustituible para la pretensión de realización del derecho penal.

#### *Obstáculo a la realización directa del derecho penal*

Esta condición configura en realidad una sustancial *limitación* a la realización del derecho penal, pues el derecho procesal opera como un verdadero *obstáculo* a la aplicación directa de la pena: no hay pena sin proceso previo (art. 18, CN). El derecho procesal debe, además, reglamentar (dándoles vida práctica) las normas constitucionales que establecen un plexo de derechos y garantías en favor del individuo que, por sospechárselo autor de un ilícito, sufre el intento por parte del Estado de someterlo a la pena que corresponda, disponiendo que esto no podrá lograrse a cualquier precio, sino sobre la base de la demostración de la culpabilidad del imputado, lograda sin desmedro de su dignidad per-

sonal y derechos. En este sentido, la Constitución y los pactos internacionales incorporados (art. 75 inc. 22, CN) establecen *condiciones* para imponer una sanción, que deben reflejarse en el proceso penal.

#### *La realización mediata del derecho penal*

Como consecuencia de que el derecho penal no puede aplicarse sin proceso previo (art. 18, CN), el derecho procesal *debe* permitir la canalización de la pretensión penal emergente de la noticia de la comisión posible de un delito, y garantizar que los tribunales competentes puedan resolver sobre su fundamento fáctico y jurídico, e imponer la pena que corresponda.

El proceso tendrá que regularse de modo tal que *permita* su puesta en marcha frente a la afirmación (que deberá estar razonablemente fundada) de que se ha cometido un delito. Se espera que en su desarrollo los órganos de la acusación puedan demostrar la existencia del delito, sus circunstancias penalmente relevantes, las relacionadas con la fijación de la pena, así como lograr la individualización de los partícipes. Todo ello para lograr la condena de los culpables.

En otros términos, el derecho procesal debe *permitir* que la actividad de persecución penal se desenvuelva hasta lograr el dictado de una sentencia definitiva en la cual se decida, si existe en el caso concreto, la posibilidad de sancionar a un culpable, garantizando, en caso afirmativo, que la pena pueda ser cumplida efectivamente.

#### *¿Función punitiva propia?*

Pero así como debe instrumentar la realización mediata del derecho penal, el proceso penal (regulado por el derecho procesal) no puede *ser concebido* ni *funcionar* en la práctica como una pena.

Además de la equivocada percepción vulgar según la cual el proceso es la primera parte del castigo por un delito cometido, donde mejor se advierte el propósito de realización anticipada del

derecho penal durante el curso del proceso es en el área de la coerción procesal y, más precisamente, en la relacionada al encarcelamiento del imputado, que se suele adoptar indebidamente como una forma inmediata y ejemplarizante de pena (véase el apartado II del Capítulo 8, en la pág. 355).

El principio de inocencia exige que durante la tramitación del "juicio previo", la restricción del derecho de libertad del imputado sea *excepcional* y sólo puede justificarse cuando sea el *único* modo de resguardar el interés por la verdad y la justicia. No podrá ser un comienzo de pena anterior a la sentencia. Véase, más abajo, "desnaturalización".

#### *El marco ético-político*

Hay que enfatizar que, en virtud de su carácter reglamentario de las garantías constitucionales, el derecho procesal operará como un *condicionador* de los modos para procurar y lograr la satisfacción de la pretensión represiva del Estado.

Es por eso que se debe proscribir toda clase de "maquiavelismo", entendido como intento de justificar, durante el proceso, la utilización, de medios contrarios a la Constitución o la ley, con el argumento de que son idóneos para satisfacer el fin de lograr la realización del derecho penal. Este aspecto tiene especial incidencia en el ámbito de la actividad probatoria y se relaciona, por un lado, con el respeto al derecho del imputado a mantener, sin que lo perjudique, un comportamiento procesal pasivo; y, por otro, con los medios *de prueba*, que si bien en principio no admiten limitaciones en cuanto a su selección y utilización (lo que se llama libertad probatoria), no pueden trasponer el marco ético-político que proporcionan las garantías constitucionales y su reglamentación procesal (véase el apartado I del Capítulo 6, pág. 283).

#### *El derecho penal como límite*

Pero también hay limitaciones que por imperio de la Constitución, el derecho penal le impone al derecho procesal. Desde esta

perspectiva, el derecho penal condiciona al procesal estableciendo el *requisito mínimo* para la iniciación y subsistencia del proceso penal: éste sólo podrá iniciarse y desarrollarse fundado en la posible comisión de un hecho delictivo, definido como tal por la ley antes de su acaecimiento y siempre que se encuentre vigente (que no se haya extinguido) la posibilidad de perseguirlo.

Es decir que ni la autoridad pública encargada de la persecución penal (policías y fiscales), ni la encargada de juzgar y aplicar la pena (los jueces), podrán ejercer sus poderes sin *invocar razonablemente*, como sustento de su ejercicio, una posible infracción a la ley penal (es la proyección procesal del principio de legalidad penal). Véase el Capítulo 3, en la pág. 115.

## II. EL PROCESO PENAL

### 1. Concepto

Puede conceptualizarse al proceso penal como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante los cuales se procura investigar la verdad sobre la acusación de un delito y actuar concretamente la ley penal sustantiva (Vélez Mariconde, 1986).

Si bien este concepto lo desarrollamos en el apartado III de este Capítulo (pág. 178), es necesario enunciarlo aquí, pues las siguientes consideraciones le proporcionarán un marco teórico-político indispensable para su cabal comprensión.

#### *Límite al poder penal del Estado*

La Constitución legitima el poder del Estado de *aplicar penas* a los ciudadanos al autorizar al Congreso Nacional el dictado del Código Penal (art. 75 inc. 12), el cual definirá en abstracto las hipótesis en que se podrá penar y con qué alcances. Pero el sistema

constitucional (art. 18, 75 incs. 12 y 22, CN) también establece, como *límites* al ejercicio concreto de aquel poder y en garantía de los ciudadanos, *quién* lo aplicará y *cómo* debe hacerse para aplicarlo.

#### *¿Quién?*

Respecto de qué autoridad pública debe decidir sobre la legitimidad de la aplicación del derecho penal en un caso concreto, se deja claramente establecido que es el Poder Judicial, a través de los "tribunales" (art. 75 inc. 12, CN) competentes, independientes e imparciales (v. gr. C.A.D.H. art. 8.1), provinciales o nacionales, según las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75 inc. 12, CN), excluyendo expresamente al Poder Ejecutivo del ejercicio de funciones judiciales (art. 109, CN), e implícitamente al Poder Legislativo (art. 60 *in fine*, CN). Queda así claro, que la coerción propia del derecho penal sólo es *jurisdiccionalmente aplicable* (es decir, por decisión de los tribunales).

#### *¿Cómo?*

El Congreso podría haber resuelto *libremente* por medio de una ley, el modo de "poner en ejercicio los poderes precedentes" (art. 75 inc 32, CN), es decir, el de aplicar la ley penal por los tribunales (art. 75 inc. 12, CN) *si no fuera* que la Constitución se ocupa especialmente de este tema. El art. 18 CN establece que para la imposición de una pena por la comisión del delito, antes *debe* sustanciarse un juicio: "nadie podrá ser penado sin juicio previo".

Esto implica la consagración del proceso (tal la acepción más amplia que tiene la voz "juicio") como instrumento *inevitable* y *no sustituible* por ningún otro (ni público ni privado) para la aplicación de una sanción penal a una persona, en cualquier caso y en todos los casos (*nadie* significa: ninguna persona).

Y a pesar de que en muchas ocasiones sería materialmente posible, sin mayor compromiso para la verdad o para la justicia, la irrogación de una pena sin ningún procedimiento previo por medio

de rápidas intervenciones directas de la autoridad (v. gr., el histórico "procedimiento palotino" para casos de flagrancia), la Constitución *condiciona* en este aspecto el ejercicio del poder penal, imponiendo el trámite procesal en todo caso, prohibiendo a los órganos de persecución penal del Estado (tal como lo hace respecto de los particulares) la defensa o justicia "por mano propia". El proceso funcionará así como un *obstáculo* a cualquier intento de aplicación *directa* de la pena, sea que así lo pretendan órganos oficiales, o que así lo pida o simplemente lo tolere un particular.

Pero el sistema constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22, CN) claramente dispone que el intento oficial de punir no queda condicionado al cumplimiento de *cualquier* trámite que vaya "hacia adelante" en procura de establecer si corresponde el castigo (no cualquier proceso es el que exige el sistema constitucional), sino que está subordinado a un proceso con características *específicamente* definidas, provocado por un *acusador* y a cargo de un *juez* del Poder Judicial, independiente, imparcial y competente por obra de una ley dictada antes del hecho que deba juzgar. En el transcurso de ese proceso será *inviolable la defensa* del acusado, a quien se reconoce en su dignidad humana, y a quien nunca se obligará a *declarar contra sí mismo*. Tampoco podrá ser *arrestado* o *invadido* en su domicilio o papeles privados sino bajo ciertas y estrictas condiciones que la Constitución establece (arts. 18 y 56, CN), y gozará de un *estado jurídico de inocencia* que impedirá penarlo o tratarlo como culpable hasta que sea declarado tal, a base de *pruebas legítimas* que proporcionen una *convicción firme* sobre su responsabilidad penal, etc.

## 2. Garantía frente a la pena arbitraria

Es indudable que la imposición de estas pautas por parte del art. 18 de la Constitución *no* tuvo como fin principal facilitar el ejercicio concreto del poder penal del Estado, porque éste podría igualmente haberse ejercitado sin sujetarse a ellas, a través del método previsto en el art. 75 inc. 32, CN.

Por el contrario, tales exigencias tienen por propósito expreso (tal como surge por ejemplo de la ubicación del art. 18 CN, en el capítulo sobre "Declaraciones, derechos y garantías"), el de *limitar*, en beneficio del ciudadano, el ejercicio de tal poder estatal, estableciendo las *condiciones* que se deben satisfacer (que pueden hasta funcionar como obstáculos, algunos insalvables — v. gr., respeto por la dignidad personal — y otros que deberán superarse airosamente — v. gr., probar fehacientemente la culpabilidad —) para que aquél pueda ser sometido a una pena.

El proceso previo exigido por el art. 18 de la CN y los tratados incorporados (art. 75 inc. 22), es decir, *ese* proceso penal y *no otro*, es concebido como una *garantía* del ciudadano, no para no ser penado nunca, sino para no ser penado si no corresponde, esto es, para evitar que la pena le sea impuesta arbitrariamente (sólo por la voluntad o el capricho), sin respetar los requisitos fácticos y jurídicos pre-fijados por la Constitución, la ley penal y la procesal.

Quizás con alguna exageración, podría decirse que, por fuerza de su naturaleza constitucional de garantía para el ciudadano, impuesta como condición ineludible para la aplicación de una pena, el proceso *deviene* en instrumento para establecer si es posible el ejercicio del poder penal del Estado en un caso concreto reclamado por el acusador.

Alguien podría interrogarse sobre si el proceso penal es más importante para el *ejercicio* del poder penal, o si lo es para ponerle *límites*, o sea, para la vigencia de las garantías. La respuesta se hace patente con sólo aplicar el método de la supresión mental hipotética: sería materialmente factible el ejercicio del poder penal del Estado sin la existencia del proceso (de hecho se ejerce en muchos casos al margen del proceso, e incluso del derecho penal), pero sin ese proceso es imposible siquiera *imaginar* la vigencia de las garantías individuales que funcionan como límites de aquel poder.

### 3. Instrumentalidad

El hecho de constituir una garantía no es incompatible con que el proceso penal quede regulado como un “ámbito jurídico”, como un *instrumento* para que el Estado, en su función acusatoria, intente ante los tribunales demostrar, y *demuestre* si puede, bajo las *condiciones* de garantía que el sistema constitucional establece, que una persona debe ser penada como autora de un delito, sin que pueda obstaculizarse esta empresa más allá de lo que aquel plexo normativo permite.

Pero esto no autoriza a concluir que el proceso, o mejor dicho, esta especial clase de proceso que el sistema constitucional estructura, haya sido estatuido sólo ni principalmente *para* facilitar o posibilitar el ejercicio del poder penal del Estado reclamado por el acusador. En verdad, lo que ocurre es que si el acusador pretende hacer sancionar a una persona *no tendrá otra alternativa* que acusarlo, procurando que a través del proceso, un tribunal del Poder Judicial decida si corresponde o no corresponde imponer la pena reclamada, con pleno resguardo de los derechos del acusado.

El orden jurídico exige la *comprobación* jurisdiccional (por los tribunales) de los requisitos de hecho (la conducta y la participación) y la *verificación* de los de derecho (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) a que se subordina la imposición de la sanción con que la norma amenaza su infracción para que pueda imponerse una pena. Por eso la regulación del proceso penal en su condición de *único* e ineludible instrumento para intentar y lograr imponer esa pena, *debe* permitir el inicio y desarrollo de la actividad acusatoria frente a la hipótesis de comisión de un delito. Asimismo, debe permitir que los órganos responsables de esa acusación puedan probarla ante los tribunales de justicia y reclamarles que decidan sobre su fundamento.

Por esto, más allá de lo que el sistema constitucional y la ley penal puedan autorizar, no se podrá negar ni limitar por vía procesal al Estado, en su rol persecutor, la posibilidad de *procurar* y *lograr* una decisión jurisdiccional para la realización del poder penal

en un caso concreto. Ello significaría en la práctica una inaceptable limitación de la vigencia del derecho penal por obra del derecho procesal. Lo mismo debería ocurrir respecto de la víctima del delito que quisiera ejercitar conjuntamente con el Ministerio Público Fiscal, o en defecto de éste, la acción penal pública (véase el apartado VI del Capítulo 5, en la pág. 252).

Así como el proceso penal debe ser capaz de *evitar* que la ley penal *se aplique* de un modo que no corresponda a quien no se lo merece (porque se pudo probar que es inocente, o porque no se logró la convicción de su culpabilidad fundada en pruebas legítimas), también debe *permitir* que la acusación sea eficaz y demuestre, si puede, la existencia del delito, y que la ley penal sea *correctamente actuada* respecto del culpable (aunque no siempre se traduzca en la imposición de una pena — v. gr. suspensión del juicio a prueba —).

#### *Tenso escenario*

Esta doble faz del proceso penal lo muestra como el principal escenario en donde conviven — tensamente — *el impulso estatal* para la averiguación y prueba del posible delito (de todo delito) y para lograr su castigo, y la garantía de que esto *no se procure ni se logre* vulnerando la dignidad personal del penalmente perseguido o *desconociendo* los derechos inherentes a su condición de persona o los que se le acuerdan por su especial condición procesal. Esto lleva a que cualquier proceso penal se muestre como una *síntesis* entre el impulso estatal y la dignidad personal, la que se inclinará más a un lado que al otro, según sea el sistema de valores y principios que insuflen y orienten el modelo político-jurídico en el cual el proceso se inscribe.

### 4. Desnaturalización

De este carácter ineludiblemente instrumental del proceso penal se deriva que éste *no puede comportarse* en la realidad *como* si fuera una pena en *sí mismo*: ni porque inconstitucionalmente se le asigne el fin “de combatir la criminalidad” aprovechando los

efectos intimidatorios que el sometimiento a juicio del acusado tiene dentro de la sociedad, ni por la "dimensión de los sufrimientos" que le acarree ("el proceso es pena", llegó a sostener Carnelutti, 1981), ni por la incertidumbre sobre sus alternativas y resultados en que lo suele sumir (una especie de "pena de incertidumbre"), ni por lo exagerado de su duración, ni por el uso de la imputación como "medio de culpabilización preventiva y de estigmatización pública" (Ferrajoli, 1997), ni por la desnaturalización de algunas de sus instituciones como la prisión preventiva, cuya imposición y prolongación innecesarias, y por ende irrazonables, la convierten en la práctica en pura "sanción ejemplar" anticipada (pena a cuenta), muchas veces originada en la voluntad de los jueces y no en la de la ley penal (véanse el apartado VII del Capítulo 5, en pág. 257 y el apartado II del Capítulo 8, en pág. 355).

### III. LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

El proceso penal se presenta en la realidad como una secuencia (sucesión ordenada) de actos cumplidos por funcionarios públicos o simples ciudadanos en procura de permitir el conocimiento sobre un hecho delictivo que es objeto de una acusación y una decisión jurisdiccional acerca de sus posibles consecuencias jurídicas (no siempre punitivas, como ya se vio).

#### I. Actos

Esos actos, a cuya realización se le acuerdan efectos en orden a la iniciación, desarrollo y finalización del proceso, consisten en expresiones de voluntad o conocimiento de aquellos sujetos (funcionarios públicos o simples ciudadanos). Son los *actos procesales* que la ley procesal regula en abstracto, predeterminando: cuáles son los que se deben o pueden cumplir; su estructura interna, el tiempo, forma y orden de su realización; quiénes son los su-

jetos que los cumplirán a cada uno, sus condiciones de validez y las sanciones por la inobservancia práctica de tales requisitos.

#### *Encadenamiento*

Encontramos así un grupo de actos que constituyen una especie de "columna vertebral" del proceso que, para cumplir con el modelo constitucional, se encuentran ordenados a semejanza de una *cadena* (eslabonados), de modo que cada uno es antecedente del siguiente y consecuente del anterior, dependiendo la validez de todos de la regularidad de este encadenamiento: v. gr., no puede haber sentencia sin que haya un juicio anterior; no puede haber juicio sin que exista una acusación previa; etc.

#### 2. Etapas

El proceso penal tiene, por lo general, diferentes etapas. Si bien todas ellas responden a los fines últimos del proceso, cada una tiene objetivos propios.

En orden cronológico, señalamos la *investigación preparatoria* de la acusación (véanse los Capítulos 9 y 10, en págs. 405 y 463, respectivamente), el *juicio* que decide sobre ella (véanse los Capítulos 11 y 12, págs. 487 y 545), los *recursos* para corregir posibles errores en las decisiones (véase el Capítulo 13, en pág. 589) y la *ejecución* de lo decidido en la sentencia (véase el Capítulo 14, en pág. 633). La investigación preparatoria puede encontrarse precedida de la actuación policial (prevención policial), que en teoría sólo se justifica por razones de urgente necesidad a los fines de evitar la pérdida de prueba o la fuga de los sospechosos (véase el apartado II del Capítulo 9, en pág. 408). En la práctica esta actuación es la regla general.

A través de estas etapas, y en forma progresiva, se tiende a obtener una sentencia de absolución o condena. Por eso, cada una de ellas constituye el presupuesto necesario de la que se sigue, de forma tal, que no es posible eliminar una sin afectar la validez de las que le suceden.



A la vez, el desarrollo del proceso está programado como un *recorrido* que, desde un punto de partida (la afirmación hipotética de la comisión de un delito), va avanzando hacia un final (el dictado de una sentencia que resuelve definitivamente sobre esa afirmación y sus consecuencias jurídicas), sin que lo transitado válidamente pueda serlo de nuevo: la etapa cumplida es *etapa superada* y no puede volverse a ella, salvo en caso de nulidad.

En general, los códigos mantienen esta secuencia. Pero varían en orden a otros aspectos, como por ejemplo, si la investigación previa a la acusación la debe realizar un fiscal o un juez, o si el juicio posterior debe desarrollarse en forma escrita y secreta o en forma oral y pública, o si los recursos contra la decisión final deben permitir una revisión de los hechos o restringirse a un mero control de la correcta aplicación al caso de normas constitucionales o comunes (sustantivas o procesales).

### 3. Objetivos de cada una

Desde nuestro punto de vista, diremos que (dadas ciertas condiciones de naturaleza institucional) es conveniente colocar en manos del Ministerio Público Fiscal la investigación preliminar de los hechos delictivos, con el auxilio de la Policía Judicial y bajo el control de un juez.

La acusación que como consecuencia se produzca deberá ventilarse en un juicio oral y público, que debe ser parte esencial del proceso (y no un apéndice o simple ratificación de aquella investigación preliminar), en donde el fiscal y el acusado se encuentren en plena igualdad y el tribunal sólo garantice los derechos de cada uno y luego resuelva imparcialmente, sobre la base de la prueba recibida en el juicio (no antes) y ofrecida por aquellos sujetos, teniendo en cuenta sus argumentaciones. En todo momento deberán respetarse escrupulosamente la dignidad personal y los derechos del sujeto sometido al proceso, en especial el derecho de defensa.

Los recursos intentarán corregir las eventuales injusticias en que incurran las decisiones jurisdiccionales — principalmente en referencia al imputado —, a la vez que, por su intermedio, se procurará una mínima previsibilidad y uniformidad en la interpretación de la ley: justicia y seguridad jurídica son los dos valores que se intentan tutelar con los recursos.

La ejecución asegurará el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia firme y también abarcará el control sobre las condiciones de ese cumplimiento (para evitar cualquier exceso) y sobre el logro de los alegados fines de la pena, en especial si fuera privativa de libertad.

Creemos también que es necesario facilitar la participación como querellante, de la víctima del delito de acción pública, con más atribuciones que las que hoy se le reconocen, no sólo para co-participar con el Ministerio Público Fiscal en su ejercicio, sino para hacerlo autónomamente si este órgano público no lo lleva adelante.

### *Precisiones*

El proceso penal argentino, desde 1939 (fecha de sanción del primer CPP de Córdoba), esgrime entre sus principales propuestas la de jerarquizar el juicio, reduciendo la investigación previa a un rol meramente “preparatorio” de la acusación. Sin embargo, este propósito no se logró acabadamente, pues al mantenerse la “instrucción jurisdiccional” ésta operó como un verdadero “caballo de Troya” del viejo sistema y, amparada por una mentalidad hija de siglos de rutinaria práctica, se resistió a adaptarse a su más modesto papel de fundar la acusación. Así, y a pesar que no debiera, la instrucción jurisdiccional sigue influyendo descaradamente con sus actos (mejor dicho, con sus actas) en la decisión final. El juicio ha quedado reducido, en muchos casos, a un ejercicio de comprobación acerca de la eficacia de las pruebas recogidas en la investigación previa, en orden a la certeza necesaria para condenar. Esto ha permitido que se diga que “los Jueces de Instrucción se han convertido en verdaderos tribunales de sentencia” o que “el auto de prisión preventiva es en nuestra realidad, la sentencia condena-

toria, y la sentencia definitiva cumple el papel de un recurso de revisión”.

En relación con el valor de las pruebas que en ella se reciban, la investigación preliminar debe ser verdaderamente preparatoria, o sea “no definitiva” (punto que sigue presentando dificultades), para que el juicio oral y público sea, como corresponde por sus conocidas ventajas y virtudes, la estrella de primera magnitud del proceso penal; es decir, para que la sentencia definitiva se asiente solamente en probanzas y argumentos recibidos oralmente, de cara a la sociedad, con plena intermediación entre los sujetos procesales entre sí y con las pruebas, escrupulosa vigencia del contradictorio y efectiva identidad física de los jueces.

#### 4. Sujetos

Las leyes procesales y las de organización del M. P. Fiscal y los Tribunales de Justicia, establecen *quiénes* son los sujetos (públicos o privados) que deben o pueden intervenir en un proceso penal, acordándoles en abstracto poderes, derechos y atribuciones, o imponiéndoles, también en abstracto, deberes o sujeciones, que en muchos casos son recíprocos (véase el Capítulo 5, en pág. 217).

El ejercicio de los poderes, derechos y atribuciones y el cumplimiento concreto de los deberes o sujeciones, comenzará a tener vida a partir de la afirmación oficial sobre la hipótesis de la comisión de un delito, determinando en el desarrollo del proceso una trama de vinculaciones entre todos los sujetos que intervienen en él y generando entre ellos lo que se conoce como *relación jurídica procesal*. Ésta es autónoma de la existencia real del hecho delictivo cuya hipótesis le diera origen, al punto tal que es posible (y además frecuente) que un proceso sea desarrollado en su integridad, para concluir estableciendo que el delito que constituye su objeto no existió (o no se pudo comprobar su existencia, que es lo mismo).

#### Sujetos esenciales

Entre los sujetos que pueden participar en el proceso hay algunos cuya intervención es *esencial* para su *validez*. Estos son el *actor penal*, que inicia e impulsa la persecución penal preparando, formulando y probando la acusación; el *tribunal*, que dirige el proceso, controla el respeto por los derechos del imputado (y de las demás partes que hubiere), garantiza su igualdad con el acusador y resuelve provisional (v. gr., auto de elevación a juicio) o definitivamente (v. gr., sentencia posterior al debate sobre el fundamento fáctico y jurídico de la acusación); y *el imputado*, que es el particular contra quien se dirige o a quien afecta la persecución penal (véase el apartado VII del Capítulo 5, pág. 257).

#### Sujetos eventuales

Se admite también la participación de otros sujetos, como el querellante de acción pública, el actor civil y el civilmente demandado, cuya intervención es *eventual*, pues no tienen influencia sobre la validez del proceso, que puede desarrollarse sin que ellos intervengan.

#### Objeto

El proceso penal versará sobre la hipótesis de un “*hecho que se presume criminoso*”, o lo que es lo mismo, sobre una “*posibilidad delictual*”. Sobre ese hecho recaerá: la investigación preparatoria del M. P. Fiscal o el Juez de Instrucción (según el modelo que se adopte), la acusación, la prueba, la defensa del imputado, los alegatos de las partes y la decisión del tribunal. Este es el llamado objeto *principal* del proceso penal. El objeto *secundario* o accesorio es la consideración del mismo hecho desde la óptica de sus efectos civiles (restitución o reparación del daño).

## IV. SANCIONES PROCESALES EN LO PENAL

### 1. Concepto

Las sanciones procesales son amenazas que se ciernen sobre los actos cumplidos o a cumplirse en el proceso, para evitar que produzcan los efectos queridos por los órganos públicos o las partes que los realizaron, ya sea porque carecen de la forma o de otros requisitos exigidos por la ley, porque no se han ejecutado en tiempo oportuno o porque son incompatibles con una conducta anterior del mismo sujeto que pretende cumplir el acto.

### 2. Clases

Estas sanciones son: la caducidad, definida como la pérdida del derecho a cumplir un acto por haberse vencido el término acordado para realizarlo; la preclusión, que consiste en la imposibilidad de realizar un acto por ser incompatible con una conducta anterior del mismo sujeto; la inadmisibilidad, cuyo efecto es imposibilitar que un acto ingrese en el proceso por no satisfacer los requisitos formales exigidos por la ley; y la nulidad, que es la ineficacia de un acto procesal por idénticos motivos cuando estos responden a exigencias constitucionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, no está de más señalar que hay quien estima que, estrictamente, sólo pueden considerarse sanciones procesales penales la inadmisibilidad y la nulidad, las cuales deberían distinguirse de otras situaciones que sólo son causa de sancionabilidad, como la caducidad y la preclusión. Para Clariá Olmedo, precisamente, estas últimas resultan de la ausencia o deficiencia de aptitud para actuar, por carencia del poder o facultad que la ley concede para ello, tanto a los órganos públicos del proceso como a los particulares que en él intervienen.

Todas aquellas sanciones importan "castigos" procesales a los actos a que se aplican (no a los sujetos que los cumplen), pues les impiden alcanzar la eficacia jurídica que les otorga la ley y pretenden los sujetos que los cumplieron.

## 2.1. Caducidad

### Concepto

Es la sanción procesal que determina la pérdida del poder jurídico para realizar un acto, por haber transcurrido el término perentorio dentro del cual el mismo se debía realizar.

La caducidad se vincula directamente con los plazos que determina la ley procesal. Esto quiere decir que si el acto no se realiza en el término *perentorio* establecido, el derecho de la parte caduca (no puede hacerse valer) y el acto no puede ejecutarse.

### Regulación legal

La caducidad no está sistematizada, sino diseminada en el articulado del Código, en forma expresa e implícita.

Son casos de caducidad *expresa*: v. gr., la oposición de los demandados a la intervención del actor civil (art. 102) o la oportunidad para deducir las nulidades acaecidas durante los actos preliminares del juicio (art. 383). Son casos de caducidad *implícita*: la oportunidad para interponer una recusación (art. 67); la oportunidad del querellante para instar su participación en el proceso (art. 92); el plazo de constitución para ejercer la acción civil resarcitoria (art. 100); el plazo para interponer recurso de reposición (art. 458); el término para el recurso de apelación (art. 461); el plazo de interposición del recurso de casación (art. 474), etcétera.

## 2.2. Preclusión

### Concepto

Es la sanción procesal que impide que se cumpla un acto procesal por ser éste incompatible con una situación o conducta anterior, generada por el mismo sujeto que pretende ahora realizarlo.

Desde otra óptica, se considera a la preclusión como "la pérdida del poder jurídico para cumplir un acto procesal, por ser éste incompatible con una situación anterior generada por la actividad del sujeto que pretende efectuarlo" (Ayán, 2001).

### Regulación legal

Son muy pocos los casos de preclusión y no están establecidos taxativamente, sino que surgen de la interpretación de cada situación. Durante la vigencia del Código anterior se dio como ejemplo el caso del actor civil que en su momento se opuso a la intervención voluntaria del civilmente responsable y pretende posteriormente solicitar su citación.

## 2.3. Inadmisibilidad

### Concepto

Es la sanción procesal consistente en la imposibilidad jurídica de que un acto ingrese al proceso por no haber observado las formas impuestas por la ley. El acto adolece de los requisitos de estructura interna o externa que exige la norma procesal.

Con relación a la inadmisibilidad se ha dicho, con razón, que ella funciona como medio anticipado para la nulidad. Ella evita la producción de efectos no queridos por la ley procesal, por lo que actúa como un anticipo a la declaración de nulidad de los actos que habrían de suceder al inadmitido.

Los actos con los que la inadmisibilidad se vincula son generalmente escritos (el recurso de reposición en el debate es oral), que se agregan al expediente y que, posteriormente, serán examinados por el órgano judicial competente, quien determinará si cumplen o no con los requisitos formales para ser admitidos. Si es inadmisibile, se considera que el acto no ha ingresado al proceso, es un acto no cumplido (de lo contrario, corresponderá la nulidad).

### Regulación legal

En el Código, esta sanción está prevista en forma taxativa para cada acto en particular.

Así, son casos previstos bajo pena de inadmisibilidad los siguientes: la forma en que se deducen las excepciones (art. 18); la formalidad de las recusaciones (art. 67); la instancia de participación del querellante particular (art. 91); la instancia de constitución del actor civil (art. 98); la intervención espontánea del demandado civil (art. 113); el ofrecimiento de pruebas en los actos preliminares del juicio (art. 363); la forma de la querrela (art. 427); las condiciones de interposición de los recursos (art. 449); la adhesión al recurso concedido a otro (art. 450); los requisitos para interponer recurso de revisión (art. 492), etcétera.

## 3. Nulidad

### Concepto

Es la sanción procesal que determina la falta de eficacia legal de un acto porque el mismo se ha realizado violando las formalidades o exigencias prescriptas por la Constitución o por la ley procesal.

Para el Código, la nulidad es una sanción procesal, por lo que la polémica doctrinaria que sostiene lo contrario (Maier, 1996; Binder, 1999; Arocena, 2002), excede el marco de este manual.

La nulidad no se aplica a un acto inexistente (no se lo podría anular, porque no existe como tal), sino a un acto que produjo efectos jurídicos procesales, pero realizado de manera defectuosa (ejemplo de acto inexistente: sentencia dictada por alguien que no es juez; ejemplo de acto nulo: sentencia dictada por un juez pero sin fundamentarla).

Además, esta sanción no debe ser entendida como un modo de proteger formalidades huecas, sino como una garantía de la ob-

servancia en el proceso, de los derechos constitucionalmente consagrados (v. gr., defensa en juicio).

### Sistemas

Existen varios sistemas para establecer las nulidades. El sistema *formalista* (cualquier inobservancia de formas ocasiona la nulidad del acto); el *judicialista* (sólo el juez decide cuando un acto puede ser anulado — v. gr., art. 111 —); y la *conminación taxativa*, que es el sistema adoptado por el Código (de Córdoba), en el que la propia ley procesal establece en qué casos un acto procesal puede ser declarado nulo y que la nulidad sólo pueda declararse en esos casos, y no en otros. En este sentido, los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad (art. 184).

### 3.1. Formas de conminar las nulidades

Las nulidades pueden estar conminadas en forma específica o genérica. Las primeras se encuentran expresamente previstas en distintas disposiciones. En cambio, las nulidades genéricas no están previstas para cada caso en particular, sino en forma general y abstracta, para cualquier acto del proceso, abarcando incluso aquellos conminados con nulidades específicas, pues éstos también deben observar, en su realización, los requisitos que establece la norma genérica.

#### Conminación específica

Se establece que son nulos los actos que no hubiesen observado las disposiciones referidas a: la citación del demandado civil (art. 111); los requisitos exigidos en las actas (art. 137); la falta de firma en las sentencias, autos y decretos (art. 143); la falta de juramento de los testigos mayores de 16 años (art. 227); los dictámenes de los peritos sin conclusiones y fundamentos (art. 242, inc. 3); el careo del imputado sin la presencia del defensor (art. 255); la declaración del imputado sin defensor (art. 258); la declaración del

imputado como exigencia para el dictado de prisión preventiva (art. 281); el contenido de la acusación (art. 355); la exigencia de oralidad y publicidad en los debates (art. 372); el contenido del acta del debate (art. 403); las normas para la deliberación de la sentencia (art. 405); las causales de nulidad de la sentencia (art. 413), etc.

#### Conminación genérica

Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes (art. 185):

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal.
- 2) A la intervención del Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 334, 342 y 352 (casos en que la causa se decide en forma desincriminante para el imputado).

También se considera genéricamente conminada con sanción de nulidad: la inobservancia de las reglas para determinar la competencia material (art. 42); la inobservancia de las reglas para determinar la competencia territorial (art. 46); la exigencia del idioma nacional para todos los actos procesales (art. 128); la forma de los juramentos en los casos que se requiera tal requisito (art. 131); la exigencia para los tribunales de fundamentar las sentencias y los autos (art. 142); la exigencia para los miembros del Ministerio Público Fiscal de formular motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones (art. 154).

### 3.2. Clases de nulidades

Tanto las nulidades genéricas como las específicas, pueden a su vez clasificarse en nulidades absolutas y relativas.

#### Nulidad absoluta

Las nulidades absolutas sancionan la realización de actos procesales que, por no cumplir con las formas exigidas por el Código, afectan sustancialmente garantías constitucionales (de origen nacional o provincial) indisponibles (v. gr., juez natural).

Pueden ser declaradas en cualquier estado y grado del proceso (incluso en la etapa de los recursos). No están identificadas como "absolutas" en el CPP, sino nominadas como "declarables de oficio" (art. 186). La nota característica es que no pueden ser convalidadas.

Dijimos que pueden estar previstas genéricamente: es el caso de las nulidades de los incisos 1 al 3 del artículo 185, que implican violación de normas constitucionales (art. 186, segundo párrafo), y específicamente: cuando así se establezca en forma expresa para cada acto en particular, por ejemplo, el art. 258: "A la declaración del imputado deberá asistir su defensor, bajo pena de nulidad".

#### Fundamento

Como el fundamento de la nulidad absoluta es el de evitar los efectos perjudiciales derivados de una violación constitucional esencial de las mencionadas, este perjuicio debe concurrir en el caso concreto, tanto de modo real (v. gr., se impidió al acusado conocer la acusación por la que luego fue condenado), como potencial (v. gr., la ausencia de descripción del hecho sobre el que versa la sentencia impedirá hacer valer en el futuro la garantía del non bis in ídem). No basta que aparezca como un perjuicio puramente hipotético.

#### Vulneración constitucional

La exigencia de que la violación a la norma procesal importe además una violación a normas constitucionales, es una indudable reducción por restricción (Clariá Olmedo, 1963) al concepto de nulidad absoluta. Dentro de esta limitación conceptual cabe otra más: que la afectación al derecho constitucional no provenga de una simple reglamentación de su ejercicio (permitida por el art. 28, CN), sino que lo "altere en su propia esencia" (prohibido por ese art. 28, CN), afectándolo sustancialmente. Pero no es necesario, como se ha dicho, que el defecto afecte "a la comunidad entera" (D'Albora, 2002).

Frente al sistema de conminación taxativa que acepta el Código, la inobservancia de la norma procesal surgirá (por lo general) de una simple verificación acerca de si el acto cumplió las exigencias impuestas por aquélla. Pero la comprobación de que esa violación a la norma procesal significó además, en el caso concreto, una dañosa alteración esencial de una garantía constitucional indisponible (que la convertiría en una nulidad absoluta), exigirá un juicio posterior de ponderación que no puede ser realizado en abstracto, sino que sólo puede emerger del examen de las circunstancias concretas de la causa.

Causará nulidad absoluta la afectación de las garantías constitucionales que se relacionan con el principio del juez natural, con la participación regular de las partes esenciales (Ministerio Público e imputado) y con los derechos fundamentales del imputado, pues ellas son indisponibles, porque constituyen reglas básicas del proceso penal propio de un Estado democrático de Derecho. Son los casos del art. 186, incisos 1, 2 y 3.

#### Nulidad relativa

A diferencia de las absolutas, las nulidades relativas, se vinculan con las conminadas genérica o específicamente, que afectan garantías constitucionales disponibles (v. gr., las que conciernen a la intervención, asistencia y representación de los sujetos eventua-

les del proceso: querellante particular y partes civiles, art. 185, incs. 4 y 5).

En general, son todas aquellas que según las disposiciones del CPP no son consideradas absolutas. Se declaran a petición del Ministerio Público Fiscal y de las partes que tengan interés legítimo y que no hayan concurrido a causarla (art. 187). Tienen términos para hacerlas valer. Su característica es que, al no existir violación de garantías constitucionales indisponibles, pueden ser subsanadas.

También pueden estar previstas *genéricamente*: es el caso de los incisos 4 y 5 del artículo 185, e incluso los incisos 1 al 3, siempre que el vicio del acto no vulnere normas constitucionales; y *específicamente*: por lo general son todas las que se refieren a las formalidades de los actos, v. gr., los requisitos que debe contener el acta del debate (art. 403).

#### Oportunidad

Las nulidades absolutas pueden declararse en cualquier etapa del proceso. Pero las nulidades relativas deben ser instadas (bajo pena de caducidad) en las siguientes oportunidades (art. 188 inc. 1 al 4):

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el tribunal de alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescripta por los artículos 466 o 477, o en el alegato escrito.

#### Forma

La instancia de nulidad deberá ser *motivada*, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el trámite de la oposición (art. 338). En los demás casos, seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (art. 458), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4 (art. 188, último párrafo).

#### 3.3. Subsanación

Las nulidades relativas quedarán (art. 189) subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público Fiscal o las partes no las opongán oportunamente (art. 188).
- 2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

También se dispone que la autoridad judicial debe evitar la nulidad (v. gr., si se advierte que al testigo se lo está haciendo declarar sin que preste juramento, se debe interrumpir el acto, hacerlo jurar y comenzar de nuevo). Nadie tiene derecho a que se *consolide* una nulidad (Manzini, 1952).

#### 3.4. Efectos

Además de la ineficacia del acto anulado, la declaración de la nulidad (tanto la absoluta como la relativa) de un acto, produce como efecto (art. 190) la nulidad de todos los actos consecutivos que de él dependan (v. gr., si es nula la indagatoria, se anula la acusación, arts. 354 y 258). Al declararla, el tribunal interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado (v. gr., si se anula la sentencia, podrá anularse el debate que la precedió).



Asimismo, cuando fuere *necesario y posible*, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados. Es un acto necesario (v. gr., el requerimiento fiscal, la citación a juicio, la realización del debate, la declaración del imputado, etc.) es un acto posible (v. gr., renovar el testimonio anulado de un testigo, mientras no haya fallecido).

#### 4. Nulidad y garantías

Se advierte así que la nulidad tiene por función asegurar que los derechos (en especial, los indisponibles) que emanan del principio de dignidad personal del imputado (y que encuentren reflejo en los incisos 1, 2 y 3 del art. 185), no sean sólo "palabras de buena crianza" (Núñez, 1986), sino que gocen de una efectiva vigencia en cada proceso en particular.

La nulidad es el modo legalmente elegido para lograrlo, al disponerse que la inobservancia de la esencia de esos derechos no podrá producir efectos perjudiciales para el imputado. Por eso, los actos procesales que de semejante modo los vulneran, no lograrán obtener los efectos que las leyes les acuerdan (no tendrán validez), ni serán susceptibles de convalidación (no se puede convalidar la violación a la Constitución). Esta concepción de la nulidad (en especial, de la absoluta) rescata su función de herramienta técnica garantizadora (noción estricta de garantía) del respeto a los derechos constitucionales del imputado, en la que se inspiran las formas sustanciales del proceso penal (Cafferata Nores, 2000).

#### V. FINES DEL PROCESO

El proceso penal no se lleva a cabo *porque* se haya cometido un delito, sino *para* permitir que los órganos de la acusación demuestren ante los tribunales de justicia, y en las condiciones de garantías constitucionales preestablecidas, que un delito en realidad y probadamente se cometió y, en caso afirmativo, se disponga

(si corresponde) la aplicación por parte de los tribunales, de la sanción prevista por la ley penal para el responsable. El imputado no deberá probar su inocencia o circunstancias eximentes o atenuantes de culpabilidad, pero podrá hacerlo, por lo que esta posibilidad también debe ser considerada como uno de los fines del proceso.

Esto no es un obstáculo para considerar que el proceso pueda servir para solucionar el conflicto intersubjetivo expresado en la comisión del delito, a través de alternativas no punitivas.

#### 1. Reconstrucción conceptual

Para conocer lo sucedido (sobre el delito y sus partícipes) habrá que buscar en el *pasado* (consecuencia del derecho penal de acto), procurando la *reconstrucción conceptual* de ese hecho humano (el delictivo) que se afirma (aun hipotéticamente) como ocurrido. Esta tarea deberá ser responsabilidad de los acusadores.

#### *Huellas en el pasado*

A tal fin, se buscarán las *huellas* que el delito haya podido dejar en cosas (v. gr., daños) y personas (v. gr., percepciones). Bajo ciertas condiciones (como así también el resultado de experimentaciones sobre ellas), estas huellas se admiten en el proceso como *pruebas* de la existencia del delito en el pasado. Sin embargo, y sobre todo para la individualización de la pena o las condiciones de su ejecución, debe también intentarse escudriñar el futuro (las circunstancias que demuestren la mayor o menor peligrosidad del delincuente, posibilidad de futura comisión de delitos — art. 41, CP —; reglas de conducta impuestas a quien se le suspendió condicionalmente la ejecución de la pena en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos, — art. 27 bis, CP —).

Hoy no se conoce ni se admite otro método para la tarea de procurar demostrar y dar por demostrado si ocurrió el hecho delictivo hipotéticamente afirmado y quién lo cometió. Ni siquiera el reconocimiento de su existencia por parte de quien se sospecha es

su autor (allanamiento, confesión) puede excluir el rigor "histórico" de la reconstrucción conceptual que se procura (incluso en los llamados "juicios abreviados").

### *La verdad de lo ocurrido*

Por esto se sostiene que el proceso penal tiene como fin permitir que se establezca la verdad "verdadera", "material", "histórica", o sea, la "verdad real", frente a la mal llamada verdad formal, con la que a veces se conforma el proceso civil. Pero hay que recalcar que se tratará en todo caso, de la verdad sobre la *acusación*, es decir sobre la culpabilidad, pues la inocencia se tiene por verdadera hasta que se pruebe *lo contrario*. O sea, lo que se trata de conocer y probar en el proceso, es la verdad de "lo contrario" de la inocencia (la culpabilidad), responsabilidad que recaerá, como se ha reiterado, en los órganos de la acusación (véanse el apartado III del Capítulo 1, en la pág. 42 y el apartado IV del Capítulo 2, en pág. 95).

### *"El descubrimiento de la verdad": ¿fin institucional u obligación de medios?*

Lo expuesto no significa que pueda afirmarse, sin más ni más, que el descubrimiento de la verdad real sobre la imputación sea un *fin institucional* del proceso penal. Esto significaría admitir que cuando el descubrimiento de la verdad no se logre, el proceso habrá fracasado como institución. Es que si se mira con atención, se verá que el proceso no se puede concebir hoy como una empresa común, obsesiva e ilimitada, de los sujetos procesales (y ni siquiera de los órganos estatales) en búsqueda de la verdad real, sino como un medio para posibilitar que el tribunal logre un *convencimiento* fundado y motivado sobre esa verdad, con respeto de las reglas jurídicas impuestas a tal fin y sobre la base de las pruebas que aporten fundamentalmente el acusador y también los otros sujetos procesales.

Por eso, las resoluciones favorables al imputado dictadas por aplicación del principio *in dubio pro reo* no podrán ser considera-

das como un fracaso institucional del proceso, sino sólo como una de las dos alternativas previstas como sus posibles resultados: la condena de quien los acusadores pudieron *demostrar* (porque los jueces lo admitieron como demostrado, dentro del esquema normativo predispuesto), que es el verdadero culpable; o el sobreseimiento o la absolución del acusado cuya responsabilidad penal no se pudo demostrar acabadamente (mediante pruebas capaces de destruir el estado de inocencia que el orden jurídico le reconoce) o cuya inculpabilidad quedó demostrada (véase el apartado V del Capítulo 3, en la pág. 133).

Parece así que el proceso penal deberá *posibilitar* lo necesario para que los jueces alcancen por obra de la iniciativa probatoria de los acusadores, una convicción motivada sobre la verdad de los hechos contenidos en la acusación, dentro de las formas y con los límites jurídicamente establecidos y con pleno resguardo de los derechos del acusado. Queda señalado entonces, que la verdad descubierta *no* logrará efectos procesales si la prueba de la que se la indujo se obtuvo quebrantando reglas de garantía o sin respetar las normas que regulan su producción. Tampoco los tendrá si no pudiera expresarse como un *convencimiento* del juzgador de haberla alcanzado, de haberla explicado (demostrado) en forma racional e inteligible para el común de las personas y de haberla fundado en pruebas legítimas.

Podría decirse — con mucha licencia — que respecto de la verdad, el proceso tiene una "obligación de medio" y no una "obligación de resultado", pues en su seno se ventilarán *versiones* casi siempre opuestas sobre ella, que en el mejor de los casos permitirán que concluya con un *relato* (conocimiento que se da, generalmente detallado, de un hecho) de aquello que los jueces se han *convencido* que ocurrió.

## 2. La aplicación del derecho

La sanción conminada en la norma penal de modo general y abstracto para cualquiera que incurra en la conducta descrita por ella, podrá *concretarse* en la realidad sólo *a través* del proceso,

afectando a una persona determinada. Por eso el proceso penal es *necesario* y deberá ser *útil* para intentar establecer si corresponde o no corresponde que un tribunal aplique una pena (o una medida de seguridad) frente a una hipótesis delictiva. Cualquiera que sea la respuesta, implicará *una actuación* del derecho en el caso concreto.

### Condena

Si el acusado es encontrado responsable, se aplicará a su respecto el derecho penal, lo que no se agota con el acto de imposición jurisdiccional de la sanción en la sentencia condenatoria, sino que abarca también la parte de individualización de la pena (sobre todo la privativa de libertad), que debe llevarse a cabo durante la ejecución (que no está regulada sólo para asegurar que se cumpla). Véase el Capítulo 14, en la pág. 633. Es lo que se conoce como "actuación" del derecho penal. Y si se hubiere intentado la acción civil resarcitoria, podrá asimismo hablarse de aplicación del derecho civil (*lato sensu*), si se condena a la reparación del daño causado por el delito.

### Absolución

Pero, también cuando se establezca que *no* corresponde la aplicación de una pena, habrá actuación del derecho. La absolución (o el sobreseimiento) puede fundarse expresamente en el derecho penal cuando obedece, por ejemplo, a la aplicación de causales de extinción de la pretensión penal, o de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, o excusas absolutorias por él contempladas.

Cuando aquellas decisiones desincriminantes se dicten porque *no existió* el hecho delictivo, porque en él *no participó* el imputado o porque el hecho es atípico, su fundamento jurídico lo proporcionará el art. 19 de la Constitución, porque el imputado no hizo nada penalmente prohibido, ni omitió hacer nada que fuere penalmente obligatorio.

Y si obedecen a que el tribunal judicial no pudo arribar a una *convicción* fundada en pruebas (y demostrable racionalmente en el marco del proceso sobre la existencia del hecho delictivo o la participación del acusado, o sobre la inexistencia de las causales de exclusión de responsabilidad penal que éste hubiere invocado a su favor), la absolución o el sobreseimiento (cuando se admita por este motivo) también serán dictados conforme a normas jurídicas. En efecto, la Constitución Nacional, los tratados internacionales incorporados (art. 75, inc. 22, CN), las constituciones provinciales (v. gr., Córdoba, art. 41) y los códigos procesales (v. gr. Nacional, art. 3; Cba. art. 406) disponen, frente a tal hipótesis y como derivación del principio de inocencia, que se decida *a favor* del imputado: *in dubio pro reo* (véase el apartado I del Capítulo 12, en pág. 545).

### 3. La tutela de las garantías

Ya se ha destacado en varios de los puntos anteriores, que el proceso penal debe funcionar como un verdadero *escudo* protector de la dignidad y derechos inherentes a la condición humana del imputado y los derivados de su condición de tal — en especial, el de defensa — frente al *intento* de los órganos de la acusación de que se le imponga una pena. Esto es también un fin del proceso (véase el apartado VIII del Capítulo 3, en la pág. 146).

### 4. La solución del conflicto

Cualquiera que sea la decisión final que se adopte en el proceso, condenatoria o desincriminante (sobreseimiento o absolución), una vez que adquiera firmeza tendrá como efecto *cerrar el caso*, dejando definida — redefinida en relación a la situación previa — la situación del imputado frente a la ley, a la víctima y a la sociedad, en forma definitiva, no pudiendo volver a revisarse lo decidido, salvo a favor del condenado (revisión): *non bis in idem* (véase el apartado IX del Capítulo 3, en pág. 149).

Sólo en este sentido (cerrar, definir) puede decirse que el proceso sirve para "solucionar" el conflicto que el delito ha impli-

cado (salvo los casos de composición autorizados, v. gr., suspensión del juicio a prueba). La “pacificación jurídica” o la “reintegración” del orden jurídico vulnerado por el delito (verdaderas ficciones jurídicas) son más obra de la actuación del derecho penal que del proceso, que sólo las habrá viabilizado.

Sin embargo, hay que pensar si un fin del proceso no debe ser también el de procurar la solución del conflicto interpersonal que subyace en la mayoría de los delitos, de modo que permita reinstalar la paz en la vida real, evitando así sumar a la violencia del delito la estéril violencia de la pena estatal, lo que exigirá, *previamente*, una definición de política criminal al respecto.

Esta concepción choca con conceptos muy avanzados en la Argentina, cuya síntesis puede encontrarse en una frase de 1939: “La función judicial del Estado en lo penal, no tiene la finalidad de componer un conflicto (la voluntad del actor y el acusado carecen de relevancia), sino la de aplicar la ley, exista o no exista tal conflicto” (Vélez Mariconde, 1986).

Pero, en la medida en que la propia ley penal admita alternativas no punitivas como *respuesta* al delito, originadas en la idea de “solución” y “conflicto” (v. gr., renuncia del ofendido en los delitos de acción privada; suspensión del juicio a prueba en algunos delitos de acción pública), el proceso será el único instrumento para hacerlos efectivos, por lo que en su desarrollo se aplicará lo que el derecho dispone sobre el modo de procurarlos y disponerlos, y sobre la clase de respuesta que corresponda a cada caso. Aun en esta hipótesis *habrá actuación del derecho* (en los ejemplos señalados deberá dictarse sobreseimiento por extinción de la pretensión penal conforme a lo dispuesto por los arts. 59 inc. 4 y 76 *ter* del C. Penal; art. 350 inc 4, CPP Córdoba).

Esto ocurrirá aun en los casos en que no se procura o no se logra una consideración expresa de los jueces sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad penal del acusado, pues hasta el simple transcurso del tiempo, sin que ello ocurra, tiene en las leyes una respuesta: la prescripción (art. 62, CP). Lo señalado no implica,

por cierto, que no nos preocupe este fenómeno, ni las causas que pueden provocarlo y las propuestas para racionalizarlo (véase el apartado II del Capítulo 2, en pág. 84).

## VI. PARADIGMAS PROCESALES

El proceso penal (y, por cierto, el derecho penal) se encuentra íntimamente relacionado con el *modelo político* en el que se exterioriza y con el *sistema de valores* que nutre a éste.

### 1. Relación con los sistemas políticos

Según sea el rol que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el tipo de proceso que admita. En el curso de la historia, la primacía del Estado dio lugar a un paradigma llamado “inquisitivo”; la del individuo, a otro, denominado “acusatorio”. Con fundamento en la conveniencia de una síntesis entre las virtudes de ambos, se desarrolló el proceso (o sistema) mixto.

El “inquisitivo” y el “acusatorio” son bastante más que modelos procesales. En verdad, representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una *cultura*, pues expresan una determinada escala de valores, vigente en una sociedad en un momento o en un lapso histórico determinado.

Ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar alguno de aquellos dos paradigmas procesales en estado “química-mente puro” (hoy todos son “mixtos”). Sin embargo, será útil intentar poner de manifiesto (o mejor dicho, contraponer) los rasgos más característicos de cada uno, para facilitar la comprensión y la crítica (por investigación de su filiación) de muchas de las instituciones del proceso penal “mixto” de nuestros días y de las actitudes oficiales — y aun sociales — frente al fenómeno delictivo.

Tanto en su expresión originaria como en sus versiones más actualizadas, estos paradigmas están presentes (en algunas o en todas sus manifestaciones) en el derecho procesal penal de nuestros días, mayoritariamente enrolado en el "sistema mixto", algunas veces expresándose abiertamente, y otras a modo de resabios más o menos encubiertos.

## 2. Sistema inquisitivo

En el *paradigma inquisitivo* (que presupone la culpabilidad del acusado), el proceso es un *castigo* en sí mismo; la prisión preventiva se dispone por regla general y como un gesto punitivo ejemplar e *inmediato*; la pre-suposición de culpabilidad que lo caracteriza es "preservada" de "interferencias" de cualquier posibilidad defensiva. En lo orgánico funcional, concentra en una sola persona (un órgano oficial) las funciones fundamentales del proceso, que son la de *acusar*, la de *defensa* y la de *decisión*: es el *inquisidor*, que so pretexto del "triunfo de la verdad" no sólo juzga, sino que también usurpa los roles del acusador y del defensor. Naturalmente, y según todo lo expuesto, el imputado es considerado como un *objeto* de persecución al que se lo desconoce en su dignidad, no se le respeta ningún derecho, y se pone a su cargo la obligación de colaborar con la investigación, que se exige aun a la fuerza (v. gr., tortura).

## 3. Sistema acusatorio

En el *paradigma acusatorio* (que presupone la inocencia del acusado hasta que se pruebe lo contrario), el proceso es una *garantía* individual frente al intento estatal de imponer una pena; admite la posibilidad *excepcional* de privar al imputado de su libertad antes de la condena, pero sólo como una medida cautelar de los fines del proceso y nunca como una sanción anticipada. Como parte de presuponer la *inocencia*, no admite ningún otro medio que no sea *la prueba* para acreditar la culpabilidad; las funciones de acusar, defender y juzgar se encomiendan a sujetos diferenciados e independientes entre sí; el imputado es considerado un *sujeto* del pro-

ceso, a quien se lo respeta en su dignidad y se le garantiza el derecho de defensa, prohibiéndose obligarlo a colaborar con la investigación.

## VII. EL PROCESO "INQUISITIVO MITIGADO" (O "SISTEMA MIXTO")

Presentado como una síntesis de las virtudes de aquellos dos paradigmas, aparece el llamado "sistema mixto", que no es autóctono, pues surge con el modelo de Estado centralizado — napoleónico —.

### 1. Notas características

Su caracterización más adecuada sería la de "*inquisitivo mitigado*", por reflejar más fuertemente las notas, los defectos y las desviaciones sobresalientes del paradigma inquisitivo que las del acusatorio (se lo ha calificado por esto de "inquisitivo camuflado"). Este sistema es el que rige en Argentina, salvo excepciones *parciales*, como los CPP de las provincias de Buenos Aires, Tucumán y Córdoba.

### *Influencia del inquisitivo*

Este modelo "mixto", por un lado, rescata *aspectos del inquisitivo* (de fuerte influencia todavía sobre las opiniones jurídicas), en especial, por lo que respecta a la persecución y juzgamiento de todo delito que acontezca (ambas actividades a cargo de *funcionarios* del Estado), y al concepto de "verdad real", como objetivo supremo a descubrir mediante el proceso para dar paso a la pena, que es concebida como la única forma de solución del conflicto con la ley penal (pero cobija también muchas desviaciones con el mismo origen).

### *Eficacia ultraactiva de la instrucción*

De esta fuente el modelo mixto hereda una etapa de investigación previa llamada *instrucción* a cargo de un juez inquisidor (de instrucción) y desarrollada con fuertes restricciones al contradictorio, cuyos logros probatorios quedan registrados en actas. Si bien esta etapa *teóricamente* debería ser útil *sólo* para darle fundamento probatorio a la acusación, su eficacia conceptual y procesal excede en mucho ese límite y avanza impetuosamente sobre la etapa del juicio, desplazándolo muchas veces en importancia, y tiende a dar también basamento probatorio a la sentencia definitiva.

Esto ocurre así, no sólo porque permite al tribunal de juicio *pre-conocer* — a través de las lecturas de las actas — el esquema probatorio antes de su recepción en el debate (con el consiguiente riesgo de pre-juzgamiento), sino también porque muchas pruebas (incluso la declaración confesoria del imputado) pueden *ingresar* a esta etapa (y fundar una sentencia definitiva), *sin* producirse en ella, mediante el subterfugio de la lectura (“oralización”, le dicen) de las actas que documentaron su incorporación en la instrucción (v. gr., en lugar de hacer declarar personalmente al testigo en el debate, se lee lo que este declaró ante el Juez de Instrucción).

### *Influencia del acusatorio*

Pero este paradigma “mixto” también incorpora, actualmente, aspectos del acusatorio, como la *separación* “formal” de los roles de acusación y juzgamiento, la *incoercibilidad moral* del imputado, la *inviolabilidad de su defensa* y el *principio de inocencia*, entre otros. Todo ello a los fines del respeto de la dignidad personal y mayor garantía de los derechos del acusado, que este paradigma considera valores *preeminentes* a la aplicación de la pena al culpable (la que se subordina al respeto de aquellos).

El juicio deberá *basarse* en una acusación preparada, sostenida y acreditada por los órganos oficiales encargados de la persecución penal (Ministerio Público Fiscal) y *desarrollarse* en forma oral y pública, con intermediación de los sujetos procesales entre sí y

con los elementos de prueba, y con plena vigencia del contradictorio, debiendo, al menos en teoría, dictarse la sentencia sólo a base de las pruebas y argumentaciones de las partes allí producidas y por obra de los mismos jueces que las recibieron. Este aspecto es frecuentemente desconocido en la práctica por la señalada “ultraactividad” de la etapa preparatoria.

## 2. Rol de los jueces

Como natural consecuencia de esta especial modalidad de “mixture”, los jueces son pensados por las leyes procesales y percibidos por la gente, *primero* como funcionarios responsables de la represión penal (verdaderos representantes del “interés social” en el “castigo del delito”), y recién después como una *garantía* para los ciudadanos frente a posibles vulneraciones a sus derechos o frente a acusaciones *infundadas* en los hechos (por no haber podido ser acreditadas con el grado de convicción y dentro de los límites exigidos por el sistema constitucional) o *arbitrarias* en lo jurídico. En realidad, los jueces deberían cumplir *sólo* este último y trascendental rol: es que como bien se ha dicho “son los jueces y no otros funcionarios del poder público” quienes “tienen el principal deber de ser guardianes de las garantías individuales”.

## 3. Críticas

Pero el perfil crítico del sistema “mixto” deriva de su fuerte impronta inquisitiva, la cual se evidencia en los *alcances meramente “formales”* que se le acuerdan al método acusatorio, que se agota en el hecho (indiscutible) de impedir que el proceso o el juicio sean iniciados de oficio por los tribunales, exigiendo en cambio una excitación ajena a ellos, por obra generalmente del Ministerio Fiscal (salvo los casos de acción privada). Sin embargo, muchas veces esta influencia no impide sino, más bien, favorece que, bajo el mentiroso rótulo de “excepciones”, se acuerde a los tribunales el poder de *obligar a los fiscales a que acusen* en contra de su voluntad (en realidad el acusador resulta ser así el tribunal, por ejemplo, el art. 348, CPP Nacional); y también a que *hagan pruebas* por su cuenta,

*ex officio*, sin pedido — y aun en contra de la voluntad — de los acusadores, sobre la verdad de la acusación (recuérdese que no hay otra verdad que “descubrir”, pues la verdad de la inocencia no requiere prueba). Esto no sólo en la etapa de investigación previa a la acusación (a cargo de un Juez de Instrucción), sino también *durante el juicio oral y público*.

### VIII. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL

El paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” de enjuiciamiento penal, preponderante en Argentina, no es respetuoso del modelo que impone la Constitución Nacional, sobre todo después de la incorporación a ella, y a su mismo nivel, de los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN), que han dejado fuera del campo de la interpretación jurídica y de la libre reglamentación procesal, muchos aspectos del proceso penal para transformarlos en texto expreso e indiscutible.

La interpretación que los organismos regionales de protección de los derechos humanos han realizado de la normativa supranacional incorporada a nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN), parte de la base de que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” y que la “sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico”. Estas circunstancias legitiman el “interés del Estado en resolver presuntos casos penales”, a través del ejercicio de una “función pública”. Además, tratándose “de delitos de acción pública perseguibles de oficio”, lo expuesto genera al Estado una “obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos (...) identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes”.

Pero aquel virtual “bloque normativo-interpretativo” también deja perfectamente en claro otros dos conceptos. El primero estriba en que la *razón principal* por la que el Estado debe perse-

guir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “*garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*”, a las que se les reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH). El segundo consiste en que “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse *sin límite alguno* o que el Estado pueda valerse de *cualquier procedimiento* para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.

Este nuevo paradigma está “diseñado” sobre la base del *equilibrio* entre el monopolio del uso del poder penal y la fuerza, por parte del Estado, y las herramientas acordadas al ciudadano para *requerir la intervención estatal* en protección o restauración de sus derechos vulnerados por el delito, o para limitar aquel poder, o prevenirse o *defenderse* de sus excesos. A la par que rescata un *papel central para la víctima*, amparando su actuación en el derecho a la tutela judicial efectiva expresamente previsto en la normativa supranacional (v. gr., arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH), reconociendo a la lesión a su derecho o interés concreto como la base primera e insustituible del ejercicio del poder punitivo estatal, también perfecciona y hace expresos los derechos acordados al *penalmente perseguido* y sus garantías.

#### 1. Distinción de roles

Este nuevo (y viejo) modelo establece que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir, y pone a cada una a cargo de órganos *diferenciados y autónomos* entre sí. Entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de partes, asumir atribuciones de persecución; e impone que la verdad procesal deba procurarse a través de la *contradicción* entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso, acordando la *responsabilidad* de sostenerlos y acreditarlos sólo a quienes los representan o encarnan (véase el apartado II del Capítulo 1, en pág. 37).



### ¿Común interés de la justicia?

Es este último punto el que mejor sirve para medir la distancia que separa a la gran mayoría de los códigos procesales "mixtos" de nuestro país, con las exigencias del sistema constitucional. En aquellos el "triunfo de la verdad" es el objetivo supremo del proceso, al que deben contribuir (respetando ciertas reglas pero *sin* distinción *sustancial* de roles), todos los órganos públicos intervinientes (principalmente los jueces), esforzándose vanamente en disimular la innegable contraposición de intereses diferentes, ínsita en cualquier proceso, bajo el eufemismo de un común interés de "justicia".

### Método unilateral de averiguación

Tal concepción se refleja en un método de averiguación de la verdad de carácter unilateral, que procura alcanzarla *no* a través de la actividad de las partes, sino mediante la investigación de un órgano jurisdiccional, a quien en todas las etapas del proceso (incluso en el juicio) se considera el principal responsable de descubrirla: el juez o tribunal inquisidor, "historiador", que averigua (instruye) "autónomamente", se controla, saca conclusiones y toma decisiones sobre su propia investigación, todo a la vez. Cuando mucho, se permite que lo *ayude* la "dialéctica de las partes", cuyos derechos debe simultáneamente garantizar, incluso frente a sí mismo.

## 2. Contraposición de intereses

Este concepto sobre el modo de descubrir la verdad no se corresponde con el diseñado por el sistema constitucional, pues éste parte de la base de que, *ontológicamente*, el proceso (cualquier proceso) es un método para que se reflejen *dos intereses contrapuestos* y así poder resolver sobre ellos (si no los hubiera no existiría el proceso, no haría falta). Así, *el interés del Estado* (que se ha "apropiado" del interés de la víctima) o el *de la víctima* (constituido en querellante) en punir la conducta delictiva que atribuye a un ciudadano (interés que puede ser fundado, o no), se enfrenta

naturalmente con *el interés* (fundado o infundado) *de éste* de no ser sometido a la pena o (el siempre fundado) de no serlo de cualquier modo o a cualquier precio.

### ¿Y la objetividad del fiscal?

La contraposición de intereses (inherente al proceso) no se desvanece frente al argumento de que el Ministerio Público Fiscal representa sólo un interés de "justicia", que no siempre será contrario al acusado.

Es que si el Ministerio Público Fiscal puso en marcha una investigación *contra* una persona, o la *acusa* por la comisión de un delito, indudablemente está expresando un interés *represivo* que es *opuesto* al interés de autoprotección de los derechos de aquella persona. Y si bien el fiscal puede *concluir* a favor del imputado, lo cierto es que *comenzó* en su contra. O sea, que el asunto se *originó* y se *desarrolló* con contraposición de intereses entre imputado y fiscal, aunque haya finalizado sin ella. Este final es provisorio, pues todavía puede transformarse en contraposición entre el imputado y el *tribunal* quien, no obstante la "deserción" acusatoria del fiscal que pide la absolución en el debate oral, puede igualmente condenar al acusado, según lo establece el "sistema mixto".

### ¿Y si el acusado confiesa?

La contraposición aludida tampoco se empaña porque en algunos casos el acusado no resista o consienta la imputación. Tal supuesto (bastante infrecuente, por cierto, si no existiera alguna ventaja v. gr., juicio abreviado) no será más que una excepción a la resistencia que el acusado presenta en la inmensa mayoría de los casos. Si así no fuera, las constituciones y tratados internacionales no gastarían artículos en el derecho de defensa y sus derivaciones.

Lo cierto es que, por encima de estas hipótesis excepcionales (fiscal que pide la absolución; imputado que confiesa), la *realidad* (lo reconozca o no la legislación) muestra permanentemente intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa. El proceso pe-

nal, no sólo encierra por *definición* un conflicto, una controversia de intereses (que debe resolver), sino que así también se manifiesta en su existencia práctica. Y aun cuando esto pueda finalmente no ocurrir en algún caso concreto, siempre existirá de modo potencial.

#### ¿Quién representa los intereses contrapuestos?

Aceptando la existencia de intereses contrapuestos, actual o potencial, pero siempre ontológicamente inherente a la esencia de cualquier proceso, el sistema constitucional fija posición sobre quién va a *representar y defender* a cada uno de esos intereses y quién va a *resolver* sobre este conflicto.

El sistema constitucional se aparta para ello de la respuesta que a esta cuestión proporciona el paradigma inquisitivo y reciben los sistemas "mixtos", que instituye o favorece a tales fines un tipo de juez más o menos "*multiforme*", que acusa, juzga y hasta defiende, simultáneamente.

Distingue, en cambio, las funciones de acusar, defender y juzgar, *separándolas* en su desenvolvimiento práctico y *distribuyéndolas* entre distintos sujetos: acusador (Ministerio Público Fiscal, en los delitos de acción pública), tribunal y defensor (aun oficial).

### 3. Igualdad de atribuciones del acusador y el defensor

Este esquema está basado en la exigencia de *igualdad* plena de posibilidades procesales entre el acusador y el defensor (para procurar el triunfo de sus respectivos intereses), y está coronado por la *imparcialidad* impuesta al tribunal, que le impide representar o adoptar como propio ninguno de los intereses en pugna.

#### Funcionamiento

El modelo procesal del sistema constitucional parte de la base de la *acusación* (arts. 60 y 115, CN; art. 8.1, CADH).

Ésta, según su significado idiomático, no es sólo imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también, "*exponer*

*las pruebas de los mismos*", "*demostrar* en un pleito la culpabilidad del procesado, *mediante pruebas acusatorias*".

El paradigma establece luego que la acusación debe ser objeto de "sustanciación", es decir, conducida "por la vía procesal adecuada, hasta ponerla en *estado de sentencia*", la que dictará un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Éste, luego de oír *públicamente* al acusado y habiéndole asegurado el respeto a su dignidad personal y derechos, su *plena igualdad* con el acusador y todas las garantías necesarias para su *defensa*, lo *juzgará*.

Juzgar es deliberar acerca de la culpabilidad del acusado y sentenciar lo procedente sobre la base de las pruebas de cargo y de descargo aportadas en el juicio (art. 14.3 e, PIDCP). Si así encuentra culpable a aquél (alocución usada por el art. 59, CN), resolverá (art. 116, CN) aplicarle el Código Penal (art. 67 inc. 12, CN), imponiéndole la sanción que corresponda (arts. 18, 65 y 115, CN).

### 4. Imparcialidad de los jueces

Consecuentemente, el modelo dispone que un *tercero*, ajeno a esos intereses, tanto porque no le son propios (como sí lo es el del imputado), como porque no los debe representar (como sí lo hace el M. P. Fiscal), será el encargado de establecer cuál de los intereses enfrentados debe *prevalecer* sobre el otro, por ser el que se encuentra más justificado según el derecho (constitucional, sustantivo y procesal), que estatuye sobre cuestiones fácticas (v. gr., exigencia de certeza fundada en pruebas para tener por acreditado un hecho delictivo) y legales (v. gr., tipicidad del hecho, causas de justificación, etc.). Véase el apartado VI del Capítulo 3, en pág. 141.

*El tribunal: ¿se convence o es convencido?*

Lo expuesto evidencia que el sistema constitucional no *tolera* aquel procedimiento de averiguación unilateral y casi monopólico, a cargo de un tribunal que pueda y hasta deba usurpar los roles

de la acusación y la defensa, so pretexto de un interés común en establecer la verdad.

Por el contrario, en pro de una mayor imparcialidad de los juzgadores, el sistema constitucional estatuye un proceso en el que el tribunal *no procure* por sí las fuentes de las que podrá inferir su convencimiento, sino que se *las procuren* el acusador y — si así lo quiere — el acusado; no piensa en un tribunal que *se convenza* (o no lo logre) por *obra* de su autoreflexión, sino en uno que sea *convencido* (o no) por obra (y no sólo con el *auxilio*) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa de aquellos; no admite un “monólogo” unilateral del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que se procure lograrla por “vía de síntesis”.

O sea, el sistema constitucional pretende que el “conocimiento” que se exige al tribunal para poder “decidir” (art. 116, CN) la imposición de una pena, no sea fruto de su indagación unilateral, sino que se asemeje a la “centella que brota del choque entre dos espadas” (Nietzsche, citado por Foucault, 1988), ya que no se puede agotar toda la “plenitud, policromía y fecundidad del mundo, sino bajo la forma mental de la *contradicción*” (Radbruch, 1987).

### 5. Reconocimiento del interés prevalente

El reconocimiento de la *existencia* de intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa, y la aceptación de la *confrontación* entre ellos como método de tratamiento judicial de los casos penales, genera un modelo al que se identifica como *contradictorio* (por su respeto a tal principio) y que apunta a la mayor imparcialidad de los jueces. Su regla principal de funcionamiento es que el triunfo de un interés sobre otro queda librado a la responsabilidad de quiénes lo representan (Ministerio Público Fiscal) o encarnan (el imputado), careciendo el tribunal de cualquier *co-responsabilidad* al respecto, pues sólo debe garantizar que éstos tengan iguales posibilidades para lograrlo.

Queda así dicho que el “triunfo” del interés que representa el acusador será de su *exclusiva* responsabilidad. No hay que olvidar que en los delitos de acción pública, para favorecer que pueda lograrlo, se ponen a su servicio no sólo notables atribuciones jurídicas, sino también importantes recursos humanos y materiales constitutivos del aparato de persecución penal del Estado.

### 6. Un proceso penal contradictorio

El *contradictorio* tiene como base la *plena igualdad* de las partes en orden a sus atribuciones procesales.

Exige no sólo la existencia de una *imputación* del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de *refutarla*, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y su defensor, la atribución de producir *pruebas* de cargo y de descargo respectivamente; la de *controlar* activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de *argumentar* públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa), en vinculación con los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa y las consecuencias jurídico penales de todos ellos, para tener de tal modo la *igual oportunidad* de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario.

Cerrando este esquema, al tribunal se le *impide* iniciar por sí el proceso o el juicio (o condenar si el fiscal no lo pide); se le *priva* de facultades autónomas de investigación, tanto en la investigación preparatoria como en el juicio, y se le *reserva* la tarea de controlar el trámite y fundamento de la acusación y de sentenciar imparcialmente, y en forma motivada, acerca del fundamento de la acusación y su posible negación, descargo o aclaración, de forma tal que sólo sea admitida como verdadera, cuando pueda *apoyársela* con certeza en pruebas de cargo recibidas personalmente por los mismos jueces que tengan bajo su responsabilidad tal decisión, que hayan sido *aportadas* por los órganos de persecución penal en el

marco de objetividad en el que deben cumplir sus funciones y que no hayan sido *enervadas* por alguna de descargo que pueda haber sido ofrecida por el imputado y su defensor, pero sí recibidas en las mismas condiciones, con igual *atención* a las argumentaciones y enfoques diversos y enfrentados que todos ellos realicen sobre su fuerza conviccional.

*Sin la conjunción "contradictorio-inmediación" no puede haber condena penal*

De lo expuesto surge la conjugación necesaria entre inmediación y contradictorio, pues ambos deben tener vigencia *irrestricta* en el juicio oral y público cuyas pruebas son la única base posible de una sentencia de condena.

Las restricciones que se admiten durante la investigación preliminar no podrán extender su influencia a este momento. Esto requerirá que se respete escrupulosamente la eficacia meramente *preparatoria* (de la acusación) de las pruebas que en aquella etapa previa se recojan, impidiendo que puedan ser directamente utilizadas para fundar la sentencia definitiva sin haberse *producido* en el juicio, salvo casos muy excepcionales (v. gr., pruebas irreproducibles) y bajo ciertas condiciones (v. gr., conocimiento previo y participación del fiscal y la defensa). Véase el apartado III del Capítulo 11, en pág. 504.

Hay que enfatizar que no ocurre así en los "sistemas mixtos", cuya tradición es poco respetuosa de la conjunción "contradictorio-inmediación" y, por ende, sumamente generosa para admitir múltiples casos de incorporación al debate oral y público (por su lectura) de pruebas recogidas durante la investigación preliminar, por funcionarios policiales, fiscales o jueces que no son los encargados de dictar la sentencia definitiva, algunas veces recibidas con control del fiscal y la defensa (v. gr., actos irreproducibles) y muchas otras sin control alguno (v. gr., testigo que fallece antes del juicio; declaración del imputado que se abstiene de declarar en el debate, etc.).

Este fenómeno es también alentado, si bien indirectamente, por la falta de registración de las pruebas recibidas durante el juicio. Quizá, si esto se estableciera como obligatorio, la influencia de las actas instructorias disminuiría, pues desaparecerá el riesgo derivado de que "a las palabras se las lleva el viento".

El hecho mismo de que en las leyes procesales "mixtas" se denomine a la producción en el juicio de la prueba recibida en la instrucción, "reproducción" es más que un mero giro idiomático: sólo se reproduce un original y el valor que se asigna a ese original queda evidenciado cuando se autoriza su incorporación al debate por la lectura, si fuere contradicho por su "reproducción" en ese acto (como ocurre con los testimonios y hasta con la declaración del imputado).

## CAPÍTULO 5

---

- I. **EL JUEZ PENAL.** Concepto; atributos (imparcialidad, independencia e idoneidad); inhibición y recusación.
- II. **EL JURADO.** La Constitución. Pro y contra. El “escabinado”.
- III. **EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.** Concepto; autonomía; objetividad; criterios de actuación; funciones y responsabilidades. Atribuciones, límites y control jurisdiccional.
- IV. **LA POLICÍA JUDICIAL.** Función; composición; atribuciones.
- V. **LA VÍCTIMA.** El derecho a la tutela judicial efectiva. Aspectos procesales y sustanciales.
- VI. **EL QUERELLANTE DE ACCIÓN PÚBLICA.** Noción; titularidad y representación. Facultades: intervención; prueba; recursos.
- VII. **EL IMPUTADO.** Concepto; adquisición y cesación de la calidad; estigmatización; coerción procesal. Incoercibilidad moral; problemas. Derecho al comportamiento procesal pasivo.
- VIII. **LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO.** Noción; naturaleza; presupuesto probatorio. Declaración sin sospecha. Estructura; forma del interrogatorio. La cuestión de la declaración policial.
- IX. **EL DEFENSOR.** Concepto; función; atribuciones
- X. **PARTES CIVILES.** Actor civil: noción; regulación legal de su intervención; atribuciones. Tercero civilmente demandado: noción, regulación legal de su intervención; atribuciones. El Asegurador citado en garantía. La responsabilidad probatoria sobre la cuestión civil.

## I. EL JUEZ PENAL

El ejercicio concreto de la jurisdicción corresponde a los tribunales (art. 75 inciso 12, CN) del poder judicial, que están integrados por personas: los jueces. Respecto de ellos no habría que olvidar que, como advirtiese un gran jurista, ostentan una "representación que le otorga a un hombre poderes excepcionales sobre sus semejantes, que natural y políticamente son iguales suyos". Sobre nociones comunes se ocupa la "Teoría General del Proceso" (Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003).

De allí que sean éstos los depositarios del poder estatal de conocimiento y decisión sobre la comisión de delitos (art. 116, CN, art. 160 Constitución Provincial) y de aplicación del Código Penal (art. 75 inciso 12, CN), es decir, de *juzgar* (art. 18, CN) y de *penar* (arts. 18, 60 y 115, CN). También, y en garantía del ciudadano son responsables de no hacerlo cuando no corresponda, de acuerdo al derecho constitucional, penal o procesal.

### 1. Concepto

El juez penal es el sujeto designado de acuerdo a los procedimientos constitucionales, para ocupar un cargo de tal en un tribunal previamente instituido por la ley, para juzgar una (cierta) categoría de ilícitos o de personas y que ejercita el poder jurisdiccional en un proceso concreto que conduce, controlando que se respeten los derechos individuales y decidiendo, de modo provisional o definitivo, sobre la existencia del hecho que se atribuye al acusado y su participación punible.

Para hacerlo, deberá fundarse en las pruebas ofrecidas por el acusador y por el imputado y considerar los argumentos de ambos. La decisión definitiva consistirá en una sentencia de condena o de absolución, en la que actuará el derecho en el caso sometido a su decisión.

### Aclaración

Es bueno aclarar que su misión *no* es la de perseguir el delito, sino la de *juzgar* acerca de él, por lo que *no* se mencionan como funciones del juez penal las de investigar, intervenir en la preparación o formulación de la acusación o procurar pruebas de oficio (no puede procurarse, por propia iniciativa, los datos para obtener el conocimiento necesario para su decisión).

### Designación

A la tradicional forma de designación a través de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, justificada como una forma de elección popular indirecta (v. gr., nombra el titular del ejecutivo, previo acuerdo de la legislatura o una de sus cámaras), se la ha *condicionado* modernamente mediante procedimientos que procuran asegurar la igualdad de oportunidades entre los postulantes y su selección por idoneidad (v. gr., art. 157, Const. de Córdoba), incluso encargando esta última tarea a organismos de composición múltiple y equilibrada, en donde estén representados órganos políticos, jueces, abogados y personas del ámbito académico y científico del derecho (v. gr., Consejo de la Magistratura, art. 114, CN) y cuyo poder a veces se limita a seleccionar y proponer (con diversa fuerza vinculante según los distintos modelos) a los poderes políticos, los candidatos a jueces.

Es cierto que la selección de jueces sólo a través de la intervención de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo) ha determinado una generalizada opinión contraria, basada en argumentos sumamente valiosos, que señalan los peligros actuales o potenciales de politización de la justicia (dependencia de los otros poderes y falta de condiciones humanas y técnicas de los magistrados). A esta crítica se le responde con la idea de los Consejos de la Magistratura, lo que no puede implicar que, en el loable afán de evitar una excesiva injerencia del poder político, se exageren los componentes corporativos (que sólo abogados y jueces decidan qué abogados van a ser jueces) en el sistema de designación de magistrados (Cafferata Nores, 2000).

SS

Modernamente, se insiste en que la *autarquía* del Poder Judicial es un presupuesto necesario para la real independencia de los jueces que lo integran (el presupuesto insuficiente no permitirá el funcionamiento normal de la justicia) y se propone su reconocimiento — incluso con porcentajes presupuestarios — en las constituciones, de modo que no pueda alterarse por decisión de los otros poderes constituidos. Lo cierto es que sin sueldos decorosos no es fácil pensar en jueces preparados e independientes.

### *Inamovilidad*

También tratan de resguardar la independencia de los jueces, las disposiciones constitucionales que los ponen a resguardo de presiones de los otros poderes (v. gr., art. 154, Const. Provincial), estableciendo la inamovilidad en el cargo que ocupan (lo que implica también garantía contra traslados o cambios de cargo) mientras observen “buena conducta” (se ha dicho que la inamovilidad es un “mal necesario”), la intangibilidad de sus remuneraciones por acto de autoridad (hay quienes entienden que no rige en caso de disminución por inflación), la inmunidad de arresto y limitada de proceso mientras estén en su cargo y la prohibición de desarrollar actividades que comprometan su imparcialidad (art. 156). Entre estas actividades se cuenta, por ejemplo, la de participar activamente en política (lo que no significa apoliticidad de opinión personal, ni que deban vivir en una “campana de cristal”). Si bien estas garantías no aseguran que cada juez sea verdaderamente independiente, permiten — como bien se ha dicho — que los jueces independientes puedan desempeñar su función sin obstáculos. Contribuirá también a ello, el procurar un acercamiento interactivo del poder judicial y sus integrantes a la sociedad civil, que facilite una misma comprensión del rol de los jueces desde una perspectiva “no corporativa”.

Si durante sus funciones el juez incurre en *mal desempeño* (entendido como un intolerable apartamiento de su misión, con daño al servicio y menoscabo público de su investidura), en *indignidad* de comportamiento privado, en *morosidad* (no puede ser ni

actor ni mero espectador de su demora), en comisión de *delitos*, o si demuestra un *desconocimiento* inexcusable del derecho (no simples errores de interpretación, pues ¿quién garantiza que no sea el superior el equivocado?), o evidencia *inhabilidad* física o síquica prolongada sobrevinientes a su designación, puede ser removido de su cargo por procedimientos institucionales, a saber: jurado de enjuiciamiento, jury para jueces inferiores (art. 115, CN; art. 159, Const. Provincial), juicio político para cabezas de poder (arts 53 y 59, CN; art. 112, Const. Provincial). El procedimiento de destitución configura así una revisión de carácter político de las condiciones de idoneidad personal y técnica, requeridas para el ejercicio del cargo.

## 2. Atributos

Con respecto a la persona de los jueces, se exigen ciertas condiciones para garantizar a los ciudadanos que el ejercicio de tan significativo poder sea *imparcial*, estrictamente ajustado al *derecho* (constitucional, sustantivo y procesal) y despojado de todo atisbo de *arbitrariedad* (v. gr., art. 8 inciso 1, CADH). Esto implicará que los jueces tengan *independencia e idoneidad*. Sin la concurrencia de todas estas condiciones no se concibe el ejercicio del cargo de juez en un Estado de Derecho.

### 2.1. Imparcialidad

La *imparcialidad*, como su nombre lo indica, **consiste en no ser parte, es decir, en ser un tercero frente a las partes, ajeno a sus intereses y libre de prejuicios, sea respecto de los hechos que debe juzgar, sea respecto de sus protagonistas, tanto a favor como en contra de éstos.**

Se expresa en la actitud de mantener la misma “distancia” de la hipótesis acusatoria y de la hipótesis defensiva durante todo el proceso y *hasta* el acto mismo de la sentencia. Esto se suele graficar con un triángulo equilátero en cuyo vértice superior se ubica el juez; o se simboliza con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados y a la misma distancia del fiel.



El juez será imparcial cuando sea *indiferente* (no determinado por sí a una conclusión más que a otra) es decir *neutral* (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni de otro). Requiere asimismo que atienda igualitariamente tanto los datos o argumentos favorables como los contrarios a los intereses sobre los que debe decidir. Véase el apartado VII del Capítulo 3, en pág. 144.

## 2.2. Independencia

Se entiende por *independencia*, **la libertad para cumplir sus funciones y tomar decisiones sin interferencias políticas, de grupos de presión o de otros poderes del Estado.** Pero ella no es un privilegio del juez sino una garantía para el ciudadano, limitada *sólo* por la ley (cuya voluntad debe actuar) y por la prueba de los hechos o la falta o insuficiencia de ella en el proceso (lo contrario sería arbitrariedad). Que el juez deba obedecer *sólo* a la ley, implica que *no debe* obedecer a nadie más, pero también que *debe* obedecerla (sin poder recurrir a la analogía en perjuicio del acusado so pretexto de interpretación, ni sustituir la prueba por prejuicios o caprichos).

### Externa

La Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni restablecer las fenecidas (art. 109, CN). Tampoco puede hacerlo el Poder Legislativo, como ocurriría si una ley sustrajera a los jueces (apropiándose de ella) “su facultad de decidir si, en el caso concreto, la conducta (pasada) del imputado se adecua o no a la prevista por la ley vigente” (Núñez, 1986). Pero ambas prohibiciones no sólo se relacionan con una usurpación de funciones jurisdiccionales por parte de los poderes políticos, sino que también abarcan un ejercicio “informal” de estas funciones a través de órdenes, presiones, sugerencias, etcétera.

### Medios masivos de comunicación

Se ha señalado como fenómeno actual “la tensión entre libertad de prensa y la independencia del juez para tomar sus decisiones libremente, sin menoscabo del principio de inocencia, especialmente cuando los medios de información se convierten en los verdaderos precursores de las sentencias condenatorias de los justiciables” (ILANUD). Hay quienes destacan el peligro que para la imparcialidad de los jueces se deriva de la difusión masiva de los casos judiciales, a través de los medios de prensa. Por eso, proponen que los jueces no puedan recibir información periodística de ningún tipo sobre el hecho delictivo que deban juzgar, o sobre los acusados o víctimas (Frascaroli, 2000). Bien se ha dicho que la prensa independiente y la justicia independiente son la salvaguarda final del Estado de Derecho, lo que implica necesariamente que también sean independientes entre ellas (Cafferata Nores, 2000).

### Interna

La independencia debe también existir respecto del poder al que el juez pertenece (Poder Judicial), que puede verse afectada no sólo por “órdenes superiores” sino también por la regulación de los recursos sólo como medio de control jerárquico y no como garantía individual. Pero ella no impide la *superintendencia administrativa* (poder de gobernar el poder) que ejercen los máximos órganos judiciales y la autolimitación que, inspirada en la necesidad de brindar seguridad jurídica a los “usuarios del servicio de justicia”, implica el acatamiento voluntario de la interpretación del derecho contenida en las decisiones de los tribunales superiores. La consideración de este aspecto se ve enriquecida en la actualidad por la temática de los medios de comunicación y su influencia en la formación de la opinión pública de la sociedad en la que el juez actúa como tal, pero de la que también forma parte como ciudadano (fenómeno estudiado bajo el rótulo de “prejuzgamiento por los medios”), lo que puede afectar su imparcialidad (Frascaroli, 2002).

### Condiciones personales de los jueces

La independencia para decidir se relaciona directamente con las *condiciones humanas* del juez, que son las que en verdad garantizarán su libertad de criterio y su apego a la ley, al punto tal de fallar según su conciencia, bajo cualquier tipo de presión (incluso violenta) y aun en contra del interés de los poderosos de cualquier laya. Bien se ha dicho que ningún consenso político o social puede suplir la falta de prueba (Ferrajoli, 1997), ni tampoco enervar su existencia. Pero se sabe que en muchos casos resolver contra tales consensos o desoyendo tales presiones requiere condiciones humanas especiales, pues aunque así corresponda en derecho, ello arriesga al juez al descrédito o a la violencia (Cafferata Nores, 2000).

#### 2.3. Idoneidad

La idoneidad se vincula con *aspectos humanos y atributos técnicos* del juez. Entre los primeros se encuentran la edad, capacidad física y mental, las aptitudes morales, la conducta honorable, dignidad de vida, vocación de servicio, austeridad y laboriosidad. La frivolidad y el apego a la figuración en los medios de comunicación — la “video justicia” — parecen ser modernas excepciones a varias de estas pautas tradicionales.

La *idoneidad técnica* requiere que el juez sea abogado (salvo el caso de jurados) y que actualice permanentemente los conocimientos técnicos-jurídicos, incluso los especializados, que requiere su competencia. También, que tenga la experiencia profesional necesaria (tiempo de ejercicio de la abogacía o cargos judiciales) para la solución ponderada de los conflictos que se someten a su consideración y que todos los atributos se exterioricen en la pronta (oportuna) decisión de aquéllos. Habrá que cuidar, por cierto, que excesos de profesionalismo no proporcionen márgenes para la burocratización o la rutina.

Si bien estas virtudes-garantías son propias de la conciencia y de la conducta del juez, el derecho establece mecanismos ten-

dientes a garantizarlas, relacionados con su designación, permanencia y remoción en el cargo (inamovilidad).

Es por eso que el sistema para el nombramiento (y ascenso) de los jueces debe ser relacionado directamente con las exigencias de independencia e idoneidad.

#### 3. Inhibición y recusación

La *imparcialidad* exige que el juez no esté vinculado con ninguna de las personas que encarnan o representan los intereses que se enfrentan en el proceso, por ninguna relación de tipo personal que pueda inducirlo a favorecerlas o a perjudicarlas, o que genere sospecha en tal sentido (v. gr., parentesco, enemistad). También implica no haber tenido antes una actuación funcional con idénticos alcances (v. gr., haber actuado antes como defensor o fiscal), ni actuar en su función como colaborador del acusador (aun si fuera el Ministerio Público) o el acusado, supliendo sus omisiones probatorias.

La inhibición y la recusación de los jueces son los medios que aseguran, oficiosamente o por instancia de las partes, la intervención de un juez imparcial. Esto es, un juez que resulte neutral en el caso concreto por carecer de vínculos con las personas interesadas o de intervenciones previas en el proceso, que enerven esa posición. De las nociones básicas se ocupa la “Teoría General del Proceso” (Ferreya de de la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003).

Son *causales de inhibición y recusación* de los jueces (art. 60) las siguientes:

- 1) Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia; hubiera intervenido como Juez de Instrucción resolviendo la situación legal del imputado o como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante; o hubiera actuado como perito o conociera el hecho investigado como testigo.

- 2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.
- 3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.
- 4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.
- 5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.
- 6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.
- 7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguno de los interesados, o denunciado, querellado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.
- 8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.
- 9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.
- 10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque fueran de poco valor.
- 11) Cuando en la causa hubiera intervenido o interviniere como juez algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 12) Cuando mediaren otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad.

Se ha propuesto que los jueces que deban intervenir en el juicio también puedan ser recusados por el querellante y el imputado si éstos consideran que la imparcialidad de aquéllos puede verse afectada por la existencia de un tratamiento periodístico intensivo sobre el caso que, excediendo la objetividad de la información y el interés de la opinión pública, propusiera como prevalente alguna hipótesis sobre el mismo. Del mismo modo se ha propuesto que cualquier autoridad judicial con intervención en la investigación preparatoria pueda ser igualmente recusada por apreciaciones públicas que haya formulado, antes de resolver la situación del imputado, en el sentido precedentemente indicado (Frascaroli, 2002).

## II. EL JURADO

La Constitución Nacional dispone que “*todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados...*” (art. 118, concordante con los arts. 75 inciso 12 y 24). A pesar de tan categórica disposición, el mandato constitucional ha sido incumplido y el jurado no ha sido instituido en la Argentina. La Constitución de Córdoba autoriza que “los tribunales colegiados” puedan ser “*también integrados por jurados*” (art. 162), lo que así estableció la ley 8123 (nuevo CPP de Córdoba de 1991).

### 1. La Constitución

La reforma de la carta magna nacional de 1994, que dejó subsistentes aquellas disposiciones (pudiendo no hacerlo), ha dado nuevo impulso a un movimiento que se reinicia a partir de la restauración institucional de 1983 con fuerza creciente, y que pretende que sólo el juicio por jurados (ya sea en el modelo anglosajón, o en el modelo escabinado), satisfice la garantía del “juicio previo”, ya que es a ese tipo de “juicio” al que se refiere el art. 18 de la

Constitución (no a otro), lo que es acorde con la ideología política que da sustento a nuestra ley fundamental (Maier, 1996).

Pero es importante señalar (para precisar desde ya el concepto) que la idea actual de jurado es *ajena* a la de “asamblea popular”, pues en cualquiera de sus más conocidas expresiones (modelo anglosajón; escabinado) tiene un componente técnico y oficial: siempre se tratará de un tribunal penal compuesto por jueces (o algún juez) permanentes del Estado, junto con ciudadanos comunes. Lo que variará según el modelo de jurado que se trate será el número de aquellos dos componentes (el oficial y el popular), el modo en que se vinculen entre sí y las atribuciones que se les asignen a cada uno, con relación a aspectos procedimentales y a cuestiones sustanciales del asunto a juzgar (v. gr., si los ciudadanos deben opinar sólo de los hechos o también sobre el derecho, etcétera).

Por otra parte, se refuerza la concepción (Maier, 1996) según la cual el concepto de juicio por jurados no se agota en la integración del tribunal con simples ciudadanos, sino que abarca todo un modelo de procedimiento criminal. Esta concepción contempla que siendo el Congreso Nacional el órgano al que la Constitución asigna la responsabilidad de instituir el jurado (art. 24, CN), la mayor parte de las disposiciones sobre el proceso penal serán de competencia legislativa del propio Congreso (y no de las provincias, como se ha entendido hasta ahora). Lo cierto es que esta postura, la creciente aceptación de que lo “procesal” es un verdadero segmento de la política criminal del Estado y la incorporación de los pactos internacionales sobre derechos humanos al sistema constitucional argentino, con la mención expresa del principio de igualdad ante los tribunales (arts. 75 inciso 22, CN; art. 14 inciso 1, PIDCP), impulsan la idea de lograr algunas bases uniformes para la procuración y administración de la justicia penal en todo el territorio nacional (Cafferata Nores, 1999).

## 2. Pro y contra

Históricamente, el jurado ha sido una institución que se comporta como una especie de espejismo, atrayendo irresistiblemente a juristas y a hombres comunes.

Pero la aproximación al jurado nunca es fácil, al contrario, siempre es polémica, seguramente porque se trata de una actividad, la de juzgar, que sino es la “más divina” de las actividades humanas, es por lo menos la más poderosa, porque coloca a ciertos hombres *por encima* de otros, con atribuciones para decidir sobre su libertad, su honor, sus bienes, es decir, sobre su *vida*. La polémica se potencia porque, en verdad, de lo que se trata es de una *cuestión de poder*: el poder de juzgar y penar (o de impedir que los órganos estatales impongan la pena).

Bajo esta óptica, el tema se conecta con la histórica discusión sobre *quién* debe aplicar las normas jurídicas a los casos concretos, en cuyo decurso se ha producido un juego antitético entre concepciones tildadas de “elitistas” o de “democráticas” de la administración de justicia. Es por eso que la controversia sobre el jurado — en su versión anglosajona — se ha planteado, tradicionalmente, no sólo como un conflicto entre jueces técnicos en derecho y jueces legos, sino también como un conflicto entre funcionarios oficiales y simples ciudadanos (o quizá más lo segundo que lo primero). El veredicto absolutorio de estos ciudadanos impedirá absolutamente que el absuelto sea penado (no hay recurso del fiscal), aun cuando haya sido contrario a la ley (el jurado es “juez de leyes y en tal caso, si se nos permite la comparación, el veredicto absolutorio funciona como un “criterio de oportunidad”, o como una “excusa absolutoria”, expresando que al jurado le parece justo que el acusado, aun cuando pudo haber violado la ley penal en el caso concreto, no reciba pena). En la polémica, se han vertido sucesivos argumentos, y se han formulado múltiples y contrapuestas imputaciones.

### *Sistema republicano*

En *contra* del jurado se ha dicho, entre otras cosas, que el pueblo gobierna (juzgar es una forma de gobernar) sólo a través de sus representantes y que, no teniendo los jurados tal carácter, se afecta la representatividad propia del sistema *republicano*. A ello se ha respondido diciendo que la institución se relaciona con la *democracia*, que implica participación ciudadana en las decisiones oficiales; y también que los jurados son representantes del pueblo, aun cuando su forma de selección haya sido distinta.

### *Falta de conocimientos jurídicos*

Se afirma también que en un sistema jurídico conformado por derecho escrito e inspirado en principios científicos, su interpretación y su aplicación a los hechos supone *conocimientos técnicos* que sólo puede tener un juez formado en la ciencia jurídica (a quien irónica y quizá injustamente se pretende mostrar como una especie de “máquina de subsumir”). A este argumento se ha contestado que, si bien es serio, no es decisivo, pues cuando el jurado examina el hecho que se pone bajo su juzgamiento, bajo la lente del derecho, lo hace en la forma *natural* que le permite el término medio de la cultura general. Además, el valorar un hecho en sus consecuencias jurídicas no es sólo aplicar la ley en su sentido técnico, sino también captar el sentido jurídico del pueblo del cual los jurados forman parte. Esta objeción — se agregó — parece más bien una expresión de auto-defensa de los juristas.

### *Resistencia a sentimientos y presiones*

Se asevera, asimismo, que el juez oficial puede *resistir* mejor las presiones sociales sobre sus decisiones. En cambio, el jurado, que no juzga con la razón sino con el corazón, puede caer en injusticias por *exceso* (fruto de la presión o indignación popular) o por *defecto* (fruto del sentimiento de piedad pública), en las que lo puede hacer incurrir, incluso, la oratoria hábil de un fiscal o un defensor. A este cuestionamiento, que tiene también peso, se ha contestado que la prevalencia del juez técnico (que aparece con los

regímenes autoritarios y se perfecciona bajo el sistema inquisitivo) ha determinado una suerte de *clase* (alta) judicial, cuyos fallos configuran movimientos reflejos, expresados en una mecánica aplicación del derecho con sentido meramente burocrático (cuando no clasista: fíjense en la “clientela” del derecho penal, dicen), que no capta la realidad social.

Además, los jurados pueden ofrecer iguales o mejores garantías de imparcialidad que los jueces oficiales. Éstos, sobre todo en procesos de trascendencia pública, saben que de la decisión de un caso puede depender no sólo su consagración o su desconcepto públicos, sino incluso el riesgo de su permanencia en el cargo o su carrera futura. Los jurados, en cambio, no tendrán esta presión, pues son sólo jueces accidentales: su concepto social no depende de su intervención aislada en un caso judicial y no tienen ni trayectoria ni futuro como magistrados, que deban cuidar.

### *¿Prejuicios?*

¿Y los prejuicios de los jurados?, se argumenta. ¿Y los prejuicios de los jueces técnicos?, se responde. Por lo menos — se dice — aquéllos pueden ser detectados en cada caso y determinarán la exclusión del jurado prejuicioso. A los jueces oficiales, en cambio, se los *presume* indebidamente desprejuiciados (salvo prueba en contrario que surja de una causa de recusación concreta, v. gr., enemistad con el acusado), por lo que sus prejuicios generalmente pasarán *desapercibidos*, no pudiendo esta circunstancia determinar la exclusión del juez (lo que sí ocurrirá con el jurado), aunque los preconceptos influirán (aun inconscientemente) en sus decisiones. En último caso, se concluye, la discusión sobre las condiciones personales de jueces y jurados es relativa, pues ser corruptible o incorruptible, venal o probo, templado o apasionado, no son virtudes ni defectos propios del juez oficial ni del juez popular. Es sólo un problema de hombres.

### 3. El “escabinado”

En Córdoba (art. 162, Const. Provincial) se ha adoptado, para casos graves y para cuando deba juzgar la Cámara en lo Criminal Económico (art. 369), una opción superadora de estos dos sistemas que han sido considerados antitéticos (y de la interminable discusión que generan). En este sentido, se ha procurado su integración al estilo europeo (diferente del modelo anglosajón) en el que teóricamente el jurado es el juez del hecho y declara la culpabilidad — lo que indiscutiblemente no es una noción puramente fáctica — y el juez técnico interviene solamente en la conducción del procedimiento (cuyos alcances pueden exceder la mera información técnica-jurídica y aun orientar a los jurados en la solución del caso) y en la fijación de la sanción. El Código regula un modelo donde técnicos y legos se encuentren en el *mismo nivel* (aunque no en cualquier proporción), en orden a sus atribuciones jurisdiccionales. O sea, un tribunal compuesto por jueces oficiales y por ciudadanos comunes, en cuya integración debe buscarse la forma de que éstos sean mayoría y que también lo sean los letrados (la fórmula es que, entre los ciudadanos alguno debe ser abogado).

#### Base

Esta propuesta parte de la *base* del juez letrado, bajo el fuerte argumento de que sólo el técnico en derecho puede cumplir las funciones que la administración de justicia exige, las cuales no requieren menos conocimiento profesional que cualquier otra similar. Pero ello no implica que los técnicos deban ser siempre jueces oficiales, sino que el carácter de tal lo puede investir alguno de los ciudadanos llamados a integrar el jurado. Sin embargo, esta alternativa también acepta que la intervención de ciudadanos legos puede configurar, en ciertos casos, un eficaz auxilio para los técnicos, pues la participación de aquéllos importará una contribución sociológica y ética para obtener una valoración del hecho motivo del juicio y de la personalidad de sus partícipes, lo más concordante posible con las opiniones y los sentimientos del común de la gente. Todo ello, por cierto, dentro de los límites de la ley.

Se satisface así la necesidad de que el ciudadano común, en virtud de quien los jueces adquieren y detentan la potestad de “conocer y decidir”, pueda participar en los procesos de decisiones judiciales. Esta participación, a la par de contribuir a la satisfacción de la exigencia constitucional (art. 118, CN), coadyuva a acortar la brecha existente entre sociedad y justicia y a desburocratizar la organización judicial, siempre inclinada (bajo el mito de la exégesis) a evitar la intervención del lego, so pretexto de que, como la aplicación de la ley es cuestión de expertos, nada tiene que aportar quien no lo es (Vélez, 2002).

#### Ventajas

El sistema escabinado trata de superar los defectos originados tanto en las posibles deformación profesional y burocratización del tribunal totalmente oficial, como en la ignorancia del derecho por parte de los jurados. Los cuestionamientos relacionados con la falta de preparación legal de éstos — cuya seriedad es *innegable* — quedan relativizados frente a la realidad de un tribunal colegiado, mayoritariamente integrado por técnicos en derecho, con los conocimientos jurídicos y con la posibilidad de lograr la solución correcta, sin afectar la validez de la sentencia por cuestiones formales.

#### Motivación

Esta propuesta “mixta” permitirá también que el fallo del jurado sea *motivado* (art. 408, inc 2), satisfaciendo así un aspecto de la defensa en juicio, la que conlleva el derecho del ciudadano de conocer *por qué* lo declaran culpable. Además, facilitará la interposición de recursos contra la sentencia condenatoria (derecho hoy de nivel constitucional, art. 75 inciso 22, CN; art. 14.5, PIDCP; art. 8.2.h, CADH), atacando los fundamentos fácticos o jurídicos en ella consignados. Sin duda que la deliberación de la sentencia adquirirá un nuevo perfil cuando actúen conjuntamente jueces técnicos y legos (véase el apartado I del Capítulo 12, en pág. 545).

Esto es *exigido* legalmente en Córdoba, en donde la Constitución autoriza a integrar con jurados los tribunales colegiados (art. 162), a la par que en la sección "Garantías" y en el artículo sobre "Prueba", dispone que "en *todos* los juicios la resolución es *motivada*" (art. 41).

En la provincia, la experiencia del funcionamiento de este tribunal mixto ha sido positiva, tanto para los jueces técnicos, como para los ciudadanos comunes. Aquéllos han asumido que el criterio de equidad natural del ciudadano medio, no es perjudicial para la administración de justicia, cuyas decisiones en estos juicios, aparecen especialmente legitimadas y transparentes. Por su parte, los ciudadanos comunes han asumido, ante la particularización del caso, una postura responsable, tratando de llegar a una decisión justa. Además, el peligro de la hegemonía de los jueces técnicos sobre los jurados, se presentó en la práctica como menor, al punto tal en que hubo varios casos en que los jurados votaron en disidencia (Vélez, 2002).

#### *¿Derecho del acusado?*

También se discute sobre si el tribunal de jurados debe tener intervención obligatoria en todas las causas criminales o solamente en algunas (las más graves; o las más leves) y acerca de la influencia que pueda tener al respecto la voluntad del acusado. La posición que más nos convence es la que sostiene que el ser juzgado por un tribunal integrado por conciudadanos es un *derecho* del acusado, pues la institución tuvo y tiene una función protectora del acusado (el juicio "de pares"). Por esta razón, la acusación sólo podrá ser conocida y resuelta por un jurado, cuando el imputado así lo solicite (el fiscal no tiene un "derecho al jurado", nos parece, aunque el Código se lo reconoce — art. 369 —).

#### *Regulación concreta*

El art. 369 dispone que si el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de la libertad o superior, el tribunal — a

pedido del Ministerio Público, del querellante o del imputado — nunca de oficio, dispondrá su integración con dos jurados. Además, será obligatoria la integración de la Cámara en lo Criminal Económico con dos jurados, cualquiera sea el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación y sin necesidad de requerimiento alguno. Agrega que "los jurados tendrán las mismas atribuciones de los vocales. La intervención de aquéllos cesará luego de dictada la sentencia".

A su vez, se establece que la integración de los tribunales con jurados se regirá por las siguientes reglas (art. 558):

Para ser jurado se requiere mayoría de edad; ciudadanía en ejercicio, capacidad civil y ciclo básico completo. Prestarán juramento y deberán inhibirse y podrán ser recusados por las mismas causales establecidas para los jueces. El Tribunal Superior de Justicia confeccionará anualmente una lista de jurados mediante sorteo realizado en audiencia pública, entre los electores inscriptos en el padrón electoral correspondiente a cada circunscripción judicial, y dictará la reglamentación respectiva. Serán removidos por el Tribunal Superior de Justicia por el procedimiento establecido para los jueces de paz, si incurrieren en algunas de las causales previstas por el art. 154 de la Constitución Provincial, excepto el desconocimiento inexcusable del derecho.

### III. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

#### 1. Concepto

El Ministerio Público Fiscal es el órgano estatal encargado de la persecución penal pública, es decir, de intentar y lograr, si según el derecho (constitucional, penal, procesal) corresponde, el reconocimiento, por parte de los tribunales jurisdiccionales competentes, de la existencia del poder penal (la potestad represiva) del Estado en un caso concreto y la imposición de la sanción que corresponda al cul-

59



pable. Pero si ello no corresponde jurídicamente, deberá concluir a favor del imputado.

Para ello, cuenta con atribuciones de investigación, fuentes de información y recursos humanos y materiales para hacerlo (v. gr., la policía); también con poderes procesales.

### *Regulación constitucional*

La Constitución Nacional ha instituido el Ministerio Público Fiscal (art. 120) y las constituciones provinciales también (v. gr., arts. 171 a 173, Constitución de Córdoba). En el ámbito de las respectivas jurisdicciones (nacionales o provinciales), tendrá la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” (art. 120, CN), de “promover y ejercitar la acción penal pública” y de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (art. 172, Const. de Córdoba).

El M. P. Fiscal será, entonces, el órgano estatal que *debe iniciar de oficio* todas las acciones penales (art. 71, CP) para “perseguir” a “los delincuentes” (art. 274, CP), debiendo requerir el juicio (art. 18, CN) que permita la aplicación de las penas que les correspondan, *acusándolos* ante los tribunales (federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, art. 75, inciso 12, CN); o no desarrollar todas o parte de estas actividades cuando se admitan soluciones alternativas a la pena (v. gr., suspensión del juicio a prueba, art. 76 *bis*, CP). A su vez, los Códigos Procesales Penales de la Nación (art. 65) y de las provincias (v. gr., art. 71 CPP de Córdoba) reglamentan el ejercicio de estas atribuciones acusatorias.

### *Intereses generales de la sociedad y rol del M. P. Fiscal*

Es decisivo intentar precisar qué se entiende por “intereses generales de la sociedad” o “interés social”, a la hora de entender el rol del Ministerio Público Fiscal y los cursos de acción para “defenderlos” ante la justicia (como manda el art. 120, CN). Para

hacerlo es bueno preguntarse: el interés general de la sociedad, ¿es algo que por ser de todos los ciudadanos *deja* de ser de *cada uno* o es algo que por ser valioso para *cada uno* se convierte en *interés de todos*?

Si creemos lo primero, ese interés, en virtud de tal mutación, resulta fácilmente apropiable por el Estado, que sustituirá su rol de representante de toda la sociedad y sus integrantes (víctimas del fenómeno delictivo) por el ficticio de “Estado víctima”. Esto abrirá el paso a la concepción de que el Ministerio Público Fiscal no es un representante del interés de cada uno sino un representante del “interés del Estado”, interés que ha sido “autonomizado” (Binder, 1999) respecto del de la sociedad y del de cada uno de los coasociados. En realidad, el Ministerio Público Fiscal será un sirviente del Estado (cuando no un “guardaespaldas” de sectores poderosos o sirviente de su propia burocracia) y no un representante de los ciudadanos.

Pero si, por el contrario, aceptamos que el interés que defiende el Ministerio Público Fiscal es sólo el “general de la sociedad” autónomamente o porque es el de *cada uno* de sus integrantes (v. gr., como *ninguno* quiere que le roben, la protección de la propiedad es interés de *todos*), nunca podrá dejar de lado un perfil funcional de agente público al *servicio* del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito y que si bien ha *confiado* al Estado la tutela de éste, no lo ha *renunciado* a su favor.

El aceptar esta última posición determinará que en el proceso penal el Ministerio Público Fiscal se piense “del lado” de la víctima (que en realidad lo sea, por cierto), tanto ayudándola cuando ésta se constituya en querellante, como cuando la víctima no quiera o tenga dificultades para asumir esa condición, cumpliendo también un rol de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v. gr., delitos contra la integridad corporal, libertad, etcétera), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr., delitos contra la salud pública, administración pública, etcétera).

### Reformulación de la persecución penal pública y roles de la víctima.

Si este fuera el significado más aceptable de la noción “intereses generales de la sociedad”, es indudable que el *concepto* de persecución penal pública deberá ser igualmente revisado para controlar también que sus fines no se “autonomícen” de los del conjunto de los ciudadanos o se desentiendan de la víctima individual.

Si se quiere recuperar para el Ministerio Público Fiscal el rol del acusador *público* exclusivo, habrá que quitarles — como hace el vigente Código Procesal Penal de Córdoba — a los jueces todas aquellas atribuciones propias de la actividad de persecución, porque afectan su *imparcialidad* como tales. Porque si éstos pueden procurar pruebas para fundar y sostener la acusación, y si pueden obligar al fiscal a que acuse aunque no quiera hacerlo, ¿qué exclusividad tendrá el Ministerio Público Fiscal en el ámbito público respecto de la acusación?

También será necesario redefinir el rol de la víctima del delito en la *iniciación, desarrollo y culminación* de la persecución penal (en los delitos de acción pública), hasta ahora reducido por el vigente Código Procesal Penal (que es anterior a la reforma de la CN de 1994) a una mera adhesión a las iniciativas fiscales (v. gr., figura del querellante adhesivo), sin casi ninguna autonomía (salvo los casos — aislados — en que se acuerda al querellante recurso contra el archivo de actuaciones, sobreseimiento o absolución, aun cuando estas decisiones cuenten con la conformidad del Ministerio Público Fiscal). Véase en este Capítulo el apartado V sobre “Víctima”, en la pág. 247.

## 2. Autonomía

Respecto a la situación institucional, en el orden nacional el Ministerio Público Fiscal tiene “independencia” (está fuera y por encima del control de los poderes políticos, e incluso del poder jurisdiccional), autonomía funcional y “autarquía financiera”, y sus

miembros gozan de inmunidades funcionales, intangibilidad de remuneraciones (art. 120, CN) e inamovilidad (ley Nac. 24946, artículos 13 y 18). En Córdoba, pertenece al Poder Judicial, siendo sus integrantes “designados y removidos de la misma forma” que los jueces, gozando de las inmunidades de éstos, incluida la inamovilidad (v. gr., art. 173, Const. Provincial, salvo el Fiscal General, que dura cinco años).

Esta situación institucional proporciona las mejores condiciones (si no fuera así seguramente sería otra nuestra opinión) para que aquéllos puedan ejercitar en *plenitud* y plena libertad la responsabilidad que se les ha confiado: la persecución del delito, actividad que comprende la responsabilidad de buscar las pruebas que permitan *formular* fundadamente una acusación contra quien aparezca responsable de su comisión (investigación preparatoria, art. 328), el *sostenimiento y acreditación* (art. 362) de aquélla ante un tribunal de juicio, la *petición* concreta de una pena (si correspondiere) y la posibilidad de recurrir (art. 444 y concordantes).

## 3. Objetividad

Para cumplir con la exigencia constitucional de “legalidad” (art. 120, CN; art. 171 Const. Córdoba), los fiscales tienen que *respetar* los derechos del ciudadano por ella garantizados y ser *objetivos* en su actuación persecutoria. A estos fines, los fiscales deben procurar la *verdad* sobre la acusación que preparan o sostienen y *ajustarse* a las pruebas sobre ella en sus requerimientos o conclusiones (resulten contrarias o favorables al imputado), sin atender a órdenes, sugerencias o presiones de ninguna autoridad o factor de poder, incluyendo a su propia estructura orgánica.

Este deber de objetividad también tiene su reflejo en los códigos que, como el de Córdoba, autorizan al Ministerio Público Fiscal a pedir el archivo de las actuaciones (art. 334), el sobreseimiento (art. 348) o la absolución del imputado (v. gr., art. 414), e incluso, a interponer recursos en su favor (art. 444). El Ministerio Público Fiscal, entonces, no es un acusador “*a outrance*”: sus requerimientos estarán orientados por lo que “en derecho constitucional,

60

penal y procesal, corresponda”, pues sólo así cumplirá bien su función de promover la acción de la justicia “en defensa de la legalidad” (art. 120, CN).

La idea de objetividad se refuerza con disposiciones procesales que establecen su *imposibilidad* de actuar en algún caso concreto, si lo comprendiera, respecto de cualquiera de los interesados, alguna causal de inhibición o recusación (que son casi las mismas que se prevén respecto de los jueces -art. 78-).

Desde luego que el apego a la “legalidad” *impide* que el Ministerio Público Fiscal deje de investigar cuando tenga motivos para hacerlo o no acuse cuando cuente con pruebas para ello, o que de cualquier otro modo favorezca deliberadamente la impunidad.

#### 4. Criterios de actuación

Además de los principios de legalidad y de objetividad, el Ministerio Público Fiscal debe ceñir su actuación a los principios de unidad de actuación (el Ministerio Público Fiscal es único y está representado por cada uno de sus integrantes en cada acto que realizan) y dependencia jerárquica. A su máxima autoridad debe acordarse la atribución de fijar, en el marco de la ley, criterios generales de persecución penal y de instruir de estos criterios a sus inferiores, para que los observen en el cumplimiento de sus funciones (art. 171, Const. Provincial).

Las instrucciones — que, por cierto, deberán ser lícitas — podrán referirse a la unificación de interpretaciones jurídicas, a la adopción de criterios uniformes para la utilización de ciertos resortes legales (v. gr., suspensión del juicio a prueba) o a la priorización de la investigación de algunos casos penales sobre otros, etcétera. Hay quien sostiene que estas instrucciones no deben comprender a los procesos en particular, a los fines de preservar la autonomía de los fiscales para expedirse libremente — siempre dentro del marco legal — y respetar el criterio jurídico, de la manera como está regulado en la Provincia de Córdoba (ley 7826, art. 11, segundo párrafo) (Novillo Corvalán).

#### 5. Funciones y responsabilidades

No debe perderse de vista que la atribución de conducir a todo el cuerpo fiscal y de fijar criterios de persecución penal es de naturaleza *política* (entendida en el sentido técnico de la palabra), lo que no parece criticable, pues, si no lo hace la cabeza del Ministerio Público Fiscal, ¿quién deberá fijarlos?

No obstante, la Constitución Nacional impone que aquél desarrolle sus funciones “en coordinación con las demás autoridades de la república” (art. 120), lo que no significará un compromiso para la “independencia” que ella le atribuye. Además, el equilibrio republicano exigirá un fuerte control parlamentario de los *criterios* políticos de persecución penal que haya fijado y sus *resultados*. Por ello, las máximas jerarquías del Ministerio Público Fiscal son removibles por el procedimiento de juicio político (art. 18, ley 24946; art. 112, Const. Córdoba). Por los mismos motivos se ha establecido que el cargo de Fiscal General sea periódico (art. 173, Const. Provincial), permitiendo así un control “natural” de los poderes políticos sobre la tarea del Fiscal General, al renovar o no renovar su designación, ratificando o rectificando — según lo que decidan — el rumbo y los criterios de la persecución penal en el futuro. Esto no quiere decir que el ejercicio concreto de estas atribuciones del Ministerio Público Fiscal pueda llevarse a cabo sin atender a la opinión de la víctima concreta o de las asociaciones que se ocupen de ella. En relación con la periodicidad en la función del Fiscal General, existe otra corriente de opinión que considera conveniente la permanencia en ese cargo — en situación similar al resto de los fiscales y jueces —, a los fines de preservar una actuación independiente y objetiva del Ministerio Público, despejada de toda sospecha o riesgo de injerencias del poder político en los procesos en particular (Novillo Corvalán).

#### 6. Atribuciones y límites

Las principales atribuciones del Ministerio Público Fiscal son las de *practicar la investigación preparatoria* para fundar la acusa-

ción, *sostenerla en el juicio* e interponer e intervenir *en los recursos*.

En la provincia de Córdoba, la investigación penal preparatoria la lleva a cabo un fiscal (Fiscal de Instrucción), por regla, y sólo en casos de un imputado con privilegios constitucionales la realiza un juez (Juez de Instrucción). La primera se llama investigación fiscal; la segunda, investigación jurisdiccional.

El Fiscal de Instrucción tiene *atribuciones* necesarias para cumplir sus funciones, pero con *limitaciones* (art. 329) y sujeto a *controles* (artículos 333 y 338).

Por regla general el Juez de Instrucción debe resolver todas las cuestiones que se susciten durante la investigación penal (art. 329), pero deberá resolver los siguientes asuntos que se le presenten al fiscal: las *excepciones* (art. 19); su *recusación* (art. 78); la *suspensión* del proceso por locura del *imputado* (art. 84); los planteos referidos a su *ámbito de actuación* que le presenten las *partes* (art. 77 inciso 2); el *sobreseimiento*; el *embargo*.

#### *Atribuciones probatorias*

Se le acuerdan al fiscal las siguientes atribuciones: dirigir la investigación (art. 75); practicar y hacer practicar por secretarios, ayudantes fiscales e integrantes de la Policía Judicial todos los actos necesarios, salvo los que la ley atribuya a otro órgano judicial (art. 329); realizar los actos definitivos e irreproductibles (art. 330), con intervención de la defensa (arts. 308 y 309).

Pero, hay actos que, por exigencias constitucionales o por criterios de política procesal, y para mayor garantía, el fiscal *debe requerir autorización al juez* para realizarlos, a saber: allanar domicilios (art. 203); intervenir comunicaciones (art. 216); interceptar correspondencia (art. 214); abrir la interceptada (art. 215); disponer la prórroga del término de la investigación (art. 337); ordenar el secreto de la investigación o el secreto del sumario (art. 312).

#### *Atribuciones coercitivas*

Se le reconoce la atribución genérica de usar la fuerza pública (art. 138); la de citar, privar y acordar la libertad al imputado (art. 332); la de disponer la citación (art. 271), el arresto (art. 274), la detención (art. 272), la de negar el mantenimiento de la libertad (art. 270) y la de ratificar las aprehensiones policiales o privadas (artículos 275, 277 y 279). También tiene atribución — excesiva — para ordenar la prisión preventiva del imputado (art. 336); disponer el mantenimiento de la libertad (art. 270), su recuperación (art. 280) y el cese de la prisión preventiva (art. 283). Sin embargo, carece de atribuciones para incomunicar al imputado (art. 273) y proveer a su internación provisional (art. 287). En estos casos, debe requerírsele al juez (art. 329 *in fine*).

#### **7. Control jurisdiccional**

Además, se autoriza que algunas decisiones del fiscal que comprometan derechos de las partes, sean controladas por el Juez de Instrucción, mediante los mecanismos de oposición u ocurrencia. La primera de esas vías se plantea ante el fiscal y si éste mantiene su postura la remite al juez para que resuelva (ej., art. 338). En la segunda, el planteo se formula directamente ante el juez (ej., art. 333) (Novillo).

Son controlables por los mecanismos mencionados, las decisiones fiscales sobre: cuestiones pre-judiciales (art. 11); la denegatoria de participación del querellante (art. 93); la nulidad (art. 188); el archivo (art. 334); la denegatoria de pruebas (art. 335); la negativa a mantener la libertad (art. 270); la prisión preventiva (art. 336). En algunos casos, lo que el juez resuelva no es recurrible (art. 11, 93, etcétera), y en otros es apelable (v. gr., art. 270).

Este control jurisdiccional a cargo del Juez de Instrucción existe siempre para cualquier medida de privación de libertad que ordene (art. 333). Y se extiende a los controles que logre de las decisiones del Juez de Instrucción por vía de apelación, aun del re-

curso de casación (v. gr., prisión preventiva, admitida por el TSJ Córdoba, caso Aguirre Domínguez, de fecha 11/12/97).

#### IV. LA POLICÍA JUDICIAL

Prevista por la teoría y por las leyes como brazo largo del Ministerio Público Fiscal o del Poder Judicial, integrando sus estructuras orgánicas o simplemente dirigida por éstos, la realidad indica que la policía se encuentra al servicio de los órganos que tienen a su cargo la investigación del delito.

##### *Su carácter auxiliar*

La actuación policial en la investigación de delitos, por mandato de normas constitucionales y legales, debería ser meramente acesoria y auxiliar del Ministerio Público Fiscal o del Poder Judicial, en virtud de aparecer su intervención materialmente necesaria en la mayoría de los casos, especialmente en las manifestaciones delictivas "ordinarias" (delitos contra la vida o la integridad física, la propiedad privada, etcétera). Esta tarea suele requerir personal capacitado para llevar a cabo actividades (v. gr., vigilancia de personas, seguimientos, capturas, allanamientos) para las que no son idóneos los magistrados, por su preparación preferentemente jurídica. Además, el éxito de la investigación muchas veces depende de la rapidez de las intervenciones, lo que exige la presencia en el lugar de funcionarios capaces de realizar las primeras medidas (conservar las huellas del delito, etcétera). Pero la importancia de su participación disminuye en expresiones de delincuencia "no tradicional" (delitos de cuello blanco, tributarios, financieros, corrupción administrativa, etcétera), y es allí donde se intensifica la intervención, incluso inicial, del Ministerio Público Fiscal.

#### 1. Situación institucional

Lo ideal sería que la policía de investigación integre o dependa del Ministerio Público Fiscal (tal como lo dispone la letra de algunas Constituciones — v. gr., Const. de Córdoba, art. 172, inciso 4 — y leyes que lo organizan — v. gr., Cba, ley 7826, artículo, 52 y ss. —) o del Poder Judicial, y no como ocurre generalmente, que sea parte del Poder Ejecutivo. Ello permite que su actividad quede efectivamente presidida por el principio de independencia política y orientada por el criterio de objetividad procesal (que deben caracterizar la actuación del Ministerio Público Fiscal) y se enmarque en los límites de la juricidad más estrecha, todo lo que significa una mayor garantía para los ciudadanos.

#### 2. Función

En realidad, la policía debería limitarse a *colaborar* con el M. P. Fiscal o la justicia en sus tareas de investigar los delitos de acción pública, *impedir* que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y *reunir pruebas* útiles para estos fines. Sólo podría permitírsele actuar por propia iniciativa, cuando así lo exijan razones de urgencia, dando de inmediato participación al órgano competente (Ministerio Público Fiscal o Juez de Instrucción, según sea la legislación). El CPP de Córdoba establece que la Policía Judicial por orden de autoridad competente o, sólo en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (art. 321).

#### 3. Composición

El CPP de Córdoba dispone que serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía

Administrativa actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente la Judicial y, desde que ésta intervenga, será su auxiliar (art. 322).

#### 4. Atribuciones

El Código acuerda a la Policía Judicial, entre otras, las siguientes atribuciones: recibir denuncias; cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delitos sean conservados hasta que llegue al lugar el Fiscal de Instrucción; hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica; proceder a los allanamientos, a las requisas urgentes, y a los secuestros impostergables; interrogar sumariamente a los testigos; citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que el Código autoriza; recibir declaración del imputado, sólo si éste lo pidiera; usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad; etcétera (art. 324).

Pero le prohíbe a sus oficiales y auxiliares abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Constitución Provincial, art. 19 incisos 2 y 12, y art. 50).

Sobre el valor de estas actuaciones policiales para dar base a la acusación, véase el apartado II del Capítulo 9, en pág. 408. Y para analizar los casos en que pueden incorporarse al debate y dar base a la sentencia, véase el apartado III del Capítulo 11, en pág. 504.

## V. LA VÍCTIMA

Víctima del delito es la persona que ha sido perjudicada directamente por su comisión (o sus herederos, en caso de muerte).

### 1. El derecho a la tutela judicial efectiva

En su art. 25, la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional, y a su mismo nivel (art. 75 inciso 22), establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado. Esta protección corresponderá "cualquiera sea el agente" al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular (Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, 29-VII-88), ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de *evitar* que tal vulneración ocurra, y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estará auxiliando. Nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" -porque son esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad (SCJN, caso Ekmekdjian c/ Sofovich, 7-7-92).

La jurisprudencia supranacional ha explicitado este concepto señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes. Este recurso debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1, CADH). Semejante derecho no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen (Bidart Campos, 1969). Asimismo requiere que

62

se garantice el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se lo haya estimado procedente. Este es el llamado derecho a la *tutela judicial efectiva*, que “comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute” (Vázquez Sotelo, 1997).

#### *La tutela de la víctima*

De lo expuesto surge claramente que la tutela judicial efectiva también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: la víctima. Al respecto, la jurisprudencia supranacional de la región afirma categóricamente que “cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho a obtener del Estado una investigación judicial que se realice “seriamente con los medios a su alcance (...) a fin de identificar a los responsables [y] de imponerles las sanciones pertinentes...” (Comisión I.D.H. Informe N° 5/96, Caso 10.970, 1996). Pero el avance de este pensamiento es todavía más profundo, pues los organismos regionales de protección de los derechos humanos han expresado que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...” (Comisión I.D.H. Informe N° 34/96, Casos 11.228 y otros). En este sentido, los organismos regionales, entendiendo la persecución penal (cuando alguno de los derechos de las víctimas haya sido violado), como un corolario necesario del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les imponga “las sanciones pertinentes”* (Comisión I.D.H. Informe N° 5/96, Caso 10.970). Según esta concepción, el fundamento de la

persecución penal pública radica principalmente en que el delito lesionó el derecho de una persona cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso penado con arreglo a la ley.

Estos principios van encontrando acogida en las nuevas leyes procesales penales y en la jurisprudencia de los tribunales.

#### *Asistencia técnica*

De acuerdo a lo expuesto, la *víctima* del delito (la verdadera víctima, por cierto) debe por lo menos recibir la atención, información y respuesta adecuada a su grave situación individual, familiar y social, para atenuar las secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en su persona y en su grupo familiar, y tener asegurada su integridad y tranquilidad personales durante el proceso.

#### *No revictimizar*

Esto evitará que la sensación de inseguridad en que se encuentra la víctima a partir de la comisión del ilícito se acentúe por la indiferencia estatal frente a su situación, contribuirá a atenuar los graves efectos que muchas veces se ocasionan en el sujeto pasivo de la criminalidad y facilitará el propósito de que su participación no signifique una revictimización (que no sea, también, víctima del proceso).

La víctima merece recibir un trato digno y respetuoso durante el trámite (lo que implica, por ejemplo, esperar en salas diferentes a aquella en la que se encuentran el imputado, sus familiares o sus testigos). En los casos en que la víctima deba someterse a exámenes médicos, psicológicos o de cualquier otro tipo, será necesario explicarle el valor de esos estudios para el proceso, especialmente cuando se trate de personas que carezcan de suficiente información, nivel educativo o cultural. En los interrogatorios habrá que evitar ocasionarle un sufrimiento moral o social que exceda los límites de las necesidades de la investigación o el ejercicio de la acusación o de la defensa. Asimismo, debe autorizarse que, si fuere



menor o incapaz, pueda hacerse acompañar por una persona de su confianza durante los actos procesales en los que deba participar, para evitar un agravamiento de la conmoción que le ocasionara el delito.

### Información y asistencia

Por todo esto, además de un servicio de asistencia técnica interdisciplinaria de naturaleza administrativa (que ya existe en varios lugares de la Argentina, siendo Córdoba precursora), es preciso darle a la víctima un reconocimiento expreso en la ley procesal. Para ello, habrá que garantizarle asistencia jurídica, aun a cargo del Estado.

## 2. Aspectos procesales

El Código expresa (art. 96) que la víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que puedan ejercer en el proceso (artículos 7 y 24), de las resoluciones que se dicten sobre la situación del imputado y, cuando la víctima fuere menor o incapaz, se la autorizará a que durante los actos procesales sea acompañada por personas de su confianza, siempre que ello no perjudique la defensa del imputado o los resultados de la investigación.

También le permite actuar en el proceso como actora civil y como querellante.

## 3. Aspectos sustanciales

Hoy se propone como conveniente ampliar protagonismo de la víctima en el aspecto sustancial, acordándole alguna posibilidad de *condicionar* o *determinar* la solución final del caso penal, lo que, desde otro punto de vista, importará modificar algunos principios que rigen la persecución penal (v. gr., legalidad) y restringir atribuciones de sus responsables oficiales (el Ministerio Público Fiscal).

Con esa finalidad, se piensa en permitir a la víctima de ciertos delitos de acción pública, el ejercicio de facultades que incidan sobre la persecución penal (similares a las que se le reconocen en los delitos de acción privada), acordándole *nuevo valor* a la libre expresión de su voluntad. Se propone, en tal sentido, que la *reparación* (que no siempre tendrá un contenido estrictamente civilista, sino que podría hasta ser simbólica — v. gr., disculpa aceptada —) del daño causado en delitos que afecten bienes jurídicos disponibles, de contenido patrimonial o de naturaleza culposa, pueda *extinguir* la acción penal. El mismo efecto se pretende para la retracción de la instancia privada en los delitos que dependen de ella. También se proyecta como alternativa autorizar la conversión de la acción pública en acción privada, en aquellos casos y bajo ciertas condiciones.

Estas propuestas — inspiradas en el reconocimiento del derecho de defensa en juicio (art. 18, CN) — responden, por un lado, a la idea de hacer más efectivo el derecho a la *tutela jurídica* de las personas (la víctima), que es de nivel constitucional (art. 25, CADH; art. 75 inciso 22, CN). Por otro, llevan implícita la aceptación de que el derecho penal puede cumplir *otra* función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría (si no en la totalidad) de los casos penales.

### Precisión

Pero debe quedar claro que si la víctima quiere, puede procurar la imposición de una pena para el autor, constituyéndose en querellante (con los alcances que se fijen), al tiempo que puede reclamar la reparación del daño que ha sufrido, ejercitando en el proceso penal o en otro civil independiente la acción resarcitoria. Pero, si encuentra que la mejor solución para su interés la constituye la reparación, puede aceptarla y consentir la extinción de la acción penal, emergente del delito que ha sufrido. No se pretende imponerle solución alguna; se propone dejar libradas estas opciones a la autonomía de su voluntad.

63

### *Ampliación del concepto*

Hoy se procura ampliar el concepto de víctima en relación con su sentido tradicional (el ofendido por el delito), buscando captar los llamados bienes o intereses jurídicos colectivos (v. gr., derechos humanos y del consumidor; protección del medio ambiente, etcétera), permitiéndose que actúen como tales, en coordinación con el M. P. Fiscal, aquellas asociaciones intermedias cuyo objetivo específico sea la defensa de ese bien o interés.

## VI. EL QUERELLANTE DE ACCIÓN PÚBLICA

### 1. Noción

El querellante particular es la víctima de un delito de acción pública que interviene facultativamente en el proceso penal, para acreditar la existencia de ese hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, y lograr la condena penal de los partícipes.

### 2. Fundamento

Existía una corriente de pensamiento entre los procesalistas locales contraria a cualquier forma de participación del ofendido por el delito en el ejercicio de la acción penal pública, aun cuando se admitía que se trata de una cuestión de pura política que las leyes procesales pueden resolver libremente dentro de ciertos límites. Esta oposición fue variando hasta lograr un estado de opinión favorable, por el avance de convicciones teóricas y el sustento de experiencias concretas que reconocen el derecho de la víctima a intervenir como querellante y recogen su utilidad como contralor de la actividad judicial y como colaborador de la investigación.

#### *La discusión*

En su evolución, el debate cruzó argumentos, incluso de orden constitucional.

Por un lado, se dijo que la institución del querellante particular contraría el principio de que la acción penal es pública y que el Estado es, en consecuencia, el titular excluyente "del derecho de acusar". Se agregó que se podría alterar el principio de igualdad porque por los mismos delitos en una parte del país, el imputado tendrá un sólo acusador (el fiscal) y en otras partes dos, según los códigos procesales acepten o no al querellante.

Desde la vereda opuesta, se señaló que es un derecho natural o de los no enumerados por la Constitución el de promover querrela contra el agresor y sostenerla ante el poder público hasta que se obtenga su castigo, derecho que no puede admitir restricciones, pues negar al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho, sería tiránico, ya que lo despoja de la potestad de defenderse.

#### *Libertad procesal*

La discusión fue zanjada sin entrar en la naturaleza jurídica del derecho a querrelar, admitiéndose como posible la incorporación del querellante particular en los procesos que motivan los delitos de acción pública, porque la Constitución Nacional no tiene ninguna norma que expresamente establezca o prohíba algún tipo especial de acusador. Se coincide en que la ley procesal podría autorizar al damnificado su intervención en tal carácter, pues la circunstancia de que la potestad de acusar haya sido conferida al Estado a través del Ministerio Público Fiscal no es argumento suficiente para afirmar el monopolio estatal excluyente de la acción penal.

Pero hoy se discute si la ley suprema otorga tanta libertad a los códigos procesales para la regulación de la actividad acusatoria, como para que éstos impidan al damnificado la posibilidad de intervenir como querellante, o si tal omisión significaría privarlo de algún derecho o potestad que le acuerde la Constitución o la ley penal, en especial, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la víctima a la que nos hemos referido más arriba.

### Límite

Tal como legisla el Código Penal vigente, los códigos procesales no podrán conferir exclusivamente al ofendido la función acusatoria (fuera de los casos de acción privada), privando a los órganos oficiales de la titularidad de la acción (persecución) pública, porque lo impide aquél en su art. 71. Los órganos oficiales tampoco podrán éstos supeditar su ejercicio a la previa intervención del ofendido ni a cualquier otra condición no prevista por la ley de fondo.

Pero ello no descalifica la posible intervención del damnificado junto con los funcionarios encargados de perseguir, o sólo frente a la inercia o desinterés de estos últimos. La querella sólo tendería así a facilitar la punición (no a condicionarla), determinando la intervención del órgano jurisdiccional que resolverá si ella corresponde. Esto también se justificaría por la coincidencia entre el interés de la víctima en lograr la sanción del ilícito y el interés estatal en idéntico cometido.

### 3. Titularidad y representación

Puede constituirse en querellante particular el ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios (art. 7).

La capacidad que se requiere para actuar como querellante es la exigible por las leyes civiles para estar en juicio, por lo cual, si se trata de un menor de 21 años, de un insano o de incapaces de hecho relativos — condenados a penas privativas de libertad mayor a tres años, art. 12 CP, sordomudos que no saben darse a entender por escrito, art. 153 CC —, la instancia deberá ser formulada por el representante legal. Esta última calidad no sólo emerge de la ley civil (padres o tutor, en caso de menor edad; curador, en los supuestos de adultos incapaces), sino también de la legitimación que la ley penal y procesal- acuerda a los guardadores.

### 4. Facultades

Como mínimo se debe permitir al querellante intervenir en el proceso, con facultades para acreditar la existencia del delito y la participación punible del imputado, y recurrir contra las resoluciones jurisdiccionales adversas a su interés, o favorables al imputado (v. gr., sobreseimiento, absolución), incluso si el Ministerio Público Fiscal no las impugna, cuando al ofendido se le acuerda expresamente tal derecho (arts. 94 y 446).

#### Ampliación

Pero sobre la base de reconocer que el interés concreto de la víctima tiene un lugar dentro de la noción de “interés general” y que la lesión a su derecho es también protegible por la ley penal, pues integra el “bien jurídico” (lo que impide pensar que ha *abdicado* de su condición de tal a favor del Estado, sino que éste es sólo un representante de su interés como individuo o como integrante de la sociedad), hoy parece necesario ampliar las atribuciones *procesales* de la víctima (querellante). A estos fines debe dársele algún medio para provocar el *inicio* de la investigación que el órgano oficial se niegue a realizar, como podría ser una instancia ante un superior fiscal jerárquico o ante un órgano jurisdiccional para que permita abrirla en virtud al *impulso acusatorio* del particular, permitiéndole a éste participar en ella. También habría que autorizar a que la persecución penal continúe por sí cuando el Ministerio Público Fiscal considere que no hay mérito para seguirla, estableciendo que la sola acusación particular permita la apertura del juicio, aunque el órgano oficial no acuse y pida el sobreseimiento.

La posibilidad recursiva tampoco importará una afectación a la oficialidad del ejercicio de la acción (persecución) penal, si no se priva a aquella autoridad del derecho a impugnar, ni se pone condicionamiento alguno a su actuación. Sólo se tratará de que, frente a la conformidad del acusador público, el querellante pueda provocar un nuevo examen de la cuestión por parte de un tribunal de alzada. También deberá permitirse que, si el fiscal requiere el sobreseimiento (no acusando) o la absolución (durante el juicio)

del acusado, la acusación del querellante (previo el control judicial admitido para cualquier acusación) pueda dar base al juicio y su pedido de pena permita que el tribunal la imponga en la sentencia.

### 5. Intervención

Las personas mencionadas en el art. 7 podrán instar su participación en el proceso — salvo en el incoado contra menores — como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad: 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular. 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda. 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere. 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

La instancia podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura (art. 92). El pedido será resuelto por decreto fundado o auto, según corresponda, por el Fiscal o el Juez de Instrucción, en el término de tres días (art. 91).

Si el fiscal rechazara el pedido de participación, el querellante particular podrá ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable. Si el rechazo hubiera sido dispuesto por el Juez de Instrucción, el instante podrá apelar la resolución (art. 93).

### 6. Prueba

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone el Código Penal. La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo. En caso de sobreseimiento o absolución po-

drá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado (art. 94).

### 7. Recursos

El querellante particular sólo podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales cuando lo hiciera el Ministerio Público, salvo que se le acuerde expresamente tal derecho (art. 446).

Puede recurrir autónomamente el archivo (art. 334), el sobreseimiento (art. 352) y la sentencia absolutoria (art. 471). Pero el progreso de esa impugnación dependerá de que sea sostenido por el fiscal del tribunal del recurso (art. 464), limitación que alguna jurisprudencia ha cuestionado de inconstitucional (véase el apartado I del Capítulo 13, en la pág. 587).

#### *Renuncia*

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado. Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones (art. 95).

## VII. EL IMPUTADO

### 1. Concepto

Imputado es la persona *indicada como partícipe de un hecho delictuoso en cualquier acto de la persecución penal dirigida en su contra y desde el primer momento de ella* (art. 80) A partir de esa indicación, gozará del derecho de defensa en todas sus manifestaciones. Por ello, el otorgamiento a una persona de la calidad de imputado, que significa reconocerlo como *sujeto* del proceso (y no mero objeto de persecución penal), importa un indudable beneficio jurídico desde el punto de vista de su defensa.

## 2. Adquisición de la calidad

Para adquirir la calidad de imputado se requiere una indicación, que puede provenir de un *señalamiento* expreso (v. gr., requerimiento fiscal, art. 341), de un acto objetivo que implique *sospecha oficial* (v. gr., citación a prestar declaración indagatoria, art. 306) o que genere medidas de *coerción* (v. gr., orden de detención, art. 272), siempre que atribuya a una persona determinada — identificada o identificable — *alguna forma de participación* (autoría, coautoría, complicidad necesaria o secundaria, o instigación) en un delito.

### Actos oficiales

La aludida *indicación* será idónea para conferir la calidad de imputado cuando se exteriorice como un acto propio (*lato sensu*) de la *persecución penal* (dándole origen o dispuesto en su consecuencia) dirigida *en contra* de una persona. Esto restringe, en principio, el campo de la indicación imputativa al área de los actos oficiales cumplidos por los órganos del Estado, predispuestos para llevar a cabo un procedimiento tendiente a la investigación de un ilícito.

Por exteriorizar una sospecha oficial sobre la comisión de un delito, la *detención* (art. 272) de una persona es un acto imputativo, ya que la misma se ordena cuando hubiere motivo bastante para sospechar que esa persona ha participado en la comisión de un hecho punible. Ello implica, además de la existencia de un señalamiento delictivo en su contra, una *aceptación provisoria* fundada en pruebas sobre los extremos fácticos de la imputación (motivos para sospechar). Lo mismo ocurre en los casos de *aprehensión policial* (arts. 275, 276 y 277) que se autorizan, por lo general, para hipótesis de flagrancia (que ha sido definida como “la prueba directa del delito”) o vehementes indicios de culpabilidad y peligro inminente de elusión de la justicia.

### Actos de particulares

Como excepción a esta regla, se encuentran actos de particulares que pueden dar nacimiento a la calidad de imputado. Tienen tal efecto, por ejemplo, la *querrela* (tanto en los delitos de acción pública, art. 91, como en los de acción privada); la *denuncia* (art. 314), que es también una instancia predispuesta por las leyes procesales para que los particulares canalicen atribuciones delictivas (y que puede ser fuente de una persecución penal); y la *aprehensión privada* (art. 279), que se autoriza, en general, respecto de quien sea sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito. En estos últimos dos casos el particular actúa como un colaborador de la administración de justicia.

Pero, para generar la calidad de imputado, el Código *no exige* que la atribución delictiva, canalizada a través de cualquiera de los modos señalados *ut supra*, se vea corroborada por alguna prueba o sea de por sí idónea para crear sospechas de participación delictiva. Por lo tanto, la sola existencia de aquella indicación será suficiente para hacer adquirir la calidad de imputado. Semejante situación sólo encontraría justificación si tal *status* (el de imputado) se concibiera como un modo de posibilitar la refutación de la imputación y la proposición de pruebas, aun *antes* de que la imputación comience a lograr sustento probatorio. Pero tal posibilidad puede lograrse mediante otros modos, más “*inocuos*” para el honor del meramente “indicado”.

## 3. Cesación de la condición

La calidad del imputado cesa por sentencia condenatoria (art. 412), absolutoria (art. 411) o de sobreseimiento (art. 348) firmes; también por el archivo de las actuaciones en la investigación fiscal (art. 334).

## 4. Estigmatización

Desde otro punto de vista, acordarle a una persona la condición de imputado lo perjudica en relación con otros derechos,

65

como los de buen nombre, intimidad, relaciones familiares, sociales, laborales, etcétera. Es que, si bien la calidad de imputado no deroga el principio de inocencia ni constituye una causal de *exclusión* en el trato social, la realidad evidencia que la atribución de aquella condición procesal, sobre todo a partir de que se hace pública, provoca un fenómeno de *estigmatización* que no es disipado por ninguna decisión jurisdiccional desincriminatoria posterior. Por lo general, esta es mirada con indiferencia o suspicacia y no consigue reestablecer la buena fama ni el trabajo perdido, o al menos no lo hará *ad íntegrum*.

#### Primer derecho del ciudadano

Podría decirse, por lo expuesto, que el primer derecho que debe tener un ciudadano al que se le reconoce un estado jurídico de inocencia (o es primer derivado de éste) es el de *no ser imputado* sin que al menos existan a su respecto sospechas fundadas (en pruebas) de participación delictiva. Habrá que buscar, entonces, modos de *evitar* la realización de actos oficiales de contenido imputativo por la atribución delictiva que expresan, en tanto no fueran imprescindibles, y a la vez procurar alternativas que posibiliten la defensa sin necesidad de afectar otros derechos de la persona.

Es por este motivo que en los primeros momentos de la persecución penal se debe tratar de evitar — mientras no sea inevitable — el atribuir a una persona la calidad de imputado, la realización a su respecto de actos imputativos o la utilización de palabras oficiales con esos efectos (v. gr., requerir investigación “en *contra* de...”, recepción de declaración “como imputado”, etcétera).

A tal fin, debe permitirse a la persona comparecer y hacer su descargo sin adquirir formalmente esa condición estigmatizante. El derecho constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo no puede tener como condición necesaria para su ejercicio la adquisición formal de la calidad de imputado. Esta tampoco es un requisito *sine qua non* para el goce del derecho de defensa que puede ejercitarse, tanto a través de tal declaración, como mediante

presentaciones escritas, aclarando situaciones o indicando pruebas. Parece autoritario condicionar el ejercicio de un derecho (el de defensa) a la *afectación* de otros (honra, intimidad) de idéntico nivel, cuando esto *no* sea inevitable.

#### 5. Coerción procesal

Pero, así como el Código estatuye sobre las situaciones (o requisitos) que deben concurrir para que una persona pueda ser considerada “imputado” a los fines de ejercer sus derechos como tal, también indica cuidadosamente cuáles son los otros recaudos que deben reunirse para que esa misma persona pueda ser sometida a las medidas de coerción que en esas situaciones se autorizan respecto del imputado.

Si bien la aplicación de tales restricciones *presupone* la adquisición de la condición de imputado, este mero hecho *no autoriza* por sí sólo su imposición. Dicho en términos más simples: así como no puede haber coerción sin imputado, sí puede haber imputado *sin* coerción (Pérez Sierra, 1980). Es decir, se puede ser imputado (a los fines del ejercicio de los derechos de tal) sin por ello quedar automáticamente en condiciones de ser sometido a las medidas restrictivas de derechos que las leyes autorizan respecto de aquél (aspecto que no siempre ha sido bien comprendido).

Es que — como ya se dijo — la calidad de imputado se puede adquirir por la mera atribución delictiva personalizada (aunque no se apoye en prueba alguna), formulada en alguno de los actos señalados. Pero la aplicación de medidas coercitivas requiere *mucho más*: un nivel de pruebas para que se pueda estimar fundadamente la existencia del hecho delictuoso y la participación punible de esa persona, y, además, que la coerción sea indispensable para salvaguardar la investigación y la aplicación de la ley. Y mientras más grave sea la restricción que importen, mayor será la entidad probatoria que se requerirá.

Fuera de estas hipótesis que autorizan la posibilidad de medidas de coerción contra el imputado, éste tendrá esa calidad (ad-

quirida a través de algunos de los actos imputativos reseñados) y podrá ejercitar todos los derechos de tal, pero *no estará sujeto* a medidas restrictivas de su libertad, *cualquiera* sea la gravedad del delito que se le atribuya.

## 6. Incoercibilidad moral

### Concepto

Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser inducido, engañado, constreñido o violentado a *declarar* ni a *producir pruebas* en contra de su voluntad, pues aquéllas le reconocen la condición de sujeto moralmente incoercible del proceso penal. La garantía comprende la exclusión de la coacción directa y también de la "inherente" a ciertas condiciones o circunstancias (v. gr., la derivada de la atmósfera de intimidación del lugar donde se le recibe declaración, etcétera).

### Problemas

En virtud de esto, se prohíbe no sólo obligarlo a declarar (art. 18, CN), sino igualmente constreñirlo a actuar en un careo (art. 256) o en una reconstrucción del hecho (art. 200), a realizar un cuerpo de escritura, a grabar su voz, etcétera. La garantía abarca la exclusión de su posible intervención forzada como *órgano* de prueba.

Sólo cuando el imputado actúe como objeto de la prueba (lo que no significa que sea objeto del proceso), podrá ser obligado a soportar, dentro de ciertos límites, el respectivo acto procesal. Así sucederá, por ejemplo, cuando sea sometido a un reconocimiento de personas, a una inspección judicial sobre su cuerpo, a una requisa personal, a una operación pericial, etcétera.

## 7. Derecho al comportamiento procesal pasivo

Consecuentemente, no se podrá utilizar como indicio de culpabilidad que el imputado se abstenga de declarar, que al hacer-

lo mienta, el modo en que ejerza su defensa, o su negativa a intervenir en un careo, reconstrucción del hecho, cuerpo de escritura o grabación de voz. Menos aún como circunstancias agravantes para la individualización de la pena (art. 41, CP).

Tampoco se podrá utilizar válidamente en su contra lo dicho o hecho por el imputado en cualquier acto practicado con violación de aquellas reglas, ni los elementos probatorios que puedan haberse obtenido gracias a tal violación

Es el principio de inocencia lo que permite hablar de un derecho al *comportamiento procesal pasivo* (no hacer, no colaborar, no probar), como manifestación de la defensa del imputado.

## VIII. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

### 1. Noción

La declaración del imputado (también llamada indagatoria) es el acto predispuesto por la ley procesal penal para darle a aquél la oportunidad de que ejercite su defensa material, a través de su silencio o de manifestaciones verbales, referidas al hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada.

Como el imputado podrá ejercer su defensa guardando silencio, esta actitud (el silencio) no podrá ser utilizada como presunción de culpabilidad en su contra, aspecto del que debe ser informado debidamente por el órgano que lleva adelante el acto.

Por cierto que aquella información abarcará la mención de *cuál es el delito* por el que la declaración se recibirá; es decir, tendrá que consignar el encuadramiento legal (aun provisorio) de los hechos para permitir un ejercicio eficaz de la defensa que comprende, no sólo el aspecto fáctico, sino también el jurídico. Además, no debe olvidarse que la atribución de un delito (no de un mero hecho) es el único "título" que tiene el Estado para someter a



un ciudadano a un procedimiento penal (proyección procesal del principio de reserva de la ley penal).

## 2. Naturaleza

La declaración del imputado es un *medio de defensa* y no un medio de prueba. Contrariamente a lo que fue en su origen histórico (y a lo que más o menos íntimamente todavía muchos piensan), existe, no para que aquél confiese, ni para lograr pruebas en su contra, sino para que pueda ejercitar su defensa material. Sin embargo, en la práctica es frecuente observar que se intenta lograr por esta vía la confesión del imputado o, por lo menos, contradicciones o incoherencias que desvirtúen la defensa material que esté efectuando.

Claro que si el imputado decide libremente *confesar* el delito durante la declaración, podrá hacerlo, pero esto no es el fin del acto. Sería una especie de resultado permitido, pero no buscado (véase el apartado I del Capítulo 7, en pág. 305).

### *Consejo y asistencia del defensor*

Ratificando su naturaleza de medio de defensa, el Código consagra la posibilidad de *consejo previo* y la *presencia* del defensor en el acto. El consejo del defensor, previo a que el imputado sea llamado a declarar, versará sobre el modo de encarar su defensa material (v. gr., declarar o abstenerse). Este derecho regirá aun estando incomunicado el imputado (art. 273), pues la incomunicación sólo puede procurar evitar el entorpecimiento de la investigación, nunca restringir el derecho a la asistencia técnica.

Respecto de la presencia del abogado en el acto, el Código fulmina con nulidad la declaración del imputado prestada sin la presencia de aquél (art. 258). Por ello, lo dicho en ausencia del abogado durante la declaración *carecerá* de todo valor probatorio en su contra.

## 3. Presupuesto probatorio

El Código no autoriza a recibir la declaración (indagatoria) sólo ante la existencia de una simple afirmación de la comisión por parte de una persona de un hecho penalmente típico (afirmación que sería suficiente para atribuirle la calidad de imputado). Requiere, *además*, que se sospeche fundadamente la participación de la persona en el delito, por existir *motivos bastantes* para hacerlo; es decir, exige cierto caudal de prueba que proporcione una *causa* para desconfiar seriamente de esa persona en relación a la existencia material del hecho, y su participación punible en el mismo.

Pero esta sospecha motivada *no debe limitarse* a la participación del imputado en un hecho típico. Será necesario que la sospecha motivada abarque *también* los demás requisitos que, añadidos al de tipicidad, determinan que ese hecho sea delito, o sea, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad (art. 306, primera parte).

## 4. Declaración sin sospecha

Sin embargo, el Código autoriza recibir la declaración del imputado aun cuando *no hubiera* motivos bastantes para sospechar la existencia material del hecho, su participación en el mismo o la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad de su conducta (art. 306, segunda parte). Pero, en este caso se *prohíbe* someterlo a medidas de coerción personal, cualquiera sea la gravedad de la imputación, salvo que se trate de simples limitaciones a su libertad (v. gr., que no se ausente de la ciudad), y sólo cuando sean necesarias para asegurar su comparendo o evitar la posibilidad de alteraciones en la investigación.

Para la recepción de esta modalidad de declaración no es indispensable que la sospecha sea totalmente inexistente; será suficiente que, aun cuando se pueda íntimamente desconfiar del imputado, no haya motivos bastantes para hacerlo o surjan serias dudas acerca de la delictuosidad del obrar que se le atribuye.

De este modo, el imputado *podrá defenderse*, incluso dando su versión sobre los hechos que se le atribuyen o señalando prue-

bas, sin ser indebidamente restringido de su libertad; y la autoridad judicial podrá contar con más elementos que éste proporcione en su descargo para orientar su investigación.

La declaración debería recibirse con las formas y garantías comunes, de modo que si luego se lograran pruebas de cargo que hagan nacer la sospecha bastante, no sea necesario recibir una nueva declaración. Si esto no ocurre (porque las pruebas no se logran), la situación legal del imputado “no sospechado” deber ser resuelta de acuerdo a las disposiciones ordinarias (v. gr., sobreyéndolo).

### 5. Estructura

La estructura asignada al acto de la declaración (para cualquier etapa del proceso) consta de tres momentos, según la regulación de la mayoría de las leyes procesales.

El primero es un *interrogatorio de identificación* (art. 260), que se realiza para que el imputado proporcione — si quiere — datos sobre su persona (v. gr., edad, estado civil, condiciones de vida), que luego serán objeto de corroboración por la investigación.

El segundo es la *intimación* (art. 261), en la cual se le informa *detalladamente* al imputado: el hecho que se le atribuye (que debe ser descrito en el acta para garantizar su correcta intimación y el principio de congruencia con las futuras — y eventuales — acusación y sentencia), las pruebas que hay en su contra (serían informaciones de hecho), el derecho de *abstenerse* de declarar — sin que ello importe una presunción de culpabilidad — y el de requerir la presencia de su defensor. También habrá que informarle la calificación legal de los hechos que se le atribuyen, pues — como se dijo antes — hace al derecho de defensa.

Si el imputado manifiesta su voluntad de declarar, se pasa a la tercera parte, es decir, a la *declaración sobre el hecho* (art. 262), tramo en el cual expondrá libremente lo que estime conveniente, en descargo (negando) o aclaración de los hechos, incluso invo-

cando circunstancias excluyentes o eximentes de su responsabilidad penal. En esta misma oportunidad, tiene la posibilidad de proponer aquellos elementos o datos probatorios que estime útiles a su defensa y que el órgano judicial deberá procurar (actividad denominada “evacuación de citas”).

### 6. Forma del interrogatorio

Complementariamente, existe una serie de disposiciones tendientes a garantizar la *libertad de declarar* (art. 259), ratificatorias de la naturaleza del acto, como un medio de defensa material del imputado.

Así, se proscribe requerirle juramento o promesa de decir verdad, ejercer contra él violencia, coacción, amenaza o fraude, usar medio alguno (v. gr., suero de la verdad; promesa mentirosa de ventajas, etcétera) para obligarlo, inducirlo o de cualquier modo determinarlo a declarar contra su voluntad, o hacerle cargos o reconvenções (v. gr., “¿cómo niega su participación si toda la prueba evidencia lo contrario?”; “¿le parece bien lo que hizo?”) tendientes a obtener su confesión.

Con la misma finalidad, se dispone (art. 263) que las preguntas que se le formulen (que contestará sólo si así lo desea) serán claras y precisas, nunca capciosas (engañosas) ni sugestivas (que indican la respuesta), y que las respuestas no serán instadas perentoriamente (v. gr., “¡vamos, conteste de una vez!”). Y si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o de falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que aquéllos desaparezcan (art. 262).

### 7. La cuestión de la declaración policial

Todavía sigue, como cristalizado, un enfrentamiento entre dos posiciones antagónicas sobre la “indagatoria” en sede policial: una, que *defiende* la atribución de la policía para recibir declaración al imputado en el curso del sumario de prevención, argumentando que es un medio de defensa que no tiene por qué ser exclu-

do en esta fase; otra, que *niega* tal posibilidad, valiéndose de las enseñanzas de la experiencia en orden al poco respeto que se observa en esa sede, de los derechos y garantías relacionados con la defensa del imputado. La discusión, aunque parezca mentira, continúa con prescindencia de que los códigos acepten, prohíban o nada digan sobre la aludida atribución.

La opinión favorable argumenta, principalmente, que el imputado debe tener la posibilidad de ejercer su defensa declarando — si quiere — desde el *primer momento* del procedimiento penal, incluso en la fase a cargo de la autoridad policial. Impedirlo, se dice, podría significar privarlo del ejercicio del derecho de defensa cuando quizá sea más necesario (argumento que si bien es formalmente importante, ha sido tachado de hipócrita porque se le asigna el propósito encubierto de permitir a la policía arrancar confesiones).

El denominador común de las posiciones negativas es una seria *desconfianza* acerca de que en la policía se respete, efectivamente, la libertad de declarar del imputado, la que se denuncia como comprometida no sólo por razones propias del “ambiente” policial, sino incluso, por malas prácticas de los funcionarios respectivos.

#### *Regulación legal*

El Código permite recibir a la Policía Judicial la *declaración del imputado*, siempre que éste lo pidiera y con las formas y garantías que establecen los artículos 258 y ss. (art. 324, inciso 8). El Código toma posición en el enfrentamiento entre las dos posiciones antagónicas sobre la “indagatoria” en sede policial, a favor de la que *defiende* la atribución de la policía para recibir declaración al imputado en el curso del sumario de prevención, para dar oportunidad inicial de defensa.

Tal como se regula, en la declaración policial siempre habrá que garantizar que el imputado sea informado de los hechos que se le atribuyen y de las pruebas reunidas en su contra, y de que pue-

da contar en esa sede con asistencia letrada. Para ello, la autoridad policial deberá hacerle saber, en la primera oportunidad, que tiene derecho a hacerse defender por abogados de su confianza o por el defensor oficial (art. 118). El pleno ejercicio de la defensa en sede policial implica — como en cualquier otra — el consejo del defensor. Por lo tanto, habrá que disponer lo necesario a fin de que el imputado tenga la posibilidad cierta de contar con ese asesoramiento para que el abogado designado cuente con todas las garantías a los fines de prestar tempestivamente su consejo, incluso la de comunicarse con el imputado, aun cuando estuviere incomunicado, pues la incomunicación no puede tener el fin de evitar la asistencia profesional (art. 273). Por cierto que si se realizara la declaración en sede policial, el abogado tendrá siempre el derecho de asistir al acto y el imputado el de requerir su presencia durante su desarrollo. En este último caso deberá suspenderse la realización del acto o de la declaración hasta que el abogado sea avisado.

#### *Valor probatorio: el testimonio del policía*

El Código *no acepta* que el acta en que se hubiere consignado la declaración policial sea admitida como prueba en el proceso (salvo que fuera ratificada ante el fiscal o juez que interviene en la investigación). Pero se ha discutido si el policía que recibió la declaración puede prestar testimonio sobre lo que escuchó en su transcurso. La vigente posición negativa se funda en que, si el acta escrita no puede tenerse en cuenta, escuchar lo que diga el policía sobre lo que ella registra, sería un modo oblicuo de asignarle valor probatorio, eludiendo la prohibición; se haría entrar “por la ventana” lo que no puede entrar por la puerta. Y aunque el defensor haya estado presente en el acto, no se puede admitir la testimonial del policía por no cumplir la declaración del imputado por él recibida con la única verdadera garantía: la de su *recepción judicial*.

Queda así claro que la declaración solo podrá tener valor a los fines de la defensa material.

## IX. EL DEFENSOR

### 1. Concepto

El imputado goza del derecho *irrenunciable* (art. 8.2.d.e, CADH) de contar con un *defensor*, o sea, **un abogado de su confianza y elección que, a modo de “guardián parcial del Estado de Derecho” (es decir, del Estado *no arbitrario*), actúe como un protector de sus intereses, integrando su personalidad jurídica.** Este derecho es reconocido desde el *primer momento* de la persecución penal (art. 40 Const. Provincial), aun durante la actuación que le cupiera a la policía, pues es donde suele ser más necesario.

Asimismo, el Código establece expresamente (art. 118) el derecho del imputado a hacerse defender por abogados de su confianza o por el asesor letrado, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad. Podrá también defenderse personalmente, siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta. Y si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al asesor letrado como su defensor, al solo efecto del cumplimiento de los actos definitivos e irreproductibles.

### 2. Función

La defensa del imputado (por la exigencia de igualdad) implica también la *equivalencia* de *conocimientos jurídicos* entre acusador y acusado, lo que requiere que éste cuente con un abogado que lo *asista y represente* desde el punto de vista legal, para no encontrarse en el proceso penal en la situación de “quien no sabe

hablar la lengua que necesita para hacerse entender” (véase el apartado XI del Capítulo 3, en pág. 154).

El imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados. Cuando intervengan dos defensores, la notificación hecha a uno de ellos valdrá respecto de ambos y la sustitución del uno por el otro no alterará trámites ni plazos (art. 119). En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado *apud acta*. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal (art. 124).

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aun de oficio a las sustituciones necesarias (art. 123).

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible (art. 120). Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el asesor letrado, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso. Cuando el abandono ocurriera poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial. Sin embargo, el abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso (art. 126).

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores y mandatarios, será comunicado al Tribunal de Disciplina de Abogados y al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales (Asesores Letrados), la comunicación se cursará al Tribunal Superior y al Fiscal General (art. 127).

68

### 3. Atribuciones

Deberá garantizarse, irrestrictamente, la *comunicación* (art. 8.2.d, CADH) personal, telefónica y epistolar entre imputado y defensor (aun si se aceptara la incomunicación -art. 273-, que se autoriza en protección de la prueba, no en desmedro de la asistencia técnica), y la *reserva* de las confidencias que en el curso de ella se trasmitan. Se permitirá al imputado contar con el *asesoramiento*, consejo y asistencia profesional del abogado. El asesoramiento no deberá ser retaceado en ningún momento del proceso, en especial, antes de cualquier acto que requiera la intervención personal de aquél (v. gr., su declaración). Se asegurará al abogado su libre actuación como representante y vocero del imputado ante los tribunales, pudiendo reclamar por cualquiera de sus derechos, ofrecer pruebas y representar a éste en la actividad probatoria, alegar en su nombre para contrarrestar y discutir los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación y recurrir las resoluciones que lo perjudiquen.

#### *Provisión por el Estado*

La aspiración de igualdad con el acusador requiere que la de defensa técnica sea proporcionada *por el Estado* en caso de que, por desinterés o indignancia, el imputado (aun en contra de su voluntad) no haya propuesto un defensor particular (art. 8.2.e, CADH). Esto exigirá la prestación de un servicio jurídico gratuito para aquél, por parte de funcionarios estatales letrados (como ocurre en Córdoba), rentados por el gobierno.

Por tal razón, se prevé que cuando el imputado no elige oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el tribunal nombrará en tal carácter al Asesor Letrado, salvo que lo autorice a defenderse personalmente (art. 121). La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio (art. 122).

La eficacia en materia de defensa oficial requerirá que entre el imputado y el defensor exista una relación de *confianza* (lo ideal sería que aquél pudiera elegir a su letrado) y que éste sea seleccionado para su función en atención a su *idoneidad*, condición que, tratándose de funcionarios estables, deberá ser mantenida en el tiempo a través de un razonable proceso de actualización.

Pero la defensa oficial sólo será eficaz, si se brinda despojada de todo atisbo burocrático, y el defensor público toma verdadera conciencia de su rol y lo asume con vocación y entusiasmo (e incluso, con espíritu de sacrificio).

#### *Eficacia de la defensa técnica*

Sin embargo, la mera existencia de defensor suele ser insuficiente por sí sola para asegurar la pretendida "paridad de armas" entre acusador e imputado, pues sólo proporciona una posibilidad de igualdad *formal* no siempre expresada como tal en la realidad. Por el contrario, la "paridad de armas" requerirá una actividad profesional *diligente y eficaz* del defensor. Se ha llegado al extremo de pensar, si así no ocurriera, en un *abandono* implícito de la defensa, con la posibilidad de sustitución del abogado y la eventual nulidad de los actos procesales cumplidos.

## X. PARTES CIVILES

La víctima del delito se encuentra autorizada para incorporarse al proceso penal, con la finalidad de reclamar la indemnización por el daño civil que ha sufrido, ejerciendo la acción resarcitoria al presunto damnificado por el delito: es el actor civil.

### 1. Actor civil: noción

Este concepto abarca, tanto a la **persona física o jurídica que a causa del ilícito ha sufrido la privación, detrimento o menoscabo**

cierto en el *mismo bien* jurídicamente tutelado por la norma penal que se estima violada (la víctima), como a quien sufre un daño resultando directamente damnificado, aun *sin* ser sujeto pasivo del delito. Pero no comprende al damnificado *indirecto*.

### 1.1. Regulación legal de su intervención

Al actor civil se le reconoce el derecho a intervenir en el proceso penal para acreditar la existencia del hecho delictivo, la participación del imputado y la existencia y extensión del daño cuya reparación pretende, y la responsabilidad civil del tercero civilmente demandado (si se acciona también contra éste). Puede interponer recursos en lo concerniente a la acción civil.

#### Titularidad

La acción civil sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria, o por otro damnificado directo (aunque no sea la víctima del delito) (art. 24). Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescripto por la ley civil (art. 97). En todos los casos, sólo pueden actuar con patrocinio letrado, y pueden hacerse representar por un solo abogado (art. 125).

La acción civil deberá ser ejercida por el asesor letrado cuando el titular de la acción careciera de recursos y, sin constituirse en actor civil, le delegue su ejercicio; o también cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la representación promiscua (art. 25).

#### Contra quién se dirige

La acción se puede dirigir contra los partícipes del delito y también contra el civilmente responsable.

La constitución en actor civil procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado. Si en el proceso hubiere va-

rios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Y si el actor no menciona a ningún imputado se entenderá que se dirige contra todos (art. 99).

#### En qué clase de proceso

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de un homicidio o lesiones gravísimas. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en los que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados, o mediare entre ellos un concurso ideal de delitos (art. 24).

También podrá ejercerse en los delitos de acción privada (art. 424), pero no se puede ejercer en los procesos de menores (art. 26 *a contrario sensu*).

### 1.2. Atribuciones

El actor civil podrá actuar en el proceso penal para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido y la responsabilidad civil del demandado (art. 107).

Pero esta intervención no lo exime del deber de declarar como testigo, ni impide que en caso de sobreseimiento o absolución pueda ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado (arts. 107 y 94).

#### Requisitos de la instancia de constitución

La instancia de constitución deberá formularse, por escrito, personalmente o por un representante con poder general o especial que podrá ser otorgado *apud acta* (art. 98).

Deberá contener, bajo pena de *inadmisibilidad*: 1) nombre, apellido y dirección del accionante; 2) la determinación del proce-

69

so a que se refiere; 3) los motivos en que la acción se basa: se relata el hecho (no es necesario invocar el derecho) con la relación de causalidad entre el delito y el daño; 4) el carácter que se invoca: si es víctima, heredero (en qué cuota), damnificado directo, representante o mandatario; 5) el daño que pretende haber sufrido, detallando en lo posible sus aspectos objetivos y subjetivos, y el monto pretendido (para fijar el pago de tasa de justicia y, en su caso, posibilitar el pago por consignación); 6) la petición de ser admitido como parte y la firma (art. 98).

### *Desistimiento*

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado (desistimiento expreso).

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el art. 402, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado (desistimiento tácito) (art. 108).

### *Oportunidad*

El pedido de constitución deberá presentarse, bajo pena de caducidad, antes de la clausura de la investigación penal preparatoria.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir al Juez de Control el embargo de los bienes (art. 532 y 533) para asegurar el pago de indemnización, gastos o costas (art. 100).

La solicitud deberá ser considerada (aceptada o no) por el tribunal de juicio (art. 100), en el decreto de citación a juicio (art. 361, tercer párrafo), quien notificará al imputado, al demandado civil y a sus defensores (art. 101).

### *Oposición*

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones (art. 17 y ss) y será resuelta por el tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado (arts. 102 y 103).

### *Rechazo y exclusión de oficio*

Durante los actos preliminares del juicio, el tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición (art. 105). Este rechazo y exclusión no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil (art. 106).

## **2. Tercero civilmente demandado: noción**

La acción civil puede dirigirse contra quien es indicado como partícipe del hecho delictivo que se investiga.

En este caso, será el *imputado* quien tendrá el carácter de civilmente demandado, por ser el presunto responsable directo del daño ocasionado. Éste debe mantener la calidad de tal para que la acción civil pueda seguir ejerciéndose en su contra en el proceso penal. (v. gr., si resulta sobreseído, la acción civil cesa y podrá ejercitarse — según los casos — en sede civil).

Pero también podrá deducirse la acción resarcitoria **contra otra persona que, sin haber participado en el delito, en virtud de leyes civiles debe responder por el daño que habría causado el imputado al cometerlo (responsabilidad indirecta): es el tercero civilmente demandado.** Se excluye la posibilidad de demandar en sede penal responsabilidades de raíz contractual (v. gr., fiador).



### 2.1. Regulación legal de su intervención y atribuciones

Al demandado civil se le reconoce el derecho a intervenir en el proceso (incluso sin ser citado), a ofrecer prueba, a participar en el debate y a recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

El demandado civil puede intervenir en el proceso de dos formas: por citación o espontáneamente.

#### *Intervención por citación*

Quien ejerza la acción resarcitoria (art. 24) podrá pedir la citación de las personas que según las leyes civiles respondan por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervengan en el proceso como demandadas.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescripta para constituirse en actor civil (arts. 98 y 100), con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado (art. 109).

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y de citado y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor (art. 110).

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba. La nulidad no impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil (art. 111).

Si en este plazo de citación a juicio el demandado civil no comparece, a petición del interesado, será declarada su rebeldía. Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si el demandado civil estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al asesor letrado si hubiere sido citado por edictos (art. 112).

#### *Intervención espontánea*

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir espontáneamente (art. 113), sin esperar a ser citada. Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad prevista para la constitución del actor civil (arts. 98 y 100). El decreto que acuerde esta intervención será notificado a las partes y a sus defensores.

#### *Oposición*

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado (cuando no sea intervención espontánea), el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación (art. 114).

Este incidente se deducirá y tramitará en la misma forma, oportunidad y plazo establecidos para la intervención del actor civil (arts. 102 y ss.).

### 3. El asegurador citado en garantía

Hoy se coincide en la posibilidad de citar en garantía al asegurador en el proceso penal, cuando en éste se ejerza la acción resarcitoria con arreglo a lo prescripto por el art. 18 de la ley 17418, y aun cuando las leyes procesales *no* legislen expresamente sobre el tema.

#### *Oportunidad*

Antes de la clausura de la investigación penal preparatoria (art. 117), el actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, pueden pedir la citación en garantía del asegurador del imputado y del demandado civil (art. 115).

Su intervención deberá regularse por las normas referidas al tercero civilmente demandado en cuanto sean aplicables (art. 116), pues son las que más se adaptan a su situación en el proceso. El



asegurador asumirá una posición pasiva *circumscripta* al objeto procesal que se ventila entre las partes civiles, sin desplazar al demandado (imputado o tercero civilmente responsable), *asociándose* con éste, a modo de litisconsorte para su defensa. En tal carácter, el asegurador gozará de la garantía de defensa en juicio (artículo 18, CN), asumiendo todos los derechos de parte, y gozando desde su intervención en el proceso y en cuanto concierne a sus intereses civiles, de las facultades y garantías otorgadas al tercero civilmente demandado para su defensa.

No obstante, la materia de su intervención (y defensa) en el proceso penal *no* será la relación *contractual* que tiene con el asegurado, sino tan sólo la *responsabilidad civil* por el delito que a éste se le imputa. El proceso seguirá versando — tal como si no participara el asegurador — únicamente sobre la responsabilidad penal y civil emergente del delito atribuido. Pero como la sentencia que se dicte puede ejecutarse en contra del asegurador (pues hace cosa juzgada a su respecto según el art. 118 de la ley 17418), se reconoce su interés en intervenir en el proceso, para controlar la formación del título (la sentencia) que lo afectará con semejante alcance (cosa juzgada).

En otros términos, el proceso penal *no* podrá versar sobre la obligación contractual del asegurador con su asegurado (imputado o demandado civil): no se podrá alegar, probar, ni tampoco, por cierto, resolver sobre ella. La actividad procesal se circunscribirá a lo referido a la existencia del hecho, a la responsabilidad civil del imputado o tercero civilmente responsable y a la existencia y extensión del daño causado, que son los extremos que se discuten en cualquier proceso en el que se ejercite la acción resarcitoria y cuya aceptación o rechazo en la sentencia hará cosa juzgada en su contra, según lo establece la ley 17418.

La obligación contractual del asegurador de afrontar la condena civil dictada contra su asegurado se ventilará *sólo* en caso de que la sentencia dictada en el proceso penal pretenda ejecutarse contra el asegurador, lo que deberá realizarse en sede civil. Allí no podrá discutir la responsabilidad civil del asegurado (porque ello

fue ya resuelto en sede penal, con fuerza de cosa juzgada a su respecto), pero sí podrá oponer las excepciones y defensas (que antes no pudo esgrimir) destinadas a acreditar que, por causas legales o contractuales, no tiene obligación en el caso concreto de afrontar el pago de la condena civil.

#### 4. La responsabilidad probatoria sobre la cuestión civil

Tratándose de la cuestión civil, hay coincidencia en que el peso de la actividad probatoria sobre ella debe recaer sobre el actor civil y el tercero civilmente demandado.

Sin embargo, se han suscitado discusiones sobre la aplicación, al respecto, de las llamadas facultades de “investigación autónomas” de los tribunales, que les permiten incorporar al proceso pruebas no ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal ni las otras partes.

Hay coincidencia (entre quienes — a diferencia de nosotros — aceptan tales atribuciones jurisdiccionales) acerca de que ellas son de aplicación irrestricta cuando se trata de la cuestión penal, aun cuando su ingreso pueda *favorecer* la posición de alguna de las partes civiles que no ofrecieron tales pruebas.

Pero, en caso de que se refieran exclusivamente al tema civil planteado, se *bifurcan* las opiniones. Para algunos, la facultad de incorporar pruebas de oficio deberá ceder frente al principio que consagra la *igualdad* de las partes en el proceso. Para otros, en cambio, las facultades de investigación autónomas del tribunal penal se extienden también a la cuestión civil, pues las leyes que la autorizan *no efectúan* distinción alguna al respecto. Se ha dicho que, frente a la tendencia procesal civil moderna que tiende a conferirle al juez civil mayores poderes de investigación, sería un contrasentido interpretar que “el tribunal penal” (que por imperio de la ley tiene la obligación de investigar el daño causado por el delito aunque no se hubiere ejercido la acción resarcitoria), no pueda — en uso del poder que le acuerda la ley — recepcionar, de oficio,

nuevos elementos de prueba tendientes a determinar la responsabilidad civil del demandado.

Parece más bien que la vigencia de esta potestad de investigación jurisdiccional autónoma, cuando las leyes la autoricen, tendrá limitaciones respecto de la cuestión civil que pudiera haberse planteado en el proceso penal, derivadas de la naturaleza *privada y disponible* de la pretensión resarcitoria y de la *igualdad* que debe garantizarse a todas las partes privadas entre sí.

Tratándose de aspectos atinentes *exclusivamente* a la cuestión civil, por carecer de toda relevancia jurídico-penal (v. gr., quiénes son los terceros civilmente damnificados por el homicidio), el tribunal carecerá de atribuciones para producir de oficio prueba sobre ellos, tanto si no fueron controvertidos como si, habiéndolo sido, los interesados omitieron la actividad probatoria necesaria para acreditarlos.

Pero, en la medida en que la existencia y extensión del daño causado por el delito (extremos propios de la pretensión civil) sean circunstancias también relevantes desde la óptica del bien jurídicamente protegido por la norma penal que se pretende actuar en el caso concreto (v. gr., perjuicio en la defraudación, inhabilitación laboral en las lesiones), será correcto aceptar respecto de ellas (si ello se admite en la ley procesal), la aplicación al caso de la potestad autónoma de investigación. Lo mismo sucederá cuando el daño causado por el delito influya en la individualización de la pena (artículos 40 y 41, CP). La *coincidencia* entre el interés público y el privado habilita esta solución.

## CAPÍTULO 6

- I. **LA PRUEBA EN LO PENAL.** Concepto. Función de garantía. **Elemento de prueba.** Legalidad: prueba ilícita. Certeza y condena.
- II. **OBJETO DE PRUEBA.** En abstracto y en concreto. **Medio de prueba.** Órgano de prueba.
- III. **LIBERTAD PROBATORIA EN LO PENAL.** Concepto. Alcances. En cuanto al objeto y en cuanto a los medios. Alcances. Excepciones. Límites.
- IV. **ACTIVIDAD PROBATORIA EN LO PENAL.** Responsabilidad probatoria. Momentos. Comunidad de la prueba. Sistemas de valoración. Necesidad de motivación.

### I. LA PRUEBA EN LO PENAL

#### I. Concepto

En sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, afirmación o negación precedentes.

La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado fin inmediato del proceso) debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual de esos hechos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción, de un modo comprobable y demostrable, pues la *inducirá* de los rastros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones sobre aquellos.

#### Importancia

Sin embargo, será bueno aclarar que todo el tema de la prueba se encuentra íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se acepte. Si es de carácter *inquisitivo*, la prueba

71

tiene una importancia relativa, pues como el modelo político autoritario que lo sustenta *presupone* la culpabilidad del imputado por la *aparición* de culpabilidad que la imputación genera, el proceso se legitima como un castigo en sí mismo (especialmente a través de la prisión preventiva, o de la difusión pública), mientras procura, sin verdadero interés, *reconfirmar* una culpabilidad que, por ser *pre-supuesta*, va siendo *pre-castigada*. Si en cambio, el modelo es como el de nuestro sistema Constitucional, como éste parte de un estado de *inocencia*, la prueba cobra relevancia sustancial, pues es la única forma legalmente *autorizada para destruirlo*: No se admite otro modo de acreditar la culpabilidad.

## 2. Función de garantía

Conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como *ocurridos* los hechos o circunstancias que *hayan sido acreditados* (con distintos grados de convicción, según la resolución de que se trate: v. gr., para la prisión preventiva se requiere la acreditación probable, en cambio para sentencia de condena se exige la acreditación cierta — certeza —) *mediante pruebas* objetivas, las que no podrán ser sustituidas a tal fin por elementos puramente subjetivos (v. gr., prejuicios, impresiones, etc.), ni por meros actos de voluntad de los jueces; ni por “ningún consenso político, del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública” (Ferrajoli, 1997). La *prueba por ser insustituible* como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva.

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la garantía.

Por todo esto es que desde un punto de vista político puede también decirse, que la *sustitución* de la sospecha por la prueba como base de la aplicación de sanciones penales, es una conquista de la civilización.

Ahora bien, mirado desde una óptica *técnica*, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado: elemento de prueba, medio de prueba, órgano de prueba, y objeto de la prueba.

## 3. Elemento de prueba

### 3.1. Concepto

Elemento de prueba (o prueba propiamente dicha), es **todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva y de las circunstancias para la individualización de la pena** (Vélez Mariconde, 1986).

En general, estos datos consisten en los *rastros o huellas* que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos (v. gr., la pericia demostró que la mancha es de sangre).

### Objetividad

El dato debe provenir del mundo externo al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes. Esto último implica que éstas puedan controlar todo el proceso de “construcción” de la prueba, su “encadenamiento causal”. O sea, desde la aparición del simple dato originario, su forma de obtención, y sus procedimientos de corroboración, hasta su incorporación formal al proceso. El ámbito del control no puede reducirse sólo a este último momento, pues semejante limitación podría afectar gravemente el derecho de defensa (que no puede darse por satisfecho con la formalidad final del control de lo que bien podría denominarse “la frutilla del postre”).

### Generación de conocimiento (relevancia)

El dato probatorio, para ser tal, deberá ser *relevante*, es decir, potencialmente *idóneo* para generar conocimiento acerca de la verdad del acontecimiento sometido a investigación (si en verdad ocurrió; si en verdad participó el imputado, etc.). Deberá poseer indiscutible *aptitud conviccional potencial o hipotética* per se para *provocar conocimiento*, de acuerdo con las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común, con prescindencia de que así lo logre en el proceso que se quiere hacer valer como tal.

Por no tener esa aptitud *parecen* prueba pero no lo son: (además de la tradicional "visión de la adivina") los dichos de un oligofrénico profundo, el testimonio de un ciego que expresa lo "que vio", el señalamiento de un integrante de la rueda de personas por parte de la víctima que no pudo percibir la imagen de su agresor en el momento del ataque (porque faltaría la primera imagen que, comparada con la que obtiene en el acto, puede producir un juicio de identidad entre ambas, que es, precisamente, en lo que consiste la prueba llamada reconocimiento).

Como el conocimiento puede ser de distintos grados, se ha considerado elemento de prueba tanto el dato que genere (solo o apoyado por otros) un conocimiento cierto (certeza), como también aquel que permita un conocimiento probable (probabilidad). Lo dicho requiere considerar lo que se conoce como estados espirituales (o intelectuales) con respecto a la verdad. Sobre los conceptos de verdad, certeza, duda y probabilidad, véase el Capítulo 2, en pág. 77.

### Pertinencia

La *relación* entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello, se conoce como "pertinencia" de la prueba.

El dato probatorio deberá procurar algún conocimiento relacionado con los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivos (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con

cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante para la imposición e individualización de la pena (v. gr., agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; antecedentes y personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito).

### 3.2. Legalidad

El dato debe ser *legal*, como presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.

Su posible ilegalidad podrá originarse en dos motivos: por su irregular *obtención* o por su irregular *incorporación al proceso*. Aunque no hubiera reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas, exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas, sea considerado ilegal y, por ende, carezca de validez para fundar la convicción del juez: para eso están las garantías, para eso está la sanción de nulidad (art. 41 Cons. Prov.; art. 194, CPP).

### 3.3. Prueba ilícita

En ese sentido, se ha resuelto, por ejemplo, que la prueba recogida violando la garantía de la inviolabilidad del domicilio "carece de aptitud probatoria", correspondiendo dejar sin efecto la resolución dictada en contra del imputado, si en ella "se merituan pruebas recogidas de un allanamiento y secuestro insalvablemente nulo".

Igualmente se ha sostenido la nulidad de una sentencia fundada en una confesión del acusado, obtenida contraviniendo la prohibición constitucional de obligarlo a declarar contra sí mismo, por haber sido prestada bajo juramento o mediante apremios ilegales.

Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia conviccional de la prueba ilegalmente obtenida, a veces se ha intentado aprovecharla olvidando que no puede intentarse la utilización de ningún acto contrario a la ley, so

72

*pretexto* de hacer cumplir la ley, sin incurrir en una contradicción fundamental, y que compromete la buena administración de justicia el pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito. No hay lugar a maquiavelismo en materia probatoria: nunca el fin de castigar a un culpable justificará utilizar un medio ilícito.

### 3.4. Los frutos del árbol envenenado

Pero la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas el corpus de la violación a la garantía constitucional (v. gr., la confesión obligada), sino también a las que se pudieran coleccionar gracias a aquel quebrantamiento; es decir, a las que sean sus *consecuencias necesarias e inmediatas* — pruebas ilícitas por derivación — (v. gr., el secuestro de efectos del delito en el lugar indicado por la confesión forzada), siempre que estas pruebas no hubiesen podido obtenerse igualmente sin la vulneración de aquella garantía (art. 41 Cons. Prov.; art. 194, CPP). Lo contrario importaría una interpretación indebidamente restrictiva del ámbito de actuación de la garantía constitucional, pues se la reduciría a los casos de quebrantamiento palmario y evidente, privándola de operatividad en las hipótesis de vulneración larvada o encubierta (Núñez, 1986), legitimando el *fruto* de su violación, lo que alteraría su esencia. Además, el otorgarle a la violación de la Constitución alguna eficacia (aun indirecta), significaría estimularla en la práctica.

Cierto es que estas soluciones pueden llevar a la impunidad de algún delito. Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por ella, si éste fuera el precio de la tutela de otros valores o intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional (y a veces también a través de legislación de jerarquía inferior).

#### *Aceptación excepcional de la prueba ilícita*

Se ha dicho que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han creado varias excepciones a las exclusiones probatorias, siendo la más aceptada la "fuente independiente" (que pareciera poder

ampararse en los arts. 41, Cons. Prov. y art. 194 CPP). Esta se configura cuando puede llegarse al conocimiento de los hechos por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir, que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (v. gr., confesión bajo tormentos que indica el lugar donde se escondió el arma homicida), se puede igualmente arribar a sus consecuencias (v. gr., secuestro del arma) por vías legales independientes (v. gr., testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar). Similar a la excepción precedentemente descrita es la del "descubrimiento inevitable", que se da cuando el acceso al dato ilegalmente obtenido se hubiese producido indefectiblemente aun de no haber existido la infracción legal (v. gr., mediante una confesión coacta se logra encontrar un automóvil robado, pero el vehículo justo estaba siendo revisado en un control policial).

Otras limitaciones, que generalmente constituyen formas encubiertas de aceptar prueba ilícita y que han tenido alguna actuación a nivel nacional, han sido la de la "buena fe" y la "teoría del riesgo". La primera encuadra casos de pruebas logradas en forma contraria al orden jurídico, pero sin que medie malicia del funcionario interviniente (v. gr., error) y la segunda convalida irregularidades cuando el propio afectado ha sido quien arriesgó y menospreció sus garantías constitucionales (v. gr., la persona que deja entrar a un desconocido a su oficina y le confiesa un delito y éste resulta ser un periodista con una cámara oculta) (Hairabedián, 2002).

#### *Fuentes extraprocesales*

También las fuentes extraprocesales de conocimiento o información (v. gr., denuncia anónima; "informes de inteligencia") que pueden dar origen a una investigación policial o judicial, deben reunir las mismas exigencias de legitimidad que se requieren para las pruebas que pretendan utilizarse en el proceso. Si bien en los casos de acción pública perseguible de oficio, los órganos de la persecución penal deben iniciarla tan pronto tengan noticia, por

cualquier medio, de la posible existencia del delito, esto no quiere decir que el medio (o la noticia que el medio contiene) pueda ser ilegal. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibile como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión. Sea *ex-ante* o *ex-post* al inicio de la investigación, la ilegalidad sigue siendo tal. Y no puede caerse en la hipocresía de intentar validar la ilegalidad de la información permitiendo la realización de "medidas procesales encaminadas a confirmarla" las que sí valdrán como prueba, con olvido o desinterés sobre su espurio origen.

#### *Protección de otros intereses*

También la protección de algunos intereses considerados más importantes que el descubrimiento de la verdad, determina en ciertos casos la prevalencia de aquéllos sobre ésta, lo que puede derivar en obstáculos probatorios. Tal situación se da, por ejemplo, cuando en aras de la cohesión familiar se prohíbe a los ascendientes o descendientes del imputado declarar como testigos en su contra o se prescinde del conocimiento del delito que pueda haberse adquirido bajo secreto profesional, o de Estado, etc.

Consecuentemente, los datos probatorios logrados en violación de estas prohibiciones serán ilegales y no podrán ser válidamente utilizados para formar la convicción judicial.

#### *Métodos prohibidos*

Del orden jurídico vigente surge la prohibición de utilizar ciertos métodos para la obtención de pruebas. Así, cabe considerar proscriptas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios.

Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir prueba en contra de su voluntad, pues aquellas le reconocen la condición de sujeto *moralmente incoercible* del proceso penal. En virtud de esto, se prohí-

be no sólo obligarlo a declarar (art. 18, CN), sino que se proscribe igualmente imponerle su intervención en un careo o en una reconstrucción del hecho, u obligarlo a grabar su voz o a realizar un cuerpo de escritura, o a intervenir como sujeto activo (reconociente) en una rueda de presos, etc. La garantía alcanza, en suma, a su posible intervención como *órgano de prueba*. De ello se sigue que no se podrá utilizar válidamente como prueba lo *dicho* o *hecho* por el imputado en cualquier acto probatorio practicado con violación de aquellas reglas.

Tampoco podrá utilizarse como indicio de culpabilidad el hecho de que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa, o su negativa a intervenir en un careo, etc.

Sólo cuando el imputado actúe como *objeto de prueba* podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal. Así sucederá cuando deba ser sometido a un reconocimiento, a fotografiarse, a una inspección corporal, una extracción de sangre, etc.

#### *Formalidades*

El ingreso del dato probatorio en el proceso deberá realizarse respetando el modo (no hay libertad en este aspecto) para hacerlo previsto en la ley (o el analógicamente más aplicable en caso de que el medio de prueba utilizado no estuviera expresamente regulado). Por ejemplo, si se tratara de la declaración de un testigo, éste deberá prestar el juramento que la ley exige.

En caso contrario, la prueba será ilegal por su incorporación irregular al proceso.

#### **4. Certeza y condena**

En el proceso penal interesa especialmente la *certeza positiva*, fundada en pruebas y explicada racionalmente, sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, pues sólo ella permitirá que se le aplique la pena prevista. Si tal grado de convencimiento no se alcanza (aunque se llegue a la probabilidad), no se

73



puede penar (*in dubio pro reo*): habrá que absolver (art. 41, Const. Prov.). Véase el apartado V del Capítulo 3, en pág. 133.

## II. OBJETO DE PRUEBA

Objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que puede o debe recaer la prueba.

El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista se examinará que es lo que *puede* ser probado en cualquier proceso penal. Desde la segunda óptica, se considerará que es lo que se *debe* probar en un proceso determinado.

### 1. En abstracto ¿Qué se puede probar?

En cualquier proceso, la prueba podrá recaer sobre hechos naturales (v. gr., caída de un rayo) o humanos, físicos (v. gr., una lesión) o psíquicos (v. gr., la intención homicida). También sobre la existencia y cualidades de personas (v. gr., nacimiento, edad, etc.); cosas y lugares.

Se podrá intentar probar también las normas de la experiencia común y el derecho no vigente, (v. gr., normas jurídicas extranjeras que fundamentan un pedido de extradición).

En cambio, no serán objeto de prueba los hechos notorios (v. gr., quien es el actual presidente de la Nación), ni los evidentes (v. gr., que una persona que camina y habla está viva), salvo que sean controvertidos razonablemente. Tampoco la existencia del derecho positivo vigente (pues se presume conocido según el art. 20 del Código Civil), ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba (v. gr., la verdad de la injuria — art. 111, CP —).

### 2. En concreto ¿Qué se debe probar?

Pero en un proceso penal determinado, la prueba deberá (y sólo podrá) versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” imputado (acusación) y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a individualizar a sus autores, cómplices o instigadores, verificando su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuaron, los motivos que los hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.

Estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de prueba, aun cuando no exista controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales.

Si se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá no sólo sobre la existencia y extensión del daño, sino además sobre la concurrencia de las situaciones que generen la responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado, o restrinjan sus alcances.

Cabe agregar que *no* podrá ser objeto de prueba ningún hecho o circunstancia que no se vincule con estos aspectos. También constituirá un exceso de poder intentar pruebas ajenas al objeto del proceso, cualquiera sea el pretexto que se invoque.

### 3. Medio de prueba

#### Concepto

Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.

Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por el tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes, con respeto del derecho

de defensa de éstas.

Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador (v. gr., las relacionadas con los actos definitivos e irreproducible) o restrictivo (v. gr., las referidas al secreto de la investigación preparatoria) de los derechos de los sujetos procesales privados.

#### 4. Órgano de prueba

##### Concepto

Órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso.

Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito). La ley regula su actuación al ocuparse de los medios de prueba (v. gr., al reglamentar la testimonial establece las normas relativas al testigo), y admite la posibilidad de que intervengan como tales tanto aquellas personas que no tienen interés en el proceso (v. gr., un perito) como las interesadas en su resultado (v. gr., el ofendido por el delito), sin perjuicio del especial cuidado que se debe guardar al *valorar* los aportes de estas últimas.

##### Síntesis

Tomando como ejemplo la prueba testimonial, es posible apreciar por separado los aspectos que hemos desarrollado precedentemente:

- *medio de prueba*: la regulación legal acerca del testimonio (obligación de atestiguar, citación y compulsión del testigo, forma de la declaración, etc.);

- *elemento de prueba*: el dicho del testigo, sus manifestaciones y respuestas sobre lo que se le interroga, en los cuales trasmite el conocimiento que tiene al respecto;
- *órgano de prueba*: la persona del testigo que aporta el elemento de prueba y lo trasmite al proceso mediante sus dichos;
- *objeto de la prueba*: aquello que se investiga y sobre lo cual se interroga al testigo para que diga lo que sepa al respecto.

### III. LIBERTAD PROBATORIA EN LO PENAL

#### 1. Concepto

El principio de la libertad probatoria se ha caracterizado diciendo que en el proceso penal *todo se puede probar y por cualquier medio de prueba* (art. 192).

#### 2. Alcances

Esto no significa que se haga prueba de *cualquier modo* — ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba —, ni mucho menos “a cualquier precio”, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto a la dignidad humana u otros intereses (v. gr., secreto profesional).

Su vigencia se justifica en cuanto se lo relaciona con la necesidad de procurar la verdad real sobre la acusación, extendiéndose tanto al objeto como a los medios de prueba. Sin embargo, el principio *no es absoluto* porque existen distintos tipos de limitaciones sobre ambos aspectos.

#### 3. Libertad en cuanto al objeto

En virtud de la máxima en cuestión, es posible hacer prueba sobre *cualquier* hecho o circunstancia interesante para la investi-

74

gación. Tal interés debe derivar de la *relación* de lo que se quiere probar, con los hechos de la causa (pertinencia), y no de cualquier otro motivo.

### 3.1. Limitaciones

Pero la prueba no podrá recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo (v. gr., extremos de la imputación; daño causado), o indirecto (v. gr., relación de amistad del testigo con el imputado). Además, hay ciertos temas sobre los cuales no se puede probar por expresa prohibición de la ley penal (v. gr., prueba de la verdad de la injuria; art. 111, CP).

## 4. Libertad en cuanto a los medios

La libertad probatoria respecto del medio de prueba significa que no se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, y si bien se debe recurrir al que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción alguna y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios, pues todos son admisibles al efecto.

### 4.1. Limitaciones

Sin embargo, la omisión de utilizar el medio más eficaz pudiendo hacerlo y practicando, en cambio, uno que ofrezca menos garantía de eficacia (v. gr., no ordenar el reconocimiento en rueda de personas y conformarse con interrogar a la víctima en el debate sobre "si conoce al señor allí sentado" — en el banquillo de los acusados, claro —) configurará un caso de arbitrariedad, ajeno al principio de libertad probatoria. Es que aquella libertad, como cualquier otra procesal que se acuerde a los jueces, tiene como condición de su existencia la responsabilidad de su ejercicio: ni la libertad probatoria ni la libre convicción pueden ser usadas como "patentes de corso" probatorias.

### 4.2. Alcances

Es posible hacer prueba no sólo con los medios expresamente regulados por la ley, sino con cualquier otro no reglamentado, siempre que sea científicamente adecuado para descubrir la verdad.

Las leyes imponen la obligación de ejecutar "todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad", a cuyo fin, además de los medios de prueba específicamente regulados, se autoriza, por ejemplo, la realización de las "demás" operaciones que aconseje la policía científica.

Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio probatorio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento regulado que le sea análogicamente más aplicable, según la naturaleza y modalidades de ese medio.

### 4.3. Excepciones

Pero el principio de libertad probatoria con relación a los medios de prueba, tiene algunas excepciones. En primer lugar, no corresponde admitir medios de prueba que afecten la moral, o expresamente prohibidos, (v. gr., utilización de cartas sustraídas) o incompatibles con nuestro sistema procesal (v. gr., juramento decisorio) o con el ordenamiento jurídico argentino (v. gr., que tiendan a quebrantar la inviolabilidad de la conciencia humana).

Tampoco serán admisibles aquellos medios de prueba no reconocidos por la ciencia como idóneos para generar conocimientos (v. gr., adivinación) o los que puedan producir alteraciones físicas o psíquicas (v. gr., sueros de la verdad).

En segundo lugar, para acreditar determinado objeto de prueba la ley puede establecer un medio probatorio específico con carácter obligatorio. Sobre el punto cabe citar, como ejemplo indiscutible, lo relativo al estado civil de las personas que, según la mayoría de los códigos, sólo puede probarse conforme a lo establecido por la ley; la inimputabilidad por enfermedad mental, que requiere dictamen pericial, tanto para disponer la internación respectiva,

como para ordenar su cesación (art. 34, inc. 1, CP); la condena anterior, acreditable sólo por instrumento público (ley 22.117), o la titularidad del dominio de un automóvil (art. 1, dec. 6582/58; ley 14467).

Las limitaciones a la prueba de los contratos establecidos en la ley civil *deben* tener plena vigencia en el proceso penal (así, CPP Cba., art. 192 *in fine*), por encima de lo que dispongan algunas leyes procesales.

#### IV. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LO PENAL

La actividad probatoria es el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendientes a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba.

Invocando el interés público en juego en materia criminal, la mayor parte de esta actividad se ha puesto a cargo de los órganos públicos (Ministerio Fiscal, policía, y excepcionalmente de los tribunales), los que, con diferente intensidad según la etapa del proceso de que se trate, intentarán lograr el descubrimiento de la verdad sobre la acusación. Los sujetos privados, imputado, querellante, actor civil y tercero civilmente demandado, en cambio, tratarán de introducir solamente los elementos probatorios que sean útiles para sus intereses particulares, procurando demostrar su aptitud para evidenciar el fundamento de sus pretensiones o la falta de fundamento de las deducidas en su contra.

##### ¿Carga de la prueba?

En el proceso civil rige por lo general la carga de la prueba, concebida como el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que si no lo hace, cargará con las consecuencias de su inactividad, la que puede llegar a ocasionar que su pretensión sea rechazada

por haberse desinteresado de probar el hecho que le daría fundamento.

En el proceso penal, en cambio, este principio no tiene ese sentido ni esos alcances en su aplicación práctica (salvo respecto de la cuestión civil, art. 402).

Con relación al imputado, como goza de un estado jurídico de inocencia reconocido por la Constitución (art. 18, CN), ninguna obligación tiene de probar su inculpabilidad aunque tiene todo el derecho de hacerlo, si así lo cree conveniente.

#### 1. Responsabilidad probatoria

Corresponde al Estado, por medio de sus órganos autorizados, el esfuerzo tendiente a demostrar la responsabilidad penal, teniendo éstos también el deber de investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado invoque a su favor, pues su actuación debe verse presidida por un criterio objetivo.

Pero, para sincerar el discurso, es bueno responder la pregunta siguiente: ¿qué órganos del Estado deben ser los responsables de destruir el estado de inocencia y probar la culpabilidad del acusado?. La mayoría piensa que todos, es decir, la policía, los fiscales y también (o principalmente) los jueces, cualquiera sea la competencia funcional que se les asigne.

Esta admisión de la regla del “todos contra uno” (el acusado) es francamente contraria al ya invocado principio de “plena igualdad” de éste con el acusador. Porque admitir que el juez sea co-responsable (o principal responsable) de la “destrucción” del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo co-fiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular: “quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor”, lo que no parece, por cierto, un paradigma de igualdad.

Tampoco se puede decir que el Ministerio Fiscal tenga la carga (en términos de proceso civil) de la prueba de la acusación, pues su *interés* no es el de lograr cualquier condena, sino una con-

75

dena arreglada a derecho, de modo que si la absolución es justa, su interés quedará satisfecho. En cambio, el Ministerio Fiscal sí tiene la *responsabilidad* de procurar la prueba sobre los extremos de la imputación delictiva. No es carga probatoria, es responsabilidad probatoria.

Ello obedece a que el principio propio de un Estado de Derecho es que toda acusación debe ser probada y “le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones”. Al estar la “inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba en contrario debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación”. Este es el sistema vigente en el CPP de Córdoba.

A la hora de analizar estas cuestiones tampoco debe olvidarse que centrar en el Ministerio Fiscal la iniciativa al respecto, es sólo una ratificación de sus atribuciones (que son de cumplimiento obligatorio) y que sigue siendo el Estado el encargado de procurar el descubrimiento de la verdad.

Y si desde el punto de vista institucional está razonablemente asegurada la independencia del Ministerio Público Fiscal y su actuación objetiva en el marco de la legalidad, no existe riesgo en imponerle la iniciativa probatoria en tal sentido, reivindicándola de los jueces.

#### *Investigación jurisdiccional autónoma*

A pesar de estos cuestionamientos, es correcto decir — de *lege lata* — que, según la mayoría de las leyes procesales penales en vigencia (no la de Córdoba), quien tiene el deber de investigar la verdad, mediante la correspondiente actividad probatoria, es el tribunal, sin verse condicionado por la estrategia o la pasividad del fiscal o las partes. Y si bien sus atribuciones al respecto son más amplias durante la instrucción, existen también — algo maquilladas — durante el juicio. Es lo que se llama investigación jurisdiccional *autónoma*, pues no puede verse condicionada o subordinada a proposición o consentimiento del Ministerio Fiscal o de alguna de

las partes, e incluso puede desarrollarse contra la voluntad de todos ellos; y también porque es independiente de que los hechos sobre los cuales recae, hayan sido o no controvertidos.

#### **2. Momentos**

Se suele distinguir tres momentos en la actividad probatoria: proposición, recepción y valoración.

La *proposición* es la solicitud que el Ministerio Fiscal y las partes formulan ante el tribunal, para que se disponga la recepción de una prueba. La *recepción* ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que resulte de su realización. A los fines de que éste pueda utilizarse para fundar una condena, deberá ser recibido en juicio oral y público, con intervención efectiva de la defensa, y plena vigencia de la inmediación y la identidad física del juez, o en casos excepcionales, durante la investigación preparatoria de la acusación, pero, con igual posibilidad de control por parte del defensor del imputado.

La *valoración* es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (o sea que “prueba la prueba”).

#### **3. Comunidad de la prueba**

En todo caso regirá el principio de la *comunidad* de la prueba en virtud del cual la *ofrecida* por una de las partes deja de pertenecerle a partir de ese momento, y queda adquirida para el proceso (salvo que verse, solamente, sobre la cuestión civil).

#### **4. Sistemas de valoración**

Como ya se dijo, la valoración de la prueba, tiende a determinar cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso y motiva la acusación; cuál es el grado de conocimiento que pueden aportar sobre ese acontecimiento.

Si bien es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), la valoración de la prueba también corresponde al querellante, al Ministerio Fiscal, al defensor del imputado y a las partes civiles.

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conocen: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la sana crítica racional (o libre convicción).

### *Prueba legal*

En el sistema de la *prueba legal* es la ley procesal la que prefiere, de modo general, la eficacia de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convenido (aunque íntimamente sí lo esté).

Sin duda que este sistema, frente al propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda probarse de un modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla hoy en día generalmente abandonado, aunque sus reglas no deban descuidarse a la hora de la libre valoración del juez.

### *Íntima convicción*

En el sistema de la *íntima convicción*, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. Los jueces son libres de convencerse, según su íntimo parecer, sobre la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta suele agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de explicar los fundamentos de las decisiones judiciales, lo que no significa de modo alguno una autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el "buen sentido" (racionalidad) connatural a todos los hombres.

Si bien este sistema (propio de los jurados populares) tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de una arbitrariedad incontralable y, por ende, de injusticias (lo que en algunos casos se procura evitar exigiendo la unanimidad de los integrantes del jurado).

### *Sana crítica racional*

El sistema de la *sana crítica racional* (o libre convicción), al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la íntima convicción, que las conclusiones a que se llega sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye.

Aunque en este sistema el juez no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir: las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, del tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (y no sólo de la psicología — ciencia de la vida mental que estudia la personalidad, percepción, emoción y volición humanas, utilizable para la valoración de dichos —) y de la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v. g., inercia; gravedad). Queda descartado, a estos efectos, el uso de la *intuición*.

## 5. Necesidad de motivación

La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces, de explicar las razones de su conocimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

Esto traerá como efecto que las decisiones judiciales no resultan puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino la consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre *por qué se concluyó y decidió de esa manera* (y no de otra), explicación que deberá ser comprensible por cualquier otra persona, también mediante el uso de su razón (v. gr., partes, público, etc.).

## CAPÍTULO 7

- I. **MEDIOS DE PRUEBA EN LO PENAL.** Pericial. Regulación procesal penal: particularidades. El perito. El dictamen. El informe técnico policial. Testimonial. Regulación procesal penal: particularidades. Reconocimiento en rueda de personas: regulación procesal penal. Documental. Inspección judicial. Confesión: valor. Reconstrucción del hecho. Careo. Informes. Traducción e interpretación. Indicios y presunciones.
- II. **MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA.** Registro. Allanamiento. Requisa personal. Interceptación de correspondencia. Intervención de comunicaciones.
- III. **MEDIOS "EXTRAORDINARIOS" DE PRUEBA.** Justificación y límites constitucionales. El agente encubierto; el arrepentido; testigo de identidad protegida. Eficacia y riesgos.

### I. MEDIOS DE PRUEBA

#### 1. Pericial

##### *Concepto*

La pericia es el medio de prueba consistente en la **obtención o valoración de un elemento de prueba, mediante conocimientos científicos** (v. gr., individualización genética — ADN —), **técnicos** (v. gr., identificación de matrículas) o **artísticos** (v. gr., determinación de autenticidad de cuadros).

##### *1.1. Regulación procesal penal; particularidades*

Si bien la ley procesal establece que "se *podrá* ordenar una pericia" (art. 231, titulado "*Facultad* de ordenar las pericias"), esto no significa que sea facultativo del órgano judicial su disposición, ya que cuando para conocer o apreciar algún elemento de prueba



sean necesarios los conocimientos especiales, su realización *no puede evitarse*. De lo contrario, se estará renunciando a descubrir o valorar correctamente una prueba, o bien se pretenderá obtenerla con los personales conocimientos especializados. Esto no sería legítimo, pues afectaría el derecho de defensa de las partes y el principio del contradictorio.

### Justificación

La intervención del perito se justifica como un modo de posibilitar que las partes puedan controlar el ingreso al proceso de un elemento probatorio, o su valoración, como ocurriría si el juez fundamentara su sentencia con sus conocimientos en determinada ciencia o técnica (v. gr., el magistrado que además de abogado es médico). También se fundamenta en la "sociabilidad del convencimiento judicial", consistente en "la posibilidad de que la sociedad pueda, mediante opinión, controlar la decisión judicial sobre la existencia, naturaleza, causas o efectos de los hechos, datos que sin la intervención del perito permanecerían ocultos ante los ojos del público".

Hay casos en que la realización de la pericia no será necesaria u obligatoria. Ello puede suceder cuando se trata de meras comprobaciones materiales susceptibles de ser llevadas a cabo por cualquier persona normal (v. gr., verificar si un automóvil arranca, si el motor está caliente); cuando dentro de la cultura general se puede hallar la regla o el criterio para resolver la cuestión (v. gr., concluir que la nafta es idónea para provocar fuego); o si la verificación resulta imposible de practicar. También se podrá evitar llevar a cabo la pericia cuando la cuestión hubiese sido objeto de una pericia en otro procedimiento, siempre y cuando las partes del proceso en que se intenta hacer valer hayan tenido oportunidad de controlar su producción o impugnar su resultado y no se esté tildando de falso su resultado.

### Objeto

La pericia tiene por objeto cuestiones de hecho, ya que los problemas jurídicos se encuentran excluidos de su vasto campo de acción. Por eso, no se la debe confundir con la recepción de cierta opinión calificada en los procesos, que se da en algunos casos que tratan temas de trascendencia, cuando el tribunal escucha la posición de expertos, instituciones u organizaciones reconocidas, sobre ciertos *conflictos jurídicos o morales*. Es la institución del "*amicus curiae*", cuyo origen se remonta al derecho romano y que actualmente es de utilización principalmente del derecho anglosajón y del supranacional interamericano, habiendo muy pocos casos de su uso en nuestro país.

### Trámite

La pericia tiene como notas características su "regulación formal y el encargo judicial previo". El órgano que puede ordenar una pericia varía según el ordenamiento procesal y las etapas del proceso. En Córdoba, por regla, durante la investigación la dispondrá el fiscal si es éste quien la está llevando a cabo; o lo hará el Juez de Instrucción o Control si está practicando la investigación jurisdiccional. En la etapa del juicio la ordenará el tribunal, a pedido del fiscal o las partes.

El trámite de disposición de la pericia consta de los siguientes pasos:

- 1°) El fiscal o juez, según corresponda, dictará uno o varios decretos disponiendo la medida. En ellos se fijarán los puntos de pericia (las cuestiones a dilucidar), se designará al perito oficial, invitando a las partes a proponer perito de control a su cargo en el plazo que se fije a criterio (si es de aplicación el Código de Córdoba), y se establecerá fecha, hora y lugar de inicio de las operaciones y plazo de realización.
- 2°) La resolución será notificada al fiscal (si emanó de un tribunal) y a los defensores de las partes, bajo sanción de nulidad. No obstante, podrá obviarse el anoticiamiento previo, en casos de

suma urgencia (v. gr., autopsia) o cuando la indagación sea extremadamente simple (v. gr., tomar la tensión a una persona) (arts. 236 y 238). La urgencia es valorada por el órgano que dispone la pericia y se configura cuando la tardanza en notificar a las partes y el trámite de eventual designación de peritos de control pudiese afectar el resultado de la pericia; pero debe justificarse razonablemente. En tales casos, si las partes o sus defensores se enteran de la pericia, tendrán los mismos derechos que si hubiesen sido notificados. Asimismo, producido el dictamen, éste les deberá ser comunicado. Si el imputado no estuviere individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al asesor letrado como su defensor, a los fines de la notificación (art. 118).

A la realización de la pericia tendrán derecho de asistir el órgano que la ordenó (tribunal o fiscal) y también los defensores de las partes. Sólo podrán asistir el imputado o la víctima cuando su presencia sea necesaria (v. gr., pericia médica sobre su persona) o cuando resulte útil para esclarecer los hechos (art. 308). Si la víctima fuera menor o incapaz podrá ser acompañada por alguien de su confianza (art. 96).

Para ciertas pericias (v. gr., de ADN), a veces es necesario contar con muestras corporales (v. gr., sangre). Se ha discutido si es posible extraer compulsivamente estas muestras. La posición dominante considera que el imputado no puede negarse, porque es objeto de la prueba (art. 198).

#### *Dirección*

La dirección procesal de la pericia estará a cargo del órgano que la ordenó, por medio de las siguientes atribuciones:

- a) Suministro del material: ya sea entregando los elementos necesarios para producir el dictamen (v. gr., el cheque supuestamente adulterado) o disponiendo las medidas que permitan al perito tomar contacto con objetos de interés (v. gr., ordenando

un allanamiento a la casa del imputado donde se encuentra una maquinaria).

- b) Fijación del plazo, de acuerdo a la complejidad y envergadura de las operaciones.
- c) Indicación del lugar de realización. Si nada se ha expresado al respecto, deberá interpretarse que es en la sede del tribunal o Fiscalía.
- d) Resolución de discrepancias procesales que se susciten entre los peritos "relativas a los poderes de los peritos y a los límites del encargo".
- e) Conservación de objetos para una eventual repetición y en caso de necesidad, autorizar su alteración o destrucción.
- f) Autorizar a los peritos el examen de las actuaciones y la concurrencia a actos procesales (salvo el caso de la declaración del imputado en la investigación preparatoria), siempre que sea necesario para que puedan expedirse. Ante esta facultad puede ceder el secreto instructorio.
- g) Asistencia a las operaciones y a la deliberación, mediante la cual el magistrado puede resolver disputas legales que surjan o ilustrarse más sobre las distintas alternativas que llevaron a la conclusión.

#### *1.2. El perito*

El órgano de prueba en este medio de averiguación va a ser el perito. Tal como se señaló en el punto anterior, el fiscal o tribunal que ordene una pericia tendrá que designar un *perito oficial* (art. 236), en tanto que las partes (y también el fiscal si la pericia fue ordenada por un tribunal) tendrán la oportunidad de proponer un perito de control a su cargo (art. 237). Si bien en principio el perito oficial debe ser sólo uno, en casos de considerárselo indispensable (v. gr., una pericia contable compleja y extensa) se pueden nombrar más, ya sea en forma inicial o sobreviniente. En todos estos casos cada perito puede trabajar apoyado por un equipo de

colaboradores, pero si en sus operaciones periciales encarga tareas de naturaleza conclusiva (v. gr., en una pericia médica solicita un análisis a un bioquímico), deberá dársele la posibilidad a las partes de controlar estas actividades accesorias que servirán de fundamento al dictamen.

### *Idoneidad*

Requisito básico de los peritos es la *idoneidad*, es decir, su aptitud respecto de los conocimientos especiales que se requieren. Por eso se exige que tengan título en la materia a que corresponda el asunto sobre el que deban pronunciarse, si hubiese reglamentación del rubro, e inclusive matrícula vigente. En caso contrario, bastará con nombrar a persona de idoneidad reconocida (art. 232). Por otra parte, no pueden ser peritos los incapaces (menores de 21 años o insanos), los condenados e inhabilitados (art. 234).

En sentido estricto, los *peritos oficiales* son quienes prestan servicios en cualquiera de los poderes del Estado (principalmente los que integran la planta del Poder Judicial) y en los organismos autárquicos (v. gr., universidades nacionales). En sentido amplio, se considera perito de oficio a quien, siendo particular, es designado en tal carácter por el órgano judicial (v. gr., los que están anotados en las listas de peritos). Tienen la carga pública de comparecer, aceptar el cargo y, de no mediar un grave impedimento, expedirse con arreglo a la verdad. A su vez, la aceptación del cargo deberá ser realizada bajo juramento de desempeñarlo fielmente, salvo los funcionarios policiales y peritos oficiales que integran la planta del Poder Judicial, que podrán intervenir bajo la fe del juramento que prestaron al entrar en funciones. También deberán ser *imparciales*, por lo cual no pueden ser testigos en la misma causa y tienen las mismas causales de excusación y recusación que los jueces (arts. 234 y 235).

No obstante, se discute si el principio de imparcialidad rige también para los peritos de control. La posición tradicional ve al perito de control como un auxiliar de la Justicia que tiene que actuar objetivamente. Otra distinta, y más moderna, acepta la reali-

dad, concluyendo que es un auxiliar técnico de la parte que lo contrató, que defiende su interés; la segunda postura está receptada en el Código Procesal Penal de Córdoba, que no impone tales requisitos (art. 237).

### *1.3. El dictamen*

El dictamen es el acto del perito en el cual responde **fundadamente a los puntos que le fijó el órgano judicial, para lo cual debe describir a la persona, lugar, cosa o cadáver examinado, detallar las operaciones practicadas, sus resultados y conclusiones, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.**

Este acto debe ser **motivado**, es decir, los peritos deben dar las explicaciones, razones o motivos por los cuales arriban a sus conclusiones. Para ello tendrán "libertad científica", es decir, amplitud "para evacuar los puntos sometidos a su examen mediante las operaciones que crea convenientes y con los métodos que le parezcan apropiados", como así también podrán examinar las actuaciones y asistir a actos procesales.

Cuando coincida la opinión del perito oficial con los de control, éstos pueden redactar el dictamen en común (art. 240).

### *La cuestión de la obligatoriedad del dictamen*

El dictamen no es vinculante para el órgano judicial, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente las conclusiones a que el perito arriba en el dictamen. Pero para hacerlo deberá fundamentar seriamente tanto su aceptación, como su rechazo, conforme las reglas de la sana crítica racional. Esto permitirá el control de la aceptación o el rechazo por vía de los recursos. Los motivos de alejamiento de la opinión pericial pueden ser *irregularidades* en la tramitación (v. gr., nulidad) y *defectos en los fundamentos o las conclusiones*, tales como ausencia, insuficiencia, vicios lógicos (v. gr., contradicción), oscuridad, imprecisión. También la "contradicción con hechos notorios, normas de experiencia y otras pruebas de la causa".

28

Pero *no podrá* el juzgador descalificar el dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, en base a sus conclusiones o deducciones personales, pues este conocimiento implicaría la sustitución del perito por el juez y las partes carecerían de la posibilidad de control, vulnerándose así el principio del contradictorio.

#### *Dictamen dubitativo, insuficiente o contradictorio*

En el caso de que quien deba decidir opte por apartarse del resultado de la pericia por algún vicio de la misma, tampoco podrá eludir este medio de prueba para obtener una nueva conclusión. De esta manera, si el informe fuese *dubitativo, insuficiente o contradictorio*, el fiscal o el tribunal, según el caso, tendrá que nombrar nuevos peritos para que examinen y valoren el dictamen, y si fuere factible y necesario, hagan otra vez la pericia (art. 241). También existe la posibilidad de que algunos puntos oscuros del pronunciamiento sean aclarados por el perito, incluso mediante declaración oral (mal llamada testimonial), siempre que no signifique una alteración de las conclusiones ni de los puntos objeto de la pericia. Si surge la necesidad de que el perito se expida sobre nuevos puntos, se estará frente a una ampliación.

#### *Impugnación*

La pericia puede ser impugnada por cuestiones formales (v. gr., la designación de perito incapaz, la falta de notificación a las partes) o sustanciales (v. gr., se cuestiona el merito probatorio del dictamen). La observación de las primeras deberá hacerse en el momento procesal señalado para la respectiva sanción procesal (v. gr., si es una nulidad absoluta, en cualquier etapa y grado del proceso). En cambio, las oportunidades para atacar el valor probatorio del dictamen serán aquellas indicadas para apreciar la prueba: durante la investigación, al oponerse o recurrir una decisión; en el juicio, durante los alegatos o los recursos.

#### *Pericias específicas*

Si bien las leyes procesales regulan este medio de prueba en general, algunas disposiciones reglamentan ciertas pericias especiales.

La *pericia psiquiátrica* (art. 85) es una variedad de la pericia médica. Es obligatoria para el imputado menor de 18 o mayor de 70 años, o sordomudo, o cuando se le impute un delito reprimido con pena no menor de 10 años de privación de libertad, o si apareciere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista en el art. 52 del CP (accesoria por tiempo indeterminado). El fin que persigue es *verificar la capacidad penal y procesal* del llevado a proceso. Como es materialmente imposible e innecesario practicar esta pericia a todo imputado, la ley selecciona aquellos casos en que existe un riesgo cierto de inimputabilidad penal o incapacidad procesal sobreviniente, ya sea por la inmadurez mental de los menores o el envejecimiento de las funciones de personas mayores, por las dificultades de comunicarse de los que están privados de la audición y el discurso, o cuando lo exija el riesgo que implica la gravedad de la infracción penal atribuida. También procederá cuando, a pesar de no concurrir las circunstancias anteriores, la observación del imputado o sus antecedentes (v. gr., signos de retraso o educación diferencial), hagan suponer que puede ser inimputable.

Aunque no sea obligatorio, por el principio de libertad probatoria también se puede disponer esta pericia para cualquier persona siempre que sea útil para el descubrimiento de la verdad (v. gr., denunciante que aparenta ser mitómano).

Otra pericia específica es la *autopsia* (art. 243). Se ordena cuando la muerte ha sido dudosa, violenta o sospechosa de criminalidad, tanto para establecer su causa, como así también para determinar circunstancias de relevancia criminalística.

Finalmente, la *pericia caligráfica* está implícitamente regulada en la reglamentación procesal sobre cotejo de documentos (art. 244). Ésta tiene como finalidad establecer si cierta escritura perte-

nece al patrimonio caligráfico de determinada persona, y también tiene por objeto el examen del papel, la tinta o mina utilizada, su antigüedad, clase y cantidad, adulteraciones, etc. Para ello a veces es necesario contar con escrituras indubitadas para comparación con las sospechosas, pudiendo obtenerse las primeras mediante su secuestro. En caso de no contarse con documentos que sirvan para cotejo, puede disponerse que se haga un cuerpo de escritura, y si es el imputado quien debe hacerlo, no podrá ser obligado ni extraerse de esta negativa una presunción de culpabilidad en su contra, por estar en juego el derecho a no autoincriminarse.

#### 1.4. El informe técnico policial

No debe confundirse la pericia con el *informe técnico policial* (art. 324 inc. 3). La primera es un medio de prueba judicialmente practicado con control de partes, para lo cual se necesita realizar una serie de operaciones técnicas, científicas o artísticas, y a partir de éstas poder descubrir o valorar un elemento de prueba.

Los informes técnicos de la policía, en cambio, sólo son medios de investigación que no requieren el control de partes y únicamente tienen como finalidad *hacer constar* el estado de personas, cosas, cadáveres y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica. Por principio no puede contener juicios y conclusiones acerca de las causas, efectos o condiciones de tales comprobaciones (sería más que una descripción). Mientras el informe policial es esencialmente descriptivo, el dictamen pericial es conclusivo. Ejemplo de los primeros son las fotografías, los planos, la descripción de matrículas identificatorias; de las segundas, las pruebas de A.D.N.

Sin embargo, esta diferenciación que es clara en la teoría, no lo es tanto en la práctica, donde la jurisprudencia viene ampliando la admisión de informes policiales en materia que debería ser terreno exclusivo de la pericia. Así, es común ver bajo la forma de informes técnicos, actos que deberían ser materia de pericia, como por ejemplo, pruebas balísticas (determinación del arma con que

fue disparado un proyectil), dermatest (detección en manos de sustancias presentes en la pólvora combustionada — v. gr., plomo, bario y antimonio —), análisis de alcohol y droga en orina y sangre, grupo sanguíneo, etc.

## 2. Testimonial

### Concepto

El testimonio es la **declaración formal de un individuo no sospechado por el mismo hecho, recibida en el curso del proceso penal, sobre lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos en cuanto a los hechos o circunstancias relevantes, con el propósito de contribuir a la averiguación de la verdad histórica.** Se trata de uno de los medios probatorios más utilizados y de capital importancia para el descubrimiento de la verdad en la mayor parte de los casos penales.

El conocimiento que pueda tener el testigo lo deberá haber adquirido *antes* de declarar. Aunque históricamente, testigo era el que había visto algo de interés para el esclarecimiento del hecho delictivo, actualmente se acepta que puede serlo quien ha percibido por *cualquiera de sus sentidos* (visión, audición, olfato, tacto). También, se admiten opiniones o conclusiones que *completen* la narración de sus percepciones o que constituyan juicios de comparación (v. gr., el testigo concluye que el imputado estaba nervioso, porque traspiraba y temblaba). En este aspecto incluso se ha hablado del “testigo técnico”, en alusión a la persona que, sin encargo judicial, toma conocimiento de un hecho relacionado a su profesión (v. gr., el médico que en la calle asiste a un herido por arma blanca), casos en los que “el testigo puede no sólo relatar lo que ha caído bajo la percepción de sus sentidos, sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos referidos al mismo”. Para que estas consideraciones no invadan el terreno de la pericia hace falta que el “juicio técnico o científico sólo sea un agregado accesorio”.

## 2.1. Regulación procesal penal; particularidades

La declaración testimonial debe contener (art. 227) la información al testigo de las penalidades del falso testimonio, el juramento de ley, los datos del compareciente, las circunstancias que puedan afectar la imparcialidad y veracidad del testimonio, llamadas las "generales de ley" (v. gr., ser amigo, enemigo, acreedor, deudor o pariente del imputado, ser parte en el proceso, etc.), y los dichos del testigo sobre lo que vio, escuchó, olió, gustó, tocó, sintió, etc.

### Contenido de la declaración

Las palabras del testigo pueden recaer principalmente sobre el hecho investigado con sus circunstancias típicas, las pruebas del mismo y los que hubiesen participado. Pero también podrán deponer sobre otras circunstancias útiles para el proceso, como pueden ser aquellas necesarias para determinar la veracidad de otros testimonios (v. gr., se le pregunta a un testigo si otro estaba en determinado momento y lugar), para apreciar hechos (v. gr., percepciones) o para graduar la pena (v. gr., las condiciones de vida del imputado).

Asimismo, carecen de valor como prueba de cargo los testimonios sobre meros comentarios o rumores populares. A lo sumo estas circunstancias pueden servir para orientar una hipótesis de investigación.

Todos estos aspectos sobre los que puede recaer una declaración pueden ser referidos por el testigo cuando es invitado a decir todo lo que sabe del hecho (primer parte de su declaración propiamente dicha) o mediante las preguntas posteriores, que deben ser claras y no pueden ser capciosas ni sugestivas. Por eso se requiere que se empleen términos entendibles para el testigo y que el interrogador no induzca a error o confusión ni indique o sugiera la respuesta.

### Interrogatorio

Las formas que puede adquirir el interrogatorio presentan tres sistemas: el directo, el indirecto y el cruzado. En el *directo* las partes le formulan las preguntas dirigiéndose directamente al testigo una vez que han sido autorizadas por el órgano judicial a hacerlo, conservando éste "el control del interrogatorio en cuanto a la pertinencia y utilidad de las preguntas". Es el que se utiliza en Argentina. En el *indirecto*, las partes sólo pueden hacer las preguntas por intermedio del tribunal, al cual le dirigen los interrogantes y el órgano jurisdiccional lo trasmite al testigo. Este sistema está en desuso y es propio de procedimientos inquisitivos y antiguos, si bien se mantiene para la investigación preparatoria (art. 311). En el *cruzado*, las partes "son las dueñas del interrogatorio" haciéndole las preguntas al testigo y "asumiendo el juez una actitud pasiva". Es propio del sistema anglosajón, como el de Estados Unidos.

Si el que debe deponer es sordo, se le deben hacer las preguntas por escrito y si es mudo las puede responder de la misma manera. Si tiene ambas falencias tanto la pregunta como la respuesta serán escritas. Si no sabe leer ni escribir, se necesitará de un intérprete, que podrá ser preferentemente un maestro de sordomudos, o en su defecto alguien que sepa comunicarse con el interrogado (art. 133). Si el testigo es ciego o analfabeto, se le deberá informar bajo constancia que tiene derecho a que alguien de su confianza lea y firme el acta en la que consta la declaración (art. 135). Si opta por no hacer uso de esta facultad, se puede conformar con la lectura en altavoz que realiza el actuario. Si la persona se encuentra físicamente impedida de concurrir al lugar de la declaración, se lo debe examinar en el domicilio. Finalmente, si el declarante se expresa en otro idioma distinto al nacional, deberá contarse con un intérprete que traduzca sus dichos. Sin embargo, durante la investigación quien habla idioma extranjero puede hacer su declaración escribiéndola.

La declaración testimonial, en la mayor parte de los casos, es un acto que puede reproducirse, por lo cual durante la investigación no es necesario notificar a las partes antes de su realización.

Sin embargo, deberá tomarse este recaudo (y proceder según los arts. 308 y 309) cuando se prevea que el testigo no podrá volver a declarar (v. gr., persona con enfermedad terminal o que está por irse del país) o puede ser inducido a falsear sus dichos, por amenazas u otras causas (art. 308).

### Capacidad

La regla general es que toda persona tiene capacidad de atestiguar (art. 218). Sin embargo hay varias excepciones. Así, se excluye a quien por *deficiencia* física o psíquica esté absolutamente imposibilitado de percibir por sus sentidos o no pueda transmitir sus percepciones de ninguna forma. También se excluye a las *personas jurídicas*, que no pueden brindar testimonio, ya que sólo lo pueden hacer las físicas; pero aquéllas podrán producir un informe o se les podrá recibir declaración a uno de sus integrantes que tenga conocimiento del hecho.

Si el testigo es menor de 16 años o un condenado como partícipe del mismo hecho que se investiga o juzga, o de uno conexo, brindará una exposición sin prestar el juramento de ley (art. 227). En el primer caso la excepción del juramento obedece a que por ser inimputable no respondería penalmente por falso testimonio en caso de faltar a la verdad. En relación a los penados por el mismo hecho se los ha eximido porque existen varios factores que permiten dudar de su versión (v. gr., venganza, complicidad, etc.), "pues la sicología concuerda en que generalmente será proclive a mostrarse como víctima de un error judicial". Igual eximición de juramento debe darse para el caso en que deba deponer un inimputable por incapacidad mental. De los incapaces mentales se ha aceptado que puedan declarar, ya que "la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual".

### Deber y facultad de abstención

Ciertas personas *tienen prohibido* declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión (secreto profesional). Se trata de los

ministros de culto admitido, abogados, procuradores, escribanos, profesionales del arte de curar (médicos, obstetras, dentistas, fonaudiólogos, psicólogos, farmacéuticos, etc.), militares y funcionarios (art. 221). No obstante, estas personas pueden testificar si los autoriza el interesado en que se guarde el secreto (v. gr., la víctima que permite declarar a su psicólogo sobre el daño causado por el delito). Esta posibilidad no corre para los sacerdotes, a quienes la ley no los faculta a revelar los secretos confiados (v. gr., el contenido de una confesión).

Se autoriza que se *abstenga de testificar* en contra del imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (en protección de la cohesión familiar), sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y también a la persona que convive en aparente matrimonio (art. 220). La Const. Prov. (art. 51) agrega a los periodistas en relación a la fuente de información; por eso se ha propuesto que los periodistas profesionales no sólo podrán negarse a declarar como testigos sobre el contenido de trabajos y opiniones que hayan vertido sobre el delito objeto del proceso, sino también que siempre tendrán derecho a reservar las fuentes de su información (Frascaroli, 2002).

Cuando deba declarar alguna persona amparada por el derecho a la abstención, se le deberá *informar* bajo pena de nulidad dicha facultad, inclusive si es un menor que puede entender la advertencia. No obstante, se consideran válidos los dichos extraprocesales y espontáneos que puedan realizar las personas no obligadas a declarar, que no sean producto de un interrogatorio de los órganos oficiales, porque éstos no constituyen declaración testimonial (v. gr., la hija del imputado que llama a la policía diciendo que su padre ha asesinado a su madre). La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha establecido que cuando un familiar autorizado a abstenerse eligió declarar durante la investigación preparatoria, luego en el juicio ya no tiene el derecho a no declarar, porque con la primer declaración se "destruye la cohesión familiar", protegida por la facultad legal.





Algunas personas, si bien tienen la obligación de declarar, en razón de su *cargo o función* y de la *menor importancia* que se asigne a su testimonio, pueden gozar de un tratamiento especial, consistente en la facultad de no comparecer ante los tribunales y deponer por escrito. Se trata del presidente, gobernadores, intendentes, y funcionarios públicos que por sus funciones residan en el exterior (diplomáticos) (art. 228). Asimismo, las personas que vivan a más de 70 kilómetros del lugar donde se debe realizar la declaración, tendrán derecho a deponer ante la autoridad de su domicilio (arts. 223 y 224), salvo que se trate de un hecho grave y la declaración sea de vital importancia (v. gr., el testigo clave de un homicidio).

Por último, debe destacarse que la jurisprudencia de los últimos tiempos ha venido permitiendo que *no se le reciba testimonio a menores de edad* que sean víctimas de hechos traumáticos (v. gr., delitos de índole sexual) para evitar su afectación psicológica (v. gr., angustia, estrés) y nueva victimización, con fundamento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que privilegia “el interés superior” del menor. Por eso para ciertos casos ha sido de gran utilidad procesal la denominada “Cámara Gesell” que consiste en la captación filmica oculta de entrevistas hechas al menor, en privado, por especialistas (v. gr., psicólogos).

### Valoración

Muchos han sido los intentos de establecer parámetros de evaluación de la veracidad de los testimonios. La práctica demuestra que esta prueba es la de mayor utilización en el proceso penal, y las declaraciones que no se ajustan a la verdad — por falta de sinceridad o error — son frecuentes. Ello, sumado a la amplia capacidad que la ley confiere para ser testigo, impone que la valoración sea *rigurosa* para evitar errores judiciales.

Sin embargo, no existe una forma “matemática” de evaluar la calidad de una declaración, ni tampoco puede ser medida exactamente por la “divina chispa del juez”.

Por eso puede resultar útil considerar las condiciones personales del testigo: *la edad* (v. gr., no tienen la misma posibilidad de percepción un niño, un joven y un anciano), *el sexo* (los distintos intereses pueden hacer que a veces una mujer describa con más detalle un peinado o una vestimenta, y que un hombre brinde mayores precisiones sobre un vehículo), *las condiciones físicas, mentales, morales y cognoscitivas* (la agudeza visual, auditiva, un alto coeficiente intelectual, una personalidad con excelente reputación, una buena instrucción pueden permitir una mejor apreciación y transmisión que lo contrario), *la curiosidad, impresión o repulsión* que ciertos episodios despiertan en determinadas personas, o incluso el *tiempo* transcurrido desde los hechos declarados hasta la declaración.

También es importante el análisis de las *circunstancias* que puedan influir sobre su sinceridad (miedo, soborno, interés), las condiciones ambientales de lo percibido (luminosidad, distancia, obstáculos), *la forma y contenido* de la exposición (claridad, seguridad, serenidad, firmeza, profundidad, ausencia de contradicciones, explicación de los orígenes del conocimiento, etc.). Estas pautas son también aplicables a los casos de retractación.

A veces existen dos grupos de testigos que sostienen versiones antagónicas sobre ciertos sucesos. En estos casos, resulta de importancia contrastar los dichos de cada grupo con otros elementos de prueba de la causa, y si ambos tuviesen intereses contrapuestos puede ser fundamental ubicar testigos independientes que permitan inclinarse por una u otra hipótesis.

Existen casos de testimonios en los que algún punto no es veraz, ya sea por error o falsedad. Muchas veces se los ha descalificado por completo, siguiendo la regla “*falsus in uno, falsos in totum*”. Pero si bien una declaración que contiene tramos que no se ajustan a la verdad debe ser analizada cuidadosamente, la experiencia indica que no necesariamente será falso todo el contenido.

Frente a todas estas pautas tradicionales de evaluación de testimonios, también hay procedimientos médico-psicológicos que

se han empleado al mismo fin. Principalmente son el modelo neuropsicofuncional, "basado en variables con base físico química psicológica (polígrafo o detector de mentiras) y un modelo metodológico con fundamento psicoanalítico psiquiátrico dinámico, desde donde se interpretarían las diferentes técnicas proyectivas y *tests de la personalidad*" (Holzswarth, 2002).

### 3. Reconocimiento en rueda de personas

#### Concepto

El reconocimiento es el medio de prueba por el cual se intenta conocer la identidad de una persona (identificarla), mediante la intervención de otra, quien al verla entre varias afirma (o niega) conocerla o haberla visto en determinadas circunstancias.

La diligencia se reduce a la confrontación de dos imágenes, una anterior al proceso (v. gr., la del autor del delito que conserva la víctima) y la otra obtenida durante este acto procesal, y a la formulación de un juicio de *identidad* o de *diferencia* entre ambas. Por su naturaleza psicológica, es un acto *irreproducible* (pues en un segundo reconocimiento siempre existirá el peligro de que la imagen obtenida en el primero se interponga — confundiendo — con la obtenida durante el hecho, afectando la autenticidad del juicio de identidad que el reconocimiento supone), que debe ser sujeto a las formas respectivas (arts. 308 y 309).

#### 3.1. Regulación procesal penal

El reconocimiento procederá, en la mayoría de los casos, cuando sea necesario verificar si quien dice conocer o haber visto a una persona, efectivamente la conoce o la ha visto (art. 249).

#### Sujetos

Cualquiera que haya hecho referencia o señalado a otra persona como partícipe, testigo o víctima de un delito, o la conozca, es susceptible de ser llamada al reconocimiento. Podrán ser recono-

cientes no sólo quienes sean testigos o víctimas del ilícito, sino también aquellos a quienes se atribuya alguna participación (art. 250), siempre que accedan a ello.

En principio, no hay obstáculo legal para que el imputado pueda ser sometido al reconocimiento aun en contra de su voluntad, pues este acto no está comprendido en la cláusula constitucional que veda la exigencia de declarar contra sí mismo y en este caso el sospechoso es objeto de prueba. Sin embargo, existen dificultades de índole práctica que impedirán en la mayor parte de los casos, hacer un reconocimiento forzado en rueda de personas.

#### Procedimiento

Por regla, durante la investigación, el reconocimiento será dispuesto por el fiscal si es éste quien la está llevando a cabo; o lo hará el Juez de Instrucción o Control si está practicando la investigación jurisdiccional. En la etapa del juicio la ordenará el tribunal, a pedido del fiscal o las partes.

El procedimiento para este acto, consta de los siguientes pasos:

- 1°) Debe ser decretado por el juez o fiscal, según corresponda, fijando fecha y hora de realización.
- 2°) La medida será notificada a los defensores de las partes, ya que tienen la facultad (no obligación) de asistir al acto.
- 3°) Antes de practicarlo, el reconociente debe prestar el juramento de ley (si es testigo). Además será interrogado para que describa a la persona a reconocer y manifieste si lo conoce o lo ha visto con anterioridad o posterioridad al hecho delictivo. Tal actividad tiende a verificar, por una parte, las *condiciones* en que se captó la imagen y la forma en que se conserva. Por otra, servirá para *valorar el resultado* del reconocimiento, cotejando las concordancias (o discordancias) entre la persona reconocida y la descripta.

81

- 4°) Luego se formará una *rueda de personas*, en la cual estará el sujeto a reconocer, junto a dos o más personas de condiciones exteriores semejantes, para evitar que el primero pueda ceder al prejuicio que pudiera producirle el hecho de serle presentado el sujeto pasivo como la única persona que ha de ser reconocida y designarla como tal, sólo por esta circunstancia. Allí se invitará al reconociente a observar a todas, preferentemente desde un lugar que no pueda ser visto por los que forman la rueda y se le preguntará si reconoce a alguna. En caso afirmativo, se le preguntará por el rol que cumplió en el evento delictivo, diferencias que encuentre respecto a cuándo la vio y cualquier circunstancia de utilidad para la investigación (arts. 250 y 251).
- 5°) Si son varios los reconocientes, deben examinar la rueda por *separado* (art. 252): se prohíbe el reconocimiento "*per turbam*", para evitar que algunos identifiquen sólo por opinión de los otros.

### Valoración

El reconocimiento requiere una cuidadosa valoración, pues son frecuentes los errores, relacionados en su mayor parte a las condiciones y a la forma en que se desarrolle el proceso reconocitivo. También serán aplicables los criterios de valoración del testimonio.

El valor probatorio del acto de reconocimiento puede ser doble: si es positivo, podrá ser considerado como prueba de identidad (generalmente de cargo). Pero si el acto arroja un resultado negativo, puede servir para probar que el reconocido no es la persona buscada.

### Otros reconocimientos

Además del reconocimiento en rueda de personas, existen también otros. Algunos están previstos expresamente en las leyes procesales, como el reconocimiento fotográfico, el de cadáveres y el

de cosas. Otros son aceptados por la doctrina y la jurisprudencia en base al principio de libertad probatoria, tal el caso del reconocimiento de voces y el impropio.

El *reconocimiento fotográfico* es una modalidad subsidiaria del que se realiza en rueda de personas. Es decir, debe hacerse cuando no sea posible realizarlo con la presencia física del imputado. Procede (art. 253) cuando el que deba ser reconocido *no estuviere presente y no pudiere ser habido* (v. gr., el prófugo); en los supuestos de *alteración de rasgos fisonómicos* del imputado; cuando el reconociente viva a *más de 70 kms.* del lugar del reconocimiento o cuando no pueda concurrir por causas de *fuerza mayor* (v. gr., el herido en un asalto que se encuentra internado o bajo reposo). El trámite de este medio probatorio es el mismo que el establecido para el que se hace en rueda de personas.

Aunque en principio las causales de procedencia del reconocimiento fotográfico son taxativas (inclusive se fulmina con la nulidad su ampliación), la jurisprudencia y la doctrina han extendido su utilización a otros casos de imposibilidad de hacer el reconocimiento en rueda de personas. Entre éstos se halla la *dificultad* de encontrar personas de condiciones semejantes al imputado para formar la rueda (v. gr., si el imputado es de origen afro, o es extremadamente alto, etc.) y también cuando éste *se resista* a integrar la rueda.

No debe confundirse el medio de prueba precedentemente descrito, con la exhibición de álbumes fotográficos que realiza la policía a los testigos de un hecho delictivo, para que señalen a los partícipes. Esta práctica, denominada "*recorrido*" o "*muestreo*" *fotográfico*, forma parte de la función de la Policía Judicial de individualizar a los culpables del delito (arts. 321 y 324). Se diferencia del reconocimiento que se realiza en sede judicial, en que *se desconoce* quién puede ser el autor del delito. Es decir, mientras el reconocimiento fotográfico judicial es un medio de prueba que presupone una sospecha dirigida hacia una persona determinada, el recorrido o muestreo fotográfico policial es una medida de in-

investigación que tiene como condición que se ignore qué persona puede haber sido el autor del hecho (Hairabedian, 2002).

El *reconocimiento de cadáveres* es un medio de identificación de fallecidos por muerte violenta, dudosa o sospechosa de criminalidad, de los que se desconoce su identidad y no se la puede establecer por su documentación, testigos o impresiones dactilares (art. 199). Se trata de una medida anacrónica, de nula utilización, que fue transmitiéndose a través de los siglos sin modificaciones de un código a otro, por la cual se debería exhibir públicamente los cadáveres sin identificar (si su estado lo permite) para que la persona que lo conozca pueda contribuir a su individualización.

El *reconocimiento de objetos* (art. 254) es el medio de prueba por el cual se intenta determinar si una cosa traída al proceso, es la misma que ha sido descripta relacionándosela con el hecho investigado (v. gr., la víctima describe la vestimenta y el arma del delincuente y posteriormente se secuestran armas y vestimentas en un allanamiento en la casa de un sospechoso). El trámite que prevé la ley para este acto procesal, es, en lo posible, el mismo que el estipulado para el reconocimiento en rueda de personas. Se acepta, como trámite previo a la restitución, la exhibición de efectos al damnificado cuando se sospeche que pueden haberle sido desaparecidos.

El *reconocimiento de voces* es un medio de prueba *no regulado* expresamente en la ley procesal que tiene por fin determinar por medio de la audición de la voz de una persona, si esa persona participó en el hecho delictivo. Hay ciertos tipos de delitos en los cuales los testigos no pueden ver a sus autores, pero sí los han escuchado (v. gr., amenazas telefónicas, asaltos en los que los delincuentes obligan a las víctimas a que no los miren, etc.). Si hay algún sospechoso, se puede hacer un reconocimiento de voces, con las reglas del reconocimiento en rueda de personas, por ser el medio probatorio regulado, analógicamente más aplicable.

Finalmente, hay ciertos *reconocimientos espontáneos* o informales. La práctica judicial los permite y no están prohibidos,

(siempre que sean espontáneos y no sean utilizados como un modo de eludir la realización del reconocimiento en sentido propio). Las situaciones más frecuentes son cuando un testigo reconoce en la calle al autor de un delito. La valoración de estos reconocimientos estará sujeto a la importancia que le asigne el órgano judicial de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto y conforme a las reglas de la sana crítica racional.

#### 4. Documental

##### *Concepto*

Documento es el objeto material inanimado en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.) mediante signos convencionales, una manifestación de contenido intelectual o inteligible (palabras, imágenes, sonidos, etc.), que expresan un suceso.

El dato que interesa del documento puede ser de *distinta índole* y tener *distintos efectos*.

Es posible que sea el cuerpo del delito ó donde se evidencia su comisión (v. gr., escritura ideológicamente falsa, pagaré con el monto adulterado) y puede aportar datos sobre la individualización del autor (v. gr., filmación en flagrancia), o servir para probar el hecho (v. gr., un acta de inspección ocular del daño labrada por la policía), una circunstancia agravante (v. gr., el matrimonio que califica el homicidio del cónyuge), excusante (v. gr., la filiación que exime de pena el hurto cometido por el hijo en perjuicio del progenitor), de inimputabilidad (v. gr., la edad), un requisito legal (v. gr., la representación para instar la promoción de la acción penal) o la reincidencia (v. gr., sentencia condenatoria anterior). De la ejemplificación precedente se puede apreciar la gran importancia que tiene la prueba de las relaciones de familia en el proceso penal. Si bien en principio éstas se acreditan por las partidas y actas que extiende el registro civil (v. gr., la filiación por la partida de nacimiento), también la legislación y jurisprudencia permite acreditarlas, entre otras formas, mediante fotocopias de libretas de familia y de las constancias del Registro Civil (ley 18.327).

82

### Eficacia probatoria

Para la fortaleza conviccional del documento es necesario que sea auténtico, vale decir, "que reproduzca exacta y fielmente" el hecho que consta en él. Si se trata de un instrumento público expedido con todas las formalidades exigidas por la ley, hará plena fe mientras no sea declarado falso. En cambio, si es un instrumento privado será necesario, para apreciarlo, que no haya dudas sobre su legitimidad, la cual puede ser probada por distintos medios (v. gr., el reconocimiento de su autor, por testigos, etc.).

Por otra parte, se encuentra prohibida la utilización de ciertos documentos, como los que constituyen secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, medios de defensa o relaciones exteriores de Estado, y las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo, siempre que no sean el instrumento o los efectos del delito.

### Medios técnicos

Hoy se discute el valor probatorio de películas, video-grabaciones, grabaciones de voz, tele-faxs, correos electrónicos, etc. En general, se coincide tanto en aceptarlas como documentos, cuanto en condicionar su valor conviccional a la verificación de la autenticidad de las imágenes o los atestados que contienen y a la no violación de garantías constitucionales en su obtención.

La práctica judicial les ha dado una amplia aceptación. El auge de los sistemas de monitoreo de seguridad, permite en numerosos casos documentar la comisión de hechos delictivos (piénsese en los asaltos a bancos que son captados por varias cámaras). Cuando se controvierte la originalidad de las voces, escenas o contenido del documento, existen distintas formas de probar la originalidad de estos documentos. Por ejemplo, el acta de secuestro del casete que indica el lugar donde se encontraba, el testimonio del que hizo la grabación o la filmación o de quienes la presenciaron, una pericia espectrográfica, etc.

### Cámaras ocultas

También ha generado polémica el uso de las cámaras ocultas, principalmente del periodismo de investigación. En general, los tribunales han dado valor a las pruebas obtenidas de esta manera, siempre y cuando el que captó la escena o sonido haya sido autorizado a estar en el lugar o haya formado parte de la conversación (v. gr., el periodista frente al cual habla voluntariamente un funcionario pidiendo coimas; el que graba la propia comunicación telefónica), pues sólo se trataría de la documentación — si bien oculta — de un hecho de la vida en el que el filmador no ha actuado subrepticamente. En cambio, si un tercero, sin autorización judicial, logra introducir furtivamente un micrófono o una cámara en una conversación ajena a la cual no se le permitió acceder, existen obstáculos para dotar de validez el documento así obtenido (v. gr., un periodista se mete a una casa cuando no lo ve nadie y coloca un micrófono oculto para saber lo que hablan los miembros de la familia): en este caso hay violación al derecho a la intimidad.

## 5. Inspección judicial

### Concepto

La inspección judicial es el **medio probatorio por el cual el órgano judicial observa, directa e inmediatamente con sus sentidos, personas, lugares o cosas, buscando en ellos datos que pueden ser útiles para la averiguación de la verdad** (art. 195).

La inspección no se restringe a las percepciones visuales (la denominada "inspección ocular"), ya que se puede utilizar cualquier otro sentido, según la naturaleza del hecho que se pretende probar.

Versará sobre las huellas que indiquen directamente la existencia del delito y sobre cualquier modificación del mundo exterior que éste haya producido, aunque no indique directamente su comisión, pero que pueda ser de utilidad (art. 196).

Debe ser dispuesta por el fiscal o tribunal, según corresponda, e inclusive es una excepcional hipótesis de prueba que puede ser ordenada de oficio por el tribunal de juicio (art. 399).

Si por su naturaleza va a ser definitiva e irreproductible, (v. gr., inspección de un lugar que va a ser demolido), se la debe practicar con notificación previa a los defensores de las partes para que éstos tengan la facultad de asistir (art. 308).

La inspección se puede realizar con el auxilio pericial. Pero dejará de ser tal si las comprobaciones propias del acto no pudieran ser realizadas sólo con conocimientos comunes sino que únicamente puedan ser efectuadas por el perito en virtud de sus especiales aptitudes científicas, ya que en ese caso será una pericia.

Por otra parte, la inspección puede ser conjugada con cierta coerción, ya que el órgano que la disponga podrá obligar a que no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar (art. 197), o a disponer extracciones de sangre, sin riesgo para la salud del inspeccionado (art. 198).

Además de la inspección judicial que se ha desarrollado precedentemente, también se prevé una inspección policial, que no tiene el trámite de la primera, y procede en los casos de actuación de Policía Judicial por urgencia o delegación, consistente en hacer constar el estado de personas, lugares, cosas y cadáveres, inclusive también con el auxilio de fotografías, planos y otras operaciones técnicas (arts. 321 y 324 inc. 3).

## 6. Confesión

### *Concepto*

La confesión es el **reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente, acerca de su participación en el hecho delictivo.**

Quien confiesa debe estar en condiciones intelectuales como para producir una manifestación de conocimiento y voluntad jurí-

dicamente atendibles, realizando el acto en forma libre, sin coacción ni engaño de ninguna naturaleza. En el caso de la Provincia de Córdoba, para valorar la declaración del imputado se exige además que la haya prestado en presencia del defensor (Const. Prov., 40; art. 258, CPP Cba).

Además, como la confesión es contraria al instinto de conservación (porque puede resultar perjudicial para quien la formula) para que tenga efecto, el inculpado debe "dar a conocer las verdaderas intenciones" por las cuales la realiza.

Son condiciones, también, la verosimilitud y credibilidad de acuerdo a otros elementos y las reglas de la experiencia, la sicología y las ciencias; la precisión, la persistencia y uniformidad. Sobre las relaciones entre la declaración del imputado y su confesión, véase el apartado VIII del Capítulo 5, en pág. 263.

### *Confesión extrajudicial*

La confesión puede ser judicial o extrajudicial, según tenga lugar dentro o fuera del proceso. La distinción cobra importancia, porque frente a la exigencia de defensor como condición de eficacia de la declaración, la práctica judicial ha convalidado en muchos casos las confesiones espontáneas que realizan las personas antes de iniciada la persecución penal (v. gr., tras el asalto, el autor cuenta a un amigo que lo acaba de cometer), e inclusive a la autoridad (v. gr., el marido que mata a su mujer porque lo engaña, y tras ello se entrega a la policía contando lo que hizo).

### 6.1. Valor

Como todas las pruebas producidas en el proceso penal, deberá ser valorada con arreglo a las normas de la sana crítica racional. Pero casi nunca podrá ser prueba por sí sola: ya que generalmente requiere corroboración por otras pruebas independientes.

Actualmente, la confesión carece del valor decisivo y excluyente que antes se le atribuía. No releva al juzgador de asentar el juicio de culpabilidad sobre elementos ajenos a esta prueba. Sin

83

embargo, en los últimos tiempos, una importante porción de las sentencias se apoya en la confesión confirmada por otras pruebas, por institutos que permiten abreviar el proceso cuando el acusado reconoce el hecho que se le endilga (véase el apartado III del Capítulo 12, en la pág. 575).

### *Llamado en codelincuencia*

Si bien es posible asignarle algún significado probatorio al dicho inculpativo de un imputado respecto de una tercera persona (co-imputada o no en la misma causa), se trata en general de una prueba peligrosa y de escaso valor conviccional.

La Suprema Corte ha establecido que "respecto a la imputación de los co-procesados debe observarse que las acusaciones de esta especie son siempre, en principio, *sospechosas*, aunque quienes las formulen no hayan de conseguir con ellas excusar o aminorar su responsabilidad penal, por lo cual para que constituyan prueba, es decir, para que susciten convicción en quien juzga, han de tener particular firmeza y estricta coherencia..." (CSJN, fallos: 215:324). Y como una advertencia particular sobre el descrédito del dicho del acusado sobre el hecho de otro, se ha señalado "que aquél puede acusar falsamente como cómplice a un individuo poderoso, en la esperanza de salvarse con él, se comprende así cuán útil será tener a un poderoso aliado" (Framarino, 1978). Sobre la incriminación del imputado "arrepentido", véase el apartado III de este Capítulo, en pág. 347.

## 7. Reconstrucción del hecho

### *Concepto*

La reconstrucción del hecho consiste en la **recreación artificial e imitativa de un hecho en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de determinada manera** (art. 200).

Se trata de una actuación del comportamiento que habrían tenido los protagonistas del hecho a reconstruir, que puede ser tanto el desarrollo total de la acción que constituye el objeto de la imputación, como una parte o circunstancia; o bien hechos ajenos a ella pero relacionados con su prueba (v. gr., si el testigo pudo ver desde donde dice que vio).

### *Propósito*

El propósito de la reconstrucción del hecho es comprobar si éste se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado. Con ella se intentará disipar las dudas existentes al respecto, surgidas ya sea de las versiones discordantes o contradictorias de los imputados, testigos, peritos, etc., o bien de otros elementos de juicio recogidos por la investigación.

La reconstrucción desempeña una verdadera *función de control* sobre la exactitud o verosimilitud de los elementos de pruebas ya incorporados por la investigación. Pero también se podrán adquirir con ella nuevos datos probatorios, que confirmarán o desvirtuarán los anteriores.

### *Trámite*

Por regla, durante la investigación preparatoria la reconstrucción del hecho será dispuesta por el fiscal si es éste quien la está llevando a cabo; o lo hará el Juez de Instrucción o Control si está practicando la investigación jurisdiccional. En la etapa del juicio la ordenará el tribunal, a pedido del fiscal o las partes.

Además, la reconstrucción del hecho es de los actos que deben ser notificados previamente para posibilitar el control de su producción por ser irreproducible (arts. 308 y 309). No se podrá obligar al imputado a que participe en contra de su voluntad, porque actuará como órgano de prueba (art. 200).

Hay situaciones en las que no es legalmente posible hacer la reconstrucción, por la naturaleza del hecho sobre el que recaería. Por ejemplo, cuando se ofenda el sentimiento nacional (v. gr.,



quemar la bandera, ensuciar la figura de un prócer) o la religión (v. gr., atacar una imagen venerada), que sea inmoral (v. gr., exhibiciones obscenas), que afecte la seguridad (v. gr., causar un incendio) o que esté en contra de la piedad hacia los muertos (v. gr., ultrajar un cadáver).

#### Valoración

En orden a una correcta valoración de este medio de prueba, debe tenerse en cuenta que no siempre será posible reproducir fielmente las condiciones de lugar, tiempo y acción en que el hecho a reconstruir se desarrolló. También en las circunstancias que influyen sobre la exacta percepción de los testigos, peritos, etc., que pueden incidir aquí también sobre el propio juzgador que observa directamente el acto.

Para la correcta apreciación del acto, éste puede ser apoyado con *medios técnicos de registración* (v. gr., filmación) o con la ayuda de profesionales (v. gr., psicólogos que observan la conducta de los intervinientes). Pero si van a actuar personas con especiales conocimientos técnicos o científicos y van a extraer conclusiones, las partes deberán tener la posibilidad del control a esta actividad de apoyo.

Actualmente, el desarrollo de la informática aplicada al campo de la investigación penal ha permitido que la reconstrucción se realice de manera virtual. Esta es una herramienta útil en aquellos casos en que no es posible o conveniente materialmente hacer una reconstrucción tradicional (v. gr., explosión en un edificio). Pero en muchos casos esta modalidad se asemejará tanto a la pericia, que requerirá dar la posibilidad de proponer peritos de control.

## 8. Careo

### Concepto

El careo es un **enfrentamiento directo e inmediato (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál de ellas es la que mejor puede reflejar la verdad** (art. 255). La contradicción podrá recaer sobre la existencia de hechos o sobre circunstancias de éstos.

### Propósito

El acto perseguirá la *superación* del desacuerdo y el *esclarecimiento* de los puntos controvertidos, para despejar las dudas derivadas de la discordancia entre los diferentes dichos.

Las declaraciones contradictorias que pueden motivar el careo, pueden ser de imputados o testigos, pero los primeros no podrán ser obligados a participar en el acto en contra de su voluntad, no se les podrá tomar juramento y debe estar presente el defensor, si aceptó carearse el imputado (art. 255).

### Trámite

Por regla, durante la investigación lo dispondrá el fiscal, si es éste quien la está llevando a cabo; o lo hará el Juez de Instrucción o Control, si está practicando la investigación jurisdiccional (art. 255). En la etapa del juicio lo ordenará el tribunal.

Cuando los careados son testigos, el acto no es definitivo ni irreproducible, por lo que no es obligatoria la notificación previa a los defensores de las partes.

### Valoración

El valor probatorio del careo podrá radicar tanto en la superación de las contradicciones de los intervinientes (rectificación, retractación o acuerdo), como de los nuevos elementos que pro-

porcione al órgano judicial la confrontación inmediata entre los careados, para valorar la veracidad y sinceridad de la ratificación o rectificación de los dichos discordantes.

No obstante, siempre habrá que evaluar su resultado *con prudencia*, no sólo prestando atención a las múltiples razones que puedan hacer que uno de los declarantes en contradicción se adhiera en el acto a la versión del otro o que se obstine en mantener la propia, sino también, tratando de evitar *simplificaciones peligrosas* sobre las reacciones de los participantes (v. gr., dudas, nerviosismo, enojo) por cuanto no constituyen evidencia necesaria de la sinceridad o mendacidad (v. gr., una persona que dice la verdad puede actuar mostrando nerviosismo por la tensión del enfrentamiento y alguien que miente puede aparecer vehemente por haber sido preparado).

## 9. Informes

### Concepto

La informativa es el medio de prueba por el cual una persona jurídica, por medio de un representante legal o autorizado, responde de manera escrita un requerimiento judicial sobre datos registrados, útiles para la averiguación de la verdad.

Presupone la previa registración, formal o informal, de los datos sobre los cuales versará el informe. Si se tratare de datos no registrados, que alguna persona ha conocido por medio de sus sentidos, corresponderá recibirle una declaración *testimonial*.

### Trámite

El informe puede ser requerido fijándose un plazo razonable determinado y el incumplimiento puede hacer incurrir al responsable en el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP). Sin embargo, si el representante legal es el sindicado como partícipe, no podrá exigírsele respuesta a éste sobre la conducta típica, por que implicaría obligarlo a declarar en su contra.

### Valoración

El valor del informe estará supeditado a que sea expedido por instituciones públicas, a través de funcionarios autorizados, o por representantes de personas jurídicas privadas, cuando no hubiese duda alguna en cuanto a la autenticidad de la suscripción, pero si ésta se cuestionara, deberá acreditarse por testimonial o pericia caligráfica, en su caso.

En ambos casos, deberá garantizarse la posibilidad de verificar la inserción de los datos en los registros respectivos. También tienen relevancia para la apreciación, la importancia y prestigio de la persona jurídica, la complejidad y seguridad de los métodos de registración y su falta de interés en el pleito.

## 10. Traducción e interpretación

### Concepto

La traducción e interpretación consisten en la transformación al idioma castellano, de declaraciones, documentos o informes que se producen en idioma distinto del nacional (art. 247). También abarca el entendimiento y transmisión de gestos propios de comunicación de algunas personas discapacitadas (v. gr., mudo, art. 133). Mientras la *traducción* recae sobre documentos e informes, la *interpretación* se refiere a declaraciones.

### Propósito

El fin que se persigue es que el tribunal, el fiscal, las partes y el público en general, puedan comprender el contenido del elemento de prueba.

El aumento de las relaciones de toda índole entre los países que forman el Mercosur, ha ocasionado que en muchos procesos penales de nuestro país, se incorporen instrumentos en portugués procedentes de Brasil. Por ello actualmente se debate si siempre es necesaria la traducción. Antes de la integración regional, la doctrina tradicional se inclinó por una respuesta positiva a la cuestión,

pero la tendencia actual es la de evitar la traducción cuando el texto sea de aquellos que, por su claridad y transparencia, resulten fácilmente entendible para cualquier persona que hable el español. Además, debe tenerse en cuenta que uno de los instrumentos del derecho de la integración en el Mercosur, como es el Protocolo de Las Leñas (ley 24.578, B.O. 27/11/95) exime de traducción a documentos públicos, al tiempo que en su preámbulo fija la meta de "contribuir al desenvolvimiento de las relaciones de integración", aspirando al "tratamiento equitativo de ciudadanos y residentes permanentes de los Estados partes". Si bien el protocolo rige en materia civil, comercial, laboral y administrativa, no puede obviarse que las formalidades probatorias de los documentos en general, establecidas en la legislación superior, son aplicables a estas pruebas en el proceso penal.

## 11. Indicios

El indicio es un hecho o circunstancia de la cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro. Este medio ha sido llamado "prueba artificial" y su fuerza reside en el *grado de necesidad del nexa* que relaciona un hecho probado (el indiciario) y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar.

La naturaleza probatoria del indicio surge como consecuencia lógica de su relación con determinada *norma de experiencia*, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor.

La relación entre ambos puede ser *unívoca*, si el hecho indiciario (probado) deriva necesaria y excluyentemente en el inferido, lo cual puede ser razonablemente controvertido (v. gr., si alguien es sorprendido con la cosa hurtada, en flagrancia, puede inferirse con seguridad que es el autor del hurto). En cambio, si el hecho primitivo permite lógicamente indicar *más* de un hecho inferido, el indicio será *anfibalógico* (v. gr., el que es sorprendido con la cosa

hurtada un año después del hecho, puede haber sido el autor, puede haberla comprado, puede haberla encontrado, etc.).

## Valoración

Por ende, la eficacia de este mecanismo probatorio dependerá de varios factores, principalmente de que el hecho generador (hecho *indicante*) esté debidamente probado, del grado de veracidad, la compatibilidad con otros elementos, la norma de experiencia con la cual se lo relaciona, la corrección lógica del enlace entre ambos hechos y el grado de dependencia, la conexión con otros indicios, su calidad, verosimilitud, etc.

Entre los indicios históricamente utilizados, se encuentran, entre otros: a) La capacidad delictiva, consistente en la inclinación a cometer ciertos delitos (el asesino serial, el exhibicionista, la crueldad hacia los animales), que pueden probarse por los antecedentes computables o pericias psiquiátricas y psicológicas. b) El móvil, ya que todo delito doloso reconoce una motivación que lo determina (lucro, codicia, soberbia, pasión, venganza, ira, crueldad, necesidad, etc.). c) La oportunidad y presencia, que es aquella condición especial en la que se halla una persona por la cual le resulta fácil cometer el delito (v. gr., el empleado que maneja dinero del patrón; a veces resulta de singular importancia si en el momento y lugar del hecho sólo hubo una persona). d) Las huellas, efectos y rastros del delito, que son aquellos vestigios y objetos que permiten relacionar a una persona con el hecho ilícito (v. gr., la huella dactilar en el escenario delictivo, la tenencia de la cosa robada, la sangre del muerto en la vestimenta del imputado). e) Las manifestaciones y actitudes anteriores y posteriores al delito (v. gr., búsqueda de ayuda, mala justificación, fuga, eliminación de huellas, amenazas a testigos, soborno, cambio de situación económica, remordimiento, disculpas, etc.).

Pero también se ha señalado que a veces estas circunstancias pueden resultar finalmente "contraindicios", es decir, que admiten una explicación exculpante (v. gr., el autor del hecho colocó el arma homicida en el armario de otra persona; el inocente que cambia de

85

lugar un objeto para no ser injustamente acusado; el tenedor de la cosa robada que la compró de buena fe, etc.).

## 12. Presunciones

La presunción es una norma legal que suple en forma absoluta o relativa la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción. A su vez, esta autorización puede ser sin admitir prueba en contrario (*juris et de iure*) o admitiéndola (*juris tantum*).

Se halla excluida con relación a la prueba del hecho del proceso penal, aunque a veces se la acepta respecto de hechos con incidencia penal (v. gr., se presume que todo menor de 16 años es inimputable por inmadurez mental) o procesal (v. gr., presunción de fuga del imputado derivada del monto de la pena del delito atribuido).

## II. MEDIOS AUXILIARES DE PRUEBA

Así como existen medios de coerción personales y reales, también hay algunos procedimientos que tienen por objeto facilitar estas medidas, como así también la búsqueda o conservación de pruebas, que por importar en sí mismas restricciones o limitaciones a derechos, tienen carácter coercitivo.

### 1. Registro

#### *Concepto*

Es la observación de un lugar en búsqueda de cosas o personas relacionadas con el delito que se investiga, dispuesta por la autoridad judicial competente.

El lugar sobre el que recaerá esta medida debe ser un sitio constitucionalmente protegido, es decir, que involucre la intimidad

de las personas o que sea propiedad privada. En consecuencia, si no están de por medio estos derechos, no será necesaria una orden judicial para revisar lugares (v. gr., una plaza, una cabina de teléfono público).

Son sus requisitos: a) que haya motivos para presumir que en el lugar puedan estar las cosas o las personas que interesan a la investigación; b) que sea determinado, tanto en relación al lugar que se pretende registrar, como en cuanto al objeto que se persigue (art. 203).

Es una típica medida de la investigación, aunque nada impide que sea dispuesta en el juicio. Puede ordenarlo el fiscal durante la investigación, siempre y cuando no recaiga sobre una morada u otros locales cerrados (art. 203), en cuyo caso deberá disponer el juez el allanamiento (v. gr., puede ordenarlo el Ministerio Público, si se tratara de un campo).

### 2. Allanamiento

#### *Concepto*

Es el ingreso a una morada o local cerrado con el fin de practicar un registro u otra actividad procesal.

Esta medida constituye una excepción reglamentaria del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional, y por tal motivo debe usarse siempre con criterio restringido.

#### *Propósito*

Si bien frecuentemente se utilizan como sinónimos los términos registro y allanamiento, de la caracterización que se ha realizado de ambos vocablos puede observarse que el registro es una de las actividades, pero no la única, que puede desplegarse por medio de un allanamiento. Es decir, el allanamiento es un *medio*, el registro, uno de los fines que puede perseguirse.

Un allanamiento también puede ser ordenado para practicar actos procesales que no constituyen registro, por ejemplo, trabar un embargo, trasladar un testigo por la fuerza pública, sacar fotografías a la casa del imputado, etc.

#### Trámite

La orden de allanamiento debe emanar de un órgano *jurisdiccional*, ya que únicamente los jueces están facultados para librarla, aunque pueden delegar su ejecución en la policía, expresando la identidad del autorizado y plazo (art. 203). Se debe exteriorizar mediante resolución fundada y determinada, tanto en cuanto al domicilio, como en relación al objeto (art. 45, Const. Prov.). El lugar debe estar indicado de manera tal que no pueda confundírsele con otro (v. gr., especificando calle y número o descripción de la vivienda). La actividad que se persigue realizar debe estar enunciada y relacionada a cierta investigación, aunque no se la detalle (v. gr., secuestrar elementos relacionados a tal investigación).

Cuando la medida deba llevarse a cabo en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, sólo podrá comenzar desde que salga hasta que se ponga el sol. No obstante, se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consientan, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando peligre el orden público (art. 204).

#### Allanamiento sin orden

Excepcionalmente se permite a la policía el allanamiento *sin* la respectiva orden judicial en los siguientes casos (art. 206):

- a) Si por alguna emergencia (incendio, explosión, etc.) hubiese peligro para la vida de los habitantes o la propiedad.
- b) Si personas extrañas han sido vistas ingresar con indicios manifiestos de cometer un delito.

- c) Si voces provenientes de una casa o local indicaren que allí se está cometiendo un delito o pidieran socorro. Se ha considerado equivalente al anuncio de delito o socorro, a las alarmas.
- d) En caso de que se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persiga para su aprehensión. Puede tratarse tanto de casa ajena, como de la propia del perseguido.

#### La cuestión tecnológica

Actualmente se discute si los requisitos que la legislación impone para el ingreso *físico* a un domicilio son también exigibles para ciertas invasiones a la intimidad en lugares cerrados, que se realizan desde el exterior con ayuda de *medios técnicos* que amplían la capacidad humana de observación y detección (v. gr., micrófonos direccionales que captan lo que se habla dentro de la casa; cámaras con *zoom* que filman o fotografían lo que sucede en el interior de la vivienda). La posición dominante entiende que, para ser eficaces, las afectaciones a la intimidad doméstica que se realicen desde el exterior y con apoyo de tecnología, deben realizarse con los *mismos recaudos* que se necesitan para el allanamiento físico; esto es, orden escrita, fundada y determinada, emanada de juez competente. En cambio, se sostiene que no hace falta orden judicial para la mera observación externa a simple vista de una morada, ni para la detección de droga o explosivos, desde afuera, mediante medios no idóneos para afectar la intimidad (v. gr., el olfateo de canes adiestrados o artefactos de detección térmica). Tampoco para observar un predio abierto desde un vuelo conforme a la reglamentación aeronáutica.

### 3. Requisa personal

#### Concepto

Es la **búsqueda de cosas relacionadas con un delito, efectuada en el cuerpo o ropas de una persona.**

86

Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia extiende el ámbito de la requisita a las cosas que la persona traslada en bolsos, equipajes, carteras y automóviles.

Sólo se la podrá ordenar cuando haya motivos suficientes para presumir que allí oculta objetos vinculados al hecho delictivo que se investiga (art. 208). Se requiere una presunción basada en datos objetivos que justifiquen la afectación a la libertad y al pudor de la persona, en aras al descubrimiento de la verdad.

#### *Trámite*

Si bien debe ser dispuesta por orden escrita y fundada de autoridad judicial competente (art. 208), en casos urgentes (v. gr., en la vía pública, lejos del juez o fiscal) se faculta a la policía a realizarla, siempre y cuando se den los motivos de sospecha que autoricen a presumir que la persona lleva consigo elementos relacionados al delito (art. 324, inc. 4).

Deberá ser practicada separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hiciera sobre una mujer, será efectuada por otra persona del mismo sexo (art. 209).

#### *Requisita procesal y requisita preventiva*

No debe confundirse esta requisita que regulan los códigos procesales, con las requisitas *preventivas* que puede hacer la autoridad administrativa en virtud del poder de policía. Mientras el cateo que autoriza la ley procesal presupone la sospecha de comisión de un delito y tiende a su investigación, en las administrativas el fin es netamente preventivo.

De ser absolutamente necesaria, la requisita dispuesta en el marco del Código puede implicar el examen completo de determinada persona (v. gr., obligarla a que se desnude), o su retención hasta que finalice el acto. En cambio, si es meramente preventiva debe ser genérica (palpado de armas a los que entran a la cancha, control radial o electrónico a los que abordan un avión), fugaz (no

se puede demorar al requisado) y no invasiva de la intimidad (externa).

#### **4. Interceptación de correspondencia**

##### *Concepto*

Es la **interrupción del itinerario de una correspondencia por orden jurisdiccional, desde que es enviada por el remitente hasta el momento en que es recibida por el destinatario, a fin de obtener elementos de prueba útiles para la averiguación de la verdad o para asegurar la incomunicación del imputado.**

Afecta el derecho a la intimidad y las garantías de la libre circulación e inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados, consagrados por el sistema constitucional, con el objeto de asegurar los fines del proceso penal. Por eso, sólo debe ser autorizada excepcionalmente, mediante orden escrita, fundada, determinada y limitada en el tiempo, siempre que la correspondencia haya sido remitida por el imputado o destinada al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto (art. 214).

La medida puede recaer sobre la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto que se halle en tránsito (v. gr., encomienda) y bajo la custodia de un servicio de correo o telégrafo de carácter público o privado.

La legislación excluye de la interceptación, las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo (art. 212).

##### *Apertura*

Una vez que tenga en su poder la correspondencia o efectos interceptados, *sólo el juez* podrá proceder a su apertura, examinará los objetos y leerá el contenido de la correspondencia, lo cual conigura una verdadera garantía contra la divulgación indebida. Si tuviera relación con el proceso y fuese útil para la averiguación de la verdad, se ordenará su secuestro. En caso contrario, el juez de-

berá mantener en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos.

## 5. Intervención y escucha de comunicaciones

### Concepto

Consiste en la orden de un juez de tomar conocimiento de las comunicaciones, cualquiera sea el medio técnico utilizado, efectuadas por el imputado o dirigidas a éste, con la finalidad de enterarse y registrar lo conversado, o impedir la conversación (art. 216).

De esta forma, la intervención es una restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, que forma parte de la protección constitucional de la intimidad (Const. Prov., art. 46).

### Propósito

No obstante que uno de los fines de la interferencia es conocer las comunicaciones del imputado, ello no significa que sólo pueda intervenir su teléfono. También podrá dirigirse hacia otro teléfono si se supone que a través del mismo se podrá acceder al discurso del sospechoso (v. gr., el teléfono de los familiares de un secuestrado). Sin embargo, está vedado intervenir las comunicaciones entre el imputado y su defensor.

Cuando la finalidad perseguida sea la de impedir la comunicación se puede incomunicar o bloquear la línea. En cambio, si se quiere conocer el contenido, éste deberá quedar documentado en soporte tradicional (transcripto en papel) o de otra manera (grabado en casete, disco compacto, etc.), evitando que se ventilen todas aquellas circunstancias que no sean de interés para la causa.

Esta medida es de aplicación no sólo al teléfono fijo, sino también a la comunicación en general, como los celulares, el fax, el correo electrónico. También puede recaer sobre conversaciones captadas con micrófonos direccionales u ocultos y para los mensa-

jes sonoros o escritos que están siendo enviados hacia aparatos de telefonía.

### Trámite

La orden que disponga la intervención, debe emanar de un juez, ser escrita, fundada (art. 216), determinada y tener un plazo. Aunque es una medida típica de la investigación, nada impide que se la disponga en la etapa del juicio.

## III. MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

Excepcionalmente, la legislación nacional autoriza para la investigación de ciertos tipos de delitos graves (principalmente vinculados al narcotráfico), acudir a ciertas figuras probatorias, que pueden tener gran poder de lesividad para los derechos fundamentales. Por eso, cada una de éstas plantea serios interrogantes acerca de su justificación constitucional.

### 1. Justificación

Quizá bajo la influencia de una "concepción bélica" ("guerra contra la delincuencia") del proceso penal, han ido apareciendo en la legislación los llamados medios de prueba "extraordinarios". Originariamente justificados para reforzar la investigación de hechos delictivos también "extraordinarios", (no sólo por su inusitada gravedad sino también por los *serios* problemas que presentan para su investigación), estos medios de prueba encierran el grave riesgo (o lo que es peor, el propósito) de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal, como medio — no tan novedoso como ilegalmente explícito — para darle *más eficacia* respecto de aquellos ilícitos. Y lo peor es que pugnan peligrosamente por "ordinarizarse", procurando extender su aplicación a procesos por cualquier tipo de delito (sin importar su entidad ni los problemas de su comprobación).



### 1.1. Límites constitucionales

Hoy son ya familiares para la opinión pública (aunque, afortunadamente, no por ello muy apreciados) nuevos protagonistas del proceso penal, tales como el “agente encubierto”, el “informante”, el “arrepentido”, el testigo de “identidad protegida”, etc. La mayoría de ellos son *totalmente inaceptables* frente a nuestro sistema constitucional, pudiendo los pocos restantes tener una *mínima y transitoria* aceptación excepcional sólo cuando su auxilio sea *indispensable* para superar dificultades *insalvables* por los medios probatorios ordinarios en la investigación de *gravísimos* delitos. Esto siempre que su actuación y el valor de su información se enmarquen en una *rígida legalidad*, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos (condición cuyo logro *presupone* jueces, fiscales y empleados judiciales y policiales con condiciones personales y funcionales realmente acordes con su investidura).

### 2. El agente encubierto

**El agente encubierto es un funcionario público que, fingiendo no serlo (simulando ser delincuente), se infiltra en una organización delictiva con el propósito de proporcionar, desde el seno de la misma, información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y, a través de ello, el desbaratamiento de la asociación delictiva.**

En la jurisdicción provincial no tiene posibilidad de aplicación práctica, pues sólo está previsto para ciertos delitos de competencia federal (v. gr., ley de narcotráfico).

Se lo exime de responsabilidad penal cuando como consecuencia de su actuación hubiese sido compelido a cometer un delito (v. gr., tener droga), siempre que no implique poner en peligro la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro (v. gr., una violación).

La validez de actuación del agente encubierto está supeditada, entre otros requisitos, a que no actúe como provocador, es decir, que no se involucre de tal manera que

hubiese creado o instigado la ofensa criminal en cabeza del delincuente. Por eso, la jurisprudencia ha declarado que la finalidad de esta figura debe limitarse a observar, informar, prestar eventualmente actos de colaboración tendientes a encubrir su verdadero rol y, en última instancia, frustrar la acción del autor o autores. Sin embargo, la Corte Suprema, siguiendo jurisprudencia norteamericana, ha considerado que no existe una provocación ilícita cuando el imputado tenía una predisposición para cometer el delito desde antes de que entre en acción el agente encubierto, de manera tal que éste “simplemente aprovecha las oportunidades y facilidades que le otorga el acusado”.

### 2.1. Riesgos

Se ha discutido el valor que pueden tener, a la luz de nuestro sistema constitucional, las manifestaciones de imputados que pueda obtener el agente encubierto, la prueba que de éstas deriven, y las evidencias que obtenga en el interior de viviendas y otros locales protegidos constitucionalmente. Aunque estas actividades tienen serios reparos por parte de doctrina autorizada, lo cierto es que la jurisprudencia viene convalidando estas fuentes de conocimiento.

En la práctica judicial argentina, **no ha sido frecuente** la utilización de esta figura y en varios casos no han resultado eficaces los aportes obtenidos, teniendo en cuenta el riesgo que significa la actividad, tanto para el agente encubierto, como para las garantías constitucionales.

### 3. El informante

Extendido uso ha tenido en la investigación penal el “informante”, sujeto que no forma parte de ninguna institución pública y desde el anonimato aporta datos sobre hechos delictivos. Los intereses que mueven a los informantes pueden ser variados, desde colaborar con la autoridad en el descubrimiento de ilícitos “sin dar la cara”, hasta la venganza, o recibir algo a cambio, como puede ser

dinero o impunidad (en este último caso, una violación al principio de legalidad).

### 3.1. Riesgos

Pero como éste no es funcionario, no estará sujeto en su actuación a ninguna disciplina ni jerarquía, ni siquiera a los deberes genéricos de la actividad pública, lo que quita a su actividad cualquier vestigio de juridicidad.

Cualquiera sea la aceptación que las leyes puedan hacer de estos personajes, los datos que aporten sólo podrán generar una actividad del Estado tendiente a corroborar, aun sumariamente, su posible veracidad. Sin embargo, por sí solos no servirán para fundar ninguna medida de coerción. Además, hay que enfatizar que las informaciones que aporten no podrán tener eficacia alguna cuando hayan sido obtenidas violando la constitución.

## 4. El arrepentido

Otra posibilidad excepcional que en los últimos tiempos se comenzó a admitir en nuestro derecho es la **de reducir la pena que le correspondería, y aun eximir de ella, al coimputado que colabore con la investigación de "delitos organizados", aportando datos de importancia.** Se lo conoce como "arrepentido". En la jurisdicción provincial es remota la posibilidad de su aplicación práctica, ya que está previsto para delitos generalmente federales (v. gr., narcotráfico, terrorismo, secuestros). Pero puede ser una excepción lo previsto por la ley n° 25.742 llamada "antisequestros".

### 4.1. Eficacia

Por extensión de lo que se autoriza en otros países y desde hace tiempo entre nosotros, en relación con la prueba de gravísimos delitos (v. gr., la conspiración para la traición), se legisla esta controvertible decisión, sólo porque se la postula como necesaria en muchos de estos casos, para descubrir y castigar a integrantes

de poderosas organizaciones delictivas (v. gr., las dedicadas al narcotráfico), y así evitar su avance y consolidación, objetivos que no serían posibles de alcanzar mediante las vías probatorias ordinarias.

Aunque a veces la jurisprudencia ha permitido el ocultamiento a las partes de la verdadera identificación del arrepentido, en nuestro sistema no está previsto que el imputado que opte por declarar los datos supuestamente útiles a la investigación lo haga bajo identidad reservada.

### 4.2. Riesgos

Pero debe tenerse especial cuidado en la valoración de los datos que aporte este mal llamado "arrepentido", porque en realidad es un imputado delator, que dará información por el interés de beneficiarse procesalmente y no por un ánimo de colaborar con la justicia, por lo que los conocimientos que brinde deberán ser tomados como una pauta de investigación tendiente a obtener elementos de prueba corroborantes. Es que, en verdad, aquél entrega a sus cómplices no porque se arrepienta de nada, sino sólo para conseguir un alivio de su situación frente a la ley, en busca de lo cual muy probablemente no se detendrá en "detalles" (v. gr., ser veraz), ni mostrará mayores escrúpulos que los evidenciados al cometer el delito en cuya investigación luego "colabora".

## 5. El testigo de identidad protegida

El "testigo de identidad protegida" es una figura extraordinaria que **permite el ocultamiento de la identidad de aquellas personas que hubiesen colaborado con la investigación como testigos, cuando se temiere un riesgo cierto para su integridad física o la de su familia.**

Procede cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física, y se procura que el testigo aporte los datos que tiene para la investigación, *sin padecer esos males.* Las medidas protectivas quedan libradas a las que el tribunal estime adecuadas.

88

### 5.1. Riesgos

Una importante corriente de la doctrina y la jurisprudencia han considerado a esta institución violatoria de garantías constitucionales, como el derecho de la defensa a interrogar a los testigos de cargo en igualdad con la acusación. En esta línea, se ha afirmado que la reserva de la identidad imposibilita a la defensa conocer las cualidades personales del testigo, averiguar sobre sus antecedentes y demás condiciones particulares que pueden servir para afectar la eficacia del interrogatorio a que se lo somete y, posteriormente, a su adecuada crítica y evaluación. Y esta imposibilidad de la defensa se proyecta también al tribunal, ya que si bien los jueces conocen la verdadera identidad pueden no conocer ni investigar, interrogar o advertir cuestiones que la defensa sí saque a la luz durante el debate.

#### *Eficacia*

Por eso, los tribunales han sido sumamente **cautelosos** a la hora de valorar estos testimonios desde la clandestinidad y en general se los viene considerando por sí solo insuficientes para fundar una condena.

A nivel provincial se creó la Oficina de Protección al Testigo (decreto 1015 del 11/7/00 reglamentario del art. 7 inc. "e" de la ley 8835 y de los arts. 219 y 308 del CPP Cba.), cuya misión es "asegurar la vida e integridad personal al que depone en el carácter de órgano de prueba". Reciente jurisprudencia ha exigido que el imputado sea informado en el acto de su declaración, de la *identidad real* del testigo, como condición para su eficaz posibilidad de defensa, bajo pena de nulidad.

- I. **COERCIÓN PROCESAL.** Noción. Clases.
- II. **LA COERCIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO.** Concepto; su manifestación según los paradigmas procesales. Marco constitucional. Naturaleza; caracteres. Justificación frente al principio de inocencia. Controles.
- III. **FINES.** Límites. Presupuestos. Correcciones necesarias.
- IV. **REGULACIÓN CONCRETA.** Situación de libertad. Medidas sustitutivas. Caucción. Citación. Detención. Incomunicación Arresto. Aprehensión sin orden judicial. Recuperación de la libertad.
- V. **PRISIÓN PREVENTIVA.** Concepto; excepcionalidad; criterios; presupuesto probatorio; alternativas; cesación: criterios. Límite máximo de duración de la prisión preventiva: fundamento y regulación legal. Recursos ordinarios y extraordinarios. Indemnización.
- VI. **COERCIÓN REAL.** Noción. Secuestro penal. Clausura de locales.

### I. COERCIÓN PROCESAL

#### 1. Noción

Por *coerción procesal* se entiende, en general, toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto (o, mejor sería decir, algunos de sus fines, porque la protección de la dignidad personal, los derechos del imputado, la tutela del interés de la víctima y la solución del conflicto entre ambos, expresado en el delito, son también fines del proceso).

Nota típica de la coerción procesal es la posibilidad del empleo de la fuerza pública para la restricción a los derechos. Esta idea comprende tanto su utilización directa (v. gr., la detención del imputado) como la amenaza de aplicarla (v. gr., citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de no comparecer).

La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino meramente instrumental: sólo se conciben como cautelares y necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (v. gr., allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de locomoción, etc.) o patrimoniales (v. gr., embargando sus bienes). Pero pueden también afectar a terceros, como, por ejemplo, al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal, o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.

## 2. Clases

Las medidas de coerción procesal pueden afectar derechos patrimoniales o personales. Esto da lugar a la tradicional distinción entre coerción real y coerción personal. La primera importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio; la segunda es una limitación a la libertad ambulatoria de la persona.

## II. LA COERCIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO

### 1. Concepto

Conforme a la normativa que desarrolla el sistema constitucional argentino (Constitución Nacional y tratados internacionales incorporados a ella en el mismo nivel, art. 75 inc. 22), podemos decir que la coerción personal del imputado es la excepcional restricción o limitación que puede imponerse a su libertad, sólo cuando fuere imprescindible para asegurar que el proceso pueda desenvolverse sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no sea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado, y que éste cumpla la pena que ella imponga.

Por afectar un derecho constitucionalmente garantizado (la libertad ambulatoria del art. 14, CN), las medidas en que se traduce deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas en las leyes procesales, reglamentarias de aquéllas (art. 31, CN): éstas deberán predeterminar los casos y las formas en que cada restricción cautelar podrá imponerse. Todas estas normas, aunque autorizaran restricciones a ese derecho, tendrán el valor de fixar los límites precisos e insuperables en que la coerción personal podrá desenvolverse legítimamente, pues fuera de ellos será arbitraria.

Si bien los conceptos generales que se desarrollan a continuación son aplicables a cualquier forma de coerción, siempre estamos pensando en la más severa de ellas, que es el encarcelamiento procesal.

### 2. Su manifestación según los paradigmas procesales

El tratamiento de este tema en la legislación positiva y en la práctica judicial, se encuentra íntimamente relacionado con el modelo de proceso penal al que se adscribe: si es de carácter autoritario, o influido fuertemente por este paradigma inquisitivo, el proceso — con su innegable connotación estigmatizante — en general,

89

y la coerción procesal, en particular, serán utilizados como penas anticipadas respecto del imputado, el que se *presupone* culpable, castigando así la mera sospecha o apariencia de culpabilidad. Si el modelo es democrático (garantista) o influido por el paradigma acusatorio, en cambio, no usará al proceso ni a la privación de libertad con fines punitivos pues, hasta que se pruebe la culpabilidad del imputado, éste se presupone *inocente*.

### 3. Marco constitucional

La Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella a su mismo nivel (art. 75 inc. 22, CN), y la Constitución de la provincia de Córdoba contienen una verdadera constelación de normas reguladoras de la situación jurídica y de la coerción personal del imputado.

#### *La Constitución Nacional*

El imputado tiene, en principio, el derecho a permanecer en libertad durante el proceso, pues la Constitución Nacional en su artículo 14 le garantiza el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Tal garantía es permanente; acompaña (podríamos decir) al habitante en todos los momentos de su existencia, aun mientras se desarrolla el “juicio previo”.

a) La propia Constitución admite que, como retribución por un delito, se le restrinja a un individuo la libertad por ella garantizada, pero con la condición de que la decisión que así lo disponga sea precedida por un juicio: nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18, CN, que también hace referencia a las cárceles).

La cuestión, en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará el derecho del artículo 14. Esto permite afirmar que el estado normal (por así llamarlo) de una persona sometida a proceso,

antes de ser condenada, es el de libre locomoción (art. 14, CN). La privación de libertad será, entonces, *excepcional*.

b) A su vez, la finalidad constitucional de “afianzar la justicia” hacia la que se orienta el “juicio previo”, requiere que no se impida ni se obstaculice su realización, que sus conclusiones se asienten sobre la verdad, y que se cumpla realmente lo que en él se resuelva. Si el imputado (que fuera culpable), abusando de su libertad, pudiera impedir la condena (falseando las pruebas o no compareciendo al proceso) o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer (fugando), la justicia lejos de ser afianzada sería burlada.

Para evitar tales peligros la propia Constitución autoriza el “arresto” del sospechoso (arts. 18 y 69, CN). Este poder de arresto — que sólo se debê poner en manos de órganos judiciales (única “autoridad competente” en el “juicio previo”) — resulta así una medida *cautelar* excepcional dirigida a neutralizar los peligros graves, por los *serios y probables*, que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de su destino de afianzar la justicia.

c) Es claro que sólo la *necesidad* de evitar aquellos riesgos es la única razón que lo justifica, de modo que si no existen, o existiendo pueden neutralizarse de otra forma, el arresto carecerá de justificación constitucional. La privación de libertad sólo puede autorizarse cuando sea *imprescindible* y, por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa.

Adviértase, sin embargo, que si la Constitución no pone en manos del “juez natural” para tal finalidad otra potestad mayor, y que los riesgos pueden ser de muy diverso grado, será preciso concluir que “el arresto” — máximo poder autorizado — está destinado a neutralizar peligros también máximos (máxima necesidad). No parece lógico que se haya querido que, ante el más mínimo riesgo para los resultados del proceso, el magistrado corra a ejercer su máximo poder. La medida de precaución debe ser *proporcionada* al peligro que se trata de prevenir, lo que obliga a aceptar que frente

a riesgos menores, las medidas enderezadas a neutralizarlos deberán ser de menor intensidad.

d) Aparece así la idea de un escalonamiento coercitivo compuesto por medidas de diverso grado, que pone de manifiesto el derecho del imputado a la *coerción menos grave* adoptado por el art. 18, in fine, CN, que prohíbe imponer al “reo” — y con mayor razón a quien todavía no lo es — restricciones a su libertad que excedan el límite de lo imprescindible. Queda proscripta, así, la coerción innecesaria o desproporcionada.

No obstante el escalonamiento previsto en las leyes procesales, es exagerada la distancia entre la coerción más grave, que importa privación de libertad en cárceles para encausados (con los irreparables perjuicios que ello acarrea al afectado), y la más leve que no la conlleva. Esta brecha debe llenarse con un mejor desarrollo de otras alternativas coercitivas que impuestas separadamente, o combinadas entre sí, proporcionen un abanico de posibilidades que garanticen la sujeción del imputado al proceso sin necesidad del encierro carcelario.

e) Consecuentemente, se admite la limitación de su duración por el *mero* transcurso de ciertos plazos (y con independencia de la subsistencia de las razones que la motivaron), considerados *razonables* para concluir el proceso con el resguardo de los fines que la medida de coerción tutela, para evitar que, por su extensión, se convierta en una pena anticipada.

Sin embargo, hoy se levantan voces autorizadas que señalan que si en verdad se cree en el principio de inocencia, el encarcelamiento procesal no puede justificarse sino por un plazo sumamente breve (mucho más breve que el admitido como “razonable” por las legislaciones procesales vigentes, que siempre se computa en años).

*Las normas supranacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN)*

Los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75 inc.

22, CN), al imponer condiciones a la privación de libertad durante el proceso, le han conferido expreso respaldo a su imposición (lo que sólo aparentemente resulta paradójico). Porque de la armonización de las explícitas disposiciones de la CADH (art. 7), la DUDH (art. 9), la DADDH (art. XXV) y el PIDCP (art. 9) se desprende el reconocimiento al derecho a la libertad ambulatoria; que éste sólo podrá ser restringido excepcionalmente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano (preexistentes) por las constituciones o por las leyes dictadas en su consecuencia, y en los casos y bajo las formas o procedimientos prescriptos en ellas; que el afectado por la privación de libertad tiene derecho a un recurso judicial sin demora para el examen de la legalidad de tal medida; y a ser juzgado sin dilación dentro de un plazo razonable, o ser puesto en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso y la imposición de garantías para su comparecencia a las diligencias procesales, o al acto del juicio, o para la ejecución del fallo. Fuera de estos casos, la detención o encarcelamiento serán “arbitrarios”. Hay quien opina, que no existe tal respaldo, sino que lo que la citada normativa internacional hace es sólo “reconocer situaciones preexistentes en los Estados; no autorizarlas ni respaldarlas, imponiendo, aun en estos casos, límites” (Balcarce, 2002). Cuando éstos sean legítimos, deberán ejecutarse con el respeto debido a la dignidad inherente a la persona humana, aspecto que — en la práctica — todavía sigue siendo una mera aspiración.

#### *La Constitución Provincial*

También la Constitución Provincial en sus arts. 42, 43, 44 y 47 se ocupa pormenorizadamente de la coerción personal del imputado. Acudiremos a ella en el desarrollo siguiente.

#### 4. Naturaleza

Surge así la verdadera naturaleza de las medidas de coerción personal contra el imputado: son *cautelares*, porque no tienen un fin en sí mismas (no son penas), sino que (son medios que) tienden a evitar los peligros que pueden obstaculizar la consecución de los

finde del proceso. Protegen de ese modo el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, lo que, hasta ahora, constituye la mejor justificación esgrimida a su favor, aunque se discute si éste es suficiente fundamento frente al principio de inocencia, cuyo origen histórico fue el de evitar que la prisión preventiva fuese utilizada como pena (v. gr., "Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano", 1789, art. 9).

### 5. Caracteres

De lo expuesto, es posible señalar los caracteres de las medidas de coerción personal.

Son excepcionales, porque el estado normal del imputado durante el proceso es el de libertad. Así lo disponen expresamente algunas constituciones (v. gr., Const. de Córdoba, art. 42) y el PIDCP que reza: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general" (art. 9.3).

Sólo será legítima su imposición cuando sean indispensables para lograr aquellos fines: es decir, no sustituibles por ninguna otra de similar eficacia pero menos gravosa. En tal caso se deberá seleccionar la que sea proporcionada con el peligro que se trate de evitar.

Su aplicación se condiciona a la existencia de cierta cantidad de pruebas de culpabilidad, porque sólo ellas mostrarán como posible la condena que las medidas de coerción intentan cautelar.

Su duración se subordina a la necesidad de su aplicación y mantenimiento. En cuanto tal necesidad desaparezca, por desaparición de las razones que la determinaron, o por su atenuación (v. gr., un cambio de calificación legal; la disminución de la amenaza penal por el transcurso del tiempo de encierro), la medida de coerción deberá cesar: es la nota de provisionalidad.

La privación de libertad durante el proceso no puede exceder un límite temporal razonable para llegar a una sentencia, sin que se pretenda obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria.

Por afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia, ocasionándole además serios perjuicios, no pueden ser aplicadas analógicamente (salvo, *in bonam partem*), y deben ser interpretadas restrictivamente.

Debe procurarse que no afecten — más allá de lo que implica su imposición — otros derechos del imputado cuya restricción no sea necesaria para cautelar los fines del proceso, sobre todo el de su honorabilidad cuya lesión se proyecta además, sobre su vida de relación, su vida familiar y su trabajo.

Su ejecución debe ser respetuosa de la dignidad inherente al ser humano.

### 6. Justificación frente al principio de inocencia

Ahora bien, si se repara que el art. 18 de la Constitución Nacional, al prohibir que la pena pueda ser impuesta antes de una declaración de culpabilidad emitida como culminación del juicio previo, está consagrando una situación o estado de no culpabilidad durante el trámite del proceso (hoy expresamente receptado por los tratados internacionales incorporados a aquélla — art. 75 inc. 22 —), las conclusiones a que se arriba precedentemente encuentran su fundamentación natural. Sólo la extrema necesidad, verificada en cada caso, de evitar que con su accionar frustre los fines del proceso es lo que puede justificar la aplicación y duración de las medidas coercitivas en contra de una persona que goza de un estado jurídico de inocencia (art. 18, CN). Porque si es inocente, debe ser tratado como tal durante todo el proceso, lo que significa no sólo la prohibición de penarlo con medidas de coerción procesal antes del fallo condenatorio, sino también la de menoscabarlo arbitrariamente en sus derechos a la libertad con el modo de imposición de las medidas cautelares (v. gr., espectacularidad). Sin embargo hay quienes sostienen que "toda la coacción procesal (incluyendo la prisión y la detención preventiva) tiene carácter penal y que la misma, y el principio de inocencia son, en definitiva, incompatibles" (Zaffaroni, 1984).



### 7. Controles

La normativa supranacional incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc 22) y el Código, establecen un sistema de controles judiciales y jurisdiccionales, en al menos dos instancias, sobre las medidas de coerción más graves (v. gr., la prisión preventiva). La jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional y el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba han ampliado este control a los recursos de casación y extraordinario (ley 48), respectivamente (ver el apartado V de este capítulo, en pág. 387).

Además, en cualquier caso (y bajo la imputación de cualquier delito), y a diferencia de lo que disponen la mayoría de los códigos vigentes, debe autorizarse *siempre*, como lo hace el de Córdoba (arts. 333 y 283 inc. 2) un nuevo examen de la situación de encierro, tendiente a demostrar que la privación de la libertad no es absolutamente indispensable para salvaguardar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. No puede haber más presunciones *iuris et de iure* en esta materia.

### III. FINES

El desarrollo precedente permite delinear los fines de la coerción personal, precisando sus límites.

#### *Tutela de la investigación*

Las medidas en que ésta se traduce tienden a evitar que el imputado pueda obstaculizar la investigación de la verdad aprovechando su libertad para borrar o destruir las huellas del delito, sobornar o intimidar a los testigos, o concertarse con sus cómplices. Accesoriamente, se las autoriza cuando las alternativas del proceso tornen necesaria su presencia para medidas probatorias en las que deberán actuar como objeto de prueba (tales como una inspección corporal, un reconocimiento de identificación, etc.).

Pero como en todo caso la justificación de las medidas restrictivas se basará en el peligro de que se actúe sobre las pruebas del delito, frustrando o dificultando su obtención o viciando su correcta valoración, si tal riesgo no existe inicialmente o luego desaparece, no se deberá imponer la coerción; o la impuesta deberá cesar (y deberá cuidarse que tal peligro no sea ocasionado por el querellante o el actor civil que siempre estarán en libertad).

#### *Tutela de la realización del juicio*

Como en general se prohíbe el juicio penal en rebeldía, es necesario asegurar la intervención personal del imputado en el proceso para garantizar su completa realización. Es posible, en consecuencia, la adopción de medidas coercitivas respecto de aquél para evitar que mediante la fuga u ocultación de su persona impida el normal desarrollo del juicio, en el cual, quizás, se probará el delito y se dispondrá su condena. La justicia se vería burlada si el presunto culpable lo fuera realmente pero impidiera, fugando, la realización de los trámites necesarios para la comprobación judicial de su culpabilidad y su correspondiente punición.

Pero, por lo general, no será necesario a estos fines restringir la libertad del imputado, pues sobre todo frente a imputaciones de mediana entidad, seguramente preferirá afrontar el riesgo de ser condenado luego del proceso en lugar de darse a la fuga. No tomar en cuenta este aspecto sería sustituir la idea de necesidad por la de comodidad, lo que resulta inadmisibile.

#### *Tutela del cumplimiento de la pena*

Los actos de coerción tienen también la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena de prisión o reclusión que se pueda imponer, impidiendo que el imputado eluda, mediante su fuga, incluso después de conocer la sentencia, la efectiva ejecución de la pena que se le imponga. Es que si luego de verificarse la culpabilidad del acusado éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción que le corresponde por su delito, la justicia sería eludida y la impunidad del delincuente podría traer

aparejadas consecuencias exactamente contrarias a las que se persiguen mediante la imposición de pena.

Pero como no siempre sucederá que el condenado prefiera fugarse antes que cumplir la sanción, la coerción durante el proceso sólo se justificará cuando exista el serio riesgo de que tal cosa ocurra; este riesgo estará directamente relacionado con la gravedad de la sanción que posiblemente le impondría la sentencia y las condiciones personales del imputado (riesgo que a veces es “creado” por la ley penal, a través de penas excesivas).

### 1. Límites

De lo expuesto surgen los límites a la coerción personal del imputado, que emanan principalmente del principio de inocencia.

#### *Errónea asimilación a la pena*

Hay muchos que creen (por herencia cultural inquisitiva), y subrepticamente justifican — equivocadamente —, que la coerción personal (especialmente la prisión preventiva) es una medida ejemplarizante que tiende a tranquilizar inmediatamente a la comunidad inquieta por el delito, restituyéndole la confianza en el derecho, a fin de evitar que los terceros caigan o que el imputado recaiga en el delito. No resulta extraño que quienes piensan de este modo afirmen que se trata de una “anticipación cautelar de la pena sobre la condena” o, menos sofisticadamente, que “se ofrece como una primera e inmediata sanción”. Opinión que parece enraizarse en la realidad, al punto de que se hable de la “descarada y hasta expresa función penal punitiva” de la prisión preventiva.

La ilegitimidad de esta postura se advierte de su simple cotejo con el art. 18 de la CN, que al establecer “que nadie puede ser *penado* sin juicio previo”, veda la posibilidad de castigar durante el juicio. Y ello es así, pues la Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata al delito postulada por estas teorías — y debe reconocerse, también reclamada por una equivocada concepción social dominante — interponiendo entre el hecho y la pena un

plazo que es “ocupado” por el proceso. Ha preferido la alarma social que puede causar la libertad del sospechoso, antes que la mucho mayor que debería causar el conocimiento de que se ha adelantado pena a un inocente. Se ha optado por la seguridad de la sanción justa impuesta a la culpabilidad probada como verdadera, antes que la imprudente espectacularidad de la represión inmediata de una culpabilidad sólo “aparente”.

Lo que *sí* debe producirse inmediatamente es la investigación estatal frente a la noticia de la posible comisión de un delito de acción pública. Ella debería ser suficiente para satisfacer el sentido público de justicia antes de la sentencia definitiva, pues expresa la decisión oficial de reclamar su castigo, si correspondiera.

#### *Errónea asimilación a la medida de seguridad*

También se ha sostenido *erróneamente* que las medidas de coerción personal (en especial las privativas de libertad) pretenden evitar que el imputado “continúe su actividad delictiva” (posición que ha sido adoptada en diversas leyes procesales). Esta concepción atribuye a la coerción procesal — quizás sin advertirlo — el mismo fin que persiguen las *medidas de seguridad* previstas en el Código Penal (v. gr., art. 52) de neutralizar la peligrosidad criminal del agente (concebida como la posibilidad de que cometa nuevos delitos), con lo que se confunde a ambas. Semejante identificación resulta criticable, pues, por implicar la medida de seguridad una restricción de la libertad personal de quien la sufre, rige a su respecto el principio de reserva de la ley penal. Cuando una norma procesal instituye, bajo el disfraz de coerción procesal (detención o prisión preventiva) una medida de seguridad no prevista en el Código Penal, disponiendo su aplicación a hipótesis no consideradas por este cuerpo legal como merecedoras de tal tratamiento, viola francamente el aludido principio de reserva.

Además, siendo la medida de seguridad una consecuencia del delito, que se resuelve — respecto al afectado por ella — en una verdadera restricción a sus derechos, su aplicación debe quedar también comprendida por la garantía constitucional del juicio pre-

vio (CN, art. 18), por lo cual no se la puede imponer *antes* de la culminación de éste.

Y como la aplicación de esa medida presupone la comisión de un delito, rige también a su respecto el principio de inocencia, que no es sólo presunción de no culpabilidad, sino también presunción de *no peligrosidad* (CN, art. 18, a *contrario sensu*). Por tal razón, no es posible aplicarla para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva aun bajo la forma de coerción procesal (detención o prisión preventiva antes de la sentencia), sin vulnerar los postulados del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Lo expuesto no excluye una regulación procesal de la peligrosidad, pero nunca valorada en sí misma, sino tan sólo en cuanto puede reflejarse negativamente sobre los fines del proceso. Así, por ejemplo, será legítimo pensar en encarcelar al imputado si se teme que por su presunta peligrosidad procurará estorbar seriamente la investigación, o eludir la realización del juicio o el cumplimiento de la pena.

## 2. Presupuestos

Desarrollando los principios enunciados precedentemente, se advierte que tal como está diseñada en nuestro sistema Constitucional, la coerción personal del imputado — como medida cautelar — presupone la existencia de pruebas de cargo en su contra (*fumus boni iuris*) y requiere, además, la existencia del peligro que, si no se impone la coerción, aquél frustrare los fines del proceso (*periculum in mora*): estos son los requisitos de cualquier medida cautelar, en los que conviene enfatizar precisamente para resaltar que esta es la naturaleza de la coerción procesal. Los códigos procesales reglamentan estos aspectos.

### *Fumus boni iuris*

En cuanto a lo primero (*fumus boni iuris*), se establece, en general, la necesidad de pruebas para que se pueda sospechar la existencia del hecho delictuoso y la participación punible del impu-

tado (que muestren la aparente existencia del “derecho de punir” del Estado). Y mientras más grave sea la restricción que importan, mayor será la entidad probatoria que se requerirá.

Por eso es que el Código autoriza la *aprehensión policial o privada* sólo en casos de flagrancia o cuasiflagrancia. La aprehensión policial también se permite excepcionalmente cuando existan vehementes indicios de culpabilidad, en contra de una persona y no pueda esperarse la orden sin poner en grave riesgo los fines del proceso. Estas hipótesis coercitivas precedentemente señaladas se autorizan frente a *sospechas* de participación delictiva, *motivadas* en las circunstancias que en ellas se señalan y que tienen un claro contenido probatorio: *vehementes indicios de culpabilidad, o flagrancia* (“la prueba directa del delito”).

La *detención* se permitirá sólo cuando hubiere fundamento para recibir declaración indagatoria, o sea, cuando hubiere *motivo bastante* para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito. Aquí expresamente se condiciona esta medida de coerción a la existencia de *sospechas* apoyadas en pruebas de participación delictiva punible (es decir, típica, antijurídica, culpable y punible).

La *prisión preventiva* requiere para su aplicación la concurrencia de *elementos de convicción suficientes* para estimar la participación punible del imputado en el delito que se le atribuye: un juicio fundado de *probabilidad*.

Cabe señalar que estas exigencias probatorias tienen por fin evitar la utilización arbitraria de las atribuciones coercitivas de los tribunales, pues éstas sólo se justifican como un modo de cautelar el cumplimiento de una condena que sólo las pruebas pueden hacer avizorar como de probable imposición.

### *Periculum mora*

Respecto a lo segundo (*periculum in mora*), el Código individualiza las hipótesis en que entienden que habrá riesgos para los fines del proceso, a la vez que regulan las medidas coercitivas en-

derezadas a neutralizarlos. Estas medidas tienen diferente intensidad, y deben ser proporcionales a la gravedad del peligro. Para su imposición se consultan tanto pautas objetivas (vinculadas a la gravedad de la posible pena a imponer y a las modalidades de ejecución), como subjetivas (relacionadas a la personalidad del imputado).

En primer lugar se adopta la idea de que el imputado deberá permanecer libre durante el proceso cuando se pueda estimar, *prima facie*, que en caso de condena ésta será de ejecución condicional (art. 26, CP). Si la sentencia no traerá aparejado el encarcelamiento, no habrá (por lo general) fundamento real para temer que aquél prefiera fugar para no afrontar el juicio. Por ello es que *se impone* para este caso, el mantenimiento de la situación de libertad o la simple citación en lugar de la detención y se autoriza la exención de prisión y la excarcelación del imputado (según los diferentes códigos).

Pero si no aparece procedente la condena condicional (art. 26, CP), el Código establece que el encarcelamiento durante el proceso debe ser obligatorio, presunción que, por admitir prueba en contrario (art. 283 inc. 2; art. 269, 2° párrafo), evita la inaceptable generalización de que en todo caso que la condena sea de cumplimiento efectivo, el imputado intentará eludir la acción de la justicia, sin considerar si en verdad será así, es decir sin importar que no lo sea.

Y cuando por su duración el encarcelamiento procesal resulta equivalente al encierro efectivo que traería aparejado al imputado el dictado de una sentencia condenatoria, aquél deberá cesar: se quiere evitar que la medida cautelar sea más gravosa que la propia amenaza penal, frente a la "equivalencia" entre ambas (art. 24 CP).

También el Código justifica la privación de la libertad, no obstante la concurrencia de la situación que objetivamente la soslaya (condena condicional, pena leve) cuando existan motivos para temer, ya sea por las características del hecho, por su conducta precedente, o por la personalidad del sospechoso, que éste intenta-

rá entorpecer la investigación o darse a la fuga. En tales hipótesis no se mantendrá ni se otorgará la libertad, ni como exención de prisión ni como excarcelación. Pero estas posibilidades deben considerarse con marcado criterio *restrictivo*, porque se basan en presunciones de futuro que no pueden ser sometidas a prueba en ningún sentido.

#### *Límite máximo de duración*

Así como por imperio del principio de inocencia el encarcelamiento preventivo no podrá ordenarse sino cuando sea estrictamente indispensable para asegurar que el proceso se pueda desenvolver sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no se vea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado, y que se cumpla efectivamente la pena que ella imponga, por la misma razón (el principio de inocencia): tampoco podrá prolongarse más allá del tiempo estrictamente indispensable para que el proceso se desarrolle y concluya con una sentencia definitiva, con efectivo resguardo de aquellos objetivos, mediante una actividad diligente de los órganos judiciales responsables, especialmente estimulada por la situación de privación de libertad (de un inocente). Y ello sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término bajo la invocación de que subsisten los peligros para los fines del proceso, o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos, ni mucho menos acudiendo a argumentos que escondan la justificación de la comodidad o displicencia de los funcionarios responsables.

La autorización del encarcelamiento procesal y su limitación temporal, son *dos caras* de la misma moneda: la primera implica la segunda; la autorización se corresponde con la limitación.

Por estas razones afirmamos que, tanto la imposición de la privación de libertad cuando no sea imprescindible como medio de cautela del proceso, como su prolongación más allá del tiempo imprescindible para tramitar y concluir ese proceso con el efectivo resguardo de sus fines, desnaturalizarán totalmente aquella medi-

da de coerción, transformándola en una verdadera pena anticipada, al quitarle la única razón que puede esgrimirse para justificarla frente al principio de inocencia: su máxima necesidad como tutela procesal, que no es lo mismo que la simple conveniencia o comodidad, y mucho menos es equiparable con la displicencia o poca responsabilidad.

Esta es la interpretación que surge de la normativa internacional incorporada a la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75 inc. 22, CN) que al establecer el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable, o ser puesto en libertad sin dilaciones, establece expresamente la limitación temporal al encarcelamiento procesal: la misma argumentación es aplicable a las leyes que reglamentan ese principio.

Por cierto que el agotamiento del término máximo de duración (duración límite) de la prisión preventiva, deberá estar justificado por necesidades también "máximas": interpretar que el límite temporal a la extensión de esa medida cautelar importa una autorización para *agotarlo en todos* los casos, aun en los que ello no sea imprescindible, sería como hacer jugar una garantía en contra de aquél a quien está destinado a proteger.

### 3. Correcciones necesarias

El Código de Córdoba (como algunos otros más modernos) han receptado la necesidad de invertir el sistema anterior de regulación de la coerción personal del imputado. Muchas leyes procesales se ocupan de fijar las condiciones para que el imputado pueda lograr ser eximido de prisión o excarcelado, partiendo de un preconcepto erróneo: que el Estado frente a la mera sospecha de la comisión de un delito, adquiere siempre el *derecho* de privar de su libertad al sospechoso (preconcepto que nace de la idea de represión inmediata del delito mediante la prisión preventiva). De tal modo, mantener o recuperar la libertad (excarcelación o eximición de prisión, son los institutos enderezados a esto) resultan excepciones (muchas veces entendidas como "graciosas") a tal derecho, cuya procedencia debe justificarse en cada caso.

En realidad, el asunto debe plantearse en forma inversa. Lo que deberá justificarse en cada caso será el "derecho" del Estado a encarcelar preventivamente al imputado. Por regla, y hasta tanto sea condenado como autor de un delito, gozará efectivamente del derecho a su libertad personal (arts. 14 y 18, CN), porque como ciudadano inocente tiene derecho a su libertad, con proceso o sin proceso, hasta que sea condenado.

Sólo *excepcionalmente*, cuando el imputado intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado de limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no puedan neutralizarse por ningún otro medio menos cruento (v. gr., la imposición de cauciones).

Por eso los códigos deben reconocer (algunos ya lo hacen — v. gr., Tucumán, art. 268; Córdoba, art. 268 —) como presupuesto, la *situación de libertad* del imputado, aun sometida a cauciones y obligaciones, y prever el encarcelamiento sólo como situación *excepcional*. Correlativamente debe incorporarse, como nueva institución, el derecho de quien se crea imputado, a requerir el mantenimiento de su libertad.

Corresponderá entonces al Estado demostrar la existencia de los peligros que justifiquen la limitación o restricción a la libertad del imputado: es decir, deberá evidenciar que tiene "derecho" a encarcelar en el caso concreto, probando que lo contrario significaría tolerar que la justicia fuera burlada.

La forma de ejecución del encarcelamiento procesal debe ser adecuada a la *menor severidad* de la ejecución de la pena que se espera. Si esta presumiblemente fuese de prisión domiciliaria, también deberá ser domiciliario el encierro procesal; o si fuere presumible que el imputado al resultar condenado, podría obtener de inmediato el régimen de semi-libertad (art. 23, ley 24660), el encarcelamiento preventivo deberá ajustarse a esa modalidad.

#### IV. REGULACIÓN CONCRETA

##### 1. Situación de libertad

La privación de la libertad durante el proceso tiene carácter excepcional (Const. Prov., art. 42, primer párrafo), y nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constitución política o por las leyes dictadas conforme a ellas (CADH, art. 7, inc. 2; PIDCP, art. 9 inc. 1); y sólo se impone en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y del modo que perjudique lo menos posible a la persona o reputación de los afectados. En garantía de estos principios se establece que el imputado tiene siempre derecho a requerir que el juez examine su situación al amparo de esta regla, aun en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad por la cual sea improcedente la condenación condicional o, procediendo, hubiera vehementes indicios de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia (art. 269).

Por lo expuesto el Código dispone que “toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso” (art. 268, primer párrafo). Y la principal limitación es que concurren las causas que justifican la detención (art. 272) y la prisión preventiva (art. 281).

##### *Mantenimiento de libertad*

En virtud de estos principios, toda persona que se crea imputada en una investigación, puede presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el *mantenimiento de su libertad*. En esa oportunidad puede asimismo prestar declaración.

Al presentado se lo mantendrá en libertad, a condición de que cumpla determinadas medidas sustitutivas de la privación de la libertad, *salvo* que sea procedente la detención (arts. 269 y 272). Si la petición fuera denegada por el Fiscal de Instrucción, se puede

ir, mediante oposición, ante el Juez de Instrucción con funciones de control. La resolución del último es apelable — sea investigación fiscal o jurisdiccional — (art. 270).

##### 2. Medidas sustitutivas

Los mismos criterios de *excepcionalidad* y extrema necesidad determinan que la privación de libertad durante el proceso no deba ser impuesta cuando sus fines puedan garantizarse mediante la imposición individual o combinada de medidas de coerción menos gravosas (llamadas medidas sustitutivas). Las medidas aludidas pueden imponerse en forma singular o conjunta, teniendo en cuenta las distintas aristas del caso concreto.

##### *Criterios generales*

En general, se reconocen como tales: el *arresto domiciliario* (en el domicilio propio o el de otra persona o institución) con o sin seguridad; el sometimiento al *cuidado o vigilancia* de una persona o institución (incluso educadora o terapéutica); la obligación de *presentarse periódicamente* ante alguna autoridad; la *prohibición de salir* de un ámbito territorial determinado (país, zona, región, provincia, ciudad, barrio, etc.) en el que se reside; la *prohibición de concurrir* a determinadas reuniones o lugares, o de *comunicarse* o frecuentar con ciertas personas; la prestación de una *caución económica* (personal o real), o la asunción del *simple compromiso* (caución juratoria) de someterse al proceso y de abstenerse de la realización de actos que puedan entorpecer sus fines.

Se ha imaginado también la aplicación de técnicas o sistemas electrónicos o computarizados para controlar que se burlen los límites impuestos, con aquellas medidas a la libertad locomotiva (v. gr., art. 159, CPP de la provincia de Buenos Aires). También se propone, en caso de encarcelamiento procesal, la posibilidad de salida diaria con fines laborales, o periódica para el afianzamiento de vínculos familiares (bajo la responsabilidad de alguna persona o institución).

El cumplimiento de las medidas sustitutivas será asegurado, en último término, mediante la amenaza de privación efectiva de libertad, en caso de que las condiciones de aquéllas sean inobservadas.

#### *Regulación concreta*

El Código recepta algunas de estas medidas sustitutivas. A cambio de la libertad durante la sustanciación del proceso penal, se exigen al beneficiado cumplir con determinados deberes (art. 268, incs. 1 a 4 y último párrafo), a saber:

Fijar y mantener un domicilio; permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen; abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (v. gr., intentar alterar las pruebas). Asimismo, puede imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside (lo que puede incluir la prohibición de viajar al exterior), no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien tiene que informar periódicamente a la autoridad judicial.

También se exige que el imputado preste caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria. Se desarrolla el tema a continuación.

### 3. Caución

Una de las más antiguas y difundidas medidas alternativas del encarcelamiento procesal es la caución, que reemplaza la garantía que representa el encarcelamiento preventivo: es el modo de cambiar la "prenda" de la justicia.

#### *Finalidad*

Tiene por finalidad garantizar que el liberado comparecerá al ser llamado por el juez, y que cumplirá las demás obligaciones

que asuma. No tiene por finalidad la de obrar como un freno para que el liberado no cometa nuevos hechos ilícitos hasta el momento del juicio, ni el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito, ni el pago de costas, ni la eventual pena de multa que pudiera aplicarse. La fijación del tipo y cantidad de caución deberá realizarse de modo que sea eficaz para lograr aquellos fines. Pero habrá que cuidar que, por el monto de la fianza con relación a la condición económica del imputado, la obtención de la libertad no se torne ilusoria o se consagre un odioso privilegio a favor del imputado rico.

#### *Clases*

Se conocen tres clases: la caución *juratoria* es el simple compromiso del imputado (único que puede prestarla) de observar el comportamiento procesal que se le impone en el auto de soltura; la caución *personal* consistirá en la obligación que aquél asuma, junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije; la caución *real* se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, ofreciendo bienes a embargar, u otorgando prendas o hipotecas, por la cantidad que se determine, pudiendo ser prestada por el propio imputado o por un tercero.

Se puede imponer al imputado una caución personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones sustitutivas del encarcelamiento procesal. (art. 288). Para determinar la calidad y cantidad de la caución se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiera ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado (art. 289).

#### *Regulación legal*

El Código de Córdoba, sólo admite dos clases de cauciones:



- 1) La *caución personal* consiste en la obligación que el imputado asume junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije (art. 290).
- 2) La *caución real* que se constituye depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución.

El fiador es notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado (art. 294).

#### *Cancelación y sustitución de la caución*

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos (art. 295):

- 1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuera constituido en prisión dentro del término que se le acordó.
- 2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.
- 3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

Si el fiador no pudiera continuar como tal por motivos fundados, puede pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También puede sustituirse la caución real (art. 296).

Si el fiador temiera fundadamente la fuga del imputado, debe comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal de Instrucción que corresponda, y queda liberado si aquél fuera detenido. Pero si resultara falso el hecho en que se basó la sospecha, se impone al fiador una multa y la caución queda subsistente (art. 297).

#### *Efectos de la caución*

Eventualmente, si el imputado no compareciera al ser citado o se sustrajera a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución es notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciera o no justificara un caso de fuerza mayor que lo impida (art. 298).

Al vencimiento del término aludido, se dispone, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados prendados. Para la liquidación de las cauciones se procede a la ejecución por parte del Procurador del Tesoro a favor del fisco y lo recaudado se afecta a una cuenta especial del Poder Judicial (arts. 299).

#### 4. Citación

La citación consiste en el llamamiento realizado al imputado o un tercero para que se presenten ante un órgano judicial en lugar y fecha determinado a fin de intervenir en el proceso o realizar determinado acto procesal, bajo apercibimiento de ser compelidos por la fuerza pública o de detención. Esta amenaza la convierte en una medida de coerción principal limitativa de la libertad de autodeterminación.

Puede ser dispuesta por la Policía Judicial (art. 324, incs. 6 y 7), por el Fiscal de Instrucción (art. 332) o por un órgano jurisdiccional (Juez de Instrucción, Juez en lo Correccional, Cámara en lo Criminal — en pleno o en sala unipersonal —).

Los imputados que se encuentran en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, pueden ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les tiene que hacer saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advierte que si no obedecieran la orden — sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda —

serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaran, salvo que tuvieran un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al tribunal (art. 175, primer párrafo).

Desobedecida la orden y no comunicado ningún impedimento legítimo, el apercibimiento se hace efectivo inmediatamente (art. 175, último párrafo); esto es, se dispone una medida, incluso restrictiva de la libertad de movimiento, denominada *compulsión* (arts. 175, 271 *in fine* y 306 cuarto párrafo).

Claro está que si hubiere "motivos bastantes" para sospechar que el imputado ha participado en la comisión del hecho investigado, sancionado con pena privativa de la libertad, por el cual *no proceda* la condenación condicional o, procediendo, hubiera *vehementes indicios* de elusión de la justicia o entorpecimiento probatorio por parte de aquél, resulta procedente la detención (art. 271).

## 5. Detención

La detención es el estado relativamente breve de privación de la libertad que se dispone cuando (por lo menos) existen motivos bastantes para sospechar que la persona ha participado de la comisión de un hecho punible sancionado con pena privativa de la libertad por el cual *no proceda* condenación condicional o, a pesar de su procedencia, existieran *vehementes indicios* de que intentará entorpecer su investigación, eludir la acción de la justicia o la ejecución de la pena. Es una limitación a la libertad ambulatoria.

### *Autoridad que la dispone*

En el caso de delitos de acción pública, puede ser dispuesta en la investigación penal preparatoria, por el Fiscal de Instrucción (art. 332), o Juez de Instrucción (investigación penal preparatoria fiscal o jurisdiccional). En el caso del Juez de Instrucción, no puede ordenarla en relación al imputado con privilegios constitucionales sin previo allanamiento de la inmunidad; pero, sí lo puede hacer

respecto de aquellos imputados en la misma causa sin dichos privilegios (arts. 14, 16 y 345).

Si la persona se encuentra detenida, la declaración debe tomarse a más tardar dentro de las veinticuatro horas de que fuera puesta a su disposición. Este plazo se puede prorrogar por otro tanto cuando el órgano judicial competente no hubiera podido recibir la declaración o cuando lo pidiera el imputado para elegir defensor. Si en el proceso hubiera varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera declaración, y las otras se recibirán sucesivamente y sin tardanzas (art. 306).

El Código establece que, diez días después de la declaración del imputado, se debe dictar, en el caso que fuera procedente, la prisión preventiva: en caso contrario, la detención deberá cesar y el detenido recuperará su libertad (art. 280).

Durante *el juicio* la puede disponer el Juez en lo Correccional o Cámara en lo Criminal. En primer lugar, lo pueden hacer durante los actos preliminares del juicio, cuando el imputado no se encuentre en el domicilio o residencia que se le hubiere fijado y a donde se le enviara la citación para comparecer a la primera audiencia del debate. La medida se puede dictar, incluso, revocando la resolución anterior por la que se había dispuesto la libertad (art. 367). También se la puede imponer durante el debate, luego de iniciado (art. 375, último párrafo). En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate y, en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia (art. 376). El término de la detención es el indispensable para llevar a cabo el juicio.

Cuando se trata de *delitos de acción privada*, la medida puede ser dispuesta, por el Juez en lo Correccional cuando el querrelado o su representante no comparecieran al debate, pero sólo, por supuesto, en relación al imputado (art. 440 por remisión a los arts. 375 y 376).

Durante *la ejecución*, tiene por objeto asegurar que el condenado a pena privativa de la libertad cumpla la parte que todavía le resta de la pena impuesta y que, debido al beneficio de la liber-

95

tad condicional (CP, arts. 13 y 53), se ha suspendido (art. 520, tercer párrafo). La puede disponer el órgano que dispuso la libertad condicional, o sea, el Juez de Instrucción, la Cámara en lo Criminal o Juez en lo Correccional. El término de la detención es el indispensable para resolver la incidencia.

### Forma

La medida se ordena por decreto fundado, en forma escrita, el cual debe contener: los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuya. Debe ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después (art. 272).

### Estado intelectual

Durante la investigación penal preparatoria se exige una "probabilidad mínima" (Balcarce, 2002) (Const. Prov., art. 42, tercer párrafo en conc. art. 272): ese es el sentido en que debe entenderse la expresión "motivos bastantes" (Balcarce, 2002). Hay quien entiende que la detención requiere elementos de convicción suficientes (o sea, probabilidad: art. 42 Const. Prov.) sólo sobre dos aspectos materiales: que el hecho existió y que el imputado ha participado en él; y que respecto de la concurrencia de la punibilidad de esa conducta, o sea respecto de los requisitos de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, bastarán los motivos bastantes para sospecharlos, que señala el art. 272 (Cafferata Nores, 1987). A modo de síntesis podría decirse que la detención exige "un fundamento serio de posibilidad delictual" (Clariá Olmedo, 1963).

Durante el juicio, el estado espiritual se confunde con el in-sito en la requisitoria de citación a juicio (arts. 354 y 355), esto es, probabilidad media. Durante la ejecución, exige una probabilidad objetiva identificada con la certeza subjetiva (probabilidad objetiva máxima) del órgano jurisdiccional en cuanto al nuevo delito (siempre que la misma no se hubiese dispuesto ya en el otro proceso por la nueva acción delictuosa). En cuanto a la violación de residencia

u otras violaciones posibles (CP, art. 53) tiene que haber mínimamente elementos de convicción suficientes sobre dichos extremos.

La medida puede ser dispuesta aun cuando fuera procedente la condena condicional por el delito que se imputa, si hubiere suficientes indicios de que el imputado entorpecerá la investigación o intentará eludir la acción de la justicia. La eventual existencia de estos peligros puede inferirse de su falta de residencia, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso anterior, o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del CP.

### 6. Incomunicación

La *incomunicación* es una medida complementaria de la detención que impide al imputado el contacto verbal, escrito, telefónico o por cualquier otro medio con terceros, dispuesta en los primeros momentos de la investigación por un órgano jurisdiccional para evitar el entorpecimiento probatorio. Queda sí claro que el fin de la incomunicación es neutralizar el peligro que representa una *actitud activa del imputado sobre la prueba*, traducida en actos de confabulación, destrucción de huellas, etc. No es un modo de presión sobre el imputado para inducirlo a declarar contra su voluntad, ni un medio para privarlo del consejo previo de su defensor.

También — aunque con otro sentido — puede disponerse la incomunicación de quien haya sido citado o compelido en el carácter de testigo: antes de declarar, los testigos no pueden comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias (etapa del juicio; fase del debate). Después de hacerlo, el presidente dispone si continúan incomunicados (art. 393, segundo párrafo).

Es un agravamiento de la limitación a la libertad individual, y una restricción a la libre comunicación del imputado (CADH, art. 13, inc. 1, Const. Prov., arts. 19, inc. 2 y 19, inc. 10).

La incomunicación del detenido sólo puede ser ordenada por un órgano jurisdiccional a través de un decreto fundado (art.

142), cuando existan motivos — que se harán constar — para temer que entorpecerá la investigación (art. 273, primer párrafo). El Fiscal de Instrucción debe solicitarla al Juez de Instrucción con funciones de control (art. 329).

La medida no puede durar más de dos días (Const. Prov, art. 43; art. 273, segundo párrafo). Pero, aun en tal caso, queda garantizada la comunicación con el defensor inmediatamente antes de la realización de cualquier acto que requiera la intervención personal del incomunicado como, por ejemplo, prestar declaración (Const. Prov., art. 43; art. 273, último párrafo). La comunicación debe ser libre y privada (CADH, art. 8, i:c. 2, ap. d).

Se debe permitir al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le puede autorizar a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia o perjudiquen los fines de la instrucción (art. 273, tercer párrafo).

Producida la incomunicación el afectado es informado en el mismo acto de los motivos que hacen temer que entorpecerá la investigación (Balcarce, 2002) y los derechos que le asisten, y puede dar aviso de su situación a quien crea conveniente, la autoridad arbitra los medios conducentes a ello (Const. Prov., art. 43 en conc. con el art. 42, último párrafo).

## 7. Arresto

El arresto es el **estado fugaz de privación de la libertad, dispuesto por un órgano judicial cuando en los primeros momentos de la investigación de un hecho delictuoso en que hubieran intervenido varias personas no fuera posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación. Debe aclararse que es subsidiario de la orden de no dispersión.**

Es que la medida principal es la orden de no dispersión, esto es, disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuni-

quen entre sí, antes de prestar declaración. El arresto es subsidiario.

Puede ser dispuesto por el Fiscal de Instrucción (art. 332), el Juez de Instrucción (en la investigación jurisdiccional), por la Policía Judicial cuando fuere indispensable (art. 324, inc. 5).

## Procedencia

Para que sea procedente deben concurrir los siguientes extremos: a) que aparezca cometido un hecho penalmente relevante; b) que las personas sobre las cuales recae la medida hayan intervenido en el hecho; c) que en los primeros momentos de la investigación no se pueda discernir entre los supuestos autores materiales y cómplices del hecho y los que fueron testigos; d) que no procediéndose al arresto se ponga en peligro el resultado de la investigación, vale decir, haya motivos para temer colusión, ocultamiento, destrucción o adulteración de instrumentos o rastros del delito; e) que debido a las circunstancias del caso (lugar del hecho y número de personas) no haya sido suficiente, o no sea suficiente, disponer que nadie se aleje del lugar (orden de no dispersión).

La medida no puede durar más de lo necesario para recibir las declaraciones; pero, en todo caso, sin excepción, no puede superar las veinticuatro horas. Si hubiese sido ordenada luego de la orden de no dispersión, ambas, en conjunto, no pueden superar las veinticuatro horas o, en su caso, el término menor que lleve la recepción de las declaraciones (art. 274).

Vencido este término puede ordenarse, si fuera el caso, la detención del presunto culpable (art. 274, último párrafo).

## 8. Aprehensión sin orden judicial

La *aprehensión* es una limitación a las libertades de autodeterminación y locomoción impuesta a una persona sorprendida en flagrante hecho penalmente relevante, de acción pública, merecedor de pena privativa de la libertad. También procederá respecto del que fugare estando legalmente preso o, excepcionalmente (sólo

96

Policía Judicial), respecto del cual se den los presupuestos de la detención, a los efectos de ponerlo a disposición de la autoridad judicial competente y cuyo objetivo es impedir la consumación de un hecho delictuoso, que el mismo sea llevado a consecuencias ulteriores, evitar el entorpecimiento probatorio o asegurar la actuación de la ley penal sustantiva (cuando esperar la orden judicial pueda comprometer los fines del proceso).

#### Clases

Según el sujeto autorizado para llevarla a cabo, la aprehensión se clasifica en pública y privada.

La aprehensión *pública* se constituye en un deber de la Policía Judicial (arts. 274, primer párrafo, y 277). Excepcionalmente es una facultad en los casos del art. 272 del cuyos requisitos son más estrictos (art. 277, segundo párrafo)

La aprehensión *privada* es un permiso otorgado a los particulares (art. 279).

La medida es procedente en los siguientes supuestos:

a) En caso de flagrante delito de acción pública, promovible de oficio o a instancia de parte, siempre que aquél merezca en abstracto pena privativa de la libertad (art. 275, primer párrafo; CP, arts. 71 y 72), sea reclusión o prisión (CP, art. 5). Quedan excluidos, a contrario, los delitos de acción privada (CP, art. 73). Los auxiliares de la Policía Judicial tienen el deber y los particulares el permiso de aprehender a quien cometa un delito de acción pública. No obstante, el procedimiento posterior a la medida de coerción es diferente en el caso de delito de acción pública dependiente de instancia privada. Aquí la policía debe informar inmediatamente a quien pueda instar, y si éste no presenta la denuncia condicionante en el mismo acto, el aprehendido es puesto en libertad (art. 275, segundo párrafo, en función del art. 321 *in fine*).

Dijimos que el delito debe ser flagrante. La *flagrancia* alude a la sorpresa en la perpetración del crimen. Se considera que hay *flagrancia*, según la interpretación auténtica del legislador, cuando

el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir fehacientemente que acaba de participar en un delito (art. 276).

b) La aprehensión pública o privada también procede respecto del que intenta un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fuga estando legalmente preso (arts. 277, primera parte, y 279).

c) También procede en caso de *flagrancia presunta*. Excepcionalmente se autoriza la aprehensión *pública*, vale decir, por los auxiliares u oficiales de la Policía Judicial, de la persona contra la cual existan motivos bastantes para sospechar que ha participado de la comisión de un hecho punible sancionado con pena privativa de la libertad por la cual no apareciera procedente *prima facie* la condenación condicional (CP, art. 26) o, en caso de proceder, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación (art. 281, por remisión al art. 272). La ley refuerza las exigencias en cuanto a los fines del proceso que se pretenden garantizar con la aprehensión, exigiendo que el peligro de fuga sea *inminente* y el entorpecimiento de la investigación sea *serio*.

En el caso de aprehensión pública, el oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practica la aprehensión de una persona, la debe presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. Además tiene que acompañar las constancias de sus antecedentes y las del hecho que se le atribuye (Const. Prov., art. 42, cuarto párrafo).

El cumplimiento de tal obligación puede ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por personas que tengan con el imputado relación de parentesco o amistad (art. 118 por remisión del art. 278, segundo párrafo), las que además pueden solicitar en la misma oportunidad, la libertad del aprehendido, en caso de violación de lo dispuesto sobre medidas de coerción en los arts. 268 a

279 del por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no puede exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio su presentación, aun telefónicamente, a la autoridad policial. Presentado el detenido, se resuelve de inmediato sobre su libertad (art. 280) aun cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la detención (art. 278).

En el caso de aprehensión en flagrancia de un magistrado o funcionario, el tribunal debe dar cuenta inmediatamente al órgano competente, a fin de que proceda, según el caso, a su suspensión o destitución.

Si se rechazara el pedido o hubiesen transcurrido los plazos previstos en el art. 95 de la Const. Prov. (sesenta días), sin que el tribunal político se hubiera expedido, el tribunal competente debe poner inmediatamente en libertad al imputado, declarando por auto que no se puede proceder y ordenará el archivo de las actuaciones (art. 14, segundo y tercer párrafos).

Si se trata de aprehensión privada, el particular debe entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial, la cual se encarga de informar a quien corresponda (art. 279).

## 9. Recuperación de la libertad

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, la autoridad judicial competente debe disponer la libertad del imputado, cuando (art. 280):

- a) Con arreglo al hecho que aparezca ejecutado, *hubiera correspondido proceder por simple citación*, ya sea porque no encuentra motivo bastante para sospechar la participación punible del aprehendido (art. 272, primer párrafo), o sea porque no existió la hipótesis de "daño jurídico" prevista en el art. 281 inc. 1 y 2.
- b) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta *fuera de los supuestos autorizados en el Código*; o sea, si el aprehensor

procedió fuera de los casos del art. 276, y no concurren los requisitos del art. 272, o aprehendió a quien no se disponía a delinquir, o a quien no fugó, o cuando consideró, erróneamente, que concurrirán los presupuestos del art. 272 en el caso del art. 277, segundo párrafo, pero a juicio de la autoridad judicial no concurren (Vélez, 1996).

- c) No se encuentre *mérito para dictar la prisión preventiva*, procurando así evitar que una detención se prolongue más allá de lo indispensable si no existieran "elementos de convicción suficientes para estimar su participación punible en el delito que se le atribuye que exige el art. 281 (ver comentario siguiente).

En cualquier momento, durante la investigación fiscal, el imputado puede solicitar directamente al Juez de Instrucción con funciones de control la aplicación de los arts. 269 y 280, quien requiere de inmediato las actuaciones y resuelve en el término de veinticuatro horas. La resolución es apelable por el Fiscal de Instrucción o el imputado, sin efecto suspensivo (arts. 269, segundo párrafo, y 333).

La recuperación de libertad podrá *ser revocada* (art. 284, último párrafo) en los mismos supuestos que se puede revocar el cese de prisión (art. 284), siempre que concurren los extremos previstos en el art. 281, primer párrafo.

## V. PRISIÓN PREVENTIVA

### 1. Concepto

En el régimen del Código se encuentra regulada como un juicio de mérito sobre la probable culpabilidad del imputado

La *prisión preventiva* es el estado de privación de la libertad ambulatoria, dispuesta por un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye, con grado de probabilidad, la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la

QZ

**libertad por la cual no proceda condenación condicional o, procediendo, existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación** (Balcarce, 2002). Se cumple en un establecimiento del Estado o excepcionalmente, en una residencia particular.

El hecho que sea un “estado” ha llevado a decir que la prisión preventiva es en la realidad la verdadera pena, y que el juicio oral y público es sólo una suerte de recurso de revisión contra ella (Zaffaroni, 1984).

La prisión preventiva debe contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo, una sucinta enunciación de los hechos, los fundamentos de la decisión; la calificación legal del delito, con cita de las disposiciones aplicables, y la parte resolutive (art. 282, primer párrafo).

## 2. Excepcionalidad

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional (CN, art. 75, inc. 22) disponen que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas **no debe ser la regla general**, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (PIDCP, art. 9, inc. 3). La Constitución Provincial afirma que la privación de la libertad durante el proceso tiene carácter **excepcional**, sólo puede ordenarse en los límites de ella y siempre que no exceda el término máximo que fija la ley (art. 42).

A fin de operativizar este principio, el Código no acepta la prisión preventiva de quienes hayan cometido hechos delictuosos no sancionados con pena privativa de la libertad (esto es, multa o inhabilitación) (art. 281, primer párrafo a contrario). En segundo lugar, cuando se trata de un delito sancionado con pena privativa de la libertad por la cual proceda la condenación condicional, la regla es que el imputado permanece en libertad. No obstante, el

hecho de que para los delitos sancionados con pena privativa de la libertad por la cual no proceda condena de ejecución condicional exista la *presunción iuris et iure* de peligrosidad procesal, liberando al órgano judicial de justificar la *indispensabilidad* de la medida, torna al sistema en parte hipócrita desde el punto de vista fáctico, ya que la mayoría de los sometidos a proceso por esos delitos, por regla, son sometidos a la prisión preventiva (Balcarce). Hay quienes piensan, contrariamente y con fundamento en los arts. 269, segundo párrafo y 283, inciso 2, que tal presunción es *iuris tantum* y tolera que no se ordene la prisión preventiva o se haga cesar, si a pesar de que la condena posible sea efectiva, no existe riesgo procesal (Cafferata Nores - Tarditti, 2003).

## 3. Criterios

La medida puede ser dispuesta, en el caso de delito de acción penal pública, sancionado con pena privativa de la libertad, por el Fiscal de Instrucción o Juez de Instrucción, según el tipo de investigación de que se trate (fiscal o jurisdiccional, respectivamente). En el caso de investigación jurisdiccional, si se tratara de persona con privilegio constitucional, el juez sólo puede dictarla previo allanamiento de la inmunidad (art. 16); para los coimputados sin dichos privilegios puede disponerla derechamente.

La resolución se dicta en el término de diez días a contar de la declaración del imputado o de la comunicación de remoción de la inmunidad (arts. 336 y 345). El juez la dicta por auto, mientras que el Fiscal de Instrucción por decreto fundado (art. 335 en función del art. 154, segundo párrafo).

La prisión preventiva es procedente (art. 281) cuando existan *elementos de convicción suficientes* para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de la declaración del imputado,

- a) Si se tratara de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional (CP, art. 26);



- b) Cuando procediendo la condena condicional, hubiera vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. La eventual existencia de estos peligros puede inferirse de su falta de residencia, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del CP (art. 281).

La prisión preventiva, durante la investigación penal preparatoria, requiere un acto previo — la declaración del imputado o el allanamiento de la inmunidad para los imputados con privilegios constitucionales (art. 345) — y los siguientes requisitos: 1) Probabilidad. 2) Delito de acción pública. 3) Sancionado con pena privativa de la libertad. 4) Peligro para los fines del proceso.

#### 4. Presupuesto probatorio

La prisión preventiva se fundará en el reconocimiento por parte de la autoridad judicial, de la existencia de *elementos de convicción suficientes* para estimar que existe el delito atribuido y que aquél es punible como partícipe del mismo, lo que importa un verdadero juicio de *probabilidad* —hay quienes exigen “probabilidad media” (Balcarce) o “probabilidad preponderante” (Sancinetti, 2000)— sobre estos extremos. Queda así visto que para su procedencia se requiere la concurrencia de una base probatoria respecto de la acreditación de aquellos extremos, cualitativamente *superior* a la exigida para la detención, que respecto de la punibilidad se conforma con la existencia de “motivos bastantes” para sospecharla.

Pero esa base probatoria, si bien funciona como condición *necesaria* para el dictado de la medida de coerción, no es una condición *suficiente*, pues a ella debe además añadirse la existencia del “peligro procesal” derivado de la concurrencia de las situaciones previstas en el inc. 1 o en el inc. 2, y todas ellas deben concurrir *simultáneamente*.

#### Ejecución

Por imperio de disposiciones constitucionales (art. 18 y 75 inc. 22 CN; art. 44 Const. Prov.), la prisión preventiva debe ejecutarse con pleno respeto por la dignidad humana (lo que sigue siendo una ilusión, irrenunciable, pero ilusión al fin); como derivación del principio de inocencia, será cumplida en establecimientos diferentes a los de los penados (art. 285), permitiéndose a los encarcelados procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten el régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten. La ley 24660 de ejecución de la pena privativa de libertad de los condenados les permite gozar a los “presos preventivos” de todos los mismos derechos.

#### Internación provisional

Cuando fuese presumible que el imputado haya padecido en el momento del hecho, de alguna enfermedad mental que lo haga inimputable, se podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial (art. 287). Si bien es una medida coercitiva, presenta la particularidad de estar referida a quien de acuerdo a las pruebas del proceso (por cierto periciales), presumiblemente será sobreseído por inimputabilidad y se le aplicará la medida de seguridad del art. 34 inc. 1 del Código Penal.

La internación provisional presupone la concurrencia de motivos bastantes para sospechar la participación del imputado en el ilícito, y su aplicación (facultativa) dependerá de la existencia de peligro de que el agente se dañe a sí mismo o a terceros.

#### 5. Alternativas

Hay casos en que la prisión preventiva puede cumplirse en lugares diferentes a establecimientos carcelarios estatales, a saber:

##### Prisión domiciliaria

Las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias pueden cumplir la prisión preventiva en su domici-

lio, si se estimare que, en caso de condena, no se les impondrá una pena mayor de seis meses (art. 286).

Se ha considerado, a pesar de no estar regulado y por aplicación del principio de *proporcionalidad*, que el condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal puede cumplir la prisión preventiva impuesta en prisión domiciliaria, cuando mediara pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médicos, psicológico y social que fundadamente lo justifique (ley nacional 24660, art. 33, en función del art. 11).

### *Diferimento*

La ejecución de la prisión preventiva pueda ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrara gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando estas condiciones cesan, la prisión puede llevarse adelante en un establecimiento del Estado (art. 506).

Asimismo, si durante la ejecución de la prisión preventiva, el imputado sufriera enfermedad que no pudiera ser atendida en la cárcel, puede disponerse, previos los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que esto importara grave peligro de fuga (art. 507, de aplicación analógica).

## 6. Cesación

La prisión preventiva termina en forma *definitiva* con el dictado del sobreseimiento o la sentencia absolutoria o condenatoria firme (en este caso, la privación de libertad cesará, si se impone una sanción no privativa de libertad, o si se agotó por aplicación

del art. 24 del C. Penal, o se ordena la ejecución condicional; o bien, se convertirá en pena).

Termina de modo *provisional* cuando se dispone su cesación en virtud de haberse diluido el presupuesto probatorio exigido, o de haber desaparecido (v. gr., cambió la calificación legal) los riesgos que la motivaron, o haberse extinguido el término máximo autorizado para su duración.

### 6.1. Criterios

El Código regula los casos en que se debe hacer cesar la prisión preventiva, en forma fundada, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, la cual será ejecutada sin más trámite, en forma instantánea y desde el lugar que se lo notifique. Así se dispondrá cuando:

- 1) Nuevos elementos de prueba demuestren que no concurren los motivos exigidos para su mantenimiento (probabilidad). Desvanecido el *fumus bonis iuris* desaparece el sustento probatorio de la restricción.
- 2) La privación de la libertad no sea absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso, según apreciación coincidente del fiscal, del Juez de Instrucción y de la Cámara con funciones de Tribunal de Apelación, a quienes — en su caso — se elevarán de oficio las actuaciones: este es la vía (sumada a la del art. 269, segundo párrafo) *para escapar* a la presunción de elusión a la acción de la justicia que el art. 281 establece para el supuesto de al imputado le vaya a corresponder una condena de ejecución efectiva.

También debería considerarse la *disminución* de la amenaza penal por el tiempo de prisión preventiva ya cumplido — que debe descontarse del que acarrearía la condena por aplicación del art. 24 C.P. — que puede tornar *no imprescindible* el encierro, porque el poco tiempo de privación de libertad que restaría cumplir en caso de condena, disminuiría o haría desaparecer el interés del imputado de fugarse.

El imputado será siempre, en este caso, sometido al cuidado o vigilancia previstos como medidas sustitutivas en el art. 268. Ante la posibilidad de asegurar los fines del proceso por medios alternativos o la falta de peligro procesal en el caso específico, desaparece también el requisito de *indispensabilidad*.

- 3) Estime *prima facie* que al imputado no se lo privará de su libertad, en caso de condena por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aun por aplicación del art. 13 del CP. La regla tiene su fundamento en el principio de proporcionalidad (no puede la medida precautoria ser más gravosa que la propia pena que podría imponerse). Además, en este supuesto nada tendrá aquél que temer de la posible condena, pues no le podría traer más perjuicios que los ya vividos, desapareciendo así el peligro de elusión de la justicia que es el basamento procesal del encarcelamiento, que deberá cesar por falta de fundamento cautelar.

### 7. Límite máximo de duración de la prisión preventiva

La prisión preventiva *también* debe cesar si su duración excede de dos años sin que se haya dictado sentencia (art. 283 inc. 4). Este plazo puede prorrogarse un año más cuando se trate de causas de evidente complejidad y de difícil investigación. La prórroga debe solicitarse ante la sala penal del Tribunal Superior de Justicia, con los fundamentos que la justifiquen. Si el superior entendiera que la misma está justificada autorizará el pedido y devolverá los autos al remitente.

Si el superior, por el contrario, entendiera que el pedido de extensión excepcional del plazo no obedeciera a razones vinculadas con la complejidad de la causa, se ordena por quien corresponda el cese de prisión, al cumplirse los dos años, sin perjuicio de las responsabilidades por la demora que pudiera corresponderle a los funcionarios públicos intervinientes que será controlada por el Fiscal General o sus adjuntos bajo su responsabilidad personal.

### 7.1. Fundamento y regulación legal

No sólo la imposición de la prisión preventiva cuando no sea imprescindible como medio de cautela del proceso, sino también su *prolongación* más allá del tiempo imprescindible para tramitar y concluir ese proceso con el efectivo resguardo de sus fines, desnaturalizarán totalmente aquella medida de coerción, transformándola en una verdadera pena anticipada, al quitarle la única razón que puede esgrimirse para justificarla frente al principio de inocencia: su máxima necesidad como tutela procesal, que no es lo mismo que la simple conveniencia o comodidad, y mucho menos es equiparable con la displicencia o poca responsabilidad. Esta es la interpretación que surge de la normativa internacional incorporada a la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75, inc. 22) que al establecer el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable, o ser puesto en libertad sin dilaciones, establece expresamente la limitación temporal al encarcelamiento procesal. La misma argumentación es aplicable a las leyes que reglamentan este principio (Cafferrata Nores, 2000).

#### ¿Re-invocación de peligros procesales?

Por esta misma razón no es posible extender la prisión preventiva más allá de los plazos máximos de duración previstos por el sistema constitucional (o las leyes) so pretexto de que el imputado "en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia". Es que siendo el peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga el argumento para imponer y mantener el encarcelamiento procesal, a cuya duración se le impone un término máximo, no puede volver a reinvocarse como argumento para prolongar la duración del encierro que aquel plazo quiere limitar. Si el peligro de burla a la acción de la justicia impide la libertad durante el proceso y la sigue impidiendo después de vencido el plazo: ¿para qué sirve el plazo? Lo correcto será advertir que la desaparición de este peligro deberá determinar el inmediato cese de la prisión preventiva, por dejarla privada de todo fundamento y no por su irrazonabilidad temporal. Por la misma razón no podrá hacerse de-

penden la concreción del cese de prisión a la prestación de fianzas (Cámara 4 del Crimen de Cba., caso "Maldonado" del 13/12/02).

Por cierto que el agotamiento el término máximo de duración (duración límite) de la prisión preventiva, deberá estar justificado por necesidades también "máximas"; interpretar que el límite temporal a la extensión de esa medida cautelar importa una autorización para agotarlo en todos los casos, aun en los que ello no es imprescindible, sería como hacer jugar una garantía en contra de aquél a quien está destinado a proteger (Cafferata Nores).

### Revocación

La ley procesal penal, por último, dispone que el cese de la prisión preventiva acordado, es revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 268, realice preparativos de fuga o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad dispuesta por las causales que dan lugar a la recuperación de la libertad (art. 280), siempre que concurrieran los extremos exigidos para dictar la prisión preventiva, según el art. 281 (art. 284).

Firme la resolución que dispone la prisión preventiva, durante la investigación fiscal, en caso de darse una causal de cese de la misma, el sometido a la medida de coerción tiene la opción de solicitar su operativización ante el fiscal interviniente o presentar un control jurisdiccional directamente ante el Juez de Instrucción, solicitando la aplicación del art. 283. El magistrado solicita inmediatamente las actuaciones y resuelve en el término de veinticuatro horas. La resolución es apelable por el Fiscal de Instrucción o el imputado, sin efecto suspensivo (art. 333).

Si la resolución que concede o deniega el cese de prisión es dictada por el Juez de Instrucción (auto), es apelable (arts. 460 y ss.) por el ministerio público o el imputado. El ministerio público puede hacerlo incluso a favor del imputado, pues se conduce, por imperio de la ley, con un criterio objetivo de justicia (Const. Prov.,

art. 171; ley provincial 7826, art. 3). La interposición del recurso carece de efecto suspensivo (art. 283, último párrafo).

En el caso de los incs. 1, 3 y 4 del art. 283, la medida puede ser dispuesta, durante los actos preliminares del juicio por el Juez en lo Correccional (arts. 37, incs. 1 y 2 y 414) o la Cámara en lo Criminal, en pleno (art. 34) o en sala unipersonales (art. 34 bis) en el juicio común.

### 8. Recursos ordinarios

Respecto de los recursos contra la prisión preventiva las convenciones internacionales incorporadas (v. gr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7 n° 5) a nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN) establecen la recurribilidad de las decisiones que afecten la libertad personal del imputado durante el proceso. En el caso de delitos de acción pública, debemos distinguir según se trate de investigación fiscal o investigación jurisdiccional:

*Investigación fiscal:* en este procedimiento la ley dispone que a la prisión preventiva dispuesta por el Fiscal de Instrucción pueden *oponerse* el imputado y su abogado defensor (art. 336, segundo párrafo).

La oposición se deduce, bajo pena de inadmisibilidad, por escrito, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados y fundadamente, en el término de tres días, ante el fiscal que dictó, mediante decreto fundado, la prisión preventiva. Si el fiscal mantiene su decisión, eleva la oposición en igual término ante el Juez de Instrucción, junto con las actuaciones y sin perjuicio del cumplimiento de los actos urgentes de investigación. El juez resuelve también en el término de tres días (art. 338, según ley provincial 8.930, art. 2). La resolución del Juez de Instrucción es apelable (art. 336 *in fine*). La resolución del Juez de Instrucción [Control] confirmatoria de la resolución del Fiscal de Instrucción es apelable por el imputado. La resolución que revoca la resolución del Fiscal de Instrucción es apelable por el Ministerio Público (art. 336 *in fine*).

El Código no establece si la oposición y, eventualmente, el recurso de apelación tienen o no efecto suspensivo. Los principios básicos sobre los recursos establecen como regla el efecto suspensivo (art. 453), salvo disposición en contrario. No obstante, resulta evidente que la demora en la ejecución de una medida de coerción podría frustrar los fines del proceso. Creemos que por su especialidad se imponen las reglas propias de las medidas cautelares de las cuales, el recurso es sólo un anexo.

*Investigación jurisdiccional:* a diferencia de lo que sucede con la resolución de la prisión preventiva durante la investigación fiscal, la cual puede ser sometida a dos vías impugnativas sucesivas (oposición y posterior recurso de apelación), parecería *prima facie* que durante la investigación jurisdiccional procede contra el auto del Juez de Instrucción que dispone la medida cautelar sólo el recurso de apelación del imputado o su abogado defensor (arts. 345 y 282, último párrafo). La apelación es sin efecto suspensivo (art. 282 *in fine*).

La resolución de la Cámara que dispone la revocación del auto de prisión preventiva — esto es evidente —, no dispone el *cese* de la misma, sino la *recuperación* de la libertad.

### 9. Recursos extraordinarios

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha admitido la procedencia del recurso de casación contra la prisión preventiva (caso "Aguirre Domínguez", del 11/12/97). Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado — con variantes restricciones — la posibilidad de *recurso extraordinario* contra resoluciones en esta materia (aun sin ser sentencias definitivas), especialmente cuando se ataca de inconstitucional la legislación procesal en que se funda el encarcelamiento preventivo, invocando la "raigambre constitucional" del derecho a la libertad durante el proceso, o el "agravio irreparable" de su existencia y duración, o la "gravedad institucional" de ciertos casos de recuperación de libertad (v. gr., caso "Nápoli", del 22/12/98).

### 10. Indemnización

Si entendemos en un sentido amplio el concepto de *legalidad*, se puede convenir que el cumplimiento a rajatabla de las reglas constitucionales vinculadas al diseño legal, a la interpretación, a la aplicación judicial (presupuestos, formalidades), y a la ejecución es requisito para que las medidas de coerción sean aplicables en forma legal. Vale decir, cuando se viola, sabiendo que se lo hace, por error inexcusable o arbitrariedad manifiesta, alguna de estas garantías establecidas en favor del imputado la restricción se transforma en ilegal (Balcarce, 2002).

Para esta eventualidad se prevé expresamente que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tiene el derecho efectivo a obtener reparación (PIDDCP, art. 9, inc. 5). Pero también puede suceder que la lesión a los derechos individuales derivada de la privación de la libertad cautelar haya sido producto de una imputación que por insuficiencia de elementos probatorios de cargo o por la aparición de elementos de descargo no haya sido homologada por el órgano jurisdiccional encargado de dictar sentencia. Para esos casos en los que el tribunal dicta sentencia de sobreseimiento o absolución, según la etapa procesal, se establece la facultad del Estado de indemnizar el tiempo de privación de la libertad, con arreglo a la ley (Const. Prov., art. 42, segundo párrafo; art. 300).

#### Posiciones

Sobre los casos en que la indemnización es procedente, hay dos posiciones principales.

Por un lado, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, apoyándose en decisiones de la Corte Suprema de la Nación, consideró que "para que el Estado resulte responsable, debe tratarse de una situación en que la privación de la libertad sufrida resulte evidentemente arbitraria, o sea consecuencia de un error palmario o inexcusable; en otras palabras, debe tratarse de una resolución que disponga la coerción sin la existencia de elemento objetivo alguno,

y en la cual la inocencia resulte manifiesta (CSJN, caso "Balda", 19/10/95). Por eso "Si la medida de coerción personal cuestionada fue dispuesta por juez competente, mediante orden escrita fundada, en la cual se le atribuía al imputado la comisión de un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de la libertad, cuya escala penal prevé un mínimo de tres años de prisión ("Aborto seguido de muerte, en calidad de partícipe necesario", arts. 85 y 45 CP) y en la sentencia de sobreseimiento, el juzgador hace alusión a la existencia de indicios de culpabilidad subsistentes que sin embargo resultan 'insuficientes' para incriminarlo, o bien a pruebas declaradas ineficaces a posteriori de las medidas de coerción, esta hipótesis no se iguala a la 'prueba inexistente' y, por consiguiente, no corresponde la indemnización del art. 300" (TSJ Cba., caso "Caldarella" del 4/10/00).

Por otro lado, existe una tendencia que postula la indemnización de la privación cautelar de la libertad en el proceso penal de quien haya sido sobreseído o absuelto, no sólo cuando se trate de privación ilegal, sino también cuando haya sido arbitraria; no sólo cuando se haya acreditado la inocencia fáctica, sino también cuando la resolución favorable haya sido producto de la duda sobre la culpabilidad por aplicación del *in dubio pro reo* (Cafferata Nores y Hairabedián, 2001).

Si hoy no se indemniza la prisión preventiva de quien resulta sobreseído o absuelto, es sólo porque inconscientemente se la considera una justa contrapartida de la sospecha (menor o mayor) que permitirá el avance del procedimiento, lo que es jurídicamente inadmisibles, porque si el imputado era inocente antes de la sentencia y siguió siéndolo después de ella, ¿qué otra justificación que no sea aquella podrá intentarse (o inventarse) para negarle la reparación de tan grave daño que el Estado ha ocasionado?

## VI. COERCIÓN REAL

### 1. Noción

La *coerción real* es toda restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio del imputado o de terceros, con el propósito de garantizar la consecución de los fines del proceso; esto es, la acreditación o falsación de la hipótesis delictiva, la realización de medidas de coerción personal, evitar que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores y el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia condenatoria.

### 2. Secuestro penal

El *secuestro* en lo estrictamente procesal penal (art. 210), es una limitación a los derechos de uso, goce o disposición de la propiedad, consistente en la aprehensión y retención o mantenimiento de una cosa por decisión de un órgano judicial (Fiscal de Instrucción, tribunal o Policía Judicial) a disposición de una autoridad judicial (Fiscal de Instrucción o Tribunal) durante el proceso penal.

Puede obedecer a la necesidad de preservar efectos que puedan ser sujetos a confiscación, cautelando de tal modo el cumplimiento de esta sanción accesoria en caso de que proceda; o adquirir y conservar material probatorio, útil a la investigación.

Se pueden secuestrar los instrumentos del delito o sus efectos, comprendiendo esta denominación tanto los objetos intencionalmente usados para consumarlo o intentarlo, como los que se han obtenido mediante su comisión, en forma directa o indirecta. También aquellas cosas cuya posesión o uso constituye delito, y los objetos que tengan, en mayor o menor grado, alguna relación con la prueba del hecho delictuoso, se trate de cosas sobre las cuales ha recaído, o que sin haber sufrido sus consecuencias contengan sus huellas o las del autor.

No estarán sometidas al secuestro las cosas no relacionadas con el delito, salvo escrituras de comparación cuando sean necesa-

rias para examinar o cotejar algún documento presumiblemente falso. Tampoco las cosas o documentos que en sí mismas constituyan *secretos políticos o militares*, ni las *cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores* para el desempeño de su cargo (art. 212).

#### Orden de presentación

Cuando se estime que el secuestro no es necesario, podrá simplemente ordenarse que las cosas o documentos a que se refieren los párrafos anteriores sean presentados por quienes los poseen, salvo que éstos deban o puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado (art. 211).

### 3. Clausura de locales

La *clausura de locales* es una medida de coerción (en general subsidiaria de la inspección judicial y del secuestro). Es una limitación a los derechos de uso, goce o disposición de la propiedad, consistente en el cerramiento y custodia de los accesos a un local, por orden de una autoridad judicial (Fiscal de Instrucción, Tribunal o Policía Judicial) durante la sustanciación del proceso penal y que tiene por finalidad asegurar la realización de medios coercitivos y de prueba destinados a acreditar o refutar una hipótesis delictiva y/o evitar que un hecho delictuoso sea llevado a consecuencias ulteriores (arts. 324, inc. 5 y 195).

Para que sea procedente la medida tienen que existir vehementes indicios de que se ha cometido un delito grave (art. 324, inc. 5). Rige, en cuanto a ella, el principio de *indispensabilidad*.

La *clausura* tiene por finalidad, regularmente, el impedir que se alteren las huellas o rastros que el delito hubiera dejado en el local o evitar que se destruyan o alteren las pruebas de su comisión, allí existentes. Asegurará así el éxito de las medidas instructorias enderezadas al descubrimiento de la verdad, tales como inspecciones, secuestros, etc. Pero también puede disponerse para

evitar que en el local clausurado se continúe cometiendo el delito que es motivo de investigación en el proceso en la que se ordena, pues es función de los órganos judiciales impedir que los delitos cometidos sean produzcan consecuencias ulteriores (art. 303). Por último, puede servir como medio para la realización de una medida de coerción personal (v. gr., orden de no dispersión, arresto, detención).

101



## CAPÍTULO 9

---

- I. **EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.** Momentos.
- II. **LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.** Concepto. Iniciación: actos idóneos para provocarla, denuncia, actos de la Policía Judicial, archivo, desestimación de la denuncia. Caracteres; finalidad; valor de las pruebas, actos definitivos e irreproductibles; duración; atribuciones de los sujetos privados; rol de la víctima querellante.
- III. **LA INVESTIGACIÓN FISCAL.** Ventajas: eficacia y garantías. Objetividad. Atribuciones coercitivas y probatorias. Límites constitucionales. Control jurisdiccional: vías y supuestos. Aspectos organizativos y funcionales.
- IV. **LA INVESTIGACIÓN JURISDICCIONAL.** Supuestos y regulación legal.

### I. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

---

Frente a la noticia sobre la posible comisión de un hecho delictivo de acción pública, se genera una reacción oficial tendiente a verificarla (Ministerio Público Fiscal, policía), que se expresa en un *procedimiento de investigación* en procura de establecer si la *notitia criminis* encuentra suficiente fundamento probatorio como para acusar formalmente por un delito a una persona determinada ante un tribunal judicial. Si la acusación se produce, éste deberá juzgar, en definitiva, sobre la culpabilidad o inocencia de aquélla, imponiéndole, si corresponde, una pena o medida de seguridad o absolviendo en caso contrario.

## 1. Momentos

Esta secuencia puede descomponerse, como se ve, en dos momentos principales: el primero, llamado *investigación preparatoria*, que procurará establecer si existen elementos probatorios suficientes para fundar una acusación contra la persona investigada; caso contrario, corresponderá clausurar el procedimiento mediante el dictado del sobreseimiento.

El segundo, que es *el juicio*, intentará verificar si puede lograrse una *convicción* razonada y fundada en pruebas y explicable, para establecer si la persona acusada es penalmente responsable del delito que se le atribuye, lo que determinará la condena y la consecuente imposición de una sanción (o medida de seguridad); o si tal convencimiento no se logra, sea porque se arribe a uno contrario (de inocencia) o por la existencia de dudas al respecto, corresponderá su absolución (véase el apartado I del Capítulo 12, en la pág. 545).

También se autoriza la posibilidad de que la decisión final (sentencia) y aun las anteriores, puedan ser reexaminadas con el propósito de controlar — y sanear — la existencia de errores que las hagan injustas: son *los recursos* (véase el Capítulo 13, en la pág. 589). Finalmente, debe asegurarse el efectivo cumplimiento de lo resuelto en el juicio a través de *la ejecución* (véase el Capítulo 14, en pág. 633).

El Código, dadas ciertas condiciones de naturaleza institucional, ha entendido conveniente colocar en manos del Ministerio Público Fiscal la investigación preliminar de los hechos delictivos, con el auxilio de la Policía Judicial y bajo el control de un juez. La acusación que como consecuencia se produzca, deberá ventilarse en un juicio oral y público; éste debe ser parte esencial del proceso (y no un apéndice o simple ratificación de aquella investigación preliminar), en donde el fiscal y el acusado se encuentren en plena igualdad, y el tribunal sólo garantice los derechos de cada uno y luego resuelva imparcialmente, sobre la base de la prueba recibida

en el juicio (no antes) y ofrecidas por aquellos sujetos, teniendo en cuenta sus argumentaciones.

En todo momento deberán respetarse escrupulosamente la dignidad personal y los derechos del sujeto sometido al proceso, en especial, el de defensa.

### Responsabilidades

El Código, consecuentemente, dispone que el Ministerio Público Fiscal tendrá a su cargo la investigación preparatoria destinada a reunir las pruebas necesarias para fundar la acusación, mientras que el juez (y el tribunal de alzada por vía de recurso) sólo controlará la observancia de las garantías individuales y el sustento probatorio de aquella cuando sea cuestionado por la defensa, pero sin tener atribuciones de buscar pruebas por su propia iniciativa. Durante el juicio, el fiscal tendrá bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria para el descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación, debiendo quedar condicionado a su previo pedido (o al de las otras partes), el ejercicio de la mayoría de las facultades de producir prueba que hoy las leyes acuerdan autónomamente al tribunal (instrucción suplementaria, incorporación de oficio de nuevas pruebas, etc.). Queda así establecido que la eficacia de la persecución penal es una responsabilidad exclusiva del Ministerio Público Fiscal (y excluyente de los jueces).

Se posibilitará, de este modo, que el perfil de la actuación de los jueces se compadezca mejor con la esencia de su función, que es la de juzgar imparcialmente, decidiendo sobre la observancia de garantías y el fundamento probatorio de la acusación (durante la investigación), o en forma definitiva sobre la responsabilidad penal del acusado, en base a las pruebas (y las argumentaciones del fiscal y el imputado) aportadas (en el juicio), evitándose — en todo caso — que pueda buscarlas primero, y juzgar sobre su eficacia después.

## II. LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

En todo proceso judicial, cualquiera sea su naturaleza, generalmente es necesario practicar una investigación previa tendiente a reunir los elementos que justifiquen su iniciación o prosecución. Así, por ejemplo, el letrado que presente una demanda en el fuero civil deberá conocer previamente cómo sucedieron los hechos y reunir los elementos necesarios (prueba documental o instrumental) para sustentarla, lo que determinará si se justifica o no su presentación. Para ello debe realizar una investigación previa. De la misma manera procede quien formula demanda en sede laboral, "preparando" su presentación con elementos que ha obtenido previamente. O en sede penal, donde así se procede para presentar una querrela por un delito de acción privada. En todos estos casos, la investigación preparatoria se desarrolla en el ámbito privado y es opcional, no obligatoria. No está prevista en las leyes procesales.

### *Necesidad e importancia*

Pero cuando se trata de delitos de acción pública, ya sea por la naturaleza de estos hechos, por el bien jurídico vulnerado y por el interés público o social que se encuentra afectado, la ley procesal regula una etapa *preliminar* al juicio que necesariamente debe transcurrir y que es de carácter oficial. Es *la investigación penal preparatoria*. La dirección de esta investigación está asignada a órganos públicos, quienes tienen la obligación de proceder dentro del marco legal. En algunos códigos procesales la dirección está encargada a los Jueces de Instrucción y en otros — entre ellos, el de Córdoba — a los fiscales.

La importancia y necesidad de que la investigación penal preparatoria esté regulada en la ley se fundamenta en los siguientes motivos:

a) Los actos que se practiquen y la prueba que se obtenga, justificarán o no la realización del juicio. Actuará como verdadero "filtro", evitando juicios injustos o inútiles.

- b) En un sentido cautelar, evitará la desaparición o adulteración de la prueba del delito. La práctica judicial reiterada ha demostrado que la intervención inmediata y diligente de los órganos encargados de investigar es la que posibilita la obtención de la prueba más importante (por ejemplo, la que se encuentra en el lugar del hecho inmediatamente después de ocurrido).
- c) También con un carácter cautelar, evitará que quienes hayan sido individualizados como partícipes del delito puedan eludir la acción de la justicia tornando imposible la actuación de la ley, invistiendo a los órganos encargados de facultades coercitivas que deberán aplicarse excepcionalmente cuando ese peligro aparezca.
- d) En el supuesto de llevarse a cabo el juicio, esta etapa preliminar habrá servido para precisar el objeto del mismo, tanto desde un punto de vista objetivo (determinación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos), como subjetivo (autoría y grados de participación). Sobre estos extremos versará la acusación, prueba, discusión y la sentencia definitiva.

Si bien es cierto que esta etapa preparatoria es necesaria e importante, y debe mantenerse en las legislaciones procesales, es aconsejable desformalizarla para preservar el rol que debe desempeñar el juicio como etapa principal. Se evitará que los actos producidos en ella influyan directamente en el juicio, y que sea la prueba que se ofrezca, produzca y discuta en éste la que realmente fundamenta la sentencia definitiva.

Existe esta tendencia a desformalizar la investigación penal en los últimos proyectos de códigos argentinos. Pero en esta nueva concepción legislativa también deberán preservarse las garantías constitucionales, especialmente las que se relacionan a la persona del imputado, su dignidad personal, la defensa de sus derechos, su estado de libertad durante el trámite — el que solamente deberá ser restringido en casos excepcionales, cuando exista un peligro de daño sobre el proceso —, el derecho a recurrir ante un órgano superior, entre otros. Igualmente la ley deberá contemplar los dere-

chos de la víctima y la posibilidad de intervenir en el trámite y controlar los actos que se practiquen, como así también impugnar las resoluciones que le causen agravio. En estos aspectos las formas deben preservarse.

La mayoría de los códigos argentinos mantienen la investigación a cargo del Juez de Instrucción, denominando "instrucción" a esta etapa preliminar. Pero la tendencia moderna es asignar la dirección de la investigación preparatoria al Ministerio Público Fiscal. En ese rumbo transitan las últimas reformas procesales (Códigos de Córdoba, Tucumán, provincia de Buenos Aires, Mendoza, entre otros). Como se ha venido explicando en apartados anteriores, este último modelo es el que responde al diagrama establecido por la Constitución Nacional y los pactos internacionales con jerarquía constitucional.

En la provincia de Córdoba, la legislación anterior (códigos de 1939 y 1970), regulaba la "instrucción" a cargo del juez, como regla general. La normativa actual (ley 8123) modificó sustancialmente esta etapa, disciplinando la investigación a cargo del Ministerio Público para todos los delitos (es la regla), salvo los casos en los que existan obstáculos fundados en privilegios constitucionales, en los que incomprensiblemente y sin fundamentos, ha mantenido la investigación a cargo de los jueces (como excepción). La primera se denomina "investigación fiscal preparatoria" y está regulada a partir del art. 328. La segunda, "investigación jurisdiccional", está prevista a partir del art. 339.

### 1. Concepto

La doctrina proporciona numerosas definiciones que procuran abarcar los caracteres más importantes y los objetivos de la investigación penal preparatoria. Desde un punto de vista genérico podría decirse que es **la etapa preparatoria o preliminar del proceso penal que se practica ante la hipótesis de un delito de acción pública, realizándose en forma escrita, limitadamente pública y relativamente contradictoria, y que tiene por finalidad reunir las**

**pruebas útiles para fundamentar una acusación o, caso contrario, determinar el sobreseimiento de la persona que se encuentre imputada.**

Esta etapa es *preparatoria*, ya que sirve para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Sus actos nunca podrán ingresar directamente al juicio con carácter definitivo, ni constituir fundamento de una sentencia condenatoria, salvo que la prueba obtenida sea ofrecida, examinada y discutida en el debate (véase el apartado III del Capítulo 11, en la pág. 504).

Deberá iniciarse solamente ante la supuesta existencia de un *delito de acción pública* (arts. 71 y 72 del C. Penal). Por ello, si se tratara de un delito de acción privada, no corresponde practicar este procedimiento, regulando la ley un trámite diferente (art. 424 y ss. del CPP de Córdoba). Entonces, al tomar conocimiento de una hipótesis delictiva — de acción pública — el Ministerio Público Fiscal, o la Policía Judicial en caso de urgencia o bajo la dirección del primero, deberán actuar de oficio e iniciar una investigación preparatoria, no pudiendo dejar de proceder. Ello, por continuar vigente el principio de legalidad procesal (arts. 71 del C. Penal y 5 del CPP). La investigación que se practique tendrá como objetivo reconstruir históricamente el hecho que surge en un comienzo como hipotético. La prueba es la que determinará si este objetivo se puede cumplir.

Se practica en forma *escrita, limitadamente pública y relativamente contradictoria*. Los caracteres de esta etapa difieren en forma importante de los del debate (prevalentemente oral, público, continuo y totalmente contradictorio, entre otros). Estos caracteres serán explicados en los puntos siguientes.

Por último, la investigación penal tendrá por finalidad *reunir las pruebas para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento* (art. 302). Como se ha dicho anteriormente, la actuación de los órganos públicos encargados por la ley debe ser inmediata y diligente, tendiente a reunir las pruebas que permitan determinar si el hecho existió o no, e individualizar a los partícipes del mismo.

103

Si estos extremos se logran — aunque sea con un grado de probabilidad — ello justificará que el Ministerio Público formule *acusación* (requerimiento de citación a juicio, arts. 354 y 355). Caso contrario, si la prueba es insuficiente, existiendo la certeza de que el hecho no existió o no lo consumó la persona que se encuentra imputada, o dudas sobre estos extremos, el trámite culminará con *sobreseimiento* (arts. 348 y 350), sentencia que cierra definitivamente el proceso.

## 2. Iniciación

Como se viene diciendo, sólo podrá iniciarse frente a la hipótesis de la comisión de un delito de acción pública (*notitia criminis*), puesta en conocimiento del órgano que deba llevarla a cabo a través de los modos previstos por las leyes. Esto importa que si el hecho en cuestión no encuadra en una figura penal, la investigación no puede comenzar y deben rechazarse o desestimarse los actos que daban cuenta de su existencia: es la expresión procesal del principio de reserva de la ley penal. En virtud de este principio constitucional, para iniciar una persecución penal y mantenerla, el hecho que la motive debe encuadrar en la ley penal sustantiva. Por ello es que los actos de iniciación del procedimiento deberán señalar expresamente cuál es el delito que se incrimina: el encuadramiento legal.

## 3. Actos idóneos para provocarla

El Código establece cuáles son los actos que, conteniendo una *notitia criminis*, son idóneos para provocar el inicio de la investigación preparatoria, los que pueden variar según a quién se la encargue. Así, si el responsable de ella fuese el juez (investigación jurisdiccional) sólo tienen tal efecto la iniciativa del fiscal (requerimiento fiscal) basado en una denuncia o en otra fuente de conocimiento, v. gr. el periódico, o noticias o actuaciones provenientes de la policía (información o prevención policial). Nunca puede el juez iniciar de oficio la investigación.

Si el responsable de la investigación preparatoria fuese el fiscal, éste podrá servirse de cualquier información sobre la posible existencia del delito (denuncia, comunicación o prevención policial, informes oficiales, noticia publicada en un periódico, etcétera). También se ha propuesto que la querrela de la víctima pueda provocar el inicio de la investigación. Hoy se reflexiona sobre la necesidad de superar la idea de que la mera *notitia criminis* sea base suficiente para la iniciación formal de la persecución penal, exigiendo en cambio un mínimo de verosimilitud.

En la provincia de Córdoba coexisten ambas formas de investigación, previendo la ley, en concordancia con lo expuesto precedentemente, dos situaciones distintas en relación a los actos iniciales del procedimiento.

Entre los actos más comunes que pueden provocar la iniciación de la investigación preparatoria, es importante hacer una breve referencia a *la denuncia y los actos de la Policía Judicial*.

## 4. Denuncia

La denuncia ha sido definida como **una manifestación de voluntad de una persona que pone en conocimiento de una autoridad competente para recibirla, la existencia de un delito de acción pública** (Vélez Mariconde, 1986).

De acuerdo al concepto, únicamente se puede denunciar un delito de acción pública (perseguido de oficio o dependiente de instancia privada). Los delitos perseguibles de oficio pueden ser denunciados por cualquier persona; los dependientes de instancia privada sólo por el ofendido, su tutor, curador, guardador o representante legal (art. 72 C. Penal). Respecto a los delitos de acción privada, no pueden ser denunciados: el ofendido — titular de la acción penal — debe presentar una querrela, y el procedimiento posterior será diferente (art. 424 y ss.).

El acto contiene una manifestación de voluntad de la persona que lo practica. Por regla general, la denuncia es *facultativa* (el art. 314 establece que una persona que tenga noticia de un delito

“podrá” denunciarlo), a diferencia de otros sistemas que establecen la obligación de denunciar delitos que atentan contra la seguridad del Estado o contra la libertad personal (por ejemplo, Francia y Alemania). En nuestro sistema, entonces, no existe esa obligación. Los particulares tendrán la facultad de hacerlo. Actuarán según su conciencia, su espíritu solidario con la sociedad o su ánimo de colaborar con la justicia.

La excepción está contenida en el art. 317, norma que establece los casos en los que existe la *obligación* de denunciar los delitos perseguibles de oficio. Deberán denunciar “... 1) los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2) los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional”. En relación al primer supuesto, el conocimiento del hecho delictivo debe haber tenido como fuente el ejercicio de la función. En el caso que hubiera conocido del hecho cuando no ejercía la función pública, la situación encuadraría como denuncia facultativa.

La segunda excepción (médicos y demás profesionales del arte de curar), presenta problemas en la práctica judicial en cuanto a la colisión del deber de denunciar delitos y el deber de guardar el secreto profesional. Ello es así ya que la ley penal reprime el delito de violación de secreto profesional (art. 156, CP), a quien teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo o profesión de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

Esto plantea la necesidad de encuadrar estas normas jurídicas en sus respectivos límites, para evitar que el profesional incurra en delito, sea por omisión — al no denunciar lo que debió — o por exceso, al denunciar lo que no correspondía. Debe examinarse cuál de estos bienes en conflicto debe prevalecer. La respuesta es que debe privar el conocimiento que haya recibido el profesional, obtenido bajo el amparo del secreto profesional, si es que su reve-

lación puede causar perjuicio al paciente. El médico que atiende a un paciente y éste le confiesa un delito relacionado con su afección, a pesar que no le haya exigido reserva, tiene la obligación de atenderlo, ya que la vida y la salud son los bienes que debe preservar. Y tiene la obligación de preservar el secreto de lo que ha conocido, ya que su revelación puede causar un daño al paciente: la formación de un proceso por el delito cometido. Caso contrario, el paciente, ante el temor de ir en prisión o ser sometido a proceso, podría optar por no solicitar auxilio médico, ocultar el delito y poner en riesgo su vida o salud. Por otra parte, debe recordarse que el art. 18 de la C. Nacional establece que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo. Al respecto, la confesión del paciente sobre la autoría de un delito no es hecha con libre voluntad, sino forzosamente para recibir atención médica.

Es por todo ello que el deber de guardar secreto debe prevalecer sobre la obligación de denunciar, cuando la situación es la señalada. Será una denuncia mal formulada la del médico u otro profesional del arte de curar que anoticie hechos delictivos en las condiciones expuestas. Esta denuncia no podrá fundamentar ningún proceso, el que será nulo si se realiza. En cambio, será bien formulada la denuncia del médico que, atendiendo a su paciente, toma conocimiento de un delito en el que ha sido víctima, ya que la revelación del hecho no puede ocasionar perjuicio al último. En este caso, el profesional tendrá la obligación de hacerlo; la denuncia estará bien formulada.

Por último, existe otro supuesto para el análisis: cuando el médico es además un funcionario público (la situación encuadra en ambos incisos del art. 314). Es el caso de los médicos de hospitales públicos. Aquí también debe prevalecer el deber de guardar secreto, por los motivos expuestos. Escapa a esta situación el médico forense o el perito, ya que en estos supuestos no existe una relación de médico a enfermo, sino que la actividad profesional está ordenada por un fiscal o juez; el médico actúa por una orden superior.

104

En cuanto a la *forma*, la denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial (art. 315). En ambos casos el funcionario que la reciba deberá comprobar y hacer constar la identidad del denunciante. Ello es así porque la ley proscribire la denuncia anónima. Además, el denunciante asume una responsabilidad, ya que puede incurrir en delito en el supuesto de falsedad (arts. 109 y 245 del C. Penal).

La ley no exige capacidad específica para denunciar, salvo los casos de delito de acción pública dependiente de instancia privada (arts. 72, CP y 6 del CPP). Cualquier persona podrá hacerlo. Ello es así ya que la denuncia es un acto meramente informativo y no contiene una imputación formal. Además, esta amplitud de la ley posibilita que los hechos sean comunicados a la autoridad con facilidad, sin restricciones.

Es por el mismo motivo que aunque la ley exige un contenido mínimo, la falta de alguno de los elementos requeridos no está conminada con sanción procesal. El art. 316 establece que la denuncia deberá contener, *en cuanto fuere posible*, “la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal”. Estos elementos posibilitarán iniciar una investigación.

Los órganos encargados de recibir la denuncia son únicamente *el Fiscal de Instrucción y la Policía Judicial* (art. 314). Otros códigos admiten la posibilidad de que el juez pueda también recibirla, como era en Córdoba con la legislación anterior (pero la ley 8123 derogó esta facultad para el juez). En cuanto a los funcionarios de la Policía Administrativa, en los casos que cumplan funciones judiciales (art. 322), están autorizados para recibir denuncias.

Como ya se ha explicado, cuando el Fiscal de Instrucción recibe una denuncia, y concurren los requisitos establecidos por la ley (que el hecho encuadre en una figura penal y pueda proceder), debe actuar espontánea y automáticamente, comenzando una investigación (art. 319, primer párrafo). Si se trata de una situación

en la que existan obstáculos fundados en privilegios constitucionales, o sea que deba procederse por investigación jurisdiccional, podrá requerir al Juez de Instrucción la iniciación de ésta (arts. 14 y 341); o, en su caso, solicitar la desestimación (art. 319, último párrafo). En el caso que la denuncia sea recibida por la Policía Judicial o administrativa en funciones judiciales, deberá inmediatamente comunicar el hecho al Fiscal de Instrucción, independientemente de que podrá practicar actos urgentes (art. 326).

### 5. Actos de la Policía Judicial

La Policía Judicial — creada institucionalmente en la provincia de Córdoba — cumple una actividad auxiliar del Ministerio Público, de quien depende. El art. 324 del CPP establece los actos que está autorizada a practicar (recibir denuncias, cuidar el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito, conservarlos, proceder a los allanamientos urgentes, interrogar a los testigos, entre otros). También la norma faculta a los funcionarios de la Policía Judicial a recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, debiendo observar las formas y garantías previstas en los arts. 258 y ss. En forma excepcional y por razones de urgencia intervendrá por iniciativa propia o por denuncia, siendo la regla que deba actuar por orden de autoridad competente (el fiscal), conforme lo establece el art. 321. Sus actos conformarán el sumario de prevención, el que deberá ser elevado al Fiscal de Instrucción en el término de tres días, prorrogables por otro tanto (art. 326). El término es ordenatorio (su vencimiento no produce sanción procesal).

Si bien la intención de la ley es que el fiscal intervenga directa y personalmente en la investigación (art. 304), la realidad demuestra que, en delitos contra la vida, la salud, la propiedad, la libertad, generalmente actúa inicialmente la Policía Judicial o la Policía Administrativa cumpliendo funciones judiciales, bajo el control y dirección del Fiscal de Instrucción. Pero no debe perderse de vista que, en los hechos en que intervenga la Policía Judicial, ésta debe cumplir un rol accesorio, como auxiliar del Ministerio Público, y no el rol principal. No obstante ello, la ley autoriza a que los re-



querimientos del Fiscal de Instrucción puedan fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial, salvo la declaración del imputado, la que deberá receptar antes de formular acusación (art. 328).

Como se ha explicado al tratar el tema "policía de investigación", Córdoba ha sido pionera al poner en marcha este órgano. Hasta tanto sus cuadros se completen en toda la provincia, la Policía Administrativa está autorizada por la ley para cumplir funciones judiciales (art. 322), por eso tiene las mismas atribuciones previstas para la Policía Judicial.

### 1. Supuesto de investigación fiscal preparatoria

Cuando se trata de la *investigación fiscal preparatoria*, al tomar conocimiento de la comisión de un delito de acción pública (ya sea por denuncia, o por los medios de prensa u otra fuente de conocimiento), el fiscal deberá iniciarla de oficio, sin requerimiento previo de otro órgano. Ello es así, por ser el titular de la acción penal pública, quien deberá impulsar el trámite en forma obligatoria, en virtud del principio de legalidad, siempre y cuando concurren las condiciones exigidas por la ley: que el hecho anoticiado encuadre en la ley penal sustantiva y pueda proceder. El fiscal dispondrá si practicará la investigación directamente o la delegará en la Policía Judicial, bajo su dirección y control (arts. 319, primer párrafo, 321, 323, 328 y 329).

## 6. Archivo

Si las condiciones legales para actuar no concurren, entonces el Fiscal de Instrucción dictará resolución en tal sentido. En ese caso dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones, solución prevista en el art. 334 del CPP, lo que implica no iniciar una investigación o no continuar la que había comenzado. Los motivos están contemplados expresamente en esa norma: que el hecho contenido en las actuaciones no encuadre en una figura penal o que no se pueda proceder. El primer caso se relaciona con la tipici-

dad de la conducta, y no presenta dificultades, ya que la conclusión surgirá de la simple confrontación del hecho anoticiado con la ley penal sustantiva.

En cuanto al otro motivo, "el no se puede proceder", la doctrina lo ha relacionado con la existencia de obstáculos sustanciales o formales que impiden la formación de un proceso. Por ejemplo, cuando se llega a concluir que el hecho contenido en las actuaciones es de acción pública, pero dependiente de instancia privada (art. 72 del C. Penal) y no ha mediado denuncia del ofendido, o cuando la conducta configura un delito de acción privada (art. 73 del C. Penal), por el que la ley ha regulado un procedimiento distinto (art. 424 y ss. del CPP). En estos supuestos el fiscal "no puede proceder", no puede iniciar o proseguir una investigación. Debe archivar las actuaciones.

Pero la práctica judicial ha demostrado la existencia de otras situaciones que se plantean, y respecto a las que el fiscal tampoco "puede proceder". Una de ellas, que reiteradamente se presenta, es cuando el hecho anoticiado encuadra en una figura penal (delito de acción pública), pero carece de verosimilitud, es decir, la investigación practicada no ha posibilitado reunir elementos mínimos que corroboren la *notitia criminis*. Se trata de denuncias o anoticiamientos manifiestamente infundados, que ante la ausencia de elementos que confirmen, aunque sea la sospecha de la existencia del hecho, impiden iniciar o continuar una investigación ya agotada, y menos formular una imputación a una persona. Al encontrarse agotada la investigación, es viable ordenar el archivo de las actuaciones. En ese supuesto, el fiscal ya no puede proceder, o seguir procediendo; no puede seguir investigando.

El decreto disponiendo el archivo debe ser fundado, y es dictado por el Fiscal de Instrucción, conforme a esta amplia facultad autónoma que la ley le ha otorgado, sin necesidad de solicitarlo al juez. Ello constituye una diferencia con otros códigos del país que han adoptado el mismo modelo de Córdoba, los que establecen que es el juez — a pedido del fiscal que investiga — el que debe dictar esta resolución. La doctrina no es pacífica en esta cuestión.

Así, se ha dicho que la resolución de archivo, por sus efectos, puede razonablemente equipararse a una sentencia de sobreseimiento. (TSJ Cba., caso “Mazoud”, 17/11/00); o más limitadamente, que “solamente habrá de *causar estado* para evitar la repetición de hechos idénticamente descritos: *rebus sic stantibus*” (Clariá Olmedo, 1963); o más categóricamente, que no tiene el mismo valor de una sentencia de sobreseimiento, pues no implica el cierre definitivo del proceso, lo que significa que el fiscal, ante la aparición de nuevos elementos, puede disponer la reapertura de la investigación o su prosecución (Novillo Corvalán).

Además, el art. 334 establece la posibilidad para las partes de impugnar esa resolución, quienes pueden deducir oposición, y provocar un nuevo examen de la cuestión por parte del Juez de Control. Si éste discrepare con el archivo dispuesto, deberá requerir la opinión del Fiscal de Cámara (arts. 334 y 359).

La resolución confirmatoria del archivo que dicte el juez (salvo que sea consecuencia de lo dictaminado por el Fiscal de Cámara en el supuesto del art. 359) es apelable ante la Cámara en lo Criminal. Como puede observarse, no obstante esta facultad autónoma del fiscal, la ley ha previsto y asegurado para las partes afectadas en sus derechos — especialmente el ofendido que se constituya como querellante — un doble control jurisdiccional ante el decreto de archivo que dicte el Fiscal de Instrucción.

## 7. Desestimación de la denuncia

Otro supuesto previsto en la ley, que implica no iniciar una investigación, es la *desestimación de la denuncia*. Está contemplado en el art. 319 del CPP. Si bien la norma no es suficientemente clara (no expresa los motivos por los que se puede desestimar una denuncia, o si el fiscal puede hacerlo de oficio en los casos que corresponde su intervención, o si las partes agraviadas pueden impugnar), desde la vigencia de la ley 8123, la jurisprudencia de la provincia de Córdoba se ha encargado de salvar el vacío legal. Se ha establecido que la situación es similar al archivo que ordena el

Fiscal de Instrucción, previsto en el art. 334. Por ello, cuando se trata de una denuncia por hechos en los que en un principio no corresponde investigación jurisdiccional, el Fiscal de Instrucción puede — en forma autónoma — disponer su desestimación por decreto fundado en los casos ya analizados: cuando el hecho denunciado no encuadre en una figura penal o no se pueda proceder.

Así también, en el supuesto que el ofendido — y denunciante — se haya constituido como querellante particular, tendrá la facultad de impugnar esa decisión por vía de oposición, para que el juez examine nuevamente la cuestión, resolución que, a su vez, es apelable. Es decir, el trámite es similar al establecido en el art. 334 del CPP. Es lógico que así sea, porque las situaciones que se presentan son similares, encargándose la jurisprudencia de interpretar armónicamente los arts. 319 y 334, como así también con el resto de la normativa vigente, en cuanto a las amplias facultades otorgadas al fiscal, con un control jurisdiccional efectivo, a requerimiento de las partes. Sólo resta agregar que el art. 319, en su último párrafo, establece la posibilidad de discrepancia entre el fiscal y el juez en relación al pedido de desestimación formulado por el primero. Pero este supuesto es aplicable a los casos en los que deba procederse por investigación jurisdiccional (por ejemplo, cuando sea denunciado un magistrado).

## 2. Supuesto de investigación jurisdiccional

En cuanto a la *investigación jurisdiccional*, para iniciar una investigación, el juez no puede proceder de oficio (*ne procedat iudex ex officio*), por lo que el fiscal deberá formular previamente un requerimiento de investigación (art. 14), o sea, promover la acción penal, para que aquél pueda actuar. El art. 341 establece los requisitos que debe contener el requerimiento mencionado. Previo a expedirse, el fiscal podrá practicar una breve investigación tendiente a determinar un mínimo de verosimilitud respecto al hecho denunciado. Y esto es porque la ley exige — bajo pena de nulidad — que los requerimientos y conclusiones del Ministerio Público sean *fundados* (art. 154). Por su parte, el art. 342 establece que el

juez podrá rechazar el requerimiento del fiscal y ordenar por auto el archivo de las actuaciones, por los motivos ya explicados: *cuando sea manifiesto que el hecho no encuadra en una figura penal o no se pueda proceder*. La resolución será recurrible por el Ministerio Público y el querellante particular.

El juez podrá también, y por los mismos motivos, desestimar la denuncia previo requerimiento del Fiscal de Instrucción, trámite previsto en el último párrafo del art. 319. Pero la norma también establece que en el caso de no compartir el criterio del requirente, tal discrepancia será resuelta por el Fiscal de Cámara en lo Criminal, órgano que, en el supuesto coincidir con el juez, formulará el requerimiento de investigación. En el caso de compartir la opinión del inferior — que la denuncia debe ser desestimada — ordenará al juez que dicte el auto respectivo. Este trámite está regulado en el último párrafo del art. 319, que remite al procedimiento establecido en el art. 359 (discrepancia entre el fiscal y el juez ante el pedido de sobreseimiento del primero).

## 8. Caracteres

La investigación penal tiene los siguientes caracteres: es *preparatoria, escrita, limitadamente pública, relativamente contradictoria y cautelar*.

### *Preparatoria*

Es *preparatoria* porque sus actos tienen como finalidad fundamentar una acusación o determinar el sobreseimiento. La prueba obtenida durante la investigación no puede ingresar directa y definitivamente al debate y constituir fundamento de la sentencia ulterior: debe haber sido ofrecida por las partes, producida y discutida durante el debate.

### *Escrita*

Es *escrita*, no por la forma como se practican los actos, ya que algunos se oralizan (la declaración del imputado, declaraciones testimoniales, careos), sino porque todos los actos que se practiquen, en su completo contenido, deberán hacerse constar en actas, que conformarán el respectivo sumario (art. 313).

### *Limitadamente pública*

Es *limitadamente pública*, a diferencia del debate que es público, salvo algunas excepciones. El concepto se relaciona con la posibilidad de acceder al sumario y a intervenir en los actos procesales en momentos de practicarse.

En cuanto a la *publicidad externa* (para la sociedad), debe tenerse en cuenta que es esencial su existencia en un régimen republicano de gobierno, el que exige de sus funcionarios la actuación responsable ante el pueblo soberano. Para ello, y para su debido control, los actos de los funcionarios deben ser públicos, lo que incluye, por cierto, a los órganos del Poder Judicial. No obstante, los códigos procesales regulan el secreto de esta etapa preliminar (es “secreta para los extraños”, consignan los textos vigentes). El público no puede enterarse del desarrollo de la investigación, en resguardo tanto del éxito de las diligencias probatorias (que podrían frustrarse por su difusión, sobre todo si es anticipada), como de la reputación del imputado (procurando evitar su estigmatización social por simples sospechas, que no por fundadas dejan de ser sólo eso). Éstos constituyen los motivos para restringir la publicidad.

Se ha dicho que, “sin embargo, en virtud de la revolución comunicacional que caracteriza a estos tiempos, la aludida prohibición — que hay que reconocerlo, siempre tuvo una vigencia muy relativa — hoy sólo vive en los papeles, es casi letra muerta por obra de los «trascendidos», cuando no de informaciones directas. El tiempo dirá si esto es más bueno que malo” (Cafferata Nores, 1998). Se ha propuesto que en ciertos procesos de especial interés

público — sea por la naturaleza de los hechos o por las condiciones personales del imputado o de la víctima — puedan emitirse comunicados oficiales informando sobre actos, resoluciones o planteos de las partes (Frascaroli, 2002).

Con relación a la *publicidad interna*, el art. 312 establece que el sumario podrá ser solamente examinado por las partes y sus defensores después de la declaración del imputado. Pero no obstante ello — agrega la norma — se podrá ordenar el secreto de sumario por un término máximo de diez días, por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad. El término podrá ser prorrogado por otro similar. Cuando investigue el fiscal la reserva deberá ser autorizada por el Juez de Instrucción; cuando investigue el juez, la medida deberá ser requerida a la cámara en lo criminal. De esta reserva quedarán exceptuados los actos definitivos e irreproducible que se mencionan en el art. 308, los que deberán ser previamente notificados a las partes, bajo pena de nulidad, para que puedan participar o controlarlos.

Por último, también se autoriza el acceso a las actuaciones a los *abogados* que tengan algún interés legítimo (por ejemplo, quien desea iniciar la acción civil resarcitoria en sede civil en relación al delito que se investiga, y necesita conocer detalles del hecho y la prueba reunida hasta el momento para ofrecerla en el juicio respectivo).

El art. 312 agrega en su último párrafo, que las partes, sus defensores y abogados con un interés legítimo que hayan sido autorizados al acceso de las actuaciones, estarán obligados a *guardar secreto* sobre el contenido de éstas. Pero también esta obligación les cabe a los órganos públicos intervinientes (fiscal, juez y policía). Respecto a ello, entre las prohibiciones que la ley impone a los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial — extendida a la Policía Administrativa cuando cumple funciones judiciales — el art. 325 establece que no podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediara expresa autorización del órgano

judicial competente, en concordancia con el derecho a la intimidad de las personas prevista en la Constitución Provincial (arts. 19 inc. 2 y 50). Lamentablemente la realidad demuestra el incumplimiento reiterado de estas normas, siendo que la publicidad afecta el éxito de la investigación, pero, además, y que es lo más importante, el honor de la persona sospechada, que sufre la exposición pública de su nombre o imagen, formándose un preconceito en la sociedad como si estuviera condenado.

#### *Relativamente contradictoria*

La investigación penal es *relativamente contradictoria*, a diferencia del debate, que se desarrolla en un contradictorio pleno (véase el apartado III del Capítulo 11, en la pág. 504). Pero en la investigación preparatoria, el contradictorio está restringido, está limitado. Ello es así por las mismas razones invocadas al analizar el tema de la publicidad: se procura el éxito de la investigación. Los órganos encargados de practicarla (fiscal o juez) son investidos por la ley de amplias facultades en cuanto a la impulsión de los actos, y ello determina una situación distinta para las partes (imputado y ofendido), quienes no se encuentran en un pie de igualdad con el investigador. La forma como se lleva a cabo el procedimiento (escrito y con publicidad limitada) favorece esta actuación desigual. No obstante, el Código asegura para las partes la posibilidad de intervenir en los actos (art. 310), pero la decisión de admitirlos corresponderá al órgano investigador, siempre que esa participación no ponga en peligro los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación. Esta resolución no es recurrible

Pero cuando se trata de actos que por su naturaleza son definitivos e irreproducible, las partes no pueden ser impedidas de intervenir, y se les debe notificar la realización de los mismo bajo pena de nulidad (arts. 308 y 309). Además, la ley autoriza a las partes a proponer diligencias (arts. 335 y 344), que el órgano investigador deberá practicar, salvo que considere que no son pertinentes o útiles; tal negativa puede ser impugnada por el solicitante afectado.

### Cautelar

Por último, la investigación preparatoria es *cautelar*, pues cumple una función preventiva en relación a la prueba que se debe reunir para la reconstrucción histórica del hecho anoticiado. Sólo la reacción automática, ágil y diligente de los órganos públicos encargados de intervenir, posibilitará preservar los elementos más importantes relacionados al delito, y evitar que desaparezcan o se modifiquen. Además, una vez individualizado el supuesto autor, ante el peligro que pueda eludir la acción de la justicia u obstaculizar el desarrollo del proceso, se podrá, en forma excepcional, imponérsele una medida de coerción que frustre esa intención.

### Propuestas

De los caracteres analizados, aquellos que se relacionan con la forma en que se desarrolla esta etapa preliminar — escrita, secreta y limitadamente contradictoria — son rasgos del sistema inquisitivo que todavía permanecen en las legislaciones procesales. Si bien no se advierte que el esquema legal pueda constituir o consagrar violaciones a la garantía constitucional de la defensa en juicio, también es cierto que ésta no se puede ejercer con total amplitud — como sucede en la etapa del debate — ya que tanto la reserva de las actuaciones, como la posibilidad limitada de intervenir en los actos, implican una restricción a ese derecho.

Por eso, para poder revertir o atenuar esta situación, sin sacrificar los fines que debe cumplir la investigación penal, habría que pensar en otras alternativas. Una sería adelantar la oralidad — con todos sus beneficios — a esta etapa, más concretamente a la fase crítica (Novillo Corvalán) tal como se regula en algunos códigos (v. gr., Paraguay).

### 9. Finalidad

La finalidad de la investigación penal es “impedir que el delito cometido *produzca consecuencias ulteriores* y reunir las prue-

bas útiles *para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento*”, establece el art. 302.

Respecto al primero de los objetivos, durante la investigación deberá cuidarse que no se consuma el delito sólo tentado (verbigracia, que la víctima de la tentativa de estafa no entregue el dinero), o que cese la continuidad o permanencia en esta clase de delitos (v. gr., que quien sufre la privación ilegítima de su libertad, la recupere), o que no permanezcan las consecuencias del delito (v. gr., que el dueño de la cosa robada la recobre), etcétera. Además, tendrá como finalidad reunir los elementos útiles para fundamentar la acusación en contra de la persona imputada por el delito. Para que la investigación concluya de esta manera, la ley exige al menos *la probabilidad* sobre los extremos de la imputación (arts. 354 y 355).

La acusación — denominada “requerimiento de citación a juicio” en la ley — significa el mérito de la investigación que hace el Fiscal de Instrucción conforme a la prueba que ha podido reunir, la que autorizará esa decisión. Y si durante la investigación practicada no se reúnen pruebas suficientes como para fundar una acusación, la etapa se cerrará con el dictado de sobreseimiento (arts. 348 y 350).

A los fines de establecer si existe fundamento suficiente para acusar a alguna persona por la comisión del delito cuya hipótesis le dio origen, la investigación procurará comprobar si existe el hecho delictivo, estableciendo las circunstancias que lo agraven, atenúen, justifiquen o influyan en su punibilidad, y la extensión del daño que hubiere ocasionado (esto último incide sobre la graduación de la eventual sanción que pudiera corresponder e interesa a la acción resarcitoria si se hubiese deducido). También intentará individualizar a sus partícipes (autores, coautores, cómplices necesarios o secundarios, o instigadores), verificando además las condiciones personales que, según el artículo 41 del Código Penal, son relevantes para la imposición o graduación de la pena (edad, educación, costumbres, condiciones de vida, facultades mentales, medios de subsistencia, condiciones en que actuó, moti-

vos que lo llevaron a delinquir, antecedentes y demás circunstancias que sean indicadoras de peligrosidad) (art. 303).

La investigación penal también debe tener como objetivo, dentro de las posibilidades que se presenten, procurar una solución del conflicto interpersonal que produce la mayoría de los delitos. El órgano encargado de investigar, si las circunstancias lo permite, debe propiciar esa solución entre los involucrados en el hecho (imputado y víctima), pues la práctica ha demostrado en reiteradas oportunidades que, no obstante la actuación eficaz del órgano que investiga (sea fiscal, juez o policía) y el éxito obtenido, el conflicto ocasionado por el hecho, el daño en la víctima, no ha podido ser revertido. Ello, independientemente de las facultades que la ley otorga al damnificado para accionar civilmente.

#### 10. Valor de las pruebas

Cuando se califica de *preparatoria* a esta etapa del procedimiento se hace referencia, especialmente, al valor procesal de las pruebas que en ella se recojan: éstas *sólo* podrán utilizarse para *dar base a la acusación*. Si se quisiera usarlas para fundar la sentencia definitiva deberán ser — como ya dijimos — ofrecidas y producidas durante el juicio, con plenas garantías para la defensa y a la vista del público.

Sólo aquellas pruebas que no puedan practicarse más de una vez, pues por su naturaleza o características son *irreproducibles*, podrán escapar a esta limitación y ser idóneas para dar base a la sentencia sin haber sido recibidas en el juicio. Para que así ocurra, será indispensable que se haya garantizado a la defensa la posibilidad de participar en su recepción, lo que excluye que puedan realizarse en secreto, imponiendo la ley la previa notificación a los defensores.

Sin embargo, se admiten algunas excepciones fundadas en razones de emergencia no previsibles, que deben ser interpretadas restrictivamente (v. gr., se permite que la sentencia utilice en su

motivación un testimonio brindado en la investigación preparatoria, por una que persona que luego murió).

#### 11. Actos definitivos e irreproducibles

El Código en el art. 308 señala algunos de estos actos (reconocimientos, reconstrucciones, pericias, testimonios de personas que por algún impedimento no podrán deponer durante el juicio, etc.), estableciendo el art. 309 la obligación de notificar a las partes previamente, bajo pena de nulidad, la realización de los mismos. Respecto a las pericias, la exigencia de la notificación se reitera en el art. 236.

En el supuesto de ordenarse el secreto de sumario, de esta reserva quedan excluidos los actos definitivos e irreproducibles (art. 312).

#### 12. Duración

La investigación preparatoria, deberá practicarse en el término de tres meses, que puede ser prorrogado por otro similar. Además de estos plazos, la ley acuerda la posibilidad de extenderla doce meses más en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación. El término se computará a partir de la declaración del imputado. La duración del trámite prevista en la ley es la misma para ambas formas de investigación (fiscal o jurisdiccional). Cuando investigue el fiscal, ambas prórrogas deberán ser autorizadas por el Juez de Instrucción. Cuando investigue el juez, éste podrá ordenarlas de oficio (ver arts. 337 y 346).

En los procesos sin personas detenidas, el término es *ordenatorio*: su vencimiento no acarrea sanción procesal.

En cambio, cuando hay personas privadas de libertad, el término de duración es *fatal* (art. 182). Esto significa que el vencimiento del plazo y sus prórrogas en forma injustificada, sin que haya finalizado la investigación, produce una grave sanción, pues importará automáticamente el cese de la intervención en la causa

del juez o representante del Ministerio Público actuantes, los que serán sustituidos, con la posibilidad de la apertura del procedimiento ante el jurado de enjuiciamiento (art. 183). Quedarán excluidos del cómputo de este término fatal, la duración del diligenciamiento de prueba fuera de la circunscripción, incidentes o recursos.

La *celeridad* en el trámite fue una de las ideas fuerza de la última reforma procesal en Córdoba, es decir, revertir el estado de morosidad judicial que existía en el fuero penal, especialmente en las causas con personas privadas de libertad. Se incorporaron nuevos institutos (la investigación a cargo del Ministerio Público, el juicio abreviado) y luego de la sanción de la ley 8123, otros, como la integración de los tribunales colegiados en Salas Unipersonales. Se ha señalado que los resultados en la práctica han sido positivos en relación a esta cuestión, ya que el trámite se ha agilizado — en ambas etapas del proceso — y la producción se ha elevado: las estadísticas así lo demuestran (Novillo Corvalán).

### 13. Atribuciones de los sujetos privados

Frente a los caracteres de la investigación preparatoria precedentemente consignados, resulta de especial importancia destacar las atribuciones que el Código reconoce, en su transcurso, a los sujetos privados. Las analizamos a continuación.

#### *El imputado*

En la investigación preparatoria se debe *proveer a la defensa técnica* del imputado en la primera oportunidad que se presente, y siempre antes de su declaración (art. 305). El hacerse defender por un abogado de su confianza y elección, desde el primer momento de la investigación (aun cuando se trate de averiguaciones policiales), es un derecho irrenunciable de aquél (art. 8.2, d, CADH; art. 14.2, b, d, PIDCP). En el acto de la declaración del imputado, el defensor deberá estar presente; caso contrario, nada de lo que diga podrá ser utilizado en su contra (Constitución de Córdo-

ba, art. 40). La ausencia del defensor está sancionada con nulidad (art. 258). El imputado deberá ser invitado a elegir defensor, y en el caso de no hacerlo, deberá designarse de oficio al Asesor Letrado (arts. 305 y 121). Además, sólo la designación y notificación previa del defensor garantizará la validez de los actos de prueba irreproducible, y posibilitará el control sobre la restante actividad probatoria.

El imputado debe tener la posibilidad de *ejercer su defensa material*, decidiendo libremente si efectúa alguna manifestación relativa a la imputación que se le formula, o no lo hace. El acto procesal previsto a tal fin se denomina declaración del imputado (arts. 258 y ss.). El imputado, al declarar, tiene derecho a indicar las pruebas que estime oportunas, a lo que debe invitarlo el órgano judicial que le recibe la declaración, quien deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a las que aquél se hubiese referido (art. 267).

Tendrá derecho en cualquier momento de la investigación a *proponer diligencias*, que serán admitidas si son pertinentes y útiles; igual derecho tendrá su defensor (arts. 335 y 344).

De la misma manera que no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 18, CN), tampoco puede ser constreñido o violentado a producir pruebas en contra de su voluntad, por interpretación de ese precepto constitucional. Así, se proscribió imponerle su intervención activa como órgano de prueba (v. gr., en una reconstrucción del hecho, en un careo, o formar un cuerpo de escritura para una pericia caligráfica, etcétera). La abstención en dichos actos no puede ser considerada como presunción de culpabilidad.

Como se ha venido explicando, y en razón del estado jurídico de inocencia que goza, tiene el derecho a mantener su situación de libertad ambulatoria durante todo el procedimiento. Sólo en casos excepcionales y con un carácter cautelar, en los supuestos expresamente previstos en la ley, ese estado podrá ser restringido



(arts. 7.1 y 3, CADH y 9, PIDCP, 42 de la Constitución Provincial, 268, 269 y 270 del Código).

Tiene el *derecho de impugnación*, que surge de la posibilidad de cuestionar, mediante recursos, el fundamento fáctico y jurídico de cualquier acto que pueda afectar su libertad personal (v. gr., prisión preventiva) o cualquier otro de sus derechos (v. gr., propiedad), y esencialmente el de la acusación que se formule en su contra.

Debe asegurarse durante la investigación penal, *el respeto a las otras garantías constitucionales*, como la propiedad, la intimidad (pudor, privacidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, comunicaciones, vida familiar), los que podrán ser restringidos únicamente con carácter cautelar y excepcionalmente.

Deberá tener derecho a *examinar las actuaciones*, después de su declaración, lo que también podrá hacer su defensor (art. 312).

El defensor del imputado también podrá *participar en los actos de investigación* (art. 310). Véase el Capítulo 5, en pág. 217.

#### *Las partes civiles*

La legislación procesal del país admite mayoritariamente la posibilidad de que el damnificado (víctima del delito) pueda ejercer la acción civil resarcitoria en el proceso penal.

En el caso de la provincia de Córdoba esta posibilidad existe únicamente para los delitos dolosos; y para los culposos, sólo en los casos de homicidios y lesiones gravísimas (art. 24). La acción civil podrá ser ejercida en forma plena recién en la etapa del juicio, pues si bien durante la investigación preparatoria la ley autoriza al damnificado a presentar la instancia antes de que ésta concluya, el tratamiento de esta presentación y el trámite posterior han sido derivados recién para la etapa del juicio, más concretamente para la fase de los actos preparatorios (ver arts. 100 y ss.). Conforme a

lo expuesto, entonces, el damnificado durante la investigación penal no es parte, y no puede intervenir en el trámite. Como lógica consecuencia, en la misma situación se encuentra el demandado civil (véase el apartado X del Capítulo 5, en pág. 273).

Ambas limitaciones (en cuanto a los hechos y la intervención en el trámite) pueden ofrecer críticas, pero no se advierte la violación o restricción a la garantía de acceder a la justicia, ya que siempre el damnificado tendrá la alternativa de accionar en sede civil. De acuerdo a las circunstancias del caso, analizará la conveniencia de iniciar la acción en sede penal — con la limitación de no poder intervenir en la investigación preparatoria — o en sede civil. Pero siempre tendrá la posibilidad de hacer valer sus derechos judicialmente (véase el Capítulo 5 en la pág. 217).

#### **14. Rol de la víctima querellante**

La víctima que se constituya en querellante tendrá derecho a *examinar* las actuaciones después de la declaración del imputado (art. 312). Lo mismo el letrado que lo patrocine o represente.

Podrá — lo mismo que su defensor — *asistir a los actos de investigación* con las obligaciones previstas en la ley (arts. 310 y 311).

Tendrá derecho a que se *notifiquen* a su letrado patrocinante o representante, con anterioridad a su realización, los actos definitivos e irreproductibles para poder controlarlos.

Podrá *proponer diligencias* que sean pertinentes y útiles para esclarecer el hecho (arts. 335 y 344).

Tendrá el derecho a *impugnar* las resoluciones del Fiscal de Instrucción (oposición u ocurrencia) o del juez (apelación), en los casos expresamente establecidos en la ley, v. gr., el archivo de las actuaciones (arts. 334 y 342) y el sobreseimiento (art. 352). Véase el apartado VI del Capítulo 5, en pág. 252.

### III. LA INVESTIGACIÓN FISCAL

El Código de Córdoba regula como *regla* la investigación a cargo del Fiscal de Instrucción, con el auxilio policial y bajo el control de los jueces (arts. 301, 328 y ss.), y, como excepción, la investigación a cargo del juez (arts. 301, última parte, 339 y ss.). Pero no siempre fue así.

#### *Evolución histórica*

En la provincia de Córdoba, de acuerdo al código anterior (dec. ley 5154, 1970), coexistían dos procedimientos diferentes relacionados a esta etapa preparatoria del proceso penal: a) La "*instrucción*", que era la regla, aplicable para la mayoría de los delitos — cuyo máximo en la escala penal superaba los tres años de prisión — en la que el Juez de Instrucción era el órgano encargado de practicarla, con amplias facultades (investigaba, imputaba, aplicaba medidas de coerción y resolvía la situación del imputado), siendo que el fiscal era el órgano de control, con facultades limitadas (era parte en sentido formal). b) La "*citación directa*", a cargo del fiscal, que constituía la excepción, regulada para delitos leves (cuya pena no superara en su máximo los tres años de prisión) o de fácil investigación (delitos consumados en audiencias judiciales ante jueces letrados o falso testimonio). En este trámite el fiscal estaba autorizado para investigar y practicar determinados actos, pero en forma limitada, y el juez era el órgano que ejercía el control. Pero, como se advierte, el procedimiento común era el primero de los señalados, teniendo en cuenta los hechos que comprendía. La "*instrucción*" a cargo del juez es el procedimiento que predomina actualmente en Argentina, en la mayoría de los códigos provinciales, aunque en todo el país ya se está discutiendo y analizando la posibilidad de introducir reformas tendientes a implementar la investigación penal a cargo del Ministerio Público (como es actualmente en nuestra provincia).

Constituyeron los fundamentos de la última reforma procesal en Córdoba, que culminara con la sanción de la ley 8123 — el Código actualmente vigente —, los siguientes argumentos: preservar al juez como sujeto imparcial del proceso, procurar un trámite de mayor agilidad y eficacia, profundizar el marco de las garantías constitucionales, posibilitar la actuación objetiva del Ministerio Público, además de rescatar al juicio como etapa principal.

Se entendió que el sistema anterior confundía los roles de los órganos públicos intervinientes en el proceso, no respondiendo al esquema constitucional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN). La Constitución Nacional distingue y separa la actividad acusatoria de la jurisdiccional (arts. 60 y 115), asignando la primera al Ministerio Público (art. 120) y la segunda a los jueces y tribunales (arts. 108 y 116). Dentro de estas actividades o funciones, la "*investigación*" de los delitos está comprendida en la primera. Correspondía, entonces, asignar las actividades a los órganos públicos en concordancia con las funciones que naturalmente deben desempeñar, respetando el marco constitucional y de los tratados internacionales. Es por todos estos motivos que la reforma — quizás en el aspecto más importante — *invierte los roles* que la ley anterior regulaba para estos sujetos del proceso: el fiscal — que antes controlaba la instrucción que practicaba el juez — pasa a ser, por regla, el investigador; y el juez — que antes investigaba — es el órgano de control. Sólo se mantiene la investigación a cargo del juez para casos muy excepcionales (cuando existan obstáculos fundados en privilegios constitucionales), actuando como órgano de control el fiscal. Este último procedimiento — similar a la "*instrucción*" del Código derogado — no se corresponde con el diagrama constitucional referido.

#### I. Ventajas

La investigación a cargo del Ministerio Público presenta considerables ventajas, si se combinan ciertas condiciones. Posibilita preservar al juez como *sujeto imparcial*, manteniéndolo ajeno a la investigación, debiendo actuar como órgano de control ante la po-

sibilidad de que se puedan afectar — o concretamente se conculquen — las garantías constitucionales. Por otra parte, este esquema posibilita una investigación más *ágil y eficaz* para el logro de sus fines. Todo ello ocurrirá siempre y cuando el sistema — desde un punto de vista institucional — garantice una *actuación objetiva* de los órganos del Ministerio Público.

#### *La imparcialidad del juez*

El desempeño de tareas de investigación que cumple un Juez de Instrucción *no se corresponde* con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, la triple función asignada al Juez de Instrucción (investigador del imputado, contralor de la observancia de las garantías de éste frente a su propia actividad, y evaluador del mérito probatorio de su propia investigación), es menos una utopía institucional que una hipocresía práctica. De tal forma, al poner en manos de un juez actos propios de la persecución penal, como son los de investigación, se distorsiona la separación entre las funciones de acusar y de juzgar y se afecta la necesaria imparcialidad de esta última, pues, como se ha dicho “sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos de su propia actividad agresiva e investigadora”.

También es criticable la inversión de roles, ya que el fiscal que por naturaleza debería investigar, se limita a controlar la investigación; y el juez que la debería controlar, la realiza personalmente.

Debe recordarse que los tratados internacionales con jerarquía constitucional (CN, 75 inc. 22), consagran expresamente la garantía de imparcialidad del juez o tribunal (CADH, art. 8.1; DUDH, art. 10; PIDCP, art. 14 inc. 1), principio que debe gobernar el trámite del proceso en su totalidad; esto incluye la investigación preparatoria.

#### *Agilidad*

La investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal con el auxilio de la Policía Judicial posibilita una actuación ágil, a diferencia de la que tradicionalmente han practicado los Jueces de Instrucción. Ello depende también de las atribuciones que se acuerden al fiscal y a la policía.

En los sistemas que admiten la “instrucción” a cargo del juez, constituye una demora en el trámite que el fiscal base su acusación en pruebas que *no son* recibidas por él sino por el juez, y para cuya selección carece, generalmente, de toda iniciativa vinculante, pues sólo puede proponer diligencias probatorias que éste cumple sólo si, a su exclusivo criterio, resultan pertinentes y útiles. Por ello, por una cuestión de agilidad, y para respetar el esquema constitucional mencionado, lo lógico es que el fiscal fundamente la acusación en los elementos que él ha obtenido durante la investigación que ha practicado.

Por otra parte, el funcionamiento en la práctica de una policía especializada en la investigación, como órgano dependiente y auxiliar de los fiscales, favorece este trámite más ágil. Cuando el fiscal, por imposibilidad material o humana, no actúa directa y personalmente en los primeros actos de investigación, la Policía Judicial lo hace — bajo las directivas y el control del primero — y sus actos pueden constituir fundamento para la acusación o determinar el sobreseimiento, sin necesidad de ser repetidos en las fiscalías. En cambio, en la “instrucción” a cargo de los jueces, la práctica judicial de varios años ha demostrado que numerosos actos practicados por la policía — especialmente la prueba testimonial — son mecánicamente reiterados ante el juez. La investigación (o instrucción) se torna pomposa y prolongada, y además causa perjuicio a los testigos quienes deben comparecer más de una vez a declarar en esa etapa — además del juicio — con las molestias que esta situación ocasiona. Por ello, la investigación debe ser despejada de pomposidad y desformalizada, sin que ello implique conculcar garantías ni privarla de eficacia.

## 2. Eficacia y garantías

Este es otro aspecto muy importante que debe tenerse en cuenta, y que está íntimamente relacionado con la agilidad. Ello es así ya que generalmente la reacción o actuación inmediata y automática del órgano investigador — y no “acelerada” — es lo que la torna eficaz para lograr los objetivos propuestos. Pero, como se viene diciendo, esta actividad tendiente a lograr los fines del proceso — siendo uno de los más importantes la reconstrucción histórica del hecho anoticiado — no puede realizarse menoscabando las garantías constitucionales, especialmente las que se relacionan con la persona del imputado. Ambos aspectos — eficacia de la investigación y respeto de las garantías — deben tener vigencia y realización simultánea durante el trámite, procurando el debido equilibrio. La práctica ha demostrado en algunos casos, que es difícil lograr el equilibrio justo, y que cuando excepcionalmente se sacrifica la eficacia (el “éxito de la investigación”) para preservar las garantías, muchas veces ello no es comprendido por la sociedad.

Pero la eficacia de la investigación es también una *garantía para la víctima del delito*. Es que el Estado debe *garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*, lo que implica una actuación eficaz, adquiriendo relevancia especial en ello la investigación penal. En ese sentido, los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han señalado que el Estado tiene el deber jurídico de “investigar seriamente con los medios a su alcance (...) las violaciones — delictivas de los derechos — que se hayan cometido”, proporcionando como razón principal para esta actuación estatal la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, cuando sus derechos hayan sido violados por el delito” (Cafferata Nores, 2000).

Para que la investigación sea *eficaz*, entonces, lo más conveniente es que esté a cargo del Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Judicial. Corresponderá a estos órganos obtener la prueba para esclarecer el hecho anoticiado, individualizar los partícipes y

cumplir los otros objetivos ya expuestos. Debe recordarse que son las pruebas — y no los jueces — las que condenan, y las más importantes se obtienen en esta etapa.

La investigación a cargo del Ministerio Público brinda más posibilidades para el logro de estos objetivos. También dependerá de su organización, forma de actuación, de que exista una Policía Judicial o especializada en la investigación a su cargo y bajo su dirección. Tiene ventajas de las que carecen los jueces.

Así, posibilita que, en causas complejas, pueda actuar más de un fiscal (o un equipo de fiscales), o éstos bajo la dirección o coordinación de un fiscal de jerarquía superior, o la conformación de un equipo de trabajo con funcionarios de la Policía Judicial en un territorio determinado, lo que posibilitará un funcionamiento coherente y una actuación inmediata en el lugar del hecho para preservar la prueba. El Ministerio Público, a los fines de una actuación eficaz, debe ser dotado de los medios técnicos adecuados. Ello posibilitará la investigación de la criminalidad organizada, o las nuevas y complejas modalidades delictivas, ante las que el Poder Judicial, en numerosas oportunidades, no puede responder por ser superado en cuanto a posibilidades materiales y humanas.

Pero también debe tenerse en cuenta que las posibilidades de una investigación exitosa dependerá de las atribuciones que la ley acuerde al fiscal, pues mientras mayor sea la autonomía que tenga del juez en cuanto a los poderes de investigación y coerción, mejores serán las posibilidades de éxito. Siempre dentro del marco de respecto a las garantías constitucionales, como se ha dicho. El rol del juez en esta etapa, será justamente el de controlar que estas garantías se respeten debiendo prever la ley los casos en que deba intervenir.

## 3. Objetividad

La actuación del Ministerio Público en la investigación debe ser *objetiva*. Pero esta modalidad de actuación dependerá de su situación institucional.

NO

Sin duda que no es lo mismo el marco de objetividad e independencia funcional que ofrece, por ejemplo, la pertenencia de este organismo al Poder Judicial (Constitución de Córdoba, art. 171) o su situación de autonomía (Constitución Nacional, art. 120), que su dependencia del Poder Ejecutivo: la inserción del Ministerio Público Fiscal en el Poder Judicial hace partícipes a sus miembros de las cláusulas sobre designación, estabilidad absoluta, remoción y otras previstas para los jueces. La misma diferencia se advierte en la ubicación de aquél como órgano extrapoder, autónomo y autárquico (art. 120 de la Constitución Nacional).

La objetividad e independencia depende de la situación institucional y de los principios que gobiernan su actuación. Si el Ministerio Público Fiscal integra el Poder Judicial o es un órgano extrapoder (en las condiciones mencionadas *supra*), si actúa libre de órdenes o influencias de los otros poderes y de presiones políticas o sociales, y si debe buscar sin prejuicios ni caprichos la verdad sobre la imputación delictiva, ofrece suficientes garantías como para alcanzar un grado de confiabilidad que haga razonable otorgarle ciertas facultades autónomas de investigación y coerción, que permitan que su tarea sea desempeñada con eficacia y agilidad. Por cierto que siempre debe asegurarse la autorización jurisdiccional previa, o el control jurisdiccional posterior — según sea el caso —, de los actos que afecten derechos del imputado o de terceros.

#### 4. Atribuciones coercitivas y probatorias

Como se ha expresado, para que el Ministerio Público pueda cumplir con eficacia el rol asignado por la ley como encargado de la investigación, habrá que reparar en las atribuciones que se le acuerden.

En la provincia de Córdoba, estas facultades en materia probatoria y coercitiva son más que amplias, si se las compara con otros códigos procesales del país que adoptan un modelo similar (Tucumán, provincia de Buenos Aires, Mendoza).

#### Forma de actuación

En relación con la forma de actuación, en Córdoba, los Fiscales de Instrucción podrán dictar *decretos* (por ejemplo, para ordenar la prisión preventiva, disponer el archivo, hacer lugar a la instancia de constitución como querellante particular, ordenar medidas probatorias, etc.), formular *requerimientos* (por ejemplo, la acusación), o *instancias* (sobreseimiento). La ley exige el fundamento en los decretos cuando expresamente así se contemple, bajo pena de nulidad; en el caso de los requerimientos, siempre deben ser fundados (ver art. 154).

#### Atribuciones probatorias

En cuanto a las atribuciones probatorias, el fiscal debe ser el dueño de la estrategia de la investigación y estar facultado para recibir todas las pruebas, debiendo garantizarse la intervención de la defensa. Pero los elementos de convicción que recoja sólo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundar la sentencia, habrá que producirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al sistema excepcional de los actos definitivos e irreproducibles, que impone garantizar la intervención de la defensa (una especie de anticipo de contradicción).

El fiscal *practicará y hará practicar* actos de investigación, establece el art. 329. Esto quiere decir que el fiscal puede optar entre *realizar* los actos de investigación personalmente o *delegarlos* — bajo su dirección y control — a otro órgano, como sería la Policía Judicial o la Policía Administrativa cuando cumple funciones judiciales. El fiscal, en la práctica judicial, procede de acuerdo a las circunstancias, ya que hay delitos que justifican la intervención inmediata de la policía para preservar la prueba (robos, homicidios, lesiones, entre otros) mientras que en otros ilícitos el fiscal actúa personalmente (v. gr., estafas, delitos contra la administración pública, delitos funcionales, etc.). Pero esta facultad de dele-

gar funciones que la ley le acuerda al fiscal se ha desvirtuado en la práctica judicial de los últimos años — también sucedía cuando los jueces practicaban la “instrucción” — ya que casi siempre es la policía la que interviene primero, practicando actos de investigación bajo las directivas del fiscal. El sistema exige una mayor intervención directa y personal de los fiscales (ver art. 304).

El Código autoriza al fiscal en forma amplia a practicar *medidas probatorias*, incluyendo los actos definitivos e irreproducible (art. 330). Puede, entonces, recibir testimonios, ordenar pericias, reconocimientos de persona o cosas, careos, reconstrucciones de hechos, etc. Las medidas pueden ser dispuestas de oficio o a pedido de parte (art. 335). Otro acto que puede practicar el fiscal — que no es un medio de prueba, sino de defensa — es recibir declaración al imputado.

#### *Atribuciones coercitivas*

Respecto a las atribuciones coercitivas, si bien la intervención jurisdiccional resulta insoslayable, será de política procesal establecer si esa intervención debe ser obligatoria y anterior a la ejecución de la medida (autorización), o si, por el contrario, puede ser inmediatamente posterior a su imposición por el fiscal y a instancia del imputado o de su defensor (control). En el Código se ha optado por esta segunda vía: se faculta al Fiscal de Instrucción a disponer medidas coercitivas, y que éstas puedan ser controladas por el juez con posterioridad, siempre que haya requerimiento del interesado.

Conforme a ello, se faculta al Fiscal de Instrucción a *citar* al imputado (arts. 271 y 332), *mantener su libertad* e imponerle una caución (art. 268). Puede también ordenar el *arresto* (art. 274), la *detención* (art. 272) y la *prisión preventiva* (281), facultades estas que son motivo de discusión (Cafferata Nores, 1998). Las dos últimas medidas deberán ser dispuestas por decreto fundado. Así como puede privar de libertad al imputado, tiene facultades para disponer el *cese* de ese estado (arts. 280 y 283) (véase para todos

los casos expuestos el art. 332). Como se ha dicho, el imputado podrá *requerir* que el Juez de Instrucción o Control examine la decisión del fiscal — por vía de oposición u ocurrencia — y de apelar la resolución del juez si le es desfavorable, ante la cámara en lo criminal.

#### *Actos prohibidos*

Pero hay medidas — tanto probatorias como coercitivas — que el Fiscal de Instrucción *no podrá practicar* y que la Constitución Provincial o la ley asignan exclusivamente al juez. No podrá *allanar* domicilios (art. 45 de la Constitución Provincial y 203, 204 del CPP), *intervenir comunicaciones* (art. 216), *interceptar correspondencias* (art. 214), ni *abrir* la interceptada (art. 215). Tampoco podrá ordenar la incomunicación de un detenido (arts. 43 de la Constitución Provincial y 273 del CPP), ni disponer la internación provisional del imputado (art. 287). Si el fiscal desea que estos actos se realicen, los deberá requerir al Juez de Instrucción o Control.

En estos actos, la Constitución y la ley han priorizado determinados derechos personales, estableciendo que sea el juez — y no el fiscal — el órgano encargado de limitarlos excepcionalmente, cuando las circunstancias lo justifiquen. Es una de las formas de control jurisdiccional para los supuestos en que procede la investigación fiscal preparatoria (Novillo Corvalán).

### 5. Límites constitucionales

Disposiciones constitucionales imponen límites a los amplios poderes que el Código de Córdoba confiere al Fiscal de Instrucción a los fines de dirigir o practicar la investigación penal, que se concretan — como se viene diciendo — en las medidas probatorias y coercitivas que puede disponer. Aquella normativa prevé la intervención de un juez (que el Código asigna al Juez de Instrucción, llamado también “de control”) como órgano de *control* de los actos del fiscal, a quien las partes podrán recurrir cuando las decisiones o conclusiones de éste puedan afectar sus derechos o garantías constitucionales. También se encarga de *regular los casos*

constitucionales. También se encarga de *regular los casos* concretos en que esa intervención jurisdiccional podrá producirse.

La intervención de un juez como órgano de control durante la investigación preparatoria — cuando el fiscal es quien investiga — no puede ser soslayada por la normativa procesal. Al respecto, los pactos internacionales con jerarquía constitucional (CN, 75 inc. 22), aseguran esta actuación jurisdiccional, consagrando el derecho del imputado a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial, como así también que en el supuesto de ser privado de su libertad, un juez verifique la legalidad de esa detención (CADH, arts. 7.5, 7.6 y 8.1; P.I.D.C.P., art. 14.1). La garantía del juez natural debe preservarse durante todo el proceso, lo que comprende la investigación penal preparatoria. Entonces — como ya se señaló —, será una cuestión de política procesal determinar si ese control jurisdiccional debe ser anterior a los actos del fiscal (mediante autorizaciones del juez), o posterior (mediante requerimiento de parte).

#### *Diferencias con otras legislaciones*

En cambio, otras legislaciones que receptan el modelo acusatorio (o con una tendencia hacia el mismo), no consagran esta amplitud para el Ministerio Público en cuanto a los actos que puede practicar, limitándole sus facultades probatorias y coercitivas (códigos de provincia de Buenos Aires, Tucumán y Mendoza, en nuestro país; Paraguay, Italia, Alemania, entre las legislaciones extranjeras). Así, por ejemplo, establecen que los actos definitivos e irreproductibles serán practicados por el Juez de Control o de garantías, o que sólo éste podrá ordenar la prisión preventiva. Dichas medidas deberán ser requeridas por el fiscal interviniente en la investigación. Además, la mayoría de estos códigos aseguran — en forma obligatoria — la intervención del juez en la etapa intermedia, regulando una “audiencia preliminar”, oral, ante el juez de garantías, cuando ha mediado acusación del fiscal. En dicho acto, las partes, en pie de igualdad, harán valer sus pretensiones sobre el mérito de la investigación (especialmente regulan esta audiencia

los Códigos de Paraguay e Italia). Como puede advertirse, a diferencia de Córdoba, en estas legislaciones en algunos casos la actuación del juez está prevista en forma *obligatoria o automática*. Pero a pesar de las diferencias señaladas, el denominador común de ambos modelos es haber previsto el control jurisdiccional a los actos del Ministerio Público.

#### **6. Control jurisdiccional**

Las mencionadas limitaciones constitucionales son las que exigen la posibilidad de un *estricto control* de los jueces (control jurisdiccional) sobre los actos que los fiscales puedan disponer durante la investigación preparatoria, en cuanto éstos puedan *afectar derechos* constitucionales del imputado o las otras partes privadas.

#### *Equilibrio*

Por otra parte, con la actuación del Juez de Instrucción o Control, se procura *equilibrar* el trámite en cuanto a los derechos de las partes. En realidad, la investigación en manos del fiscal es una “instrucción de parte”, como algunos le llaman, en la que una parte — en sentido formal —, que es el fiscal, investiga a la otra — el imputado —, pudiéndose sumar el ofendido como querellante particular. Este esquema podría consagrar una desigualdad, poniendo al imputado en una situación de inferioridad ante el fiscal que investiga con el auxilio de la Policía Judicial y la colaboración del querellante. Pero la intervención del juez, ejerciendo el “control jurisdiccional”, posibilita el equilibrio. Así, éste, como órgano imparcial, será el encargado de resolver todas las cuestiones que planteen las partes — imputado y querellante — en las que el acto o decisión del fiscal pueda afectar garantías constitucionales.

#### *Eventual*

En el Código de Córdoba, como se ha dicho, el control jurisdiccional a la actuación del fiscal está previsto con carácter



*eventual*, modalidad que favorece un trámite ágil, ya que puede suceder — y muchas veces ocurre en la práctica judicial — que el proceso sea elevado a juicio sin la intervención del juez. Ello estaría indicando que las partes han consentido la actuación del fiscal y no han utilizado algunas de las numerosas vías que la ley les otorga para solicitar el control jurisdiccional. En estos casos, si bien el juez no intervino en forma efectiva, está en situación *latente*, existe, y las partes pueden optar entre recurrir a él o no.

Por ejemplo, si el fiscal ordena la prisión preventiva del imputado como partícipe de un delito cualquiera, existiendo prueba muy importante que indica esa participación, el defensor podrá optar, como más conveniente para la situación de su defendido, no impugnar esa decisión ante el juez y consentir que el trámite prosiga, con la intención de llegar rápidamente al juicio oral, y en esa etapa ejercer plenamente su estrategia defensiva. La vía contraria (el control obligatorio) implicaría una demora, en detrimento de su defendido (Novillo Corvalán). Por el contrario, si la medida restrictiva de la libertad se ha dispuesto sin prueba suficiente, el defensor tendrá la posibilidad (o mejor dicho, la obligación propia de su cargo), de provocar el nuevo examen de esa decisión por parte del juez. Si esta impugnación no prospera, la ley le concede una *segunda posibilidad*: recurrir en apelación la resolución del juez ante la cámara en lo criminal. En este supuesto, como en otros, se regula un *doble control* jurisdiccional.

#### Duplicación

Como puede advertirse, la ley 8123 — Código vigente — ha producido una reforma muy importante en este sentido, al invertir los roles de los órganos públicos intervinientes. La investigación preparatoria a cargo del fiscal, con la presencia de un juez que lo controle, al que las partes podrán o no ocurrir, posibilita una actuación ágil y práctica, que respeta las garantías establecidas por la Constitución y la normativa supranacional. Los casos de control jurisdiccional previstos en la ley, son justamente los de mayor relevancia e importancia para la situación del imputado, y también del

querellante. Ese control jurisdiccional puede ser *doble* para algunas situaciones más importantes: ante el juez, y luego ante la cámara en lo criminal — por vía del recurso de apelación — si el primero confirma la decisión del fiscal. Respecto al recurso de apelación de las decisiones del Juez de Instrucción o Control, debe recordarse que antes lo resolvía la cámara de acusación. A partir de la reforma introducida por la ley 9048, del 29/10/02, el órgano competente es la cámara en lo criminal que resulte sorteada.

#### 7. Vías y supuestos

El control jurisdiccional a los actos del fiscal durante la investigación preparatoria comprende distintas vías. El marco de actuación del juez es bastante amplio. Se extiende desde la *resolución de impugnaciones* deducidas por las partes a los actos del fiscal (por vía de oposición u ocurrencia), hasta *autorizaciones* relacionadas a medidas que el fiscal no puede practicar, o *decisiones sobre incidentes* de distinta naturaleza que se plantean durante la investigación. Además del *control sobre la privación de libertad* del imputado (art. 333). Como ya se ha dicho, en todos estos casos el juez actuará por requerimiento del interesado. Nunca lo podrá hacer de oficio.

Seguidamente se analizan los supuestos de control jurisdiccional denominados “oposición” y “ocurrencia”.

#### Oposición y ocurrencia

En un sentido amplio, se trata de **vías de impugnación que la ley acuerda a las partes durante la investigación fiscal preparatoria cuando una decisión — o requerimiento — del fiscal ha producido un agravio, mediante las que se procura — ya sea en forma directa o indirecta — un nuevo examen por parte del Juez de Instrucción o control, tendiente a modificarla, revocarla o anularla.**

Se trata de un control jurisdiccional *posterior* a la decisión del fiscal. Es *eventual*, como ya se ha dicho, porque sólo corres-

112

ponderará la intervención del juez si ésta es provocada por alguna de las partes (imputado o querellante).

Existen semejanzas entre estas vías impugnativas y los *recursos*, aunque los últimos se interponen en contra de las resoluciones jurisdiccionales (reposición, apelación, casación, inconstitucionalidad, revisión, queja). En virtud de las similitudes existentes entre ambos, algunos autores denominan estas impugnaciones como recursos (Balcarce, 2000). Con ambos institutos — oposición y ocurrencia — y el recurso de apelación que la ley autoriza a deducir contra las decisiones del juez, queda *garantizado* en esta etapa del proceso el *derecho a la impugnación* consagrado en los pactos internacionales con jerarquía constitucional, especialmente en lo relacionado a las medidas restrictivas de la libertad (CADH, 7.6; PIDCP, 9.4) (Novillo Corvalán).

El Código de Córdoba no ha hecho una adecuada sistematización de ambos institutos, dando la impresión que no existió la intención de diferenciarlas con claridad, optándose por incluir una vía ágil y práctica — compatible con lo que debe ser la investigación penal — con un carácter facultativo para las partes a los fines de provocar la intervención del juez en casos concretos: por eso es que hay quien piensa que oposición y ocurrencia son el *mismo instituto* (Cafferata Nores, 2000). No obstante ello, algunos casos previstos en la ley provocan confusión en la práctica judicial en relación al trámite que debe seguirse. No es lo mismo “oponerse” a una decisión del fiscal (la presentación debe hacerse en la fiscalía, en un plazo y con las formalidades previstas en la ley, y el fiscal puede modificar su decisión) que “ocurrir” ante el juez (la presentación se hace directamente ante el juez, sin formalidades, y éste resuelve). Como se advierte, las diferencias no dejan de ser importantes. Sería conveniente, para una futura reforma procesal, unificar el trámite en relación a ambos institutos (Novillo Corvalán).

### *Concepto y regulación legal de la oposición*

La *oposición* es un medio de impugnación contra una decisión del Fiscal de Instrucción considerada ilegal y agravante, que se interpone con las formalidades previstas en la ley, para que el órgano que la dictó — el fiscal —, o en su caso el Juez de Instrucción o Control, mediante un nuevo examen, la modifique, revoque, o si corresponde, la anule.

El trámite está previsto en el art. 338 del CPP. Se deduce bajo pena de inadmisibilidad, por escrito, con indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados y fundadamente, ante el fiscal. El término para presentar la instancia es de tres días — es un plazo perentorio — salvo que la ley establezca otro trámite.

Conforme a ello, el Fiscal de Instrucción, teniendo en cuenta los argumentos del impugnante, puede modificar su criterio y hacer lugar a la oposición. En el supuesto de que así no ocurra — que mantenga su decisión — elevará el incidente ante el Juez de Instrucción o control en el mismo término. El juez también tendrá tres días para resolver, salvo que en algún caso se establezca otro término (v. gr., el auto de elevación a juicio, art. 358). Como puede advertirse, el trámite es similar al del recurso de reposición con apelación en subsidio (art. 459). La actuación del juez será en forma indirecta, a diferencia de la ocurrencia, ya que las actuaciones le serán remitidas en el supuesto que el fiscal mantenga su decisión atacada. Por otra parte, mientras el incidente se sustancia y resuelve, el fiscal podrá proseguir con la investigación, practicando actos urgentes.

Los *casos* de oposición están previstos expresamente en la ley: prejudicialidad (art. 11), archivo de las actuaciones (art. 334), prisión preventiva (art. 336) y acusación (art. 357). Salvo el primero, los demás casos admiten el recurso de apelación contra la resolución del juez, por ante la cámara en lo criminal.

*Concepto y regulación legal de la ocurrencia*

La *ocurrencia* es un medio de impugnación que se interpone contra una decisión del Fiscal de Instrucción considerada ilegal y agravante, la que se presenta directamente ante el Juez de Instrucción o Control, sin formalidades preestablecidas legalmente, para que el último, mediante un nuevo examen, proceda a modificarla, revocarla o anularla.

En cuanto al *trámite*, como ya se ha dicho, existen diferencias con la oposición: la ocurrencia se presenta directamente al Juez de Control y la ley no exige formalidad alguna. El fiscal, no tiene la posibilidad de modificar su resolución. En cambio, la oposición se presenta ante el fiscal — quien tiene la posibilidad de modificar su decisión acogiendo los argumentos del impugnante —, y la presentación debe hacerse dentro del término establecido en la ley y con las formalidades que exige.

Si bien la ley no establece requisitos formales para ocurrir ante el juez, debe entenderse que la presentación deberá contener un mínimo de elementos para posibilitar el examen del juez (por ejemplo, la mención del proceso, la decisión atacada y el agravio). Ello es así ya que la ausencia de estos elementos mínimos imposibilitarían que el juez pueda conocer sobre el objeto de la impugnación.

Los *casos* de ocurrencia previstos en la ley son los siguientes: rechazo de la instancia de constitución como querellante particular (art. 93), denegatoria del mantenimiento de libertad (art. 270), denegatoria de proposición de diligencias (art. 335) y control jurisdiccional amplio de las medidas restrictivas de la libertad dispuestas por el fiscal (art. 333). La ley prevé el recurso de apelación contra la resolución del Juez de Control en todos los casos, salvo el primero (art. 93), que es irrecurrible.

Corresponde aclarar que si bien en el supuesto de la denegatoria del mantenimiento de la libertad, el art. 270 remite al trámite para la oposición (art. 338), en realidad se trata de una “ocurrencia”, ya que la decisión del fiscal de denegar un pedido de

mantenimiento de la libertad es muy concreta y parece difícil que la pueda modificar, quedándole al interesado como única vía “ocurrir” directamente ante el juez.

También es importante resaltar la importancia del control amplio previsto en el art. 333 en relación a las medidas restrictivas de la libertad impuestas por el fiscal. La ley no establece término para ocurrir en este caso, debiendo entenderse que el interesado lo puede hacer durante toda la etapa de la investigación penal preparatoria, hasta su clausura. Tampoco ha previsto formalidades para esa presentación. Pero, como se ha dicho, es necesario que el escrito tenga los elementos mínimos para posibilitar la intervención del juez.

*¿Taxatividad?*

En relación a los casos de oposición y ocurrencia previstos en la ley, regiría el principio de taxatividad. Así parece indicarlo el art. 338 al expresar “*en los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o requerimiento del fiscal...*”. No obstante lo señalado la jurisprudencia se ha encargado de ampliar los supuestos comprendiendo otras situaciones que puedan afectar garantías constitucionales y que hayan producido un gravamen irreparable, por interpretación analógica de los supuestos previstos para el recurso de apelación (art. 460).

Así, se ha declarado la nulidad del decreto del fiscal que admitiera indebidamente a un querellante particular, ante la oposición formulada por el imputado — situación que no está prevista en la ley — llenando un vacío legal, entendiéndose que esa omisión legal atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso (ex Cámara de Acusación, Auto N° 84, 13/5/99). También prosperó la oposición contra el decreto del fiscal que no hacía lugar a la entrega de un vehículo secuestrado — caso tampoco previsto en la ley para esta vía impugnativa — entendiéndose que la decisión producía un gravamen irreparable y el oponente tenía un interés legítimo (ex Cámara de Acusación, Auto N° 251, 2.12.99).

113

Son algunos ejemplos para demostrar de qué manera la jurisprudencia ha ampliado el marco de impugnabilidad objetiva.

Asimismo, son reiterados los casos en la práctica judicial en los que las partes solicitan la nulidad de los actos para casos no previstos en la ley como impugnables por alguna de estas vías, motivando la intervención del Juez de Control.

Pero también se advierte que, bajo el pretexto de invocar nulidades, las partes provocan la intervención del Juez de Control en situaciones irrelevantes, abusando de este instituto. Ello desvirtúa el propósito del legislador y atenta contra la agilidad que debe tener esta etapa, la que tiende a desformalizarse en las legislaciones modernas (Novillo Corvalán).

#### *Aplicación supletoria*

Por último, cabe señalar que ante la falta de una previsión legal similar a los recursos, en general deben aplicarse a la oposición y ocurrencia los principios generales que *gobiernan los primeros*.

En el sentido señalado, por ejemplo, el órgano encargado de hacer el examen de admisibilidad de la impugnación será en el caso de la oposición, el fiscal, y en el caso de la ocurrencia, el juez. La competencia del Juez de Control quedará limitada a los puntos del agravio invocado (aplicación analógica del art. 456), rigiendo la prohibición de *la reformatio in peius* (prohibición de modificar el perjuicio del imputado la decisión impugnada por éste o a su favor — texto legal citado, último párrafo —) (Novillo Corvalán).

Con relación a los efectos de la impugnación, rige el “extensivo” o comunicante, con el mismo alcance previsto en el art. 452 para los recursos, pero adaptable a los actos del fiscal durante la investigación (por ejemplo, no se concibe en esta etapa la impugnación del demandado civil, debido a que recién intervendrá como parte en el juicio). Respecto al efecto suspensivo — que rige para los recursos en forma general, art. 453 —, de acuerdo a los casos previstos en la ley, *no se advierte* que tal efecto pueda operar. En-

tonces, el acto de interposición no suspende el trámite ni lo resuelto.

#### *Otras formas de control jurisdiccional*

El Código establece otros casos de intervención del Juez de Control: resolución de incidentes, como las excepciones (art. 19, segundo párrafo), recusación del fiscal (art. 78) y nulidades (art. 188). Otros supuestos de autorización son el secreto de sumario (art. 312), la prórroga del término de la investigación (art. 337) y la autorización de las medidas prohibidas al fiscal que ya se mencionaran: allanamientos de moradas, intervención de comunicaciones o correspondencias, incomunicación de detenidos e internación provisional del imputado. Sobre estas últimas el juez tendrá a su cargo tanto el examen sustancial como el formal de la petición que haga el fiscal, pudiendo rechazarla si considera que afecta garantías constitucionales.

Constituye una forma de control jurisdiccional — en sentido amplio — el análisis por parte del Juez de Control de la instancia de sobreseimiento que formula el Fiscal de Instrucción, con la aquél que puede discrepar, conflicto que deberá dilucidar el Fiscal de la Cámara en lo Criminal (art. 359). También el análisis de la acusación (oposición a un requerimiento, art. 338), en el supuesto de oposición de la defensa (art. 358). Véase el Capítulo 10 en la pág. 463.

Todas las situaciones expuestas comprenden el “control jurisdiccional”, que como puede advertirse es suficientemente amplio, abarcando un abanico de posibilidades para que las partes puedan solicitar la intervención del juez.

### **8. Aspectos organizativos y funcionales**

La entrada en vigencia del nuevo modelo procesal en la provincia de Córdoba, con la investigación a cargo del Ministerio

Público Fiscal, fue acompañada, paralelamente, con una reforma en la organización institucional de la justicia penal.

Con el sistema anterior (cuando la investigación estaba a cargo del Juez de Instrucción) regía el criterio temporal de distribución de tareas (sistema de turnos). Con la vigencia de la ley 8123 este sistema fue reemplazado por el criterio territorial. Según éste, la ciudad de Córdoba fue dividida en distritos judiciales (ocho, por ahora), asignándose un grupo de fiscales para intervenir en cada distrito, en un número acorde a las necesidades (índice delictivo, índice poblacional, etc.). Así también, en cada distrito se instalaron unidades judiciales (con ayudantes fiscales y oficiales de la Policía Judicial) y precintos (lo que eran anteriormente las comisarias seccionales de la Policía Administrativa). Éstos funcionan como auxiliares de los Fiscales de Instrucción.

Se entendió que el reemplazo del sistema temporal por el territorial posibilitaría una mayor intervención directa y personal de los fiscales en la investigación, o dirigirla y controlarla más de cerca cuando fuera delegada en la Policía Judicial o administrativa en función judicial, a los fines de un procedimiento más ágil y eficaz.

Baste un ejemplo para que se pueda entender este cambio: con el sistema anterior (criterio temporal), todos los delitos ocurridos en la ciudad de Córdoba un día determinado del año eran atendidos por un juez de turno y un fiscal, asignado a ese juez. Era muy difícil que existiera una intervención directa del juez en esos hechos, pudiendo atender los de mayor urgencia. Con el sistema actual, son ocho los fiscales que están de turno todos los días (uno por distrito judicial), y esto posibilita mejorar considerablemente la presencia directa o personal del órgano judicial en el lugar del hecho y en la investigación. Por otro lado, los Jueces de Instrucción (de control) también se organizan en un sistema de turnos a los fines de autorizar los actos que la ley veda al fiscal (allanamiento de moradas, comunicaciones de detenidos, etc.).

Este criterio de actuación territorial está previsto en la ley (arts. 76 del CPP y 31 de la ley orgánica del Ministerio Público 7826), la que también faculta al Fiscal General para hacer rotar los fiscales periódicamente por razones de servicio (art. 31 de la ley 7826). Esta rotación — que todavía no se ha concretado en ningún caso — es una cuestión delicada ya que puede llegar a desvirtuar el sentido de este modelo procesal, si es utilizado con un criterio diferente al mencionado (verbigracia, para “sacar” a un fiscal de una investigación). Por ello, el ámbito territorial del Fiscal de Instrucción debe estar preestablecido por ley o, inclusive, por reglamento interno (Novillo Corvalán).

Por otra parte, también debe aprovecharse la organización funcional del Ministerio Público, su estructura — con la Policía Judicial incluida — y la interrelación de todos sus órganos, para procurar una actuación coherente y eficaz.

El Fiscal General es quien fija las políticas de persecución penal, y para tal fin puede impartir instrucciones convenientes al servicio de justicia (arts. 171 de la C. Provincial y 16, incs. 6 y 7 de la ley 7826). A modo de ejemplo, ante la imposibilidad humana y material de investigar todos los hechos delictivos anoticiados, puede instruir a los fiscales para que prioricen la atención de hechos de mayor gravedad o los que en el momento tengan una mayor repercusión social, sobre otros de escasa relevancia (ver lo expuesto al desarrollar “Principio de legalidad” y “Principio de oportunidad”, en el Capítulo 2, en págs. 77 y 84, respectivamente). También puede organizar la actuación de los fiscales en los procesos de complejidad, encargando la atención de éstos a un grupo de funcionarios, o que el mismo sea dirigido o coordinado por un fiscal superior (art. 16 inc. 13 de la ley 7826).

En relación con las instrucciones que puede impartir el Fiscal General a los fiscales inferiores (art. 16 inc. 7 de la ley citada), deben tener por objetivo mejorar el servicio de justicia, exceptuándose de éstas “...los requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción...” (art. 11, último párrafo). Esta excepción está indicando que debe respetarse la autonomía de cada fiscal para expedirse en los procesos en

114

fiscal para expedirse en los procesos en particular, y que debe tener libertad para decidir o concluir. Es un límite infranqueable. El fiscal superior debe respetarlo. La ley autoriza al fiscal inferior a manifestar su posición personal o disconformidad con la instrucción en el supuesto de no compartirla, pero estará obligado a cumplirla si es ratificada por el Fiscal General, bajo la responsabilidad de éste (art. 13, ley citada).

En definitiva, la organización del Ministerio Público en cuanto a los funcionarios que lo componen, la interrelación entre éstos y las amplias facultades que la ley acuerda a los fiscales en la persecución penal posibilitan que la investigación pueda ser ágil y eficaz. Favorecen también el logro de estos objetivos los principios que gobiernan esta institución: legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 171 de la C. Provincial). Este es el marco teórico.

Pero ello debe concretarse en la realidad. Porque de la misma manera como esta conformación del Ministerio Público puede servir para el logro de esta finalidad, en la práctica puede desvirtuarse, y conducir al fracaso el modelo procesal que se procura consolidar en la provincia de Córdoba. La propia estructura piramidal de esta institución puede conspirar en contra de la intención de la ley. Ello es así si se repara en las amplias facultades otorgadas al órgano jerárquicamente superior — el Fiscal General — el que, además, es el único funcionario que tiene periodicidad en el cargo (art. 173 de la Constitución Provincial).

Sólo la ubicación institucional del Ministerio Público dentro del Poder Judicial (como es en Córdoba), o funcionando como órgano extrapoder (como es en la Nación, art. 120 de la C.N.), y la vigencia plena de los principios de imparcialidad y legalidad en su actuación, como así también el respeto por la libertad y autonomía de los fiscales en los procesos que les toque intervenir, pueden avertar el peligro de un proceder no deseado por la ley.

#### IV. LA INVESTIGACIÓN JURISDICCIONAL

La investigación jurisdiccional procede cuando existen obstáculos fundados en privilegios constitucionales (arts. 340, 14 y 16 del CPP). Es la excepción a la regla — la investigación fiscal preparatoria — y el órgano asignado por la ley para practicar o dirigir los actos es el Juez de Instrucción (art. 36 inc. 1).

La investigación a cargo del juez para los supuestos excepcionales contemplados en la ley carece de fundamentos; no se justifica. Su inserción — mejor dicho, su mantenimiento — en el nuevo modelo procesal, resulta incoherente y contrario al sistema propuesto por la ley 8123 (Novillo Corvalán): al punto que hay quien dice que sólo logra dar a los altos funcionarios públicos a los que se refiere *menos* garantías que a los ciudadanos comunes (Maier, 1996). Corresponde preguntarse cuál fue la intención del legislador. Si esa intención fue la de “privilegiar” a quienes ya gozan de un privilegio para que sea un juez y no un fiscal quien los investigue, marcando una diferencia con el resto de la sociedad, estaría indicando que el legislador no confió en el fiscal como órgano encargado o protagonista de este trámite, lo que resultaría una contradicción. Sin embargo, la razón que se invocó fue el vigente entonces art. 95 de la Constitución Provincial (derogado por la reforma del 2001), que para la suspensión o remoción del privilegio constitucional que él acordaba, exigía una información sumaria a cargo de un “juez”.

Hoy, al desaparecer dicho artículo constitucional, los fundamentos expuestos para justificar la investigación a cargo del fiscal y el marco de garantías que lo rodean, avalan su aplicación también para quienes gozan de privilegios constitucionales y fortifican el principio de igualdad ante la ley (Novillo Corvalán).

##### 1. Supuestos

Los *supuestos* de procedencia de la investigación jurisdiccional están contemplados en el art. 14 del Código de Córdoba,

norma que debe ser actualizada en relación a la última reforma constitucional producida en la provincia de Córdoba el 14 de septiembre de 2001. De acuerdo a dicho texto, la investigación jurisdiccional procede cuando se formulare requerimiento fiscal contra *un legislador, magistrado o funcionario sujeto a desafuero, juicio político, enjuiciamiento o juicio de destitución* (sobre privilegios constitucionales, ver lo expuesto al tratar “Excepciones y condicionamientos al principio de legalidad”).

En la provincia de Córdoba, gozan de este privilegio constitucional (llamado también “inmunidad de proceso”), por imperio del art. 160 de la Constitución Provincial):

- a) Los miembros del Poder Ejecutivo (gobernador, vicegobernador, Ministros y el Fiscal de Estado) como así también el defensor del pueblo y los miembros del Tribunal de Cuentas), para quienes la Constitución Provincial ha previsto el *juicio político*, y entre las causales de destitución la comisión de delito en el ejercicio de sus funciones y los delitos dolosos comunes (art. 112). No obstante esta previsión del juicio político en la Constitución Provincial reformada, debe señalarse que en relación a algunos de estos funcionarios, las disposiciones no son suficientemente claras, al establecer que “tienen la mismas inmunidades de los legisladores”, siendo que respecto a estos últimos la inmunidad de proceso ha sido suprimida. Esta remisión se advierte para los casos del gobernador y vicegobernador (art. 137), ministros (art. 145) y el defensor del pueblo (art. 124).
- b) Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial designados con acuerdo de la Legislatura. Para los miembros del Tribunal Superior de Justicia y el Fiscal General la Constitución ha previsto el procedimiento del *juicio político* (art. 112). Para los magistrados inferiores, miembros del Ministerio Público Fiscal y asesores letrados, se ha previsto el procedimiento ante *el jurado de enjuiciamiento* (arts. 154 y 159 de la Constitución Provincial y ley 7956). También gozan de este privilegio constitucional los Jueces de Paz (art. 169 de la Constitución Provincial). El órgano

encargado del juzgamiento es el *Tribunal Superior de Justicia* y el procedimiento está regulado en el acuerdo de fecha 21.3.61.

Con relación a los legisladores, la última reforma constitucional producida en la provincia de Córdoba derogó las inmunidades de proceso y arresto (estaban reguladas en los arts. 94 y 95 de la Constitución anterior), suprimiendo el *desafuero*. Conforme a ello, ante la supuesta comisión de un delito por parte de un legislador de esta provincia, corresponde que se proceda con el trámite común, es decir, que se practique la investigación fiscal preparatoria. No procede en este caso, entonces, la investigación jurisdiccional. El art. 14 del Código ha quedado así parcialmente derogado en relación a los legisladores.

## 2. Regulación legal

La investigación jurisdiccional deberá iniciarse en virtud de un *requerimiento* de investigación jurisdiccional formulado por el Fiscal de Instrucción, que haya conocido de la supuesta existencia de un delito de acción pública atribuido a alguna de las personas mencionadas en el art. 14 del CPP. El Juez de Instrucción no puede actuar de oficio y debe esperar este acto emanado del fiscal, por el que la acción penal queda promovida. El requerimiento fiscal debe contener los requisitos establecidos en el art. 341.

Una vez requerida la investigación por el fiscal, el juez podrá *avocarse* y comenzar la investigación jurisdiccional o *rechazar* el acto promotor.

Dictará un auto *rechazando* el requerimiento del fiscal u ordenará el archivo de las actuaciones cuando sea *manifiesto que el hecho no encuadra en una figura penal o no se pueda proceder*, resolución que será *apelable* por el Ministerio Público o el querellante particular (art. 342). Sobre los motivos de esta decisión ver lo expuesto en este capítulo, al desarrollar el “Archivo”, en la pág. 418.

La otra vía será comenzar con la investigación preparatoria, encontrándose el juez facultado para practicar las medidas proba-

MS



torias conducentes para esclarecer los extremos de la imputación. El trámite, en cuanto al carácter del procedimiento, facultades de las partes, desarrollo y duración, será el mismo que se ha analizado al tratar la investigación preparatoria que practica el fiscal y los principios generales (arts. 301 y ss.). Pero existen algunas diferencias que deben ser analizadas.

#### *Inmunidad parcial de coerción personal y de juicio*

Así, el art. 14 dispone que el juez podrá ordenar todas las medidas previstas en la ley, salvo las siguientes: no podrá disponer la requisa personal del imputado (art. 208), ni interceptarle comunicaciones (art. 216). Tampoco el juez podrá restringir la libertad del imputado privilegiado, ni disponer la elevación a juicio, sin que se haya removido el obstáculo formal, es decir, la destitución o suspensión de éste. Las medidas señaladas recién se podrán disponer cuando el órgano político haya alianado su inmunidad.

Agrega la norma en cuestión que si la persona con privilegio hubiere sido aprehendida en flagrancia, el tribunal dará cuenta inmediatamente al órgano político competente, con información sumaria del hecho, a los fines que proceda a su destitución o suspensión. Es la única medida coercitiva que se autoriza antes de la decisión del órgano constitucional.

Conforme a lo expuesto, en relación al imputado, el Juez de Instrucción debe designarle un abogado defensor desde el comienzo del trámite, puede citarlo, recibirle declaración en ese carácter, debiendo mantener su estado de libertad, cualquiera fuera la entidad penal del delito, hasta que se pronuncie el órgano político. Se exceptúa la aprehensión en flagrancia. En relación a la prueba, puede practicar todas las medidas pertinentes y las que las partes puedan proponer.

El Fiscal de Instrucción tendrá participación en el trámite, pudiendo intervenir en los actos de investigación y examinar las actuaciones (art. 343). Actuará como parte (desde un punto de vista formal), y será el órgano de control de la actuación del juez. Ad-

viértase como se invierte el sistema en relación a la investigación fiscal preparatoria.

Finalizada la investigación, si concurre alguno de los motivos previstos en el art. 350 del CPP, el juez dispondrá el sobreseimiento, que será apelable por el fiscal, el querellante particular y el propio imputado en las situaciones previstas en el art. 352.

Caso contrario, si a criterio del Juez de Instrucción existiera probabilidad sobre los extremos de la imputación, y habiendo recibido declaración al imputado, correrá vista al Fiscal de Instrucción a los fines de la acusación (art. 347). La norma mencionada señala que en el término de seis días el fiscal podrá requerir diligencias probatorias que estime necesarias (que se complete la investigación) o formulará el requerimiento de elevación a juicio. El término podrá prorrogarse por otro similar para los casos graves y complejos. Si bien la norma no lo establece expresamente, por interpretación armónica de las disposiciones del Código, también el fiscal al evacuar esta vista puede instar el sobreseimiento, discrepando con el juez. Si el juez mantiene su criterio (que deba ser sometido a juicio), tal discrepancia será resuelta en definitiva por el Fiscal de la Cámara en lo Criminal de acuerdo al trámite previsto en el artículo 359.

En el supuesto de que el fiscal coincida con el juez, y concurriendo los requisitos exigidos por el art. 354, formulará el requerimiento de citación a juicio (acusación), documento que deberá contener, bajo pena de nulidad, los elementos mencionados en el art. 355.

Cuando *la acusación haya quedado firme* y la causa esté en condiciones de ser elevada a juicio (o sea que la defensa no haya deducido oposición o, deducida, no haya prosperado, conforme al trámite previsto en los arts. 357 y 358), recién en esa oportunidad el Juez de Instrucción *solicitará por auto fundado* el procedimiento político-constitucional tendiente a allanar la inmunidad y remover el obstáculo (Novillo Corvalán). La acción penal quedará suspendida a partir de ese momento y no podrá proseguir a la espera de lo

que suceda en ese otro juzgamiento (llamado tradicionalmente "antejuicio" para los supuestos de destitución). Así lo establece el art. 14 al expresar que el juez no podrá "disponer la elevación de la causa a juicio, sin solicitar previamente el allanamiento de su inmunidad ante quien corresponda, acompañando copia de las actuaciones y expresando las razones que justifiquen tal solicitud".

Pero si el órgano político rechaza el pedido del juez (no suspende ni destituye), el privilegio subsiste e impide la prosecución del trámite común. El juicio penal no se podrá realizar y el juez deberá ordenar por auto el archivo de las actuaciones al no poder proceder (arts. 14, última parte, y 342).

Por otra parte, el art. 16 regula el caso de que existan varios imputados y uno de ellos goce de este privilegio constitucional. La norma dispone que el trámite debe proseguir en relación a los restantes (la persecución penal no se suspende respecto de éstos). Sólo se suspende el trámite común en relación al privilegiado.

## CAPÍTULO 10

- I. **MÉRITO CONCLUSIVO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA.** Noción y significación procesal. Presupuestos. Caracteres.
- II. **LA ACUSACIÓN (Mérito conclusivo incriminatorio).** Concepto. Presupuestos. Requisitos. Motivación. El control de la acusación. Oposición de la defensa: razones; órgano de control; trámite, decisiones posibles y recursos. Falta de fundamento para la acusación.
- III. **SOBRESEIMIENTO (Mérito conclusivo desincriminatorio).** Concepto. Estados psicológicos. Causales de procedencia. Oportunidad. Efectos. Recursos. Instancia fiscal y discrepancia.

### I. MÉRITO CONCLUSIVO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

Bajo este rubro se comprende el *mérito conclusivo* de la investigación penal preparatoria y sus dos alternativas legales posibles: el mérito conclusivo *incriminatorio*, que se expresa en la acusación, y el mérito conclusivo *desincriminatorio*, que culmina en el sobreseimiento.

#### 1. Noción y significación procesal

Teniendo presente que la finalidad que orienta la actividad investigativa desarrollada en la etapa preparatoria es la averiguación de la verdad acerca de un supuesto hecho delictivo, para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento, no hay duda que tales alternativas se darán según sea el resultado de la colección de los datos probatorios (esto es, de su eficacia) y de la valoración crítica de dicha prueba.

116

Se trata de un momento del proceso en que, tras el agotamiento de las vías de conocimiento formales, o sea, las pruebas obtenidas durante la investigación preparatoria, se abre un espacio para la *reflexión crítica* sobre la investigación, tendiendo a obtener un mérito conclusivo de la misma, que se formalizará en un requerimiento concreto sobre la solución desinriminatoria o acusatoria que se estima corresponde al caso. Cualesquiera de estos requerimientos a su vez admitirá la posibilidad de discrepancia o controversia a su respecto, dando lugar a una instancia de control a cargo de un tribunal imparcial.

Sea que se la trate como una etapa independiente (etapa intermedia), sea que se la incluya como parte de la investigación preparatoria (como ocurre en la legislación argentina), o sea que se la incorpore a la llamada fase preliminar del juicio (como lo proponen algunos autores y proyectos), lo cierto es que existe una instancia común a todas las leyes procesales para evaluar estos resultados.

Y si bien el Código normalmente se preocupa por precisar las alternativas y ulterioridades a que da lugar la conclusión inculpativa (acusatoria), la hipótesis contraria, es decir, cuando el dictamen conclusivo tiende a cerrar anticipadamente el proceso — mediante el sobreseimiento — no deja de formar parte de la misma instancia y tipo de valoración, por lo que, más allá de la sistemática adoptada en las normas, corresponde tratarlo en forma conjunta. Es por ello que bajo la denominación de la "clausura", quedan comprendidas las derivaciones a que pueda dar lugar cualquiera de las dos soluciones posibles: la instancia del sobreseimiento y la de la acusación.

Este momento *eminente* valorativo, que como tal se distingue de la fase previa de las averiguaciones (fundamentalmente dinámica), y que ineludiblemente precede a la etapa del juicio, cumple a la vez diversos propósitos:

Como se dijo, provoca un espacio de pura reflexión acerca de las cuestiones jurídicas vinculadas al caso y, sobre todo, del resultado de la investigación y su eficacia, determinando que la con-

clusión se exteriorice en una pretensión concreta, dirigida a un órgano jurisdiccional.

La convicción que resulta y se expresa en algún requerimiento concreto (de acusación o de sobreseimiento), pone en funcionamiento los mecanismos de control jurisdiccional predispuestos, los que, según la orientación de aquélla, serán de oficio o a instancia de parte. Los mismos tienden a evitar que se desincrimine al imputado *indebidamente* y se cierre anticipadamente el proceso (en resguardo del principio de legalidad y del interés general y particular — de la víctima — en la correcta solución del conflicto penal), como también que se materialice *una acusación infundada, viciada o arbitraria* (en protección del derecho de defensa, a la dignidad personal y al buen nombre y honor; como también del interés social antes mencionado).

Aunque sin responder directamente a los motivos que inspiraron el diseño del sistema, no puede dejar de considerarse que, en virtud de las progresivas exigencias (fundamentalmente probatorias) que caracterizan el trámite procesal, esta fase intermedia no deja de significar una suerte de tamiz que descarta algunos casos y permite seleccionar otros que, por estar suficientemente probados, verdaderamente merecen ser tratados mediante la realización de un juicio oral, por pronosticarse razonablemente que podrá corresponder una sentencia condenatoria.

## 2. Presupuestos

El diseño de esta fase tiene en cuenta, lógicamente, que esté precedida de una *investigación*, la que debe haber sido cumplida de manera suficientemente seria y completa (art. 302, 303 y 304). De tal modo, la conclusión a la que se arribe, por el rigor de sus fundamentos (sobre todo cuando se refiere a los extremos de la imputación), no debe admitir otras alternativas.

### Agotamiento de la investigación

No corresponde sobreeser si, adoptándose otras medidas probatorias, se pudiere conjeturar la posibilidad de una conclusión distinta. Tal rigor interpretativo surge del sistema del Código, ya que, además de responsabilizar al órgano de la investigación (normalmente el Ministerio Público) de la dirección, ejecución y *eficacia* de la tarea a su cargo, para que sea procedente el sobreseimiento, se exige que exista *certeza* (que “sea evidente...” dice el art. 350) sobre la aplicabilidad de algunas de las causales que lo autorizan. Y si bien al consumirse los tiempos previstos para la investigación, también se admite la viabilidad del sobreseimiento a pesar que exista un *estado de duda*, tal supuesto está condicionado a que “no fuese razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas” (art. 350 inc. 5) que pueda modificarlo; es decir, se exige que la duda sea *insuperable*.

De modo que la opción por la instancia desincriminatoria, debe haber *agotado previamente* las fuentes de conocimiento. Pero, por otro lado, *tampoco* corresponde acusar si la investigación no se encuentra “cumplida” (art. 354) o *no* lo ha sido debidamente.

En efecto, no obstante la naturaleza “preparatoria” de la investigación previa al juicio, desde lo conviccional el sistema exige un grado de acreditación de los extremos de la imputación que supere la mera “posibilidad”; es decir, condiciona la formalización de la acusación a que se hayan logrado reunir “elementos de convicción suficientes para sostener como *probable* la participación punible del imputado en el hecho intimado...” (art. 354 CPP). Tal parámetro cualitativo supone que la investigación haya incluido las medidas con sentido probatorio conducentes para satisfacerlo.

Es por eso que, al igual que para propiciar el sobreseimiento, aquí también se alienta al agotamiento de todas las vías de conocimiento que se exhiban como pertinentes y útiles (art. 335) y que conduzcan — en tal grado — al esclarecimiento de la verdad sobre el hecho (art. 303 inc. 1).

### Intimación oportuna

Las leyes prevén que esta fase tenga lugar siempre que haya preexistido una oportuna *imputación*. Ello se desprende no sólo de los dispositivos legales que, sin dar lugar a esta instancia, admiten la simple “desestimación” de la denuncia (art. 319) o “archivo” de las actuaciones (arts. 334 y 342), cuando — obviamente — todavía no se haya decidido aquélla, sino también porque carece de sentido imaginar que la concreta atribución que la misma implica, pudiese tener lugar recién durante la fase crítica. En otras palabras, no se corresponde con la normal evolución del proceso, que quien ha estado siendo investigado se entere recién de la existencia misma de la causa y de su calidad de parte, cuando el trámite se encuentra ya en el momento de las definiciones, sin habersele escuchado (art. 258), ni permitido proponer diligencias (art. 335), o asistir a los actos de los que podría haber participado (arts. 308 y 310), etc.

### Declaración previa

Si existe una imputación, corresponderá también que, previo al cierre de la investigación, se le haya recibido *declaración* (arts. 306 y 354), o mejor dicho, se le haya dado la oportunidad para que lo haga (art. 259). Si bien los códigos imponen dicha declaración — bajo amenaza de incurrir en un vicio nulificante — solamente para el supuesto de que la valoración de la prueba derive en una acusación (art. 354), la secuencia regular de los actos de la investigación permite dar por supuesto que dicha declaración también se debe haber materializado antes del pedido de sobreseimiento.

Aunque en tal caso parezca difícil imaginar la producción de algún perjuicio procesal derivado de tal omisión que haga surgir un interés jurídico en propugnar su nulidad, de hecho éste podría tener lugar, por ejemplo, si tal requerimiento no hubiese sido formulado respetando el orden de las causales establecido por la ley (art. 350 y 352 *in fine*).

127

De todos modos, respetando la lógica del sistema, la provisión de la defensa técnica y el concreto ejercicio de la defensa material del imputado (a través de su declaración) está previsto que tengan lugar como una derivación consustancial e inmediata a la imputación (art. 306). Es más, la convocatoria a declarar es el modo más natural y directo de exteriorizar la atribución delictiva (imputación).

### Otros requisitos

En otro orden, el arribo a la instancia de la fase crítica dependerá también de que no se haya producido ninguna situación que dé lugar a la suspensión del trámite del proceso. Tales podrían ser que sobreviniere la enfermedad mental del imputado al punto de excluir su capacidad de entender o de querer (art. 84), o que se declare su rebeldía (art. 88), o que se disponga la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, CP).

Finalmente, es obvio que la concreción del requerimiento respectivo debe estar precedido de una instancia reflexiva; es decir, de un razonamiento que contendrá la valoración de los elementos de convicción y cuyo mérito final exprese un estado psicológico caracterizado como duda, probabilidad o certeza. Dicho estado es el que determinará el tipo de requerimiento y, como parte del mismo, será su fundamento. El desarrollo de este aspecto se realiza a continuación, en el estudio de la acusación y el sobreseimiento.

### 3. Caracteres

En nuestro sistema, la fase de la clausura está prevista como una etapa *intermedia*, ubicada entre la investigación y el juicio, pero formando parte de la primera.

Al igual que la actividad que la precede, es escrita y limitadamente pública en tanto los requerimientos conclusivos, como las instancias de contradicción y control (discrepancia, oposición y resoluciones consecuentes) se formalizan de tal modo. Hay quienes

proponen que la acusación y la oposición a la elevación a juicio deben ser *públicas* (Frascaroli, 2002).

Es crítica o de pura valoración, en tanto se orienta a la obtención de un mérito conclusivo, y su desarrollo no supone en principio actividad investigativa! Se admite, sin embargo, que pueda tener lugar durante la misma, la ampliación de la declaración del imputado (art. 266).

Con respecto a los *plazos*, está supeditada a la observancia de las disposiciones que regulan la duración de la investigación penal preparatoria, de la que forma parte (arts. 337, 346, 360 ó 350 inc. 5) y sus conminaciones (art. 182).

Cuando la investigación es responsabilidad del Ministerio Fiscal, que es la regla (arts. 75 y 328), no se ha establecido un acto concreto que determine su *inicio* (el del momento de esta valoración), constituyendo en la práctica tal referencia la formalización, por parte del órgano de la acusación, del requerimiento respectivo, el que — por lo dicho — puede no tener solución de continuidad con relación a la última medida probatoria adoptada.

En cambio, si las averiguaciones estuvieron a cargo del Juez de Instrucción (arts. 14 y 340 CPP), puede decirse que la clausura se inicia con la vista que corre dicho magistrado al Fiscal de Instrucción, para que exteriorice su conclusión (art. 347).

Si la conclusión del fiscal es propiciando el sobreseimiento del imputado, el control previsto no impone la necesaria intervención previa del imputado, sino que está a cargo del mismo juez a quien va dirigido el requerimiento, y se concreta en el momento de examinar su procedencia (arts. 348 in fine y 350).

Si, por el contrario, el actor penal se expide por la acusación, el control jurisdiccional posible es resorte exclusivo del afectado, porque, habiéndoselo previsto como facultativo, puede optar tanto por consentir u oponerse a aquélla, instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal (art. 357). El primer supuesto (el consentimiento de la acusación), lógicamente, descarta la intervención del órgano jurisdiccional.

De cualquier manera, en la investigación fiscal, el Juez de Instrucción (al que se le ha asignado la potestad de confirmar y homologar jurisdiccionalmente o no la instancia de sobreseimiento u, oposición mediante, la acusación del fiscal), es un órgano totalmente ajeno a los intereses en pugna, en tanto no tiene ningún compromiso con el resultado o eficacia de la actividad investigativa previa, a la que se refiere el examen que se le reclama.

En cambio, en la investigación jurisdiccional, puede no ocurrir lo mismo, ya que, habiendo investigado un juez, al decidir éste correr vista al fiscal para que formalice su conclusión, de alguna manera puede estar *exteriorizando implícitamente su criterio favorable a que se produzca una acusación*, por cuanto de haber estimado que correspondía sobreseer, podría haberlo dispuesto de oficio (art. 348), o bien, no habría corrido la vista. Si lo hizo, es porque estimó *lo contrario*.

La instancia de contradicción circunscripta al mérito de la acusación provocada por la oposición defensiva, respeta el esquema lógico del proceso, en tanto primero opina y se expide quien acusa, y luego quien se defiende (arts. 354, 357 y 402).

## II. LA ACUSACIÓN (MÉRITO CONCLUSIVO INCRIMINATORIO)

El modelo *acusatorio* del proceso penal vigente, fruto de la incorporación a la Constitución Nacional y a su mismo nivel de los más importantes instrumentos y tratados supranacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), ha dejado este punto esencial fuera, no sólo del campo de la *interpretación jurídica*, sino también del campo de la libre *reglamentación procesal*, habiéndose convertido en texto expreso, indiscutible, inalterable y obligatorio para la legislación infraconstitucional. El mismo parte de la base de la **acusación** (arts. 60 y 115 CN; art. 8.1, CADH), la que según su **significado idiomático** no sólo consiste en imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también — como lo define el

Diccionario de la Lengua Española — “exponer las pruebas de los mismos”, “demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado, mediante pruebas acusatorias”.

### 1. Concepto

Y si bien el término “**acusación**” no tiene en la normativa supranacional (art. 8.1, CADH) solamente el sentido técnico procesal que a continuación desarrollaremos (en tanto comprende a la mera “imputación”), puede afirmarse que es letra expresa e indiscutible de máximo nivel jurídico, que la base del juicio no puede ser otra que la acusación, es decir **la atribución — fundada — por parte del órgano acusador a una persona debidamente individualizada, de alguna forma de participación (autor, co-autor, cómplice, instigador) en un hecho delictivo, y el pedido de que sea sometida a juicio oral y público, para que en su transcurso el acusador intente probar su responsabilidad penal y, si lo logra, el tribunal (porque así lo acepte) le imponga la sanción prevista por la ley.**

Ella será la que determine el ámbito fáctico en el que podrá ejercer su jurisdicción el tribunal de juicio, precisando, además, la materia sobre la que deberá versar la defensa del acusado.

Es hoy la acusación una exigencia expresa de nuestro sistema constitucional, pues, por un lado, ya la Constitución Nacional establecía la secuencia de “acusación, juicio y castigo” (arts. 60 y 115, CN); y por otro, los instrumentos supranacionales incorporados a su mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN) hacen expresa referencia a ella como presupuesto del juicio (art. 8.1, CADH; art. 10, DUDH; art. 14.1, PIDCP; art. XXVI, DADDH).

Sea que la exigencia de acusación previa persiga *asegurar la defensa del acusado*, que sólo conociendo de qué se lo acusa podrá defenderse adecuadamente en el juicio (a la vez que el tribunal no podrá condenarlo por un hecho distinto al contenido en la acusación), sea que aquella exigencia procure más bien *posibilitar la condición de “tercero” del tribunal*, garantizando así su imparcialidad, lo cierto es que, en su funcionamiento práctico, al satisfacer

118

ambos extremos (defensa; imparcialidad) constituye una condición *sine qua non* de un juicio equitativo (véase el apartado I del Capítulo 11, en la pág. 487).

## 2. Presupuestos

La formalización de la acusación se condiciona a la concurrencia de los siguientes requisitos.

### *Declaración previa del imputado*

En perfecta armonía con el espíritu acusatorio que domina la moderna legislación procesal, constituye un exigencia de rigor formal absoluto haberle recibido *previamente* declaración al imputado (art. 258), como condición ineludible para concretar un requerimiento de citación a juicio; y tal acto debe haber sido cumplido con *total observancia* de las formas establecidas para el mismo (arts. 260, 261 y 262), es decir, debe ser plenamente eficaz, como exteriorización de la defensa material del perseguido penalmente.

Asimismo, el hecho al que se refiere la acusación, no puede ser distinto del que oportunamente fue objeto de intimación en ocasión de recibírsele declaración (en cuya acta debe estar transcrito: art. 261, último párrafo), sino que debe ser *congruente* con el mismo.

### *Cumplimiento de la investigación*

También fue dicho que la conclusión inculpativa debe estar precedida de una actividad investigativa seria y *completa*; y, desde el plano formal, la prueba que le sirva de fundamento debe haber sido obtenida e incorporada al proceso válidamente.

### *Mérito de probabilidad*

La investigación preparatoria procura establecer si existe *mérito* probatorio suficiente para acusar al imputado como partícipe del delito sobre el que trata. Para que esto pueda ocurrir, el Código exige que se encuentre acreditada, al menos en grado de pro-

babilidad, la participación punible de aquél en el hecho investigado, cuestión que normalmente se establece como exigencia de que concurren "elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado..." (art. 354). No se requiere nada más, pero tampoco nada menos.

## 3. Requisitos

El documento acusatorio deberá contener, *bajo pena de nulidad*, la individualización del acusado y la descripción clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, su encuadramiento legal, y la fundamentación correspondiente sobre la base de las probanzas recogidas durante la investigación. Es el requerimiento fiscal de citación a juicio (art. 347). Los analizamos a continuación.

### *Condicionamientos relativos a la individualización del imputado*

El requerimiento fiscal que comentamos, tiene por finalidad (y así se lo expresa en el *petitum*) procurar la citación a juicio del acusado. Éste debe haber sido previamente señalado como sospechoso (imputado) otorgándosele la calidad de parte. Y como derivación natural, debe haber sido correctamente individualizado (como destinatario de la sospecha) e identificado (arts. 81 y 307 CPP). Los datos obtenidos de tal identificación, son los que sirven para dar satisfacción a esta exigencia (art. 355 CPP), que no tiene otra significación que la de delimitar subjetivamente la pretensión que se hará valer en el juicio, dirigiéndola contra una persona física perfectamente determinada.

### *Condicionamientos relativos a la fijación del "hecho"*

Por cuanto se transforma en la referencia obligada para considerar el marco objetivo y subjetivo de la atribución penal sobre la que versará el juicio, revisten una gran importancia los condicionamientos formales vinculados a la *fijación del hecho* ("plataforma fáctica") que deben ser observados en la acusación.



La trascendencia del tema está dada porque en la descripción del hecho está sintetizada la materialidad de la conducta reprochada, y todo el análisis probatorio y jurídico que sobrevendrá debe ceñirse al mismo, tal como quedó pormenorizado en la pieza acusatoria (que es el requerimiento de citación a juicio).

La conducta que se reputa ilícita y que se estima probablemente acreditada (conforme a las razones que se exponen en los fundamentos), con la mención de todas las circunstancias penal y procesalmente relevantes, deben estar contenidas y expuestas en la acusación, como la hipótesis que es y que, con sus consecuencias jurídicas, corresponde demostrar en el juicio.

Se ha sostenido que las exigencias relativas a la descripción de tal conducta se satisfacen "si se expresa aunque sea en forma breve y sencilla la individualidad del hecho (TSJ Cba., caso "Luna" del 19/12/57)", y que es suficiente que la enunciación contenga los aspectos relevantes para la calificación legal que se efectúa, consignando sus circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona, en la medida de lo posible (Núñez y TSJ Cba., casos "Venturuzzi", 5/11/97, y "Simoncelli", 28/7/98).

Precisando el alcance de la norma en este aspecto, se entiende que la exigencia legal de la *claridad*, significa que los términos en que esté descripto el hecho procesal objeto de intimación puedan ser comprendidos cabalmente por el imputado, para lo cual deben usarse expresiones sencillas.

La relativa a la *precisión*, apunta a que la redacción con la que es narrado el hecho históricamente acontecido, esté exento de vaguedades, de manera tal que no pueda provocar una confusión acerca de la pretensión que se hace valer.

La *circunstanciación*, exige que sean puestas de manifiesto todas aquellas circunstancias jurídicamente relevantes (tiempo, lugar, modo y persona) en que esa conducta se exteriorizó (Vélez Mariconde, 1986).

La *especificidad* impone la relación o enunciación *separada* de los diversos hechos imputados cuando la acusación sea objetivamente compleja (Clariá Olmedo, 1986).

Todo lo expuesto es a los fines de asegurar la efectividad de la defensa, esto es, que el imputado haya podido negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad, u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación (TSJ Cba., caso "Nicolini", 20/05/02).

#### 4. Motivación

La fundamentación de los requerimientos y conclusiones constituye, como pauta de su desempeño funcional, un imperativo para todos los integrantes del Ministerio Fiscal (art. 154). Pero en el caso particular de la acusación, es además imprescindible, porque sólo así se garantiza que el acusado pueda oponerse a la pretensión fiscal acusatoria, refutando sus fundamentos, y se acuerda además al órgano jurisdiccional que deba resolver el entredicho, la posibilidad de controlar el acierto de aquélla: es una garantía frente a la posible acusación arbitraria.

Si bien no debe responder a las mismas exigencias que la motivación de la sentencia, sí debe — como mínimo — "*individualizar los elementos de convicción*" expresando *cómo* "permiten asentar la conclusión de probabilidad en relación a la participación del imputado", con apego las normas que rigen sobre el particular (art. 41 Const. Prov. y arts. 192, 193 y 194).

El razonamiento así exteriorizado incluirá todos los aspectos que conciernen a la conclusión. Es decir, los que tienen que ver con las cuestiones fácticas (prueba de los hechos y la participación), como las jurídicas (relativas a la tipicidad y encuadramiento, concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes, etc.).

119

### Calificación legal

Teniendo en cuenta que la persecución penal se refiere a una pretensión que encuentra su legitimación en la supuesta infracción a una norma penal, en el requerimiento de citación a juicio es *ineludible* dejar establecido cuál es la probable figura delictiva en que encuadra la materialidad de la conducta que se estima ilícita.

No obstante, la opción o el criterio jurídico sustentado por el actor penal en tal acto no está condicionada por el tenor de la imputación que la precedió, ni es vinculante para el tribunal del futuro juicio. Es decir, *no* debe necesariamente *respetar* la calificación que se tuvo en cuenta al momento de la convocatoria del imputado al proceso, y puede diferir, siempre que el nuevo encuadramiento sea de la misma naturaleza que aquél (que no sea de acción privada, y si es de acción pública dependiente de instancia privada, que esté salvado el obstáculo de procedibilidad).

Además, la definición legal escogida por el fiscal no circunscribe la consideración del hecho (por parte del Juez de Control o del tribunal de juicio) a esa única alternativa, pudiendo disentir sobre ella los órganos jurisdiccionales que deban intervenir (si está dentro de su competencia), optando por una distinta.

### 5. El control de la acusación

El Código acuerda al imputado (o mejor, a su defensor) el derecho a criticar ante un tribunal jurisdiccional el *fundamento* fáctico y jurídico y la *corrección formal* de la acusación, procurando evitar la apertura del juicio: es la oposición (art. 357).

Esto responde no sólo al propósito de darle mayores garantías, permitiéndole que intente neutralizar su pública exposición como probable autor de un delito (la "pena del banquillo"), sino también a una conveniencia práctica: ahorrar el costo que representaría que acusaciones infundadas puedan provocar la realización de un juicio inútil.

### 5.1. Oposición de la defensa

Pero este examen sobre el fundamento de la acusación no le parece al Código una derivación necesaria de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso: por ello es que no se lo imagina como obligatorio para todos los casos, sino únicamente a instancia del defensor y como oposición al juicio. Sin embargo, hay quienes invocando el "derecho" del Estado a evitar los gastos de un juicio inconducente, creen que el control jurisdiccional de la acusación debe realizarse siempre, aun de oficio cuando el acusado se conforme con ella (Maier, 1996).

### 5.2. Razones

La oposición a la acusación puede fundarse en las circunstancias que las leyes prevén como *fundamento de las excepciones*: así, se podrá invocar falta de acción (v. gr., si se trata de un delito de acción privada); o que ésta no pudo iniciarse (v. gr., si se trata de un delito dependiente de instancia privada y ésta no se produjo); o no pudo proseguir (v. gr., si existiera algún obstáculo fundado en privilegio constitucional y no fue removido); o debió haberse suspendido (v. gr., por existir una cuestión prejudicial que no fue declarada antes); o se encuentra extinguida (v. gr., por prescripción); o se hubiere agotado en un proceso anterior terminado por sobreseimiento o sentencia, o estuviere pendiente otro por el mismo hecho (*non bis in idem*). La oposición también se podrá fundar en incompetencia o falta de jurisdicción del juez que hubiere realizado la investigación preparatoria (en las leyes que contemplan la instrucción jurisdiccional), o en la violación de las normas procesales que fijan el ámbito de actuación del Ministerio Público (v. gr., territorial) por parte del fiscal que llevó adelante aquélla.

También podrá ser motivo de oposición la *nulidad de la acusación*, tanto por vicios de su estructura como acto procesal conminados con dicha sanción (v. gr., falta de fundamentación), como por inexistencia o invalidez de los actos que se regulan como sus presupuestos necesarios (v. gr., la declaración del imputado), o

por la violación a disposiciones constitucionales o legales relacionada con la situación, derechos y garantías del imputado.

Pero indudablemente el argumento más frecuente de resistencia a la acusación es el de la falta *de suficiente fundamento fáctico*, es decir, la inconsistencia de las pruebas que la sustentan para generar un razonable juicio de probabilidad sobre la futura condena del acusado por el delito que se lo acusa (art. 357).

En estos casos, el contradictorio se plantea como una pretensión defensiva desincriminatoria. Esto es, que por cuestionar la eficacia o aptitud de la prueba para fundar un juicio de probabilidad en contra del acusado, se propicie su *sobreseimiento*. Tal criterio, obviamente, debe estar sustentado en la aplicabilidad al caso de alguno de los motivos que lo tornan procedente (art. 350).

El Código autoriza procurar el control de la calificación legal recaída, argumentando, por ejemplo, la atipicidad de la conducta, la aplicabilidad de un encuadramiento legal más benigno, etc. (art. 357).

### 5.3. Órgano de control

Si bien se propone, con acierto, que el examen sobre el fundamento y corrección formal de la acusación sea directamente realizado por un tribunal con especial competencia para ello (Montero, 2001), al que se le añadan tareas propias de los actos preliminares del juicio (v. gr., el ofrecimiento y admisión de pruebas), hasta el presente el Código establece que la oposición se ventile ante un juez (el mismo que hizo o controló la investigación, cuya decisión será revisable por vía de recurso de apelación).

### 5.4. Trámite

La viabilidad de la instancia de la oposición está supeditada a la observancia de condiciones de tiempo y forma. Así, se le ha fijado un plazo para hacer uso de tal derecho (art. 357, tres días desde la notificación de las conclusiones del fiscal), y se ha establecido que se formalice "por escrito, con específica indicación de los

puntos de la decisión que fueren impugnados y fundadamente" (art. 338); todo bajo pena de inadmisibilidad.

La interpretación jurisprudencial, al expedirse sobre estos aspectos formales, ha tendido a equiparar la oposición a un recurso (pese a no serlo técnicamente), determinando, por ejemplo, que en función de las exigencias antes citadas, el tribunal de control queda delimitado en el ejercicio de su competencia al tratamiento de los puntos que fueron mencionados como productores del agravio (argumento del art. 456 — primer párrafo —), y que le está vedado resolver agravando la situación del imputado, por aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 456 — segundo párrafo —).

### 5.5. Decisiones posibles y recursos

Como consecuencia de la oposición — según haya sido la pretensión impulsada — podrían resultar — en principio — la *homologación jurisdiccional de la acusación* fiscal (si se rechaza la oposición) o *el sobreseimiento* del imputado (si se la acepta). A ello se agrega la "*falta de mérito*".

#### *Auto de elevación a juicio*

En el primer caso, si rechaza la oposición, el juez dicta el "*auto de elevación a juicio*" (art. 358) que, en lo formal, aunque por remisión a otra norma (art. 282), requiere de similares condicionamientos a los de la acusación (los datos personales del acusado, la enunciación de los hechos, los fundamentos de la decisión, la calificación legal del delito y la parte resolutive); pero, además, debe referirse a todos los imputados del mismo hecho, incluyendo aun a los que no se opusieron (art. 358 — tercer párrafo —). En tal supuesto, esta resolución pasa a *contener* la "acusación" (como se dijo, jurisdiccionalmente homologada), y es el documento que se oraliza al momento de la apertura del debate (art. 382).

No obstante, la decisión puede ser objeto de apelación por parte del defensor que se había opuesto (art. 358 — último párrafo

—), impugnación que será tratada por la Cámara en lo Criminal en el ejercicio de su competencia como Tribunal de Apelación (arts. 1 y 11 ley 9048), la que se expedirá confirmándola o revocándola.

### 6. Falta de fundamento para la acusación

Ya se señaló que la oposición de la defensa puede evidenciar la insuficiencia probatoria o la imposibilidad jurídica para homologar la acusación. Esto puede tener dos variantes.

#### *Sobreseimiento*

Si se acepta la oposición, porque el Juez de Instrucción (o de Control) advierte que corresponde el *sobreseimiento* solicitado, lo dictará; esta resolución podrá ser apelada por el Fiscal de Instrucción (art. 359). Sobre las hipótesis en que corresponde el sobreseimiento, véase el punto siguiente de este Capítulo.

#### *Falta de mérito*

Al margen de estas dos posibilidades, y pese a no habérsela previsto originariamente como una alternativa a esgrimir por la defensa, a partir de la incorporación del actual segundo párrafo del art. 358, por la ley 8930, el órgano jurisdiccional de control puede también expedirse por una solución intermedia que contempla expresamente los casos dudosos; es decir, aquellos en que si bien la prueba no alcanza *la probabilidad* requerida para acusar, tampoco satisface *el grado de evidencia* o duda insuperable que viabilizan el sobreseimiento. En tales supuestos, si no se estima cumplida (agotada) la investigación (si ello ocurriera corresponderá sobreseer por imperio del art. 350 inc. 5), el juez dicta un auto que así lo declara (equivalente a una "falta de mérito") y devuelve la causa al fiscal para que la prosiga.

## III. EL SOBRESEIMIENTO (MÉRITO CONCLUSIVO DESINCRIMINATORIO)

### 1. Concepto

En la oportunidad señalada para evaluar los resultados de la investigación a los fines de la acusación, o en cualquier momento de aquélla que evidencie que el imputado no podrá ser condenado por el delito que se le atribuye, corresponde el dictado del sobreseimiento. Éste ha sido definido como **la decisión jurisdiccional que cierra el proceso en forma definitiva e irrevocable a favor del imputado, por no tener fundamento o haberse extinguido la pretensión penal que se hacía valer** (Vélez Mariconde, 1986). En tal caso, la acusación no podrá formularse y el proceso deberá cerrarse.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia (art. 351) en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo 350.

#### *Clases*

Cuando existen *varios imputados* de un mismo delito o *varias imputaciones* a una misma persona, el sobreseimiento podrá ser *total* (a todas las personas, o por todos los delitos) o *parcial* (sólo a algunos de los coimputados del mismo delito; o por algunos delitos de los varios atribuidos a la misma persona) (art. 348). La distinción tiene importancia porque los efectos beneficiosos del sobreseimiento sólo alcanzan a quien fue sobreseído y sólo por la imputación a la que el sobreseimiento se refiere (art. 349).

### 2. Estados psicológicos

Las causales de sobreseimiento deben aparecer de modo *evidente* (art. 350). La ley, con el uso de este vocablo (evidente, que significa claro, patente, sin la menor duda) requiere que exista lo que se conoce como *certeza* sobre la inocencia del imputado (véase el apartado IV del Capítulo 2, en pág. 95).

### Certeza

Pero debe aclararse que a la evidencia que se arribe por el aporte de prueba negativa sobre aquellos extremos fácticos o jurídicos (estado psicológico de *certeza negativa* en sentido estricto) debe asimilarse la *falta total de prueba positiva de responsabilidad penal*. La prueba negativa, la demostración de la inculpabilidad, no es posible de lograr, por lo general; el pretenderla representaría en la mayoría de los casos un "absurdo lógico y una manifiesta iniquidad" (Manzini, 1952). El dictado del sobreseimiento no debe limitarse, entonces, a los casos en que *está probado* que el imputado no ha cometido el hecho o que lo ha cometido en circunstancias que le eximan de pena, sino que debe extenderse a aquellos en que *ninguna prueba* exista de su culpabilidad. Tanto en unos como en otros aparece indudable la irresponsabilidad: en los primeros, por la demostración de hechos ciertos, y en los demás, por la falta absoluta de justificación de los cargos o sospechas que pudieran haberse formulado o concebido.

Se ha señalado que, en el caso del art. 354 (sobreseimiento obligatorio por acuerdo de fiscales), el juez que lo debe dictar no tendrá ese estado psicológico (Torres Bas, 1994), sino justamente el opuesto.

### Duda insuperable

No obstante, la insuficiencia conviccional de las pruebas puede también ser causal de sobreseimiento, bajo ciertas condiciones, cuando ellas no son suficientes (por no generar probabilidad sobre la responsabilidad penal) para elevar la causa a juicio, pero tampoco suministran la certeza de la inocencia, supuesto que se corresponde con el estado de "duda" sobre los extremos fácticos de la imputación. En tal caso, también se autoriza el sobreseimiento, siempre que esa *duda* sea *insuperable*, por no ser objetivamente previsible la incorporación de nuevas pruebas (v. gr., no hay diligencias probatorias en ejecución cuyo resultado aún no se conozca), al *agotarse el término* acordado (y sus prórrogas) para realizar la investigación preparatoria (art. 350 inc. 5). La duda podrá re-

caer sobre cualesquiera de los hechos que dan fundamento a las causales de los incs. 1 a 4 del art. 350.

Se protege de este modo el interés del imputado, impidiendo la prosecución del proceso en su contra cuando la culpabilidad no aparece suficientemente acreditada (evitando los perjuicios que seguramente tal cosa le traería — pena del banquillo, gastos, etc. —), a la vez que se evita el inútil desgaste jurisdiccional que acarrearía seguir adelante cuando se conoce de antemano que no podrá dictarse sentencia de condena (lo que, se ha dicho, configura un caso de aplicación del principio de oportunidad por razones técnicas).

### 3. Causales de procedencia

Fuera del caso excepcional de duda insuperable ya analizado (art. 350 inc. 5), por regla general el sobreseimiento procederá (art. 350 incs. 1 a 4) cuando sea *evidente*:

1. Que el hecho investigado *no se cometió, o no lo fue por el imputado* (inexistencia de alguno de los extremos materiales de la imputación).
2. Que el hecho *no encuadre en una figura penal* (atipicidad), no sólo en la que fue objeto de la intimación sino en ninguna otra.
3. Que *media una causa de justificación* (v. gr., legítima defensa), *inimputabilidad*, (v. gr., demencia), *inculpabilidad* (v. gr., error de hecho no imputable) o *una excusa absolutoria* (v. gr., hurto entre parientes).
4. Que *se ha extinguido la pretensión penal* (v. gr., prescripción).

Sobre la posibilidad de sobreseimiento por vencimiento del plazo máximo del proceso, véase el Capítulo 3, en pág. 115.

### 4. Oportunidad

Todas estas razones autorizan el dictado del sobreseimiento durante la investigación preparatoria. También podrá ordenarse en los actos preliminares del juicio (art. 370), pero *bajo la condición*

de que no sea necesario el debate para acreditar las causales por las que excepcionalmente procede en esta etapa: casos de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad, excusas absolutorias o extinción de la pretensión penal (véase el apartado II del Capítulo 11, en la pág. 492); y por esta última causal, incluso durante el trámite de los recursos que se autoricen contra la sentencia definitiva, v. gr., imputado que muere mientras se sustancia el recurso de casación que presentó contra la sentencia de condena (art. 348).

### 5. Efectos

El sobreseimiento *cierra irrevocable y definitivamente el proceso* con relación al imputado a cuyo favor se dicta (art. 349). Firme que sea el sobreseimiento (definitivo), impedirá que, por el mismo delito, se quiera reabrir el procedimiento, o iniciar otro en contra del imputado que fuera sobreseído (*non bis in idem*). Véase el Capítulo 3, en pág. 115. Se discute si tiene el mismo efecto sobre la cuestión civil que la sentencia absolutoria mencionada por el art. 1103 del Código Civil. La posición mayoritaria cree que no (v. gr., Clariá Olmedo, 1963).

Por cierto que si el imputado estuviere privado de su libertad, la recuperará de inmediato, aun cuando el sobreseimiento sea recurrible.

### 6. Recursos

El art. 352 dispone que la sentencia de sobreseimiento será *apelable*, sin efecto suspensivo, por el *Ministerio Público*.

También se autoriza a recurrir al *querellante*, supuesto éste en que registrá lo dispuesto por el artículo 334 último párrafo, lo que significa que la Cámara de Apelaciones sólo podrá conocer y decidir sobre el recurso si el Fiscal de esa Cámara lo mantiene (limitación que hoy es materia de discusión). Pero no se concede recurso al querellante si el sobreseimiento fue dictado en el caso previsto en el artículo 359 (sobreseimiento por acuerdo de fiscales), bajo el argumento de que si el mantenimiento de su recurso de-

pende de la opinión coincidente del Fiscal de Cámara, y éste ya anticipó su opinión contraria, sería inútil volverlo a consultar sobre el mismo tema, pues su respuesta negativa sería la misma. Se ha observado que este argumento no logra ocultar que se priva así al querellante de poner a consideración cualquier argumento o punto de vista sobre el sobreseimiento desde que todo el trámite (pedido de sobreseimiento: desacuerdo del Juez de Control; dictamen del Fiscal de Cámara) se ha desarrollado a sus espaldas. Hay jurisprudencia que ha entendido que esta limitación al recurso del querellante es inconstitucional (Cámara Criminal de 12ª Nominación, caso "Montrasi", diciembre de 2002). Véase comentario al punto siguiente de este Capítulo.

Podrá recurrir también el imputado, cuando se le imponga una medida de seguridad. También cuando al dictarse el sobreseimiento no se haya observado el orden que establece el artículo 350, porque, como se ha dicho, resultaría injusto que "si un hecho no constituye delito o no se ha cometido, se diga que se sobresee por prescripción" (Vélez Mariconde, 1986). Pero hay quien opina lo contrario, señalando que si existe una causal extintiva de la acción penal esta debe ser el fundamento del sobreseimiento porque tiene valor impeditivo de la persecución y el juzgamiento (Clariá Olmedo, 1963).

El sobreseimiento *confirmado* por cámaras de apelación o *dictado* por tribunales de juicio, es impugnabile por vía de recurso de casación (y sólo por las causales que éste acepta).

### 7. Instancia fiscal y discrepancia

Por cierto que esta resolución favorable al imputado puede también ser requerida al juez por el fiscal que llevó adelante (art. 348 *in fine*) o participó (art. 347) en la investigación preparatoria, pues su actuación debe ser objetiva, lo que le impide acusar sin suficientes pruebas. Si el juez está de acuerdo, dictará el sobreseimiento del modo pedido.

Pero si el juez *discrepa* con el pedido, pues no está de acuerdo con dictar el sobreseimiento, deberá requerir la opinión de un superior jerárquico del fiscal que pidió el sobreseimiento, o sea, del Fiscal de la Cámara del Crimen (art. 359 y art. 3, ley 9048). Si ésta fuera coincidente con la de su inferior, el juez emitirá *obligatoriamente* la resolución desinriminatoria requerida, por imperio del principio de que no hay juicio sin acusación: es el llamado sobreseimiento por acuerdo de fiscales.

En caso contrario, si el Fiscal de Cámara estuviera de acuerdo con el juez discrepante, aquél formulará directamente la acusación, que deberá ser sometida al trámite del art. 357 y, si hubiese oposición, del art. 358.

#### *Naturaleza y fundamento del control*

El control por el Juez de Instrucción del pedido de sobreseimiento del fiscal responde al principio de que la finalización anticipada de un proceso penal debe ser siempre dispuesta por un órgano jurisdiccional. Pero el alcance del aludido control, como ya se vió, se agota en la posibilidad de expresar su discrepancia y provocar la intervención de otro fiscal de superior jerarquía del solicitante.

Es inaceptable que la discrepancia entre juez y fiscal sea resuelta por un tribunal, aun de alzada (como ocurre en el CPP de la Nación, art. 348), porque así se estará acordando a un órgano jurisdiccional atribuciones requirentes, al permitírsele ordenar al fiscal que acuse (lo que significa convertir a aquél en acusador).

## CAPÍTULO 11

- I. **EL JUICIO PENAL COMÚN.** Concepto. Responsabilidad de la prueba de la acusación. Fases.
- II. **ACTOS PRELIMINARES.** Concepto; control de la acusación; nulidad; clasificación de la causa; integración con jurados; citación a juicio; ofrecimiento de pruebas (requisitos, admisión y rechazo); investigación suplementaria; sobreseimiento; designación de audiencia.
- III. **DEBATE.** Concepto. Caracteres: oralidad, publicidad, contradictorio, continuidad, inmediación; identidad física de los jueces. El problema de las excepciones y casos autorizados. Dirección del debate: poder de policía y disciplina. Apertura: lectura de la acusación; cuestiones preliminares. Asistencia, representación, declaración e intervenciones del imputado; ampliación de la acusación; hecho diverso. Recepción de la prueba ofrecida: pericial; testimonial; forma de los interrogatorios; nuevas pruebas; otras lecturas permitidas: actas y documentos; discusión final y cierre del debate. Acta del debate.

### I. EL JUICIO PENAL COMÚN

#### 1. Concepto

El juicio (o juicio plenario) es la etapa principal y jurisdiccional del proceso penal que tiene por fin establecer si puede acreditarse con certeza, fundada en la prueba en él recibida, que el acusado es penalmente responsable del delito que se le atribuye, lo que determinará una sentencia de condena y la imposición de una pena; o si tal grado de convencimiento no se alcanza, una de absolución.



Si bien se predica de todo el juicio, en realidad su núcleo esencial, el debate, es el que deberá realizarse en forma oral, pública, contradictoria y continua, con intermediación entre todos los sujetos (públicos y privados) que en él actúen; ante un tribunal integrado por las mismas personas desde el principio hasta el fin (identidad física del juzgador), que deberá garantizar la igualdad entre las partes y los derechos del acusado, y decidir imparcialmente sobre la acusación. Se trata de un espacio que se abre para la discusión plena de la prueba aportada, con el propósito de determinar si se acredita o no la culpabilidad del acusado en un hecho determinado, tratando de evitar proceder y decisiones arbitrarias. Es en este sentido que aparece, más que como un instrumento de aplicación de la pena, como un sistema de garantías que aleja el peligro de la arbitrariedad (Vélez, 1999).

Hoy existe una tendencia para preservar el juicio común, oral y público, con tribunal colegiado, para aquellos casos que, por su complejidad o importancia, realmente justifiquen el compromiso de recursos humanos y materiales que su desarrollo importa. Si así no ocurriera, se propone recurrir a modelos de juicio simplificados, o abreviados por acuerdo de partes, o a cargo de tribunales unipersonales.

## 2. Responsabilidad de la prueba de la acusación

La base del juicio es la *acusación*, con la que culmina la investigación penal preparatoria: el “requerimiento fiscal de citación a juicio” expresa y contiene a la acusación (véase el apartado II del Capítulo 10, en pág. 470). Pero, excepcionalmente, puede ser ampliada o modificada en las audiencias de debate en los supuestos previstos por la ley (arts. 388 y 389). Circunscribe objetiva y subjetivamente la actuación posterior de los sujetos procesales, posibilitando la defensa del acusado y asegurando la neutralidad del juzgador.

La acusación es una exigencia de nuestro sistema constitucional. Por un lado, la Constitución Nacional establece la secuencia

de “*acusación*, juicio y castigo” (arts. 60 y 115, CN); por otro, los tratados internacionales incorporados al mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN) hacen expresa referencia a ella como presupuesto del juicio (CADH, art. 8.1.; DUDH, art. 10; PIDCP, art. 14.1.; DADDH, art. XXVI), por lo que no puede existir un juicio válido si no preexiste una acusación sobre la cual debe expedirse la jurisdicción en la sentencia (SCJN, caso “Marcilese”, 2002).

### *Finalidad*

Hay quien sostiene que la finalidad constitucional de la exigencia de acusación previa es la de *asegurar la defensa* del acusado, que sólo conociendo de qué se lo acusa podrá defenderse adecuadamente en el juicio, limitando a la vez en lo fáctico la órbita jurisdiccional del tribunal, que no podrá condenarlo por un hecho distinto al contenido en la acusación. Otros creen que aquella exigencia procura posibilitar la condición de *tercero* del tribunal, garantizando así su imparcialidad.

Si se mira al juicio como un sistema de garantías, se advierte que para asegurar el debido proceso y responder adecuadamente a la pregunta de *¿cómo y cuándo juzgar?* (Ferrajoli, 1997), se advierte que, así como no hay pena sin juicio, no puede haber juicio sin *acusación*. Ella delimita el ámbito de la discusión y lo sujeta al examen de la hipótesis delictiva.

Sobre el control de la acusación y sus posibles efectos ver más adelante, “Actos Preliminares”, en pág. 492.

### *¿Quién debe probar la acusación?*

La prueba de los hechos contenidos en la acusación corresponde al acusador, es decir, al fiscal (actividad eventualmente compartida con el querellante), porque siendo él quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será *él* quien deberá asumir la *responsabilidad* de suministrar la prueba de la culpabilidad. Se trata de acreditar la verdad de “los extremos de la imputa-

ción delictiva”, tanto el extremo objetivo (existencia del hecho delictivo y de sus circunstancias jurídicamente relevantes), como subjetivo (participación culpable del acusado en ese hecho), o sea, la verdad de la acusación (pues la inocencia no debe probarse: se presume, art. 14.3, PIDCP).

Así lo establece el art. 362 del CPP de Cba., que procura *garantizar al máximo la imparcialidad del tribunal de juicio*, privándolo paralelamente a éste, de la gran mayoría de las llamadas “facultades autónomas de investigación”, que el código anterior le reconocía y que comprometían aquella condición, pues le acordaban dos funciones que deben ejercerse separadamente para salvaguardarla: la de ordenar la producción de pruebas por estimarlas útiles al descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación (investigar) y la de valorar luego su eficacia conviccional al respecto (juzgar).

### Justificación

Los defensores de las atribuciones probatorias autónomas de los jueces argumentan que “la naturaleza pública del interés represivo” exige el “triunfo” de la verdad y la actuación de la ley penal, que no toleran “limitaciones formales”. Pero el argumento tiene fuerza sólo relativa, pues tales fines no pueden procurarse a costa de la imparcialidad del juez. El “triunfo de la verdad” y la aplicación de la pena que corresponda, no son objetivos absolutos del proceso, puesto que siempre han admitido límites “formales”, originados precisamente en la vigencia de garantías procesales (la imparcialidad de los jueces, que es una garantía constitucional, es condición de ellas) o de otros intereses, y de una concepción diferente del “interés represivo” de naturaleza pública y de su ubicación en la escala de valores de la sociedad (SCJN, caso “Marcilese”, 2002). Piénsese en los límites al testimonio derivados del secreto de confesión o parentesco, etc.

Además, concentrar en el Ministerio Público Fiscal la iniciativa probatoria, es sólo una ratificación de sus atribuciones, que

son de ejercicio obligatorio; y aun así, sigue siendo el Estado el encargado de procurar el descubrimiento de la verdad sobre la acusación. El Estado de este modo no se retira de la contienda, ni claudica en su obligación de “averiguar la verdad”, sino que, a través de la separación de roles, desconcentra poder e incentiva el control, con el propósito de asegurar eficacia y garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

No obstante, y en atención a la necesidad de “afianzar la justicia”, objetivo del preámbulo de la Constitución, se autoriza que durante el debate se puedan colectar nuevos elementos de juicio, no ofrecidos con anterioridad, cuando sean indispensables o manifiestamente útiles para “averiguar la verdad de los extremos de la imputación delictiva (art. 400); pero la ley *condiciona* esta posibilidad a que ello sea requerido por el Ministerio Público Fiscal o las partes (arts. 365, 374, inc. 6, 398 y 400), *saívo* los casos de la inspección judicial (art. 399) y de la reapertura del debate para *ampliar* pruebas ya incorporadas (art. 400).

### Válvula de seguridad

Como una virtual “válvula de seguridad” del orden público y del interés general de la sociedad para el caso de “inactividad”, “negligencia” o “inadvertencia” del Fiscal de Cámara, se dispone que el tribunal de juicio (obrando al amparo del mismo principio que le permite pedir la opinión de un fiscal de jerarquía superior, frente a requerimientos desincriminantes de un inferior) deberá comunicar tal conducta irregular al Fiscal General. Éste, por tratarse de una “queja” que ante él se promueve “por la inacción” de un miembro del Ministerio Público Fiscal, podrá apereibir al inferior y exigirle el “cumplimiento de sus deberes” (art. 16, inc. 1, LOMP, n° 7.826), impartándole las instrucciones “convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones” (art. 11, ley 7.826) o lisa y llanamente sustituirlo por otro fiscal (art. 362, CPP) e, incluso, promover su acusación o destitución (art. 16, inc. 1, ley 7.826): Tales soluciones se encuentran respaldadas en los principios de “unidad de actua-

123

ción” y “dependencia jerárquica”, propia de la estructura orgánica del M. P. Fiscal (art. 171, Constitución de Córdoba).

### 3. Fases

El juicio penal común se desenvuelve en tres fases: la *preliminar*, el *debate* y la *sentencia*. Si bien cada una de ellas tiene sus propios fines, todas contribuyen a lograr una decisión del tribunal actuante sobre el fundamento de la acusación, con la debida, igual y bilateral actuación de partes. Las desarrollamos a continuación. Como se puede apreciar, el debate es el núcleo del juicio, que se encuentra precedido de una etapa destinada a su preparación y seguido de otra destinada a la formación de la decisión que debe emitirse como consecuencia de lo debatido.

## II. ACTOS PRELIMINARES

### 1. Concepto

La fase *preliminar* del juicio comprende el *control*, de la corrección formal de la acusación (no de su fundamento probatorio), tanto en los requisitos internos que las leyes establecen cuidadosamente, como de la correcta realización de actos procesales que son sus antecedentes necesarios (art. 361).

Superado airosamente este examen, se desarrollarán luego una serie de actos preparatorios del debate, primordialmente destinados a *impedirlo* definitivamente (v. gr., sobreseimiento) o provisionalmente (v. gr., suspensión por fuga del acusado), o a *posibilitar* su realización (v. gr., ofrecimiento de pruebas para receptor en el debate, que no sean manifiestamente impertinentes o superabundantes; recepción anticipada de pruebas que no podrán ser recibidas en él), o a facilitar su *desarrollo* ordenado (v. gr., integración unipersonal o colegiada del tribunal; aceptación o rechazo de

pruebas, unión o separación de juicios, fijación de fecha del debate; rechazo y exclusión de oficio del actor civil, art. 105), etc.

Los actos preliminares, si bien nunca podrán ser reservados para las partes, son escritos y pueden cumplirse sin publicidad externa (la del público en general). En general, esta etapa es conducida por el presidente del tribunal, cuando se actúa colegiadamente, debiendo decidirse en conjunto las cuestiones relativas al control formal de la acusación, al rechazo de la prueba ofrecida y a los recursos planteados.

### Propuestas

Últimamente se propone que esta fase preliminar del juicio absorba también la fase de crítica de la acusación (Maier, 1996; Montero, 1998), regulada como parte final de la investigación preparatoria, para *unificar* así el control de la acusación (desde el punto de vista de su fundamento probatorio y la calificación legal, como desde el punto de vista del control sobre sus requisitos formales), con el ofrecimiento, aceptación o rechazo de la prueba para el juicio. De esta forma, se pondría esta actividad bajo la dirección de un mismo tribunal, diferente al que deba realizar el debate, para garantizar la imparcialidad de éste con un ágil y no burocrático procedimiento oral (audiencia preparatoria del juicio).

### Recursos

El único recurso que el Código admite contra las resoluciones que se dicten en esta fase, es el de reposición, el que, contrariamente a la regla general (art. 458), se resolverá sin trámite (art. 451): pero se discute sobre esta limitación impugnativa en materia de encarcelamiento preventivo del imputado (v. gr., arts. 269, 283 incs. 2, 3 y 4), llegándose a admitir el recurso de casación (SCJN, “Rizzo”, La Ley, 20/12/00). En caso de que la reposición sea rechazada, siempre podrá hacerse reserva de recurrir en casación contra la sentencia definitiva.

## 2. Control de la acusación

El primer acto de la fase preliminar que el art. 361 impone al tribunal de juicio en pleno es el control de la observancia de los arts. 355 y 358 sobre la validez formal de la acusación. Ésta podría verse comprometida tanto por vicios de su estructura como acto procesal conminados con sanción de nulidad (v. gr., falta de descripción circunstanciada del hecho atribuido), como por la inexistencia o la invalidez de los actos que se regulan como sus presupuestos necesarios (v. gr., nulidad en la declaración del imputado), o por la violación a disposiciones constitucionales o legales relacionadas con la situación procesal, derechos y garantías del imputado (v. gr., que no se le haya permitido a su defensor oponerse a la elevación a juicio).

También se podrá controlar en esta oportunidad la congruencia (identidad fáctica sustancial) entre los hechos contenidos en la acusación y los fijados en el auto de prisión preventiva (si lo hubiere), y los intimados en la declaración indagatoria (todos los cuales constan en las actuaciones de la investigación penal preparatoria).

Asimismo, el control podrá abarcar cuestiones como la falta de acción (v. gr., si en realidad se tratara de un delito de acción privada), o que ésta no pudo iniciarse (v. gr., si se trata de un delito dependiente de instancia privada y ésta no se produjo), o no pudo proseguir (v. gr., si existiera algún obstáculo fundado en privilegio constitucional, y que no fue removido); o debió haberse suspendido (v. gr., por existir una cuestión prejudicial que no fue declarada), o se hubiere agotado en un proceso anterior terminado por sobreseimiento o sentencia, o estuviere pendiente otro por el mismo hecho (*non bis in idem*).

Pero el control de la acusación no alcanzará a la *suficiencia de su fundamento fáctico*, es decir, a la consistencia o inconsistencia (o insuficiencia u omisión) de las pruebas que la sustentan para generar un razonable juicio de probabilidad sobre la futura condena del acusado por el delito que se lo acusa (que es lo que exige el

art. 354 para que se pueda acusarlo), pues semejante control implicaría un prejuzgamiento sobre la eficacia conviccional de la prueba, incompatible con la imparcialidad que debe resguardar el tribunal de juicio. El aludido control se justifica principalmente como un modo de evitar que los defectos propios del acto acusatorio o sus presupuestos, afecten el derecho de defensa del imputado.

### 2.1. Nulidad

Si la acusación no fue válidamente formulada, será aplicable la sanción de *nulidad*, que por tratarse de un vicio que afecta el derecho constitucional de defensa del imputado, debe ser declarado de oficio y es insubsanable (es una nulidad absoluta). Por ello, el tribunal de juicio en pleno declarará nula la acusación y retrotraerá el proceso al momento anterior al del defecto, procurando que éste sea superado y se produzca una nueva acusación, sin vicios que comprometan su validez. En los otros supuestos se procederá como corresponda (v. gr., si no hubo instancia privada, cuando hubiera correspondido, se archivará la causa).

## 3. Clasificación de la causa

Si la acusación superara el control sobre su validez formal, de inmediato, el tribunal en pleno clasificará la causa (art. 361) a los fines de la asignación del ejercicio de la jurisdicción a una de sus tres Salas Unipersonales, o a la Cámara en colegio, según que el caso sea o no complejo. En el primer supuesto, cada sala unipersonal procederá de acuerdo con las normas del juicio común, asumiendo respectivamente cada uno de los vocales plenamente la jurisdicción, en ejercicio de las atribuciones propias del presidente. Acto seguido, se notificará la clasificación efectuada al Ministerio Público Fiscal, al querellante y a la defensa del imputado. Esta última deberá expresar su conformidad u oposición al ejercicio unipersonal de la jurisdicción, y si existiere oposición, la integración colegiada será obligatoria.

A su vez, todos aquéllos podrán, en el término común de dos días, ejercer el derecho de pedir la integración del tribunal con jurados en los casos que sea procedente (art. 361, segundo párrafo). Si el pedido corresponde a una causa en la que la jurisdicción se ejerce en forma unipersonal, automáticamente el tribunal quedará integrado para el caso, además de los jurados, con sus tres miembros (34 ter. inc. 3).

#### 4. Integración con jurados

Si el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de la libertad o superior, el tribunal, a pedido del Ministerio Público, del imputado o del querellante (lo que se discute pues hay quien piensa que la intervención de jurados debe ser sólo un derecho del acusado), dispondrá su integración con dos jurados populares (art. 369), cuyas condiciones personales y forma de selección se regulan en la ley orgánica del poder judicial y acordadas reglamentarias del Tribunal Superior de Justicia. Las nociones generales sobre jurado pueden verse en el Capítulo 5, en pág. 227. Se ha propuesto que en el caso de delitos reprimidos en abstracto con penas perpetuas y contra la seguridad de la Nación y los poderes públicos y el orden constitucional (Títulos IX y X, respectivamente, del Libro Segundo del C. Penal), la integración de los tribunales técnicos con jurados deba ser obligatoria porque no afecta ningún derecho fundamental, y fomenta la participación ciudadana en temas esenciales relacionados con la seguridad, el orden institucional y la máxima gravedad de la pena (Vélez. 1999).

Los jurados "tendrán las mismas atribuciones" de los jueces técnicos (art. 369). Según ha resuelto el TSJ de Córdoba, tales atribuciones serán ejercitadas durante la intervención de los jurados, la cual queda acotada a su participación en los actos del debate y en la sentencia. La intervención de los jurados cesará luego de dictada esta última. Sobre la motivación de la sentencia por los jurados, véase el apartado I del Capítulo 12, en pág. 545.

#### 5. Citación a juicio

Integrado el tribunal, se citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores, a fin de que en el término común de tres días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas, e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes (art. 361, segundo párrafo).

La citación a juicio tiene como objetivo que las partes puedan conocer quiénes son los jueces que intervendrán en el juicio, a los fines de pedir su exclusión y apartamiento como tales si media-re alguna causal que comprometa la imparcialidad de éstos; también permitirles un examen del proceso que les facilite el ofrecimiento de pruebas para el juicio.

La jurisprudencia y doctrina cordobesa entienden que este es el primer acto procesal que puede ser considerado "secuela del juicio", a los fines de la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal (art. 67, CP). Ahora bien, como la asignación de la jurisdicción a las Salas Unipersonales o a la Cámara en colegio es el presupuesto de la citación a juicio y se trata de un acto que indudablemente, por su naturaleza, refleja voluntad estatal de prosecución del ejercicio de la acción, con el propósito de hacer el juicio previo de la Constitución, puede considerárselo (a dicho acto) "secuela de juicio" (Cámara 7ª del Crimen, in re "Gelbes", año 2003, enrolada en la denominada "tesis restrictiva").

Tribunales nacionales o de otras provincias, en cambio, entienden que cualquier acto que implique voluntad de avanzar en la investigación preparatoria tiene ese efecto interruptor (enrolados en la denominada "tesis amplia").

#### 6. Ofrecimiento de pruebas

Vencido el término de la citación a juicio, el presidente notificará a las partes para que en el término común de diez días ofrezcan prueba (art. 363). El término para ofrecer pruebas es *perentorio*, o sea que, si el derecho de ofrecerlas no se ejercita durante su transcurso, se pierde (sin perjuicio de lo dispuesto por los

arts. 399 y 400); y es *común*, es decir, empieza a correr para todas las partes a contar desde la fecha en que se notifica a *la última* de ellas (art. 180), con el fin de resguardar la igualdad de las partes. Si el fiscal no ofrece pruebas, el presidente del tribunal comunicará la inacción al Fiscal General para que este imparta las instrucciones pertinentes o disponga la sustitución del mismo (art. 362).

### 6.1. Requisitos

El ofrecimiento de prueba (art. 363) del Ministerio Público y las partes deberá ser realizado *por escrito*, mediante la presentación de una *lista* de testigos y peritos con indicación de sus datos personales, como nombre, profesión y domicilio.

#### Testigos

Sólo si se tratase de testigos que no hayan declarado antes en el proceso (*testigos nuevos*) se deberá expresar, bajo pena de inadmisibilidad, los *hechos* (o sea, los puntos, aunque no se exige un cuestionario) sobre los cuales se les preguntará (arts. 393 y 396), para que tanto el tribunal como las otras partes conozcan de antemano (sin sorpresas) sobre qué puntos va a versar el testimonio: el tribunal para juzgar sobre su pertinencia o superabundancia (art. 364), y las partes para que puedan prepararse adecuadamente con miras a su recepción, a los fines de un eficaz ejercicio del derecho a *repreguntar*.

#### Peritos

Las partes tendrán el derecho de proponer la realización de *pericias*, que el tribunal *deberá* ordenar, salvo que versen sobre puntos que ya fueron motivo de pericia, o que se trate de pericias siquiátricas o psicológicas sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima, que pueden variar con el correr del tiempo. En este caso, en lugar de los datos de los peritos (que serán desig-

nados por el tribunal) habrá que consignar las *cuestiones* que se pretende elucidar.

Tratándose de pericias ya realizadas en la investigación penal preparatoria, éstas podrán ser ofrecidas para que *se las lean* en el debate y de tal modo permitir que la sentencia se funde en ellas: en tal caso las partes tendrán la atribución de solicitar que los expertos que las rubricaron sean *citados* a la audiencia a los efectos de hacer conocer sus conclusiones y responder preguntas. También podrá ofrecerse la *ampliación* de la pericia ya realizada: ésta consistirá en la proposición de nuevos puntos a los mismos peritos, además de los que fueron originariamente propuestos y ya dictaminados.

Se admite, asimismo, cuando la primera pericia sea *insuficiente* (insuficiencia derivada de omisiones, de la defectuosa explicación de algún punto sometido a la pericia, la deficiencia de los fundamentos o la falta de claridad, precisión o lógica de las conclusiones), *dubitativa o contradictoria* (en sí misma, o con respecto a hechos notorios, normas de experiencia u otras pruebas), o cuando aparezca como *falsa*, que el dictamen ya producido sea sometido al examen (re-examen) y la valoración (nueva valoración) por uno o más peritos nuevos; y si fuere factible y necesario, éstos procedan a su *renovación*: ella consistirá en *la realización de otra* sobre los mismos puntos que fueron objeto de la originariamente ordenada. Por cierto, el nuevo dictamen no sustituirá al primero (salvo el caso de nulidad) y deberá valorárselo *juntamente* con él. Regirán también las disposiciones sobre peritos contralores.

#### Otras pruebas

Si bien no se menciona expresamente (pero surge del art. 361), en este momento se deberá ofrecer también cualquier otra prueba (v. gr., informativa; documental; reconocimiento de personas o de cosas, designación de intérpretes, etc), para que sea recibida en la investigación suplementaria o en el debate, o incorporada a éste por su lectura (art. 398).

## Comunidad

En todo caso regirá el principio de la *comunidad de la prueba*, en virtud del cual, la ofrecida por una de las partes deja de pertenecerle a partir de ese momento y queda adquirida para el proceso. Por ello, carecerá de eficacia toda renuncia a su producción o valoración emanada de quien la propuso, salvo que medie consentimiento de las otras partes y del tribunal.

### 6.2. Admisión y rechazo

El Código acuerda al Ministerio Fiscal y a los sujetos privados, un verdadero derecho de *ofrecer pruebas*, al cual corresponde el *deber* del presidente del tribunal de recibirlas (si fueran oportunamente ofrecidas), con la única excepción de que aquéllas fueran evidentemente impertinentes o superabundantes. Si se diera este supuesto, la Cámara en pleno (en los casos de integración colegiada) y por auto fundado, deberá rechazarla (art. 364).

### Impertinencia y superabundancia

La *superabundancia* (exceso cuantitativo de la prueba ofrecida) surgirá de la proposición o existencia previa de *otras pruebas* que contengan el mismo dato probatorio que la rechazada por esa razón y que a la vez aparezcan como eficientes para el esclarecimiento del punto al que se refiere la rechazada, o de la circunstancia que éste fuera notorio o evidente (v. gr., se ofrecen ocho testigos para referir que el auto usado en el delito es azul, cuando una filmación indubitable ya lo demuestra así).

La *impertinencia* surgirá de la falta de relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se ofrece para ello. La prueba será impertinente cuando el dato que implica no pueda relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, ni con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (v. gr., agravantes, ate-

nuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito, responsabilidad del tercero civilmente demandado, etc.).

Para que el rechazo sea posible, la falta de estos requisitos, o sea, la superabundancia o la impertinencia, deberán ser *evidentes* (cierta, patente, sin la menor duda). También se rechazará la prueba *ilegal* (art. 194). En realidad, la exigencia de la *evidencia* de la superabundancia o impertinencia aleja o neutraliza la posibilidad del prejuzgamiento. La facultad del tribunal queda limitada a estas dos hipótesis solamente.

### Prohibición de rechazar prueba por irrelevante

No se permite el rechazo de la prueba ofrecida por su falta de idoneidad conviccional (lo que es conocido como “relevancia” o utilidad de la prueba), pues ello significaría un adelanto de opinión (un prejuzgamiento) del tribunal que sólo al momento de sentenciar podrá sopesar su impacto probatorio.

## 7. Investigación suplementaria

La “investigación suplementaria” tiende a la recepción de pruebas que no podrán ser recibidas en el debate o no podrán serlo con la misma eficiencia. Sólo puede ordenarse a pedido del Ministerio Público y de las partes privadas, *nunca de oficio*. La posibilidad de que el tribunal no la acepte derivará de que la prueba de que se trate sea evidentemente impertinente o superabundante, o de su entendimiento de que la prueba puede ser recibida sin inconveniente en el debate.

### Alcances

Con arreglo a la disposición contenida en el art. 365, su alcance ha quedado circunscrito a los “*reconocimientos de personas*” que no se hubieran practicado durante la investigación penal preparatoria, los que, por cierto, deberán ser *ofrecidos* en el momento



de pedirla; a la recepción de declaración de *testigos* que no podrán comparecer al debate; y a las *pericias* y demás actos que no pudieren realizarse en él (por un impedimento de tipo material, v. gr., toma de fotografías o confección de la planimetría de un lugar; secuestro de prueba documental ofrecida, etc.). También se autoriza que por esta vía se lleven a cabo los *reconocimientos de documentos privados* ofrecidos como prueba, disposición que recoge una práctica útil en orden a la celeridad procesal, ya experimentada en las causas con intervención de partes civiles.

### Realización

En caso de integración colegiada del tribunal, la investigación suplementaria podrá comisionarse a uno de sus integrantes (lo que impide una retrogradación a la etapa preliminar). Esta investigación suplementaria no podrá durar más de treinta días, y los actos que se ordenen serán notificados al imputado, al Ministerio Fiscal y a las partes privadas, antes de su realización, bajo pena de nulidad, para asegurar el contradictorio, sin que se autoricen para este momento las excepciones del art. 309. Los actos que fueran practicados por esta vía deberán ser incorporados al debate mediante su lectura (art. 398).

## 8. Sobreseimiento

Durante los actos preliminares, también se autoriza el dictado *de oficio* (o también a requerimiento del imputado) del *sobreseimiento* por parte del tribunal de juicio (art. 370). Es para evitar el desgaste jurisdiccional inútil que implicaría realizar el debate, cuando de antemano se conoce indudablemente que este terminará con una absolucón, por razones sobrevinientes o simplemente acreditadas posteriormente (generalmente por prueba pericial o instrumental) a la formulación de la acusación (de lo contrario el sobreseimiento se hubiese dictado en la investigación preparatoria), y que no necesitan el desarrollo del debate para ser acreditadas.

Las causales para dictar el sobreseimiento en esta fase son las siguientes:

- a) si nuevas pruebas acreditaran que el acusado es *inimputable* (v. gr., partida de nacimiento que pruebe la minoría de edad de algún acusado; nueva pericia que evidencia alguna de las alteraciones mentales del art. 34, CP).
- b) si hubiere operado la *prescripción* de la acción penal (art. 59 inc. 3, CP). En este caso, deberá estarse a la calificación legal que el tribunal de juicio admitiera, aunque fuese diferente (por más benigna) a la contenida en la acusación o en el auto de elevación a juicio, que no lo vinculan (y tampoco a los fines de considerar el cese de prisión preventiva, art. 283, que se pudiera plantear).
- c) si se produjere otra causa extintiva de la prescripción de la pretensión penal (art. 59, CP) como, por ejemplo, si hubiese una ley de amnistía (inc. 2), se hubiera cumplido el término de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 ter, CP), la aceptación del avenimiento en los delitos contra la integridad sexual (art. 132, CP) o la desincriminación penal de la conducta atribuida (art. 2, CP);
- d) se verificara que concurre una *excusa absolutoria* (v. gr., se agrega una partida que demuestra el parentesco del autor y la víctima de una defraudación, art. 185 CP).

Queda claro que estas son las únicas causales que autorizan el sobreseimiento en esta fase (no así las restantes del art. 350) y que ellas deberán estar acreditadas de modo *evidente*.

## 9. Designación de audiencia

Vencido el término de citación a juicio y cumplida la investigación suplementaria, el presidente fijará día y hora para el debate (art. 367), con intervalo no menor de diez días ni mayor de sesenta, y ordenará la citación del fiscal, partes y defensores, y de los testigos, peritos e interpretes que deban intervenir. El intervalo (en

realidad, un término “dilatatorio”) consiste en una “vacancia de actividad procesal” para que las partes puedan prepararse para el debate; un período “de calma”, que garantiza la concentración necesaria para el estudio de la actividad a desarrollar en el curso del eje central y decisivo del juicio plenario.

### *Detención*

Si el imputado no estuviere en su domicilio o en la residencia que se le hubiere fijado, se ordenará su detención (art. 367), revocando incluso la resolución anterior por la que se dispuso su libertad. La autorización legal de la detención del imputado que no estuviera en la residencia que se comprometió a mantener, presupone que el tribunal lo citó allí para notificarlo de la designación de la audiencia y éste no acudió a la citación por ese motivo, o que sin citarlo dispuso que se verificara tal extremo. Si a la detención se añadiera la revocación de la libertad acordada con anterioridad, la revocación podrá ser dejada sin efecto en caso de explicaciones satisfactorias. Pero si no se obtuviera la detención, el debate deberá ser postergado, con el consiguiente pedido de captura del acusado.

## III. DEBATE

### 1. Concepto

El debate es el núcleo central del juicio, que se lleva a cabo en forma oral, pública, continua y contradictoria; con la presencia conjunta y permanente de los integrantes del tribunal, el fiscal, el imputado, su defensor y las demás partes, haciendo realidad las reglas de la intermediación y la identidad física del juez. Tiene como fin que se conozca la acusación; se dé oportunidad para el ejercicio de la defensa material del acusado; se proceda a la recepción de las pruebas ofrecidas y admitidas, con vigencia del contradictorio y resguardo del derecho de defensa; y se produzcan los alegatos del fiscal, de los

**defensores del imputado, de las partes civiles y del querellante, tendientes a demostrar el fundamento de la pretensión que han ejercido o la falta de fundamentos, total o parcial, de la pretensión contraria, de conformidad a las probanzas colectadas en el mismo y los argumentos jurídicos pertinentes.**

### 2. Caracteres

El debate se debe desarrollar con observancia de ciertos caracteres, que se analizan a continuación, señalándose en qué consiste cada uno, cuál es el fundamento de su imposición, las excepciones que se toleran legalmente y las sanciones que acarrea su inobservancia.

#### 2.1. Oralidad

La oralidad implica que toda la actividad procesal del debate, es decir, la producción de las pruebas, las instancias y alegaciones de las partes, y las decisiones de mero trámite del tribunal, se cumplirán de viva voz (art. 372). Ello potencia “interactivamente” las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integrándolas en una unidad de funcionamiento en la realidad, que sólo puede separarse conceptualmente. Y hace realidad el derecho del acusado a ser oído (percibido por los sonidos de palabras pronunciadas de viva voz) públicamente por el tribunal que lo juzga, luego de obtener la comparecencia de testigos de cargo y de descargo, peritos, u “otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, e interrogarlos en las mismas condiciones (tanto si son de cargo, como de descargo) (arts. 8.2.f, CADH; 14.3.e, PIDCP).

La oralidad asegura eficacia en el ejercicio del poder de acusar, efectiva posibilidad de contradicción y control recíproco de las actividades de la contraparte, razonable y adecuada defensa de los respectivos intereses y decisión final por parte de quienes asistieron al debate. Se ha sintetizado esta idea señalando que la oralidad no es un fin en sí mismo, sino el medio para lograr la vigencia ple-

na de los principios esenciales del juicio (v. gr., inmediación, publicidad, contradicción, identidad física del juzgador), a los que se alude precedentemente (Vélez, 1999).

## 2.2. Publicidad

La publicidad (art. 372) es regulada como la posibilidad de que cualquier persona pueda presenciar el desarrollo total del debate (art. 41, Const. Prov.) y conocer luego los fundamentos de la sentencia (arts. 163, Const. Prov. y 14.1, PIDCP). Esta característica, derivada de la exigencia de publicidad de los actos de gobierno, propio del sistema republicano, hoy tiene *expresa* vigencia como garantía para el acusado de máximo rango por la normativa supranacional incorporada al nuevo sistema constitucional (v. gr., art. 14.1, PIDCP: “ser oído públicamente”; art. 26, DADDH: “ser oído en forma (...) pública”; art. 75 inc 22, CN) y permite el *control* popular sobre la administración de justicia, formando la comunidad su opinión sobre las decisiones de los jueces, basada en lo que se vio y escuchó en un juicio.

La publicidad del juicio penal es altamente beneficiosa para asegurar un fallo justo y evitar posibles arbitrariedades judiciales, pues los presentes en el debate, o el conocimiento y difusión de lo ocurrido en el mismo a través de la prensa, ponen a salvo a los jueces de eventuales presiones de los otros poderes del estado o de grupos políticos o sociales; y de las suspicacias que puedan acechar a la justicia cuando ésta actúa entre “sordas y mudas paredes”, contribuyendo así a la transparencia de la función judicial y a la confianza en quienes la cumplen.

El acceso *de la prensa* al lugar de realización del debate, que permite conocer lo que en él ocurre a un considerable número de ciudadanos, es en la actualidad, y por imperio de la normativa supranacional incorporada, un derecho de jerarquía constitucional (art. 14.1, PIDCP y 75 inc. 22, CN), que integra el concepto de publicidad y lo enriquece en relación a su concepción histórica. Por cierto que los avances de la tecnología y la globalización informati-

va determinan la necesidad de revisar y actualizar el concepto de *publicidad* del juicio, pues aquellos fenómenos le acuerdan hoy una dimensión diferente a la que tenía antes. Pero “la publicidad del quehacer judicial no debe transformar a éste en un *espectáculo*, ni a sus protagonistas en actores, lo que conspiraría contra el respeto que la magistratura merece, fincado en el resultado de su gestión, no en la exposición pública de quienes lo llevan a cabo” (STJ de Cba., Acuerdo Reglamentario n° 331, Serie “A” del 11/IX/96).

Desde otro punto de vista, ILANUD señala que “la tensión entre libertad de prensa y la independencia del juez para tomar sus decisiones libremente sin menoscabo del principio de inocencia, especialmente cuando los medios de información se convierten en los verdaderos precursores de las sentencias condenatorias de los justiciables”. Pero si esto pudiese afectar la imparcialidad del tribunal, los jueces podrán ser recusados. En este sentido, se ha propuesto que los jueces que deban intervenir en el juicio, a partir del momento en que queden designados para hacerlo, no pueden recibir información periodística de ningún tipo sobre el hecho delictivo que deban juzgar, o sobre los acusados o víctimas; y que si se hubieren interiorizado con anterioridad a su designación al caso sobre trabajos especiales de investigación periodística escrita o por cualquier medio audiovisual sobre el mismo, deban inhibirse de entender en él, o puedan ser recusados (Frascaroli, 2002). Otros señalan que todo juez debe estar entrenado para no ceder a las presiones ni a los prejuicios, y que la mayor garantía de imparcialidad e independencia se opera, no aislándolo de la realidad, sino cuando se lo obliga a que en el caso concreto se ciña a las pruebas de la causa (Vélez, 1999). También se piensa que la independencia de la prensa no puede interferir con la acción de la justicia y, en estos casos, la libertad de prensa puede ser limitada (Montero, 2001). Las discrepancias evidencian la novedad e importancia de la temática en cuestión.

La idea de que la justicia independiente y la prensa independiente son los últimos reaseguros del sistema democrático es correcta, pero ambas tienen también que ser *independientes entre*

sí. Esto es lo fundamental, porque si bien la prensa puede provocar condenas sociales, sólo los tribunales judiciales pueden determinar condenas legales. Lo que no puede ocurrir es que haya condenas legales que obedezcan a las condenas sociales; no puede permitirse que el "proceso" paralelo en la prensa influya en el proceso judicial provocando decisiones que deben adoptarse sólo de acuerdo a la prueba o a la falta de ella y a la ley que rige el caso, y no a cualquiera otra que se quiere aplicar por analogía. También deberá evitarse que los jueces influyan en la tarea de la prensa, condicionando el derecho a la información o no respetando el derecho de los periodistas a reservar la fuente de ella, o condicionando con su poder a la actividad informativa. Por eso hay quien propone que los periodistas profesionales puedan negarse a declarar como testigos sobre el contenido de artículos, notas u opiniones que hayan vertido sobre el delito objeto del proceso, o sobre los hechos a los que hagan referencia o conclusiones a las que arriben en trabajos de periodismo de investigación al respecto (Frascaroli, 2002).

### 2.3. *Contradictorio*

Durante el debate debe lucir en su máxima expresión el principio del *contradictorio*. Éste es derivación necesaria del mandato constitucional que estatuye la plena igualdad entre acusador y acusado en orden a sus atribuciones procesales, que favorece la mayor imparcialidad de los jueces. Exige no sólo la *acusación* del hecho delictivo cuya presunta existencia origina el juicio y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador (fiscal y querellante), al imputado y a su defensor, la atribución igual de producir pruebas de cargo y de descargo, respectivamente, y la prohibición de que el tribunal de juicio las produzca "de oficio"; la igual facultad de todos ellos de controlar el ingreso al proceso de ambas clases de elementos probatorios; y la misma posibilidad de argumentar sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en relación con la acreditación — o no — de la existencia y circunstancias de los hechos contenidos en la acusación y las consecuencias jurídico penales (e incluso civiles) de éstos.

En la mencionada fase del proceso el control de cada una de las partes sobre la recepción de la prueba se lleva a cabo por medio de la audición y percepción personal de las manifestaciones del imputado, testigos y peritos, de la lectura de documentos y la exhibición de los documentos y cosas secuestradas, y de la posibilidad de preguntar y repreguntar para lograr aclaraciones, precisiones, o de destacar coincidencias o contradicciones, sin atenerse a pliegos de preguntas formulados antes de las declaraciones. Es lo que se conoce como *cross examination*.

### 2.4. *Continuidad*

La *continuidad* (concentración temporal o unidad del debate) requiere la mayor aproximación temporal posible entre los momentos en que se plantean las hipótesis de la acusación y la defensa, se recibe la prueba, se argumenta sobre su resultado y se dicta la sentencia. De allí que el Código (art. 374) exige que el debate (núcleo del juicio) se desarrolle durante *todas las audiencias consecutivas* que sean necesarias para su terminación (sin perjuicio de que se establezcan naturales intervalos entre una y otra sesión, necesarios para el "reposo físico y mental" y para "renovar energías"). Apunta a garantizar la *simultaneidad* de la actuación de todos los sujetos del proceso, favorecer un mejor conocimiento y recuerdo de los datos probatorios y de los argumentos de los contendientes (pues en el ínterin se puede "olvidar lo ya debatido"), y evitar soluciones de continuidad entre el inicio del debate y el dictado del fallo que comprometerían, además, la vigencia plena de los otros caracteres (v. gr., la dispersión temporal de la atención general afectaría los fines de la publicidad; intervalos frecuentes o prolongados podrían comprometer la inmediación, etc.).

### 2.5. *Inmediación*

La *inmediación* es el contacto personal, directo y permanente del tribunal, las partes y defensores entre sí, y con el imputado y los órganos de prueba. Es decir, entre los portavoces de los intere-

ses en juego, los portadores de los elementos que van a dar base a la sentencia, y quienes deben dictarla decidiendo sobre aquellos intereses y en base a estos elementos. Sólo así tendrán sentido los derechos del acusado a "ser oído" y a interrogar a los testigos de cargo o a otras personas que puedan echar luz sobre los hechos, ya que ese tribunal, integrado por las mismas personas, será quien deba evaluar "el valor y la credibilidad" de cada declaración (testimonial, pericial, etc.) y de toda otra prueba, para establecer su eficacia a los fines de resolver sobre la acusación y su refutación (y demás pretensiones que pudieran haberse ejercido).

Así, se podrá conocer lo que cada parte pretende, apreciar la personalidad de los que declaran, preguntar y contrapreguntar, aclarar el sentido de sus expresiones, mejorar el conocimiento de aspectos técnicos (caso de peritos), formular y replicar conclusiones, etc. Permite, en síntesis, un contacto vital con los protagonistas del hecho de la vida que se juzga, con sus innumerables y particulares características.

## 2.6. Identidad física de los jueces

La identidad física del juez exige que el mismo tribunal (las mismas personas que lo componen) que inició el debate, escuchó la acusación y la defensa material del acusado, recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes, sea quien inmediatamente después, pase, ante los ojos de todos, de la sala de audiencia a la de deliberaciones para dictar allí la sentencia y luego retornar para darla a conocer en público.

## 3. El problema de las excepciones: casos autorizados

Hay ciertos caracteres del debate que admiten excepciones, de mayor o menor envergadura, y otros que sólo toleran alguna mínima restricción frente a abusos manifiestos (como poner un término al alegato final de una parte, lo que puede ser visto como una limitación al contradictorio), o ninguna (como, por ejemplo, la identidad física de los jueces).

### Las excepciones a la oralidad

Las llamadas "excepciones a la oralidad" son uno de los principales problemas del debate penal en la actualidad, ya que en realidad afectan a todos los otros caracteres. Un testimonio recibido en la investigación preparatoria y sólo "leído" en el juicio, vulnera la publicidad, habida cuenta que el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, ya que ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, toda vez que las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, pues quien recibió originariamente el testimonio, no es el mismo juez que deberá dictar la sentencia utilizando esos dichos como prueba.

Por ese impacto es que, en principio, ninguna prueba recogida durante la etapa preparatoria (las llamadas pruebas "indirectas") puede dar base a la sentencia, salvo que sea "reproducida" (en verdad debe ser "producida", desde que la anterior es sólo un papel, un acta) en el debate (es la llamada prueba "directa"). Pero el Código acepta algunas excepciones, como el acuerdo de partes (juicio abreviado) o el caso de "contradicción anticipada", es decir, la participación (o posibilidad real de participación) del acusador y la defensa en la recepción de la prueba dispuesta durante la investigación preliminar, cuando aquélla fuere irreproducible (v. gr., autopsia), presumiblemente no fuese posible realizarla en el juicio (v. gr., testigo gravemente enfermo, o que viaja al exterior) o existiere el peligro de que sea enturbiada (v. gr., testigo que podría ser amenazado). Excepcionalmente, el Código acepta la utilización en el debate de prueba *imprescindible* realizada en aquella etapa, aun sin la "contradicción anticipada", cuando su reproducción en el juicio sea materialmente imposible por estrictas razones de emergencia no previsibles (v. gr., testigo que falleció). Estas autorizaciones deben ser interpretadas *restrictivamente*.

Las excepciones se relacionan, principalmente, con la declaración del imputado, y con la prueba testimonial, pericial y documental, entre otras. Al tratar más adelante estos puntos se hará referencia a ellas.

128

### Las excepciones a la publicidad

La publicidad del debate hoy sólo admite ciertas limitaciones taxativas (para el público, porque para las partes no hay límites). Así, se permite la exclusión de la sala de audiencias mediante su clausura, durante la totalidad o parte de su desarrollo (art. 372), del público y de la prensa (debate a puertas cerradas), por razones de moral (v. gr., abuso sexual de un niño), orden o seguridad públicos (temor a incidentes o violencias contra los jueces, etc.), cuando sea "estrictamente" necesaria para salvaguardar los intereses de la justicia (por las "circunstancias especiales del asunto, v. gr., la declaración de un testigo en peligro) o cuando la publicidad pueda afectar la vida privada de las partes (art. 41 Const. Prov.; art. 14.1, PIDCP). Naturalmente que desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público.

La decisión al respecto será motivada (art. 41 Const. Prov.) e irrecorrible en lo inmediato. Pero si fuese indebidamente adoptada podría ocasionar la nulidad del juicio, por afectarse una disposición de nivel constitucional que daría motivo para fundar un recurso de casación contra la sentencia definitiva.

También configura una limitación relativa a la publicidad el impedir el acceso o la permanencia de ciertas personas en la sala donde se desarrolla el debate (art. 373). No pueden acceder, y si lo hacen indebidamente serán retirados del lugar, los menores de 14 años, porque el Código entiende (inútilmente, si se repara en su libre acceso a la programación de cualquier televisión) que tomar contacto personal con la reconstrucción conceptual del delito que se juzga, puede afectar negativamente su formación, aunque también pueden invocarse razones de orden, o argumentarse que carecen de capacidad por la menor edad para efectuar el control republicano del juicio). Tampoco se permite el ingreso de los dementes y los ebrios, para prevenir posibles alteraciones de parte de ellos, del orden o de la seriedad del debate, o afectaciones de la seguridad de los integrantes del tribunal, las partes, testigos, peritos o público presente. Estas mismas razones de orden (v. gr., conductas provocativas o intimidatorias) y seguridad (v. gr., portar armas o

elementos aptos para ofender), autorizarán que se ordene el alejamiento — incluso por la fuerza pública — de asistentes a la audiencia cuya presencia no sea necesaria (v. gr., un espectador); la autorización se extiende respecto de personas cuya permanencia en la audiencia comprometa la higiene (aseo personal) o la salud (v. gr., un enfermo en fase de contagio), la moralidad (v. gr., asistente que hace gestos u exhibiciones obscenas) o el decoro (v. gr., asistente que ingresa disfrazado), inherentes a la tarea judicial que se desarrolla en el debate. En caso de exceso de público en relación al espacio o a las comodidades (v. gr., asientos disponibles) de la sala de audiencias, se podrá limitar la admisión de personas a un determinado número.

### Las excepciones a la continuidad

Si bien el debate debe desarrollarse durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias para su terminación, se permite, sin embargo, por diversas razones, su suspensión por el término máximo de quince días (art. 374).

El debate puede suspenderse para resolver cuestiones incidentales que por la necesidad de su decisión previa no permitan la continuación de la audiencia (sí lo permitiría, v. gr., el requerimiento de presentación de un documento) y que por su naturaleza (v. gr., complejidad jurídica) no puedan resolverse de inmediato o disponiéndose un simple cuarto intermedio. También cuando sea necesario practicar algún acto (probatorio) a mucha distancia del lugar de la audiencia y éste no pudiera cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión. Asimismo, se autoriza la suspensión cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, del fiscal o de las partes (o sea, de cualesquiera de ellos), salvo que, habiendo estos dispuesto, traducido o dictaminado en la investigación penal preparatoria, el tribunal y las partes acordaran su incorporación por la lectura. Pero la suspensión no procederá si, aun frente a la incomparecencia, pudiera continuarse con la recepción de otras pruebas



hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al procedimiento de la investigación suplementaria.

El caso más frecuente de suspensión es el referido a *la enfermedad* (de tal entidad que les impida intervenir con todas sus capacidades en el juicio) de algún juez, jurado, fiscal o defensor, a menos que los dos últimos puedan ser útilmente reemplazados. La enfermedad de fiscales o defensores, en cambio, no impone la suspensión, si pueden ser reemplazados por otros, siempre que la información que les brinde el presidente de lo ocurrido en la audiencia (art. 374, inc. 4), sea apta para un eficiente ejercicio de la acusación o de la defensa, respectivamente. Respecto al querellante y partes civiles, como su presencia es voluntaria, su ausencia (por enfermedad o por cualquier otra causa) no suspenderá el debate. También producirá la suspensión la enfermedad del imputado, debidamente comprobada por médicos forenses, siempre que le impida intervenir en el debate.

En caso de *revelaciones* o *retractaciones* inesperadas (por imprevisibles) del imputado u órganos de prueba, la suspensión podrá disponerse a *instancia de parte* (nunca de oficio, pues, entre otras razones, la responsabilidad de la prueba de la acusación recae sobre el fiscal), para permitir una investigación suplementaria, siempre que, en cualquier caso, no puedan practicarse durante el debate; e inevitablemente deberán haber sido indicadas por los acusadores o el imputado.

Si se produjera la *ampliación de la acusación*, el defensor del imputado y el fiscal tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Si alguno de ellos lo hiciere, el tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, pero respetando el término máximo de quince días.

En caso de suspensión, el presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia en la que se reiniciará el debate, el que continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la

suspensión. Por razones prácticas se admite que durante el tiempo de suspensión, los jueces y fiscales puedan intervenir en otros juicios.

La suspensión podrá ordenarse por un *término* que no importe compromiso irreparable con los caracteres distintivos del juicio oral, que se fija en un máximo de quince días, y bajo *pena de nulidad*. Esta sanción será aplicable tanto si la suspensión es ordenada por un término mayor, como si ordenada por uno menor el debate no se reinicia antes del vencimiento de ese término. En este caso, el debate deberá ser *aplazado* para una nueva fecha y deberá desarrollarse otro "*ex novo*", desde el principio, no pudiendo utilizarse ninguna prueba recibida en el primero. Hay quien sostiene que el acta del debate anterior puede valer como prueba documental (Montero); otros, en cambio, señalan que si las constancias del acta del debate anterior reflejan el resultado de una prueba anteriormente producida, utilizarla en el nuevo debate, implicaría introducir una prueba ya recibida, lo cual no se puede admitir, porque *todos* los actos del debate deben hacerse de nuevo (Vélez).

#### 4. Dirección del debate: poder de policía y disciplina

La dirección (art. 381) y el poder de policía y disciplina del debate (art. 377) se acuerdan al presidente del tribunal (o vocal unipersonal, en su caso).

La *dirección* del debate se exterioriza en actos de comunicación y gobierno, y tiene numerosas expresiones. Así, por ejemplo, declarará abierto el debate, ordenará las *lecturas necesarias*, siempre que el Código las autorice (v. gr., la acusación), hará las *advertencias legales* (v. gr., sobre las penas del falso testimonio a los testigos), recibirá los *juramentos* y *declaraciones*, etc.

El poder de *policía* es el de mantener el orden en las audiencias respecto de las personas que se encuentran en ellas en razón de su realización. El poder de *disciplina* es el de mantener el orden en las audiencias respecto de la conducta de las personas que intervienen como partes, defensores, mandatarios o patrocinantes en



el trámite del debate. Estas atribuciones tienen un límite: no pueden coartar el *eficaz ejercicio de la acusación* pública y privada tendiente a acreditar el hecho delictuoso contenido en ella y la responsabilidad penal del acusado, ni la *libre actividad defensiva* en sus aspectos material y técnico, incluida la cuestión civil (o sea, la cuestión de la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado).

### 5. Apertura: lectura de la acusación

El debate se abre (art. 382) por declaración del presidente, luego de verificada la presencia de todos los que deben intervenir en él. Simultáneamente a la declaración de apertura, se ordenará la lectura a viva voz de *la acusación* contenida en el requerimiento fiscal de remisión a juicio (y, si existió, del auto que la ordenó rechazando la oposición del defensor al progreso de la acusación), previa advertencia formulada al imputado para que esté atento a lo que va a oír.

De tal modo, el imputado será inicialmente *intimado* públicamente del hecho que se le atribuye, de las pruebas que existen en su contra, y de las razones en las que se basó el fiscal acusador. Asimismo, el público presente en la sala de audiencias se enterará de estos aspectos, que serán el objeto del juicio al que asiste.

### 6. Cuestiones preliminares

La regulación legal sobre el planteamiento de "cuestiones preliminares" (art. 383) tiende a evitar que la actividad del debate sobre las cuestiones de fondo que debe tratar (responsabilidad penal; responsabilidad civil) sea entorpecida por cuestiones procesales como las previstas a título de "preliminares" y hasta interrumpida por su formulación posterior al inicio de aquél. Por eso, se prescribe que tales cuestiones deben formularse *inmediatamente después* (es decir, sin que exista actividad procesal alguna) de abierto por primera vez el debate, o sea, después de la lectura de la acusación y que, salvo ciertos casos (v. gr., que la posibilidad de

proponerlas no surja sino en el curso del debate), si no se plantean en este momento, se pierde el derecho de hacerlo más adelante: en esto consiste la "sanción de caducidad".

Las cuestiones preliminares son las siguientes:

1. *Las nulidades relativas* acaecidas en los actos preliminares del juicio.
2. *La incompetencia por razón de territorio* que deberá ser tratada y resuelta de inmediato.
3. *La unión o separación de juicios*, pidiendo que se lleven a cabo alguno de estos trámites o quejándose por los ya ordenados.
4. La *admisibilidad o incomparecencia* de testigos, peritos o intérpretes. Aquí no puede pensarse que la posibilidad de plantear estas cuestiones implique la autorización de repetir "ex novo" el trámite de las cuestiones probatorias que deberían haber sido ejercitadas durante los actos preliminares. Respecto de la *admisibilidad*, no se trata de testigos, peritos o intérpretes que fueron ofrecidos como tales por el fiscal o las partes y rechazados por el tribunal. Se trata, en cambio, de los que fueron aceptados sin posibilidad de oposición o de recurso del incidentista que no lo ofreció, pero que entiende que su intervención es jurídicamente inadmisibles (v. gr., el imputado puede plantear la inadmisibilidad de la declaración de un testigo ofrecido por el querellante, argumentando que es su confesor).
5. *La presentación o requerimiento de documentos* públicos o privados. En este supuesto rige también la aludida imposibilidad de repetir "ex novo" cuestiones probatorias agotadas durante los actos preliminares, y sólo abarca a los documentos *ofrecidos y aceptados* como prueba, que no hubiesen sido presentados por sus poseedores ante el requerimiento del tribunal; no a los que fueron rechazados.

Planteada que sea una cuestión preliminar, si el tribunal no resuelve diferir su tratamiento para más adelante, se dará inmediata intervención al fiscal y el defensor de cada parte, quienes po-

drán hablar solamente una vez, por el tiempo (razonable) que establezca el presidente. Si las cuestiones planteadas fuesen varias, todas ellas deberán ser introducidas, tramitadas y resueltas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente (o sea, unas primero y otras después) o diferir alguna (incluso para resolverla en la sentencia), según convenga al orden del proceso. El diferir para el momento de la sentencia la resolución de una cuestión previa, generalmente se hace para no anticipar criterio y evitar al tribunal colocarse en situación de tener que inhibirse o ser recusado por tal motivo.

### 7. Asistencia y representación del imputado

Por respeto a su dignidad personal, se dispone (quizás tardíamente, pues hasta ese momento generalmente ya habrá sido varias veces trasladado y exhibido por pasillos y tribunales, con el estigma de las esposas) que el imputado *asistirá* a la audiencia libre en su persona (art. 375), o sea, sin ataduras que impidan o limiten sus movimientos físicos. Excepcionalmente se podrán disponer la vigilancia y cautelas necesarias (v. gr., refuerzo de guardias) para neutralizar cualquier intento de fuga de aquél o prevenir actos de violencia (v. gr., para fugarse o agredir a algún testigo) en los que pudiera incurrir.

Luego de que los jueces hayan tomado conocimiento de "visu" del acusado y le hayan permitido exponer sobre sus condiciones personales, como el acusado ya conoce la acusación (que le fue leída al comienzo del debate) y las pruebas obrantes en su contra invocadas en su fundamento (incluidas en esa lectura), se autoriza, si *él así lo prefiere*, que sea alejado de la sala de audiencia. En tal caso, será enviado a una sala próxima y allí custodiado, y representado por su defensor a todos los efectos. Pero si posteriormente su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser llevado nuevamente a la sala de audiencias, incluso compelido por la fuerza pública.

### Postergación del debate por inasistencia

La prohibición del *juicio en rebeldía* es un valor entendido en la legislación procesal penal argentina, que presupone como integrante de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el derecho del imputado de intervenir *personalmente* en el debate de su caso, de "*hallarse presente* en el proceso" (art. 14.3.d, PIDCP). Este derecho puede entenderse como un respaldo de nivel constitucional (art. 75 inc. 22, CN) a la aludida prohibición del juicio en rebeldía. Consiguientemente, se impide que se comience o prosiga el debate en caso de rebeldía del acusado, sea por su fuga (estando detenido) o por su no comparencia al inicio del debate o a alguna de sus audiencias; en tales casos, será declarado rebelde y el inicio o continuación del debate será *postergado* hasta que sea habido.

Destacando el aspecto negativo de esta norma (por lo general, en los casos de delincuencia de "cuello blanco", la impunidad es un negocio rentable para el perseguido, ya que la prescripción de la causa se produce como consecuencia de su no presentación durante un determinado plazo, y que por el simple recurso de no comparecer, conociendo que debe hacerlo, le permite al sospechoso burlar la justicia, con el consiguiente desprestigio que esta conducta le acarrea al sistema judicial que no cuenta con los medios necesarios para evitarla), se ha propuesto repensar la cuestión de la rebeldía y producir una metamorfosis: que deje de ser un problema para el Estado y pase a ser un problema para el rebelde, quien ante la alternativa de un juicio en ausencia, puede optar o no por comparecer, y que, si no lo hace, el juicio se realice sin su presencia, se le designe un defensor con amplias facultades, se le permita ingresar al juicio en el estado en que se encuentre si decide presentarse y se le conceda amplios recursos de nulidad (para cuestionar la realización del debate, en caso de haber existido impedimentos para realizarlo o de ausencia involuntaria) y de revisión, en caso de haberse dictado sentencia de condena sin su intervención (Vélez).

130

### *Sospecha de fuga*

Si antes de la fecha de iniciación del debate o durante su transcurso se advirtieren o sobrevinieren motivos serios para presumir que el imputado procurará mediante su incomparecencia o fuga, evitar su normal desarrollo (pues se exige su presencia física), podrá ordenarse su detención.

### **8. Declaración e intervenciones del imputado**

Después de la lectura de la acusación o de resueltas las cuestiones preliminares en el sentido de la prosecución del juicio, se concede al imputado la posibilidad de ejercer su defensa material, o sea, la de declarar (art. 385). No darle la posibilidad de declarar o hacerlo sin observancia de las disposiciones que custodian que el acto sea un medio de defensa y no de prueba, será causal de nulidad absoluta del debate.

Así, el presidente le hará conocer que se va a proceder en tal sentido, a la vez que le advertirá que puede declarar o abstenerse de hacerlo sin que su abstención implique una presunción de culpabilidad que pueda hacerse valer en su contra, y que el *debate proseguirá* aunque no declare, y que igualmente se dictará sentencia. Acto seguido, se procederá al "interrogatorio de identificación" y luego a la "intimación" (véase el apartado VIII del Capítulo 5, en pág. 263).

Si el imputado manifestare su voluntad de prestar declaración sobre el hecho del que ha sido acusado, el presidente la recibirá y, culminada la exposición, autorizará al fiscal, las partes y los defensores, a realizarle preguntas. Luego, el presidente y los vocales podrán formular preguntas, las cuales sólo podrán tender a la mejor comprensión de la declaración. Como su declaración es un acto defensivo por naturaleza, es conveniente que quien primero pregunte es aquél que ha elaborado con el imputado la estrategia defensiva, o sea, su abogado, sin perjuicio de que también lo haga después. Durante el curso de su declaración no podrá hablar con su defensor, ni tampoco podrá hacerlo antes de responder a pre-

guntas que se le formulen; y nadie le podrá hacer sugerencia alguna al respecto.

Cuando hubiere declarado sobre el hecho, en el curso del debate, se le podrán formular posteriormente preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones (art. 385).

### *Negativa a declarar o contradicciones*

Si, en cambio, el imputado se negare a prestar declaración o incurriere en contradicciones sustanciales (no de simple detalle) con otras declaraciones *válidamente* recibidas durante la investigación preparatoria (ante los Jueces de Instrucción, de Menores y de Paz o ante el Fiscal de Instrucción), se autoriza que éstas sean incorporadas al debate (en ese momento, o con posterioridad y a pedido de parte) mediante su lectura, pudiendo ser valoradas luego en la sentencia. Previo a la incorporación se dispone que tales contradicciones se le "hagan notar" al imputado, lo que, según del modo que se lleve a cabo, podrá configurar una forma de reconvencción *prohibida* por ser contraria a la libertad de declarar; o una precisión para que se defienda convenientemente, la que ya estará posiblemente limitada por la advertencia que se le dirige sobre que, si se abstiene de hacerlo, el debate proseguirá de cualquier modo, y por la información que le proporcione su defensor sobre que, en caso de abstención, ingresarán a él las mencionadas declaraciones anteriormente prestadas.

En caso de negativa a declarar del imputado, no podrá formularse luego, en el curso del debate, pregunta alguna. Pero sí podrá aquél hacer todas las declaraciones que considere oportunas, del modo y con los límites previstos para el caso de que no se hubiere abstenido.

### *Intervenciones*

Como se expuso, durante el desarrollo del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas

siempre que se refieran a su defensa; pero el presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere en ella, podrá hasta alejarlo de la sala de audiencia por el tiempo que sea necesario (art. 387). En tal caso, será representado por su defensor para todos los efectos. Por cierto que la negativa a contestar todas o alguna de las preguntas que se le formulen, no podrá ser utilizada como una presunción de culpabilidad en su contra, de lo que deberá ser informado por la presidencia.

### 9. Ampliación de la acusación

Sólo el fiscal del juicio (no se autoriza a hacerlo al querellante) podrá, durante el curso del debate, ampliar la acusación contenida en el requerimiento fiscal de citación a juicio. Esto será posible si con posterioridad a la formulación de la acusación, advirtiera, a base de las pruebas recibidas en la investigación preparatoria, en la suplementaria o en el debate, la continuación del delito atribuido (permanencia en la conducta delictiva posterior al inicio del proceso) o circunstancias (objetivas o subjetivas) agravantes, no contenidas en aquélla (art. 388). Este último concepto abarca las circunstancias que, agregadas al tipo básico del delito imputado, lo transforman en una figura calificada (v. gr., el uso de armas en el robo), y las que, añadidas al hecho descrito en la acusación, y sin modificarlo esencialmente, permitan darle un encuadramiento legal diferente ("retipificarlo"), es decir, más grave que el receptado en la acusación (v. gr., intención de corromper en el abuso sexual simple de un menor, que puede transformarlo en corrupción).

Tal situación obliga, luego de formulada la ampliación, a poner formalmente en conocimiento del imputado, durante el debate, el nuevo aspecto agravante mediante una información (intimación) complementaria, dándole así, oportunidad de ejercer su defensa material con relación a aquél. Por eso, antes de recibir declaración al imputado por la ampliación, habrá que darle oportunidad para que pueda recibir el consejo de su defensor, aun disponiendo una interrupción del debate. Se acuerda asimismo al defensor (y al fiscal) la posibilidad de pedir la suspensión del debate

para ofrecer nuevas pruebas (que podrán incluso ser llevadas a cabo por la vía de investigación suplementaria), o preparar la acusación o la defensa, derecho del que deberán ser informados debidamente a los fines de que puedan ejercitarlo. Sólo así los hechos comprendidos en la ampliación podrán ser tomados válidamente en consideración en la sentencia, pues fueron parte de la acusación y del juicio; lo contrario ocasionará la nulidad del fallo por violación al principio de congruencia.

### 10. Hecho diverso

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el tribunal *dispondrá*, por auto, *correr vista* al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo al trámite de la ampliación de la acusación, precedentemente enunciado (art. 389).

El hecho será "diverso" si se trata de un hecho que mantiene el núcleo fáctico originario, pero mutado en sus circunstancias penalmente relevantes, por agregado, supresión o sustitución de algunos accidentes de lugar, modo o tiempo del acaecer histórico de su comisión, no previstos expresamente en la acusación y que *no constituyen* simples circunstancias previstas como agravantes o atenuantes del mismo por la ley penal (por ejemplo, manteniéndose el núcleo fáctico — el acceso carnal — se descarta en el debate una circunstancia de aquél — la violencia —, pero aparece una nueva — inmadurez sexual de la víctima menor de 16 años —).

No se trata de "otro hecho", al punto de que si fuese objeto de una absolución por el tribunal de juicio, el intento de posterior persecución por aquél (o sea, por el diverso) podría *enervarse* mediante invocación excepcionante del principio "*non bis in idem*".

También atrapa aquella variación que, aun cuando cambie el desarrollo de la acción física atribuida en la acusación o su elemento subjetivo, deja subsistente, por descripción o por implicancia, *un tramo* de ésta que por sí solo o con el añadido de otras circunstancias resulta configurativo de otro delito (v. gr., si bien no se logró probar en el debate que el acusado haya *desapoderado* de la

cosa robada a su dueño — art. 164, CP —, como afirmaba el requerimiento de elevación a juicio, sí quedó probado que aquél tenía *en su poder* esa cosa robada, a sabiendas de esa condición — art. 277 inc. 1 letra c, CP —).

Pero si el fiscal discrepare con el tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación. En otras legislaciones (v. gr., art. 395 C. de Catamarca) se ha previsto, para evitar el anticipo de opinión por parte del tribunal, que sea el fiscal — titular de la actividad acusatoria — quien introduzca la hipótesis del hecho diverso y, en caso de discrepancia del tribunal, queda autorizado a formular una acusación alternativa respecto del hecho que considera diverso (Vélez, 1999), posibilitando la defensa del acusado por ambas hipótesis delictivas y la decisión de los jueces sobre aquel que finalmente acepte en la sentencia (cfr. CSJN, caso María Soledad Morales).

## 11. Recepción de la prueba ofrecida

Luego de la declaración del imputado (o su negativa a hacerlo y la posible incorporación de la prestada en la investigación preparatoria), el presidente procederá a la *recepción de la prueba* (art. 380), en el orden siguiente, que se establece de modo tentativo, pues puede ser alterado cuando aquél lo considere necesario para un desarrollo más ordenado o más provechoso hacia el logro del cometido del debate. Para la incorporación de la prueba al debate deberá observarse, por regla general, lo reseñado en el Capítulo 7, en pág. 305.

### 11.1. Pericial

El presidente hará leer en el debate la parte sustancial del dictamen escrito presentado oportunamente por los peritos (art. 392). En cualquier caso, los peritos presentes en el debate podrán ser interrogados sobre su desempeño pericial, inclusive *en conjunto*, si fuera necesario escuchar los fundamentos sobre conclusiones contradictorias entre ellos.

Si de los dictámenes leídos se advirtiera que “resultaren insuficientes”, los peritos que los expidieron podrán ser citados a la audiencia (art. 400), con el fin de procurar de ellos la correspondiente ampliación oral. Tal insuficiencia podrá derivar de omisiones o de la defectuosa explicación de la conclusión sobre algún punto sometido a la pericia, pero no podrá citarse al perito para que dictamine sobre puntos nuevos.

### *Ampliación y reexamen y renovación de la pericia*

Si en el debate aparecen nuevos puntos a peritar, no propuestos antes, se ordenará, a pedido de parte, la *ampliación* de la pericia a cargo de los mismos peritos, para que practiquen las operaciones periciales necesarias, en acto continuo y en la misma audiencia (lo que es poco frecuente, y se produce ante casos muy simples, v. gr., evolución de una herida; funcionamiento mecánico de un arma, etc.).

Si las pericias leídas o practicadas en el debate resultaren insuficientes, dubitativas o contradictorias, los exámenes y dictámenes producidos serán sometidos a examen (nuevo examen) y valoración (nueva valoración) por uno o más peritos nuevos. Si fuere factible y necesario, éstos procederán a su *renovación*.

Para permitir el mejor desempeño pericial, en cualquiera de los supuestos precedentemente previstos, el tribunal podrá disponer, a pedido de parte, que los peritos presencien los actos del debate.

### 11.2. Testimonial

El examen de los testigos (art. 393) será *individual* (uno tras otro) y estará inicialmente a cargo del presidente, quien lo hará en el orden que estime más adecuado para un coherente y provechoso desarrollo del debate (v. gr., primero los relacionados con la cuestión penal y luego con los relacionados con la cuestión civil). Pero siempre deberá *comenzar con la víctima*, cuya deposición contiene

la tesis acusatoria, sobre cuya confirmación o refutación tratarán, generalmente, los restantes testimonios (y que, si actúa también como querellante o actor civil, tiene derecho a participar personalmente, *cuanto antes*, en el debate).

El presidente, de forma previa a las informaciones y admoniciones del caso, invitará al testigo a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate (art. 396), o sobre los puntos para los que su declaración fue ofrecida, pudiendo formularle indicaciones o preguntas que sólo podrán tener como fin ordenar mínimamente la declaración.

Es claro que cada testigo declarará por *separado* para evitar que la deposición de uno influya sobre la de otro, comprometiendo su sinceridad y espontaneidad. Esto facilitará el control de cada declaración y el contradictorio de las partes. Con aquel propósito es que se impide la comunicación entre ellos antes de que declaren, y luego entre el que ya declaró y el que todavía no lo hizo, debiéndose procurar interceptar cualquier medio que éste tenga para enterarse de lo dicho por aquél, lo que se dificulta cuando se transmiten las declaraciones por los medios periodísticos, gráficos o televisivos, o no se cuenta con una adecuada sala de testigos que impida escuchar lo que acontece en la sala de audiencias.

### Careo

La única posibilidad de declaración conjunta de dos o más testigos se produce si ellos, en declaraciones individuales anteriores, han *discrepado* acerca de hechos o circunstancias importantes. El acto tendrá en tal caso el propósito de llamarles la atención sobre las discrepancias, a fin de que se reconvenzan o traten de ponerse de acuerdo. Se tratará de un *careo*, por lo que el presidente les hará conocer o se les leerá (si existieran constancias en el acta del debate o se hubieran incorporado las declaraciones de la investigación preparatoria) la parte de las declaraciones que se reputan contradictorias.

### Testigos imposibilitados

Frente a la imposibilidad de asistir a la sala de audiencias (generalmente por serias razones de salud), se libera al testigo de su obligación de comparecer y se permite que todos los sujetos procesales (y auxiliares, v. gr., el secretario) actuantes se trasladen al lugar en que se encuentra, a los fines de su examen (art. 394), en el que regirán, por cierto, los derechos de interrogarlo en la forma prevista. Pero se autoriza que, si nadie más desea asistir, su declaración sea recibida sólo por un vocal del tribunal (que podrá o no ser el presidente). En cualquier caso, se labrará un acta que deberá ser leída en el debate para resguardo del principio de publicidad y de los derechos de las partes que no concurrieron. Esta posibilidad es aplicable para el interrogatorio de niños víctimas o simples testigos menores de edad, mediante el procedimiento técnico de la "Cámara Gessell".

### Testigos de "identidad reservada"

La recepción de los testimonios deberá ser siempre pública, al menos para las partes. Así se desprende de la consagración del derecho del acusado a ser *oído* (percibido por los sonidos de palabras pronunciadas de viva voz) *públicamente* por el tribunal que lo juzga, y del de aquél y su defensor a obtener la comparecencia de testigos de cargo y de descargo, peritos u "otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" y a interrogarlos en las mismas condiciones (tanto si son de cargo, como de descargo) (arts. 8.2.f, CADH; 14.3.e, PIDCP).

Esto excluye la posibilidad de validar como elemento probatorio los dichos del llamado *testigo de identidad protegida* y del *testigo anónimo*, que son, en verdad, testigos que (bajo la presunción empíricamente no demostrada de que serán más veraces que el testigo cuya identidad nominal y física no se resguarda) figuran en el proceso con un nombre cambiado, que no se les conoce ni el rostro, que declaran durante la investigación preparatoria (cuyo responsable será el único que conocerá su verdadera identidad) en

secreto o en anonimato, sin control alguno de la defensa. La ausencia de normas legales que los acepte en la provincia y el grado de clandestinidad de estas figuras es *insoportable* frente a nuestro sistema constitucional (Constitución provincial, nacional y pactos incorporados con su misma jerarquía — art. 75, inc. 22 —), por ser expresamente violatoria del art. 8,2, f, CADH y del art. 14,3,e, PIDCP.

Por cierto que es imprescindible establecer un eficaz sistema de protección a testigos, en caso de que peligre su integridad personal: nadie puede ser puesto en la opción de mentir a la justicia o correr el riesgo de no sobrevivir (véase el art. 7 de la ley 25.241). Una forma de protección sería la de interrogar al testigo cuya integridad física (o la de su familia) se cree en riesgo, tan pronto se tenga noticia de su existencia, bajo el régimen de los actos definitivos e irreproductibles (arts. 308 y 309), para así permitir luego la incorporación al debate por lectura, y a partir de ese momento darle al declarante la protección adecuada (véase el punto III del Capítulo 7, en la pág. 347).

#### *Incorporación de testimonios por lectura*

La posibilidad de prescindir de la presencia del testigo en el debate e incorporar por su lectura declaraciones prestadas fuera de éste, generalmente en la investigación preparatoria, *por el Juez de Instrucción o el Fiscal, o incluso Ayudantes Fiscales* (una exageración — según el caso —, estima Cafferata Nores, 2000) se encuentra *excepcionalmente* autorizada (art. 397), bajo ciertas condiciones, mediante enumeraciones *taxativas*. Más allá de ellas, se incurrirá en *nulidad*.

Lo cierto es que se admiten excepciones a la oralidad en materia de testimonios, restringiendo así el derecho del acusado y el de su defensor de obtener la comparecencia al juicio de testigos de cargo y de descargo, peritos u “otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, e interrogarlos en las mismas condiciones

(tanto si son de cargo, como de descargo) (arts. 8.2.f, CADH y 14.3.e, PIDCP).

Los supuestos de incorporación por lectura son varios. Algunos (los menos) serán *complementarios*, pues el testigo también declarará personalmente en el debate; en otros (los más numerosos), la lectura *sustituirá* totalmente la declaración presencial de aquél. Y respecto de todos los supuestos abundan las discusiones.

Se admiten los siguientes casos:

#### 1) *Lecturas complementarias.*

Las aludidas declaraciones testificales podrán ser leídas si hubiere *contradicciones* totales o parciales entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario *ayudar la memoria del testigo*, por olvido o reticencia. En cualesquiera de los supuestos, la decisión del tribunal de incorporarlas requiere la *previa instancia* de alguna de las partes. La hipótesis se explica, teóricamente, frente a la obra del tiempo sobre la memoria (aunque no pueden descartarse otras razones del “olvido”); pero no se debe abusar de su utilización.

#### 2) *Lecturas sustitutivas.*

La sustitución de la deposición personal del testigo en el debate por la lectura de declaraciones prestadas fuera de su ámbito, se autoriza en los siguientes supuestos, bajo pena de nulidad:

- a. *Por acuerdo de partes y el tribunal.* El derecho de las partes a contar con la presencia del testigo en el debate es tan disponible como el de participar o no en un testimonio recibido por la vía de los actos definitivos e irreproductibles. En ambos casos la declaración será leída, aun cuando *no haya* participado ningún defensor.
- b. *Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.* Parece una consecuencia lógica del régimen especial previsto para estos casos, en los que el testigo no está obligado a comparecer al tribunal, por distintas razones.



c. Cuando habiéndose tomado todos los recaudos *no se hubiese logrado la concurrencia* del testigo cuya citación se ordenó, o cuando el testigo *hubiera fallecido*, estuviera *ausente del país*, se *ignorase su residencia* o se hallare *imposibilitado* por cualquier causa para declarar (no se trata de cualquier imposibilidad, sino de alguna de origen físico o psíquico).

No existen mayores objeciones a la incorporación por la lectura de un testimonio prestado fuera del debate, si tal testimonio fue realizado con “contradicción anticipada”, conforme el régimen de los actos definitivos e irreproducible o de la investigación suplementaria (art. 365 inc. 2), pues en tales supuestos la defensa tuvo oportunidad efectiva (la haya o no aprovechado) de ejercer los derechos, de nivel constitucional, de los arts. 8.2.f, CADH y 14.3.e, PIDCP. Pero la discusión se plantea cuando el testimonio que se incorpora no contó con la efectiva posibilidad de una “contradicción anticipada”, sea porque la imposibilidad de comparencia personal del testigo *pudo ser prevista* por los órganos estatales (por *aviso* — v. gr., testigo extranjero que comunicó que va a retornar a su país de origen, y lo hizo — o por el *curso natural* y ordinario de las cosas — v. gr., testigo cuya grave enfermedad consta en el proceso y fallece antes del debate —), sea porque resulta *imprevisible* (v. gr., testigo que se muda sin aviso o fallece imprevistamente).

Respecto del primer supuesto, no parece que la lectura pueda autorizarse sin vulnerar los derechos de naturaleza constitucional ya mencionados (arts. 8.2.f, CADH; 14.3.e, PIDCP), ya que ello importará convalidar el fruto de la negligencia del responsable de formular y sostener la acusación; ni puede tampoco achacarse a la defensa del acusado no haber requerido las precitadas vías de contradicción anticipadas para asegurar, nada menos, que la admisibilidad de una prueba de cargo.

Respecto del supuesto de incomparencia imprevisible, la incorporación por la lectura del testimonio prestado durante la investigación preparatoria es aceptada sólo por una razón de fuerza mayor insuperable. No obstante, se ha señalado que este es “un

caso bastante discutible que sólo puede atemperarse mediante una rigurosa valoración del dicho en la sentencia y la estricta aplicación de la norma. Se ha preferido sacrificar la inmediatez para no perder un testimonio que podría ser muy útil para el descubrimiento de la verdad” (Clariá Olmedo, 1998).

Se sostiene que los acuerdos entre partes que autorizan la incorporación por su lectura de ciertos testimonios se explican porque tal consenso neutraliza la afectación al principio de comunidad de la prueba e implica una renuncia al derecho de contraexaminar, y que la conformidad del tribunal se entiende sólo como un resabio del anterior sistema (Vélez, 1999). De todos modos, en la práctica diaria, son excepcionales los casos en los que un tribunal niega un acuerdo de este tipo, máxime que se trata de un negocio procesal que permite acelerar el trámite, con consenso de las partes intervinientes (Montero, 2001).

### *Elementos de convicción*

Se prevé imperativamente que en el curso de las declaraciones de imputados, otras partes privadas, testigos o peritos, se les exhiban (objetos o imágenes de las que tratan en sus deposiciones) o se les hagan escuchar (si se trata de sonidos, v. gr., la grabación de una conversación telefónica) elementos de convicción que fueran pruebas ya incorporadas (secuestrados) en la causa, para su reconocimiento (art. 395). Luego del reconocimiento, se les invitará a declarar lo que consideren pertinente sobre esos elementos y podrán formularse las preguntas autorizadas.

### *11.3. Forma de los interrogatorios*

Con la adopción del nuevo modelo de juicio, según la cual la responsabilidad probatoria se establece en cabeza del fiscal y de las partes privadas (salvo el imputado, por cierto, que probará sólo si así lo decide), y el tribunal es privado de atribuciones autónomas de investigación, el interrogatorio que el artículo 396 disciplina adquiere un nuevo perfil; de allí que haya un límite especial a las

133

preguntas del tribunal. Éstas sólo podrán procurar una “mejor comprensión de la declaración” (o sea, no podrán ser “averiguativas”), restricción que no se impone a las partes.

En este punto, se ha enfatizado que la facultad de los jueces de “examinar” a los testigos se agota en la posibilidad de efectuar, antes de cerrar el acto, todas aquellas preguntas que tengan por objeto aclarar las anteriormente realizadas. De lo contrario, se puede caer en lo que hay que evitar: es que ellos no pueden suplir la actividad de las partes (v. gr., efectuar las preguntas que dejo de hacer el fiscal), porque entonces estarían desarrollando su tarea, consistente en probar la acusación, convirtiéndose así en una parte, lo cual compromete la neutralidad que deben observar y afecta el principio de igualdad, puesto que en lugar de un órgano requerente, habrá dos. Por cierto que ello no obstará al ejercicio de todas las facultades inherentes a la efectiva dirección del debate y al poder de policía y disciplina (Vélez, 1999).

El orden a seguir debe ser el siguiente: el interrogatorio será abierto por quien propuso el testimonio; luego podrán preguntar los que no lo hubiesen propuesto y, por último, lo harán los jueces. Esta es una secuencia lógica, pues quien ha ofrecido la prueba (no sólo la testimonial) es quien mejor sabe lo que de ella espera. La mención a “las partes” permite incluir al acusado entre quienes pueden formular preguntas (derecho que le concede la normativa supranacional de nivel constitucional: arts. 8.2.f, CADH; 14.3.e, PIDCP).

Las preguntas que se formulen deberán ser claras y precisas; no podrán ser indicativas, capciosas, sugestivas, ni repetitivas (con el solo fin de equivocar o contradecir al declarante). Si se tratara del imputado, las respuestas no podrán ser instadas perentoriamente. Por cierto que en este examen “cruzado” que se autoriza, no se podrán permitir agravios hacia los interrogados, como tampoco “ardides dialécticos” (v. gr., oposiciones infundadas a las preguntas) o prólogos a una pregunta, que en definitiva encierran una advertencia o indicación para que el interrogado responda de de-

terminada manera. Para eso está el presidente, quien rechazará toda pregunta o interrupción inadmisibles (o impertinente).

## 12. Nuevas pruebas

Hoy sólo se autoriza al tribunal de juicio ordenar recepción de nuevos medios de prueba (art. 400) si, en el curso del debate, resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. Pero sólo cuando medie requerimiento en tal sentido del Ministerio Público, del querellante o del imputado (no de las partes civiles), nunca de oficio.

Los medios de prueba serán “nuevos”, no sólo cuando no se han conocido con anterioridad en el proceso (v. gr., espectador que exclama en el debate conocer que un testigo está mintiendo; o que se atribuye participación en el delito que se juzga), sino también cuando sí lo han sido (supuesto que habiendo sido recibidas en la investigación preparatoria, no fueron ofrecidas en el juicio, o que siendo ofrecidas no fueron aceptadas). Pero hay quien piensa que esto último altera el régimen legal para el ofrecimiento de las pruebas (Montero, 2001). No es necesario que la prueba nueva “surja” (o sea, aparezca recién) en el debate; basta que durante su desarrollo se haga indispensable o manifiestamente útil procurar su recepción, por su pertinencia y *potencial* aptitud conviccional, para esclarecer por sí sola o junto a otras, “la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva” (independientemente de que su real aptitud para lograrlo sólo se podrá verificar luego de su producción).

La exigencia de que el fiscal o las partes requieran la incorporación de la nueva prueba procura evitar que el tribunal sea corresponsable de la “destrucción” del estado de inocencia, pues las pruebas nuevas pueden ser o resultar (y generalmente lo son) de cargo, y por tanto útiles para probar la culpabilidad del acusado, con riesgo para la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, hay quienes señalan (Vélez, 1999) que, sin mayor compromiso para su neutralidad, se podrá autorizarlo, dentro de límites estrictos, a ordenar de oficio actos que tengan como único fin la mejor valoración, mediante su control, de elementos probatorios ya incorporados (como serían un careo o una reconstrucción del hecho), la apreciación personal (no a través de actas o documentos) de personas, lugares o cosas relacionadas con los hechos del proceso (inspección judicial, que ya se autoriza expresamente), o la ampliación de pruebas ofrecidas y ya recibidas (nuevas preguntas al testigo, lo que también ya se autoriza expresamente). En todos estos casos — postulan —, sólo se tratará de procurar una mejor percepción por el tribunal de la eficacia conviccional de elementos de pruebas que ya fueron ofrecidos por el Ministerio Público Fiscal y por las partes, y no de sustituir la actividad propia de éstos. No obstante, hay quienes creen que esta propuesta implícitamente puede facilitar un adelanto de opinión de los jueces (Montero, 1998).

#### *Inspección judicial*

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el tribunal podrá disponerla, aun de oficio (art. 339).

Esta es la única atribución autónoma de investigación del tribunal indiscutible por expresa. Ella procura favorecer, por la percepción directa de los jueces y partes, el logro de la verdad sobre los hechos debatidos, incluso los relacionados exclusivamente a la cuestión civil. La inspección podrá ser de lugares, cosas o personas. Hay quienes piensan que mejor sería regularlo a petición de partes, para preservar la imparcialidad del tribunal (Montero). Otros, en cambio, señalan que tal potestad se funda en el hecho de que se trata de una prueba de confrontación, que no conlleva ningún preconcepto (Vélez).

### 13. Otras lecturas permitidas: actas y documentos

Esta es otra excepción autorizada a la oralidad, muchas veces determinada por la "naturaleza de las cosas" (v. gr., los informes técnicos o los documentos "no hablan"). Pero como se trata de leer registros sobre elementos de convicción que no fueron recibidos por los jueces del debate, y en la mayoría de los casos a espaldas de los defensores y de las partes, existe un serio compromiso de la inmediación y el contradictorio, que debe determinar una interpretación sumamente restrictiva sobre los alcances de la autorización de lectura y una muy rigurosa valoración de su eficacia conviccional. Sobre todo porque es mediante este procedimiento que quedan habilitados para dar fundamento a la sentencia.

Si existe un *concreto pedido* del Ministerio Público o de las partes en tal sentido, realizado al ofrecer prueba, se autoriza a que se lean durante el debate (art. 398):

1. La *denuncia* realizada en el proceso de que se trata. Pero debe haber sido formulada en legal forma, ante quien se autoriza y por quien se encuentra facultado.
2. Los *informes técnicos* (v. gr., el que detecta la presencia de alcohol en sangre) *y otros documentos producidos por la Policía Judicial* (v. gr., constatación del lugar del delito, etc.). Una interpretación sistemática de las disposiciones del Código sobre prueba documental deja en claro que se autoriza también la incorporación de otros documentos aunque no hayan sido producidos por la Policía Judicial.
3. Las *declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos* si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo. En todo caso, las declaraciones prestadas como imputado sólo se podrán leer si han sido recibidas con las formalidades exigidas por la ley (v. gr., la presencia del defensor).
4. Las *actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción*. Las actas que puede labrar la Policía Judicial son, por ejemplo, las que documenten

los allanamientos, las requisas urgentes, los secuestros impositivos que practique, etc. Las actas labradas por el Fiscal o el Juez de Instrucción son, por lo general, las que documentan actos probatorios válidamente realizados (o convalidados, art. 189) por éstos durante la investigación penal preparatoria, dentro del marco sus atribuciones respectivas, respetando las formalidades exigidas (v. gr., asistencia del secretario) y con el resguardo de los derechos de las partes que se exige en cada caso.

5. Las *constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia*. Se trata de lecturas de pruebas documentales públicas, emanadas de la *autoridad judicial*, aunque no se trate de jueces penales, labradas por los funcionarios *de acuerdo* con lo dispuesto por la ley procesal competente, en cualquier tipo de proceso desarrollado en sede jurisdiccional (no, por ejemplo, administrativa). Quedan comprendidos en la autorización, los escritos de las partes actuantes, las pruebas recibidas, y las decisiones jurisdiccionales. También *la declaración del acusado* en otro proceso penal, aun de otra jurisdicción, siempre que se hayan resguardado las exigencias previstas en este Código para su validez (v. gr., presencia efectiva del defensor). Hay quien cree que también puede incorporarse el acta de un debate anterior que debió comenzarse de nuevo por trascurso del tiempo, y que contiene una declaración autoincriminatoria realizada ante la presencia del defensor, si en el nuevo debate se abstiene (Montero).

#### 14. Discusión final

Concluida la recepción de las pruebas, el presidente abrirá la "discusión" (art. 402), es decir, la *formulación de los alegatos* por parte del actor civil, del fiscal, del querellante, de los defensores del imputado, del demandado civil y del asegurador citado en garantía, en ese orden. Éstos serán los protagonistas. El presidente, en uso de su atribución de dirección del debate, sólo "moderará la

discusión, impidiendo derivaciones impertinentes", sin "coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa".

Este es un momento imprescindible para la vigencia efectiva del principio del contradictorio, que tiene como base la plena igualdad de las partes (incluso las civiles) en orden a sus atribuciones procesales, entre las que se encuentran, no sólo las de afirmar y de refutar, las de ofrecer pruebas en apoyo de sus posiciones e intereses y controlar su ingreso, sino también la de *argumentar* públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en relación con los hechos inculpativos (penal o civilmente) contenidos en la acusación o los exculpativos (penal o civilmente) afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico penales (y civiles, en su caso) de todos ellos. Sólo así podrá decirse que tuvieron la *igual oportunidad* de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende.

Cada uno de los intervinientes procurará demostrar, valorándolas, que las pruebas recibidas en el debate acuerdan suficiente fundamento a la pretensión que han ejercido o a la falta de fundamento de las pretensiones contrarias, según sean sus respectivas posiciones. Luego formularán sus "conclusiones", es decir, sus concretos requerimientos de que el tribunal sentencie de acuerdo a sus respectivas pretensiones. Si bien no hay disposición legal sobre el contenido de los alegatos (salvo los de las partes civiles), éstos deberán estar razonablemente relacionados con el contenido (y el orden) de las cuestiones que deben resolverse en la sentencia. En ella se aprecia una concentración en el tiempo de los argumentos relacionados a la cuestión penal.

Los alegatos deben ser realizados *oralmente*: no pueden ser leídos. Esta imposición atiende más a garantizar el conocimiento público de ellos, propio de la publicidad popular que debe tener el juicio, que a la finalidad de lograr una mejor sistematización de la exposición o una mayor comprensión de los argumentos (o facilitar un más potente impacto de éstos sobre la convicción del tribunal). Muchos son los casos en que aquellos objetivos se lograrían más

acabadamente, al menos con el auxilio de memoriales escritos. Si bien los alegatos tienden a lograr el convencimiento de los jueces, nada impide que también procuren la difusión pública de la fuerza y ecuanimidad de los argumentos que en ellos se desarrollan.

Aunque no se autoriza que el tribunal pueda preestablecer, antes de que se realice, el *tiempo de duración* de cada alegato, sí se establece que, en caso "de *manifiesto abuso* de la palabra, el presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá *limitar* prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver". Vencido el término acordado, el orador deberá emitir sus conclusiones, so pena de incurrir en "incumplimiento de la función" (si se tratara del fiscal) o "abandono injustificado de la defensa".

#### *El fiscal*

El alegato del fiscal procurará, *por lo general*, evidenciar que la acusación que dio base al juicio ha sido plenamente acreditada, pues las pruebas que a tal fin ha ofrecido y se han recibido en el debate, permiten que el tribunal adquiera el grado de *certeza* sobre la culpabilidad del acusado, que se exige para el dictado de una sentencia de condena. Propondrá luego la calificación legal que considera aplicable (que puede ser *diferente* a la de la acusación originaria, tanto por más leve, como por más grave), mediante las argumentaciones jurídicas que estime adecuadas; y requerirá, en consecuencia, fundadamente, la imposición de la calidad (especie) y cantidad de la pena (principal — art. 5 CP — o accesoria — v. gr., art. 22 *bis*, CP —) que estime equitativa, y su forma de ejecución (v. gr., art. 26, CP).

Pero como se rige por los criterios de *legalidad* y de *objetividad*, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá también concluir a favor del imputado, requiriendo su *absolución*. Sin embargo, teniendo en cuenta que el pedido de absolución no impide que el tribunal dicte sentencia de condena (art. 410) (SCJN, caso

Marcilese), hay quienes sostienen que ello afecta el ejercicio del derecho de defensa (pues el defensor se verá obligado a alegar *ad-eventum* sobre todas las posibles calificaciones legales que podrían acarrear diferentes clases o escalas de penas, o a argumentar sobre la individualización de una sanción no pedida por el fiscal).

#### *El querellante*

Al querellante deben acordársele las mismas atribuciones que al fiscal (que ejercerá con total independencia de éste), en orden a la formulación de su alegato y conclusiones. Será el modo de garantizarle, en este momento, mediante sus "instancias y conclusiones", el ejercicio del derecho que se le reconoce a actuar en el proceso "para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado". Su opinión podrá ser útil al tribunal para la decisión de las cuestiones fácticas o jurídicas, que deba resolver en la sentencia. Y, por cierto, podrá requerir "la imposición de una pena", aunque el fiscal solicite la absolución, o haya requerido una sanción más leve.

#### *La defensa del imputado*

La construcción estratégica del alegato de la defensa queda librada a la "sensibilidad y sagacidad del defensor" (Leone, 1989). Podrá ajustarse al orden del examen de las cuestiones que elijan los acusadores, para refutar puntualmente cada uno de sus razonamientos y conclusiones de cargo; o no hacerlo, optando en su lugar por plantear su disertación en un orden diferente que crea más conveniente. Si bien se ha aconsejado que la alocución del defensor sea breve (Vélez Mariconde, 1986), siempre tendrá el límite mínimo y máximo que impondrán en cada caso "la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver".

En concreto, este momento podrá ser aprovechado por la defensa para cuestionar, si encontrare motivos para ello, la validez de todo el proceso o cualquier tramo de él, por razones constitu-

135

cionales o simplemente procesales (de las que deberá haber protestado oportunamente). Pero, por lo general, la oportunidad le servirá para ocuparse de los aspectos fácticos y jurídico-penales de la imputación formulada a su cliente, y del reclamo civil si lo hubiera. Respecto de los primeros, examinará la legalidad de las pruebas recibidas en el debate y su eficacia conviccional respecto de la exigencia de certeza para el dictado de una condena. Con relación a los segundos, podrá discutir la calificación legal de los hechos efectuada por los acusadores, incluso proponiendo hipótesis de encuadramiento subsidiarias; y, por cierto, tendrá la posibilidad de discutir la especie y cantidad de pena requerida por los acusadores y los argumentos fácticos y jurídicos esgrimidos por éstos para su individualización, proponiendo la consideración de atenuantes no mencionadas por los acusadores.

Si bien lo precedentemente expuesto es lo que ocurre en la generalidad de los casos, es también posible que el defensor acepte los hechos de la acusación como probados y discuta sólo la calificación legal o la pena solicitada, postulando alternativas más benignas.

En cualquier caso, deberá concluir requiriendo por las razones fácticas (v. gr., insuficiencia de prueba) o jurídicas (v. gr., concurrencia de una causa de justificación) previamente invocadas, o la absolución de su cliente, o, incluso de modo subsidiario, el encuadramiento de su conducta en una figura menos grave que la impulsada por los acusadores, o una pena más leve.

#### *Intervención conjunta*

Se autoriza que si intervinieren dos fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas. Sin embargo, la cuestión de la "división de tareas" no siempre será sencilla de realizar, por lo que habrá que tolerar ciertas superposiciones argumentales. Pero, frente a un *exceso* de ellas, el presidente podrá señalar las repeticiones e incluso impedir las por considerar-

las derivaciones impertinentes, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

#### *Réplica*

Se autoriza sólo el Ministerio Público y al defensor del imputado (no a las partes civiles, tampoco al querellante de acción pública, aunque nada impide que el tribunal se los permita), el derecho a replicar. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios (penales o civiles) que antes no hubieren sido discutidos. Esta posibilidad es una consecuencia natural del orden para la formulación de los alegatos que el artículo impone, ya que el mismo hace posible que en una alegación posterior se introduzcan argumentos que en los anteriores no fueron tratados, tanto en descargo de la imputación (v. gr., los introducidos por el defensor del imputado) como de cargo (v. gr., los introducidos por el defensor de un co-imputado que delega su responsabilidad en el defendido del abogado que habló previamente). También en este último caso se tratará de "argumentos adversarios". En cualquier caso, corresponderá al defensor la última palabra (contra-réplica).

#### *Las partes civiles*

El actor civil deberá, en esta oportunidad, concretar su demanda con arreglo al Código de Procedimiento Civil, bajo pena de desistimiento. Pero éste debe además "formular su alegato", el que se limitará a los puntos (fácticos y jurídicos) concernientes a la existencia y extensión de la responsabilidad civil del acusado y, en su caso, del tercero civilmente responsable; y a la obligación de garantía del asegurador que haya intervenido en el proceso. Si bien es posible que su actividad presencial y oral sea suplida por un "memorial escrito", este instrumento deberá reunir todos aquellos requisitos: los de la demanda propiamente dicha, y la indicación y valoración de las pruebas en las que funda su pretensión resarcitoria, la responsabilidad del tercero y la existencia del seguro de responsabilidad extracontractual.



A su vez, el tercero civilmente demandado observará lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda, lo que permitirá (por imperio de esta norma civil) acordarle a su silencio total o parcial, valor de aceptación de los hechos fundantes de la pretensión resarcitoria y de su obligación de responder civilmente por el hecho del imputado.

Lo mismo ocurrirá respecto del asegurador que haya sido citado en garantía al juicio (art. 116); pero éste no podrá exponer sobre las excepciones a su responsabilidad que pudieran surgir del contrato de seguro.

### Última palabra

Finalizados los alegatos, el tribunal concederá la "última palabra" al acusado, lo que por lo general funciona como una simple formalidad, como un inútil ademán elegante de la ley, desprovisto de cualquier incidencia real sobre la defensa material del imputado, sobre todo cuando los tribunales reducen la pregunta a si tiene "algo más que agregar" o si quiere decir "algo que *no haya dicho* durante el juicio" (que no es lo mismo, por cierto, que preguntarle si "tiene algo que manifestar"). Desde luego que, en esta oportunidad, el acusado podrá agregar cuanto crea conveniente a su defensa (exculpación o atemperación de su responsabilidad jurídica penal); incluso puede admitir su responsabilidad.

### 15. Cierre del debate

Recién después el presidente cerrará el debate. Si interviniera un tribunal colegiado, a continuación se establecerá (sin necesidad del sorteo que se disponía antes) el orden en que sus miembros emitirán sus votos.

### 16. Acta del debate

Lo ocurrido en el debate oral deberá registrarse en un acta (art. 403), que el secretario del tribunal labrará con la finalidad de

"conservar para el futuro la prueba de la palabra hablada" (Beling, 1943). No se exige un registro completo, sino que sólo deberá contener los datos que a continuación se detallan, bajo pena de nulidad. Se trata de un instrumento público y como tal hace plena fe hasta que sea redargüido de falsa (arts. 993, 994 y 995 Código Civil), por acción civil o criminal, ante el tribunal de casación u otro tribunal distinto.

El acta debe registrar la identidad y roles procesales de las personas que han intervenido en el debate. Por eso se exige que en ella conste el nombre y apellido de los jueces, jurados, fiscales, querellante particular, de las otras partes (actor civil, tercero civilmente demandado, asegurador citado en garantía), defensores y mandatarios, testigos, peritos e intérpretes (respecto de estos tres últimos, con mención del juramento que prestaren). En relación con el imputado, deberán consignarse también sus demás condiciones personales de identificación, para mejor control de su "identidad física". También dejará constancia de las circunstancias de lugar y tiempo (fecha de la audiencia, o de cada una de ellas si fueran varias, con mención de la hora en que comenzó y terminó), y de la iniciación, desarrollo (cuartos intermedios, suspensiones, etc.) y conclusión del debate.

El acta del debate servirá, asimismo, para dejar constancia de la realización de los actos de postulación o decisión importantes que se desarrollaron oralmente durante su transcurso, como las resoluciones del tribunal o las "instancias" (v. gr., requerimiento de nuevas pruebas), recursos, reservas y protestas del fiscal y de las partes, y las "conclusiones" que éstas emitan, durante la discusión final.

Respecto de los elementos de prueba recibidos, tanto con la intervención personal de los órganos de prueba, como los que se incorporen por su lectura, el acta deberá *enunciar* su producción o incorporación en el debate, precisando los datos necesarios para su identificación y validez mínimos (v. gr., el nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento; la incorporación por lectura de un acta de reconocimiento de personas,

136



etc.), pues sólo aquéllos podrán dar base a la sentencia. Con relación a su concreto contenido probatorio (v. gr., lo que el testigo dijo) sólo será exigible que conste en el acta aquel tramo o segmento que el presidente ordenare, o solicitaren el Ministerio Público o las partes.

### *Causas de prueba compleja*

En las causas de prueba compleja (art. 404), a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, y con el solo propósito de evitar que a las "palabras se las lleve el viento", se autoriza al Secretario que resuma al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta. También se permite la registración de imágenes, sonidos y palabras de lo ocurrido en el debate: "grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate". Es que la oralidad no es un fin en sí misma y en nada la desmerece que se conserven huellas fieles de pruebas y expresiones que darán marco o fundamento a la sentencia.

Por cierto que la video-grabación, la grabación magnetofónica de la audiencia del debate o versión taquigráfica de la misma, no son meras herramientas o medios auxiliares para uso exclusivo del tribunal, como lo son los apuntes o anotaciones que puedan hacer los integrantes del tribunal para ayudar su memoria: son parte del acta del debate.

Estas registraciones permitirán la efectividad del derecho a impugnar en casación por motivación falsa, bajo la vía de incidente de redargución de falsedad de la sentencia, por discordancia entre las afirmaciones de la misma y lo ocurrido en el debate, en cuanto a la producción y contenido de determinadas pruebas, de conformidad a lo estatuido por el Código Civil en sus arts. 979, incs. 2 y 4, y 993.

## CAPÍTULO 12

- I. **LA SENTENCIA.** Concepto. Deliberación: estructura legal y reglas. Reapertura del debate. Redacción: requisitos; motivación; individualización de la pena. Lectura de la sentencia: efectos. Congruencia entre acusación y sentencia: alcances. Pedido fiscal de absolución y condena.
- II. **NULIDAD DE LA SENTENCIA.** Causales: irregularidades de la base fáctica; ilegalidad de la prueba; vicios de la motivación; otros vicios formales.
- III. **JUICIOS ESPECIALES.** Juicio correccional: procedencia. Juicio abreviado: procedencia y trámite; clases. Juicio por delito de acción privada: procedimiento.

### I. LA SENTENCIA

#### 1. Concepto

La *sentencia* es el acto de voluntad razonado del tribunal de juicio, emitido luego del debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas ofrecidas con la presencia continua de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchado los alegatos de estos últimos, resuelve imparcial, motivadamente y en forma definitiva, sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

Ella deberá decidir *objetivamente* y en forma *argumentada* acerca de la regularidad y fundamento de la acusación, y su posible negación (total o parcial, descargo, aclaraciones, circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal) planteada por el

acusado. Pero sólo la admitirá como verdadera, y por ende la sentencia será *de condena*, cuando pueda inducir la culpabilidad del acusado de concordantes pruebas de cargo aportadas al debate por los órganos de persecución penal (en el marco de objetividad en el que deben cumplir sus funciones) o por el querellante particular, y que por no haber sido enervadas por las de descargo eventualmente ofrecidas por el imputado y su defensor, llevan a los jueces que la dictan a la *convicción* sobre que la acusación es verdadera, luego de considerar y dar respuesta a las argumentaciones de todos ellos sobre su fuerza conviccional. Si las pruebas no permitieran llegar a esa convicción, la sentencia será absolutoria.

Si se hubiera ejercitado la acción civil, resolverá si se hace lugar o no a la pretensión resarcitoria presentada y, en su caso, la extensión de la indemnización que acuerde y los responsables de afrontarla. También decidirá sobre el pago de las costas procesales.

En el Código se distinguen la *deliberación*, el *contenido*, la *redacción* y la *lectura* de la sentencia.

## 2. Deliberación

### Noción

Deliberar es “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, *antes* de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos *antes* de emitirlos”. Con este fin, cerrado que fuera el debate, los integrantes del tribunal pasarán de *inmediato* a deliberar, en *secreto*, a un lugar contiguo a la sala de audiencias, debiendo hacerlo *sin interrupciones* hasta tener redactada la sentencia (art. 405), que debe luego leerse íntegramente en aquella sala.

### Caracteres

La deliberación debe ser *continua*, sin interrupciones. Ella no puede suspenderse ni interrumpirse, salvo causas de fuerza mayor (es una de ellas que alguno de los jueces o jurados se enferma-

re hasta el punto de que no pueda seguir actuando), caso en que la suspensión no podrá exceder los quince días, o que sea necesaria la reapertura del debate. No se admite solución de continuidad alguna entre el último acto del debate, la deliberación y el dictado de la sentencia, procurando evitar que el tiempo que pudiera de otro modo correr entre la recepción de las pruebas, los alegatos de las partes y la deliberación de los jueces, favorezca en éstos algún olvido, desdibuje impresiones, circunstancias captadas o esfume el recuerdo de elementos de convicción o argumentaciones sobre aspectos fácticos o jurídicos planteados por el fiscal y las demás partes sobre ellos.

La deliberación es *secreta*. El secreto se establece para garantizar (sustrayéndola de los límites obvios que impondría la publicidad) la más libre expresión de las ideas, impresiones, argumentos, diálogos y comentarios de los jueces, sobre el sentido, incluso disidente, de sus votos sobre las cuestiones que se planteen y la decisión final que propugnen. También tiende a facilitar la tarea de persuasión que uno puede intentar realizar sobre los otros, a fin de hacerles adoptar su propio punto de vista, o consensuar posiciones. Para evitar suspicacias, se impone “*erga omnes*” (salvo, claro está, el secretario).

La continuidad de la deliberación con el debate, la no interrupción de aquélla y su secreto, se encuentran previstos *bajo pena de nulidad*.

## 3. Estructura legal de la deliberación

El Código establece que la deliberación versará sobre las *cuestiones objeto del juicio*. Esto impone que en ella se respete la siguiente estructura (art. 406).

### Cuestiones a resolver

Las *cuestiones objeto del juicio* sobre las que se manda al tribunal deliberar, antes de resolverlas, son las incidentales que hubieran sido diferidas; las relativas a la existencia del hecho delictivo

137

tuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado; la calificación legal; la sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y las costas.

Estas cuestiones deben haber sido propuestas o planteadas por la acusación y la defensa (en las oportunidades establecidas por la ley para hacerlo). Pueden ser cuestiones relacionadas con la validez del procedimiento (en general, o de algunos de sus actos esenciales en particular), con la legalidad de los elementos probatorios incorporados al debate, con la omisión de producción de prueba necesaria o de su incorporación al debate, o con cargos o defensas propias del derecho de fondo (v. gr., la concurrencia de alguna causa de justificación; un encuadramiento penal más severo o más benigno, etc.). Todas ellas, por haber sido planteadas, deberán ser tratadas y resueltas en la deliberación, con reflejo en la parte dispositiva de la sentencia, bajo *pena de nulidad* de ésta.

#### *Auto-planteamiento de dichas cuestiones*

La mecánica legal de la deliberación exige que el tribunal de sentencia se *autointerrogue* sobre la existencia del hecho acusado, la participación del imputado, la calificación legal y la sanción que correspondiera, y responda *motivadamente*, en lo fáctico y en lo jurídico, cada una de esas "cuestiones", por *sí o por no*, mediante el voto, al menos, de *la mayoría* de sus integrantes. Los jueces y jurados votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. El principio de la decisión por mayoría se rompe cuando en la votación sobre las sanciones que correspondan, se emitieren más de dos opiniones, caso en que se aplicará el término medio (voto del medio o el medio de los dos extremos).

Cada respuesta *positiva* configurará una conclusión sobre la cuestión planteada, lo que dará paso al siguiente interrogante (de los precedentemente reseñados), hasta responder a todos. Allí quedará elaborada la sentencia la que, como consecuencia de estas operaciones intelectuales, *resolverá* condenar o absolver, im-

poniendo la pena (o, en su caso, la medida de seguridad que corresponda), con invocación expresa de la *ley* aplicada.

Si se hubiere ejercido la acción resarcitoria, el tribunal deberá también interrogarse y responder (para decidir) si corresponde o no hacer lugar a la demanda y, en caso afirmativo, sobre la existencia y extensión del daño cuya reparación se reclama, y la forma en que ésta será atendida, la responsabilidad del tercero civilmente demandado que hubiese intervenido y la extensión de los efectos civiles del fallo al asegurador que hubiera sido citado en garantía.

#### *3.1. Reglas*

En la deliberación, se deben respetar ciertas reglas referidas a las pruebas sobre la que ésta debe versar, previéndose el sistema a que debe ajustarse su valoración y los efectos de la duda sobre cuestiones de hecho relacionadas con la imputación delictiva.

#### *Fuente probatoria*

La deliberación de la sentencia sólo puede basarse en los elementos de convicción recibidos por los *mismos jueces* que deban dictarla, durante el debate, en presencia continua del fiscal, del imputado y de las otras partes, con control de las respectivas defensas y a la luz pública. Tales pruebas son las *únicas* capaces de dar sustento a la sentencia, con la sola excepción de algunas recibidas durante la investigación preparatoria o suplementaria con resguardo del contradictorio (actos definitivos e irreproductibles) o sin él, pero utilizables sólo por razones de emergencia no previsibles (declaración del testigo que fallece antes del juicio), que deben ser incorporadas igualmente al debate por su lectura.

#### *Valoración de la prueba*

Esta prueba será valorada según el método de la *sana crítica racional*, que tiene una doble función en esta oportunidad. Por un lado, imponer a los tribunales un criterio "límite" para asignar efi-

encia conviccional a los elementos de juicio que fundarán la sentencia, proporcionando a la vez una guía para la construcción de su motivación; y, por el otro, sirve de herramienta de control de la racionalidad concreta de las conclusiones de aquélla a los fines del ejercicio del derecho a recurrirla.

La sana crítica racional establece la libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a éstos que las conclusiones a que lleguen sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye (y puedan mostrarse y explicarse como tal). Esa libertad acordada a los jueces del juicio incluye las facultades, primero, de *seleccionar* y *descartar*, y después, de *conceder* o *restar* mayor o menor eficacia conviccional a las pruebas en que fundan la sentencia. Pero esta no puede ser ni una atribución de ejercicio arbitrario, ni un pretexto o mecanismo para resolver de acuerdo a su íntima convicción, voluntarismo o favoritismo.

#### *Duda sobre cuestiones de hecho*

Se establece expresamente que si en la deliberación se plantearan dudas sobre cuestiones de hecho se estará a *lo más favorable al imputado*, lo que nos ha permitido señalar que para poder dictar una sentencia de condena se requiere que el tribunal logre obtener de la prueba reunida en el juicio la *convicción* (certeza) de la culpabilidad del acusado, más allá de *toda duda razonable*. Tal convicción sólo podrá (y deberá) ser *inducida* por datos *probatorios objetivos*, nunca deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, de su silencio, de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares. Aquella creencia será apta para condenar cuando se *asiente* en pruebas de cargo recibidas en el debate, que por indicarla indefectiblemente, permitan explicarla racionalmente, con argumentos que sean comprensibles por las partes y la sociedad y contrastables en su posible acierto o error. Y si bien es posible (en realidad, es lo más frecuente) que la verdad sobre la culpa sea aprehendida por los jueces mediante su intuición, se exige en todo caso que logren explicar, argumentando sobre las prue-

bas aportadas por las partes, cómo llegaron a ella a través de la razón.

Es decir que se requiere no sólo convicción *justificada* con pruebas, sino también, convicción sensatamente motivada, de modo que haga posible el “control externo” sobre su acierto o error por las partes y el público. Para condenar, entonces, será necesario que la acusación haya sido confirmada por un conjunto de pruebas de cargo concordantes con ella, no desvirtuada por ninguna prueba de descargo, y que, además, descarten la posibilidad de alguna conclusión diferente.

De todo lo expuesto se sigue que, en caso de incertidumbre, el acusado deberá ser absuelto, pues en el momento del dictado de la sentencia impera en su máxima expresión el principio *in dubio pro reo* (máxima que es, en realidad, la “otra cara” del principio de inocencia, art. 18, CN), atrapando a la totalidad de las hipótesis posibles de duda, entendidas como estados intelectuales excluyentes de certeza (no sólo la duda en sentido estricto, sino también a la *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del acusado). Por ello, con acierto se ha propuesto que la parte dispositiva de la sentencia absolutoria sea pura y simple (Frascaroli, 2002). La Corte Suprema de la Nación concluye: “las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den certeza absoluta de la existencia del delito y de la identidad del delincuente”.

Ya señalamos que la duda — para ser beneficiosa — debe recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias, que pudieran haberse planteado.

#### 3.2. *Reapertura del debate*

Se prevé la posibilidad, *excepcional*, de que el tribunal, de oficio, interrumpa la deliberación de la sentencia y reabra el deba-

128

te (art. 407), cuando en el transcurso de aquélla encuentre “absolutamente necesario” la *ampliación* de las pruebas producidas (pertinentes y especialmente útiles, por cierto), buscando lograr nuevos o mejores datos de ellas que lleven al *agotamiento* o, por lo menos, a un *mayor o mejor conocimiento* de su posible contenido o eficacia conviccional. Desde luego que el logro de estos resultados debe aparecer como previsible consecuencia de la reapertura.

La prueba cuyo contenido puede ser ampliado debe haber sido *ya producida o incorporada* al debate por su lectura; no hay limitación alguna respecto a su tipo. Pero *nunca puede tratarse de nuevas pruebas* no recibidas en el debate.

Como efecto de la interrupción por este motivo, el debate se reiniciará con arreglo a las normas comunes, pero circunscrito al objeto de la reapertura. No obstante, y en ese límite, el imputado podrá declarar, si así lo quisiera, y el fiscal y la demás partes ejercitar todos sus derechos.

Luego de que la labor de ampliación probatoria concluya, deberá procederse nuevamente a escuchar los alegatos del fiscal y las demás partes. La discusión, en tal caso, quedará limitada “al examen de los nuevos elementos” que la ampliación haya arrojado. Previa invitación al acusado a que diga la “última palabra”, el debate reabierto, deberá ser formalmente cerrado nuevamente. Pero se discute si esta posibilidad “oficiosa” para el tribunal, afecta o no su imparcialidad (Montero).

#### 4. Redacción: requisitos

La redacción de la sentencia debe observar ciertos requisitos (art. 408).

Entre los descriptivos, merece citarse la mención del tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los jueces, jurados, fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado. Se exige, asimismo, la firma de los jueces y jurados; pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimen-

to ulterior a la deliberación, esto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma (v. gr.; se encuentra internado).

#### El hecho

La sentencia debe, básicamente, consignar el *hecho* que fuera objeto de la acusación (y eventualmente, de su ampliación), y la determinación circunstanciada del que se haya acreditado en el debate. El hecho es la conducta humana sustancial, que debe ser descripta objetiva y subjetivamente; las circunstancias son sus accidentes de lugar, tiempo y modo (cuándo, dónde, quién, cómo y porqué ocurrió tal conducta). Tal descripción no puede ser sustituida por conceptos jurídicos (v. gr., no basta con decir que se actuó engañosamente; hay que indicar los hechos o circunstancias consideradas engañosas). El hecho fijado en la sentencia como acreditado en el debate siempre deberá ser idéntico en sus aspectos esenciales con el fijado en la acusación (originaria o su ampliación), pero podrá ser completado con detalles y circunstancias obtenidas durante el debate, siempre que no lo cambien en su esencia.

#### 5. Motivación

La sentencia deberá contener el voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término. Los jurados podrán adherir al voto de cualquiera de los jueces. Esta exigencia es la que se conoce como *motivación*.

Así, el tribunal debe resolver sobre la existencia del hecho contenido en la acusación y la punibilidad del imputado, merituando — primero — la prueba recibida en el debate y confrontando — después — aquél con el derecho penal. Para ambos propósitos, se deberán considerar (y aun contestar) las razones y alegaciones que conforman el objeto del juicio, formuladas por el fiscal y

las partes privadas, consignándose en forma concisa los motivos de hecho y de derecho en que se basen los votos de cada uno de los jueces sobre las cuestiones planteadas en la deliberación.

De este modo se satisface el requisito de la *motivación* (fundamentación) de la sentencia, exigida expresamente por el art. 41 de la Const. Prov. (“en todos los juicios la resolución es *motivada*”) y concebida como un presupuesto esencial para su validez, no sólo en garantía de la defensa de las partes frente al posible arbitrio judicial, sino también como derivación de un sistema político que, fundado en la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios que los cumplen, exige que se puedan conocer las *razones* de las decisiones de éstos (idea de “transparencia”), lo que supone que aquéllas sean *comprensibles*. Esto en la realidad no siempre ocurre, ya que, según una encuesta sobre este punto, “la redacción de sentencias no son entendibles en el nivel medio”, pues los jueces “hablan difícil y no se les entiende” (encuesta encargada por la Asociación de Magistrados de Córdoba, 1993).

El proceder expuesto dará también satisfacción a una creciente exigencia social respecto de quienes ejercen funciones públicas, para que expliquen la *racionalidad* (o sea, que demuestren la no arbitrariedad) de las decisiones que adopten en cumplimiento de su rol, noción que implica especialmente a las resoluciones judiciales que imponen (o evitan la imposición de) una pena. La motivación contribuirá así a posibilitar el control popular sobre actos de gobierno, que no parece quedar satisfecho con que se haga conocer la existencia del acto, sino que exige, además, que se conozcan las razones (los *porqué*) que determinaron su dictado.

### Esencia

La esencia de la motivación consiste en la explicación racional y comprensible que deben brindar los jueces por escrito, acerca de las razones por las que resuelven en un sentido o en otro las cuestiones planteadas en la deliberación. Respecto de las “de hecho”, deberán explicar por qué las conclusiones a las que arriban

pueden ser inducidas de las pruebas que invocan al efecto. Respecto de las “de derecho”, deberán explicar por qué los hechos que dan por acreditados tienen las consecuencias jurídicas penales o civiles que se les asignan y, en su caso, los alcances de ellas. Es decir, la sentencia demostrará mediante una serie de razonamientos y conclusiones los *cómo* y los *por qué* de lo que ella resuelva, con resguardo de las reglas de la sana crítica racional.

### Fines

La exigencia de motivación procura que la sentencia no resulte un puro acto de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sea consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación sobre las razones por las que se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra). Dicha explicación deberá ser primero comprensible para poder luego ser o no *compartible* por cualquier tercera persona, también mediante el uso de su razón (v. gr., las partes, el público, el tribunal que entienda en el recurso que se admita contra ellas, etc.).

Esto, por un lado, implica la posibilidad de que los jueces que dictan la sentencia intenten *persuadir* a todos esos terceros de la sensatez de sus conclusiones; y por otro, excluye la posibilidad de que los magistrados invoquen como únicas razones de su (o de algún) convencimiento, meras “impresiones” personales (v. gr., “el testigo me impresionó como sincero y convincente”), que no puedan ser también admitidas como razones valederas para ello, por el sentido común de esos terceros. Este requisito no puede evitarse pretextando las “virtudes” de la inmediación o las de juicio oral, porque, si bien permiten apreciar aspectos “no verbales” de ciertas pruebas (v. gr., testimonios), estos aspectos (aceptados por la teoría de la comunicación) no son controlables intersubjetivamente, ya que pueden ser percibidos de manera diferente por distintos individuos racionales y su relevancia no puede ser establecida objetivamente. De allí que la motivación de la sentencia deba expresar el *modo* en que ellos se perciben y por qué razones estos aspectos los llevan a concluir de una u otra manera, pues si los aspectos

139

no verbales se dejan escondidos en la intimidad de los jueces que la dictan, sin que éstos expliquen de qué modo los pudieron percibir, y si además no dan los motivos de las conclusiones que ellos fundan o refuerzan, se introducirá un factor de decisión arbitrario que escapará al control de logicidad del razonamiento (es lo que hoy se denomina “motivación de la interpretación de la percepción” del elemento de prueba que realiza la sentencia). No puede existir ningún aspecto de la fundamentación fáctica que no pueda ser controlado bajo la óptica de la sana crítica racional.

#### *Requisitos de la motivación sobre los hechos*

La motivación fáctica exige la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, que se *describa expresamente* el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, consignando concisamente el contenido sustancial de cada elemento de prueba; y, por otro (a continuación, si así se prefiere), que éstos sean *merituados*, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones sobre los hechos que se admitan en la sentencia, todo explicado por escrito. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que hay motivación. Cualesquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) privará a la decisión de la debida fundamentación. En este aspecto, se piensa que, en tanto la prueba que se cite en apoyo de la conclusión que de ella se extraiga contenga los datos necesarios para efectuar una crítica positiva o negativa, se satisface el requisito de la fundamentación (Vélez, 1999).

#### *Descripción del contenido de las pruebas*

El primer requisito (la autosuficiencia de la sentencia en orden a los elementos de convicción en que se basa) es el presupuesto mínimo de cualquier contralor de razonabilidad de la conclusión fáctica a que el tribunal arriba. Dicho control presupone que en la motivación *se precise el contenido sustancial de la prueba*, enunciando, describiendo o reproduciendo concretamente el *dato probatorio*, pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que se

llega deriva racionalmente (o no) de eso dato probatorio invocado. Si la sentencia *no consigna la sustancia* (v. gr., qué dijo el testigo) de los datos probatorios (y, en cambio, sólo lo enuncia v. gr., “la declaración de fulano”) de los que induce una conclusión (v. gr., que los hechos ocurrieron como los da por ocurridos) y esos datos se reservan en el fuero íntimo de los jueces, el no verbalizarlos (o mejor dicho, el no escribirlos en la motivación) impide, primero, verificar si existen o no *existen como tales* (es decir, si son “ontológicamente” pruebas, o sea, datos externos idóneos para provocar conocimiento y no meras opiniones o prejuicios) y, luego (si existieran), controlar si por su concreto contenido conviccional, son *lógica, psicológica y experimentalmente* aptos para fundar esa conclusión.

Esta exigencia cobra especial relevancia tratándose de sentencias condenatorias que, como exigen certeza apodíctica sobre la participación culpable del condenado, requieren que la prueba en la que basen las conclusiones a que se arriben en tal sentido, sólo puedan dar fundamento a esas conclusiones y *no a otras*; es decir, que ellas deriven *necesariamente* de los elementos de convicción invocados en su sustento. Es el principio de *razón suficiente*.

Por cierto que el hecho de que el pronunciamiento sea absoluto no exime al tribunal de juicio del deber de fundar del mismo modo su decisión. El Código no hace distinción alguna entre sentencia condenatoria y sentencia absolutoria, y se autorizan recursos contra esta última, incluso por vicios en su motivación.

En principio, también deberán consignarse — mediante descripciones mínimas para revelar su contenido — las pruebas recibidas que *no se utilicen* (o se descarten) en la fundamentación, porque sólo de este modo se podrá verificar si su inclusión hipotética en esa fundamentación pudo haber impedido llegar a la conclusión fáctica a la que la sentencia arribó o hubiera determinado una conclusión distinta (prueba dirimente).



### Consideración razonada

La motivación exige, además, la *consideración razonada*, conforme a la sana crítica racional de los elementos probatorios que sirven de base a las conclusiones a las que el juez arriba, con el fin de demostrar tanto que tienen entidad como tales (que son "ontológicamente" pruebas), como que revisten suficiente contundencia conviccional para basarlas (o que por carecer de esa contundencia, no permiten basar conclusiones certeras). A tal fin, el tribunal deberá justificar, explicándolas, las razones por las cuales otorga a cada prueba un determinado valor en forma individual, y en el contexto de una apreciación conjunta y armónica con el resto del material probatorio.

La mera enunciación o descripción de los mismos (aunque necesaria) no satisface este requisito, porque no proporcionará los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido respetando las reglas que rigen la corrección del pensamiento humano. Mucho menos la satisfará (a la consideración razonada) la remisión a otras piezas procesales, como, por ejemplo, los dictámenes o conclusiones fiscales.

La remisión en la sentencia definitiva al contenido de la pieza acusatoria sólo puede admitirse en lo referido a la fijación del hecho (siempre que no sea una remisión total, lisa y llana).

La única posibilidad de remisión prevista es la de los jueces del juicio, que pueden fundamentar la sentencia mediante la adhesión a las "consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término", consulta razones de distribución de trabajo y ahorro de energía jurisdiccional y no puede ser interpretado extensivamente ni aplicado analógicamente a la posible remisión de los jueces a la fundamentación del alegato que realiza el Ministerio Fiscal en el debate, pues lo prohíbe el art. 3 del CPP, ya que vulnera un derecho del imputado, impuesto para su defensa.

### La motivación jurídica

La fundamentación debe abarcar también las cuestiones jurídicas que fueron objeto del juicio: el encuadramiento jurídico de los hechos (cuya determinación previa es su presupuesto), la elección de la calidad y cantidad de la pena que se imponga, los beneficios que se acuerden (condena condicional) y, si se hubiere intentado, la acción civil, la existencia y la extensión del daño ocasionado por el delito, todo con cita de las disposiciones legales aplicables. También versará sobre las cuestiones de carácter constitucional o procesal que se hubieran planteado en el proceso y hayan quedado para resolver en la sentencia. Y, en todo caso, deberá precisar el contenido y los alcances de la normativa que aplica.

Se autoriza que la sentencia dé al hecho una calificación jurídica diferente a la recaída en la acusación (originaria o ampliada) o a la fijada por el fiscal en su alegato final, aunque sea más grave y signifique la posibilidad de mayor pena (art. 410). Sin embargo, se ha propuesto que, en el momento que pueda avizorarse un agravamiento del encuadramiento legal, sin alteración de los hechos, esta posibilidad sea puesta en conocimiento del imputado y su defensor, mediante un procedimiento similar al de la ampliación de la acusación (Maier, 1996). Es que, exigir al defensor que alegue *ad eventum* sobre todas las posibles calificaciones legales imaginables que podrían acarrear diferentes clases o escalas de penas, o que argumente, por si acaso, también sobre la individualización de una sanción dentro de una escala diferente a la requerida por el fiscal, no configura un modo serio y razonable de garantizar un ejercicio eficaz del derecho de defensa en juicio (Cafferata Nores, 1999). No obstante se señala que cuando el defensor alega y circunscribe su defensa a un encuadramiento jurídico dado debe descartar todo otro encuadramiento con sus razones, las que, desde luego, pueden o no ser admitidas por el tribunal al resolver, máxime cuando en el proceso penal rige en plenitud el principio "*juris curia novit*" y éste integra la potestad decisoria, que se manifiesta en la sentencia. Además, dicha resolución podrá ser controlada en su acierto o equivocación a través del recurso deducido en

140

su contra por cualesquiera de las partes intervinientes, en igualdad de oportunidades (Montero, 1998).

### *La fundamentación de los jurados*

Se ha opinado en contra de la exigencia impuesta a los jurados de fundar su voto, tanto en los hechos como en el derecho, bajo el argumento de su falta de preparación jurídica. La crítica no es, por cierto, ligera, pero no repara en la circunstancia de que la deliberación es una "obra" colectiva, en la que interactúan con sus propias potencialidades todas las personas que en ella participan, facilitándose además a los jurados la adhesión al voto de cualesquiera de los jueces (art. 408 inc. 2, *in fine*).

Desde luego que, en el modelo adoptado, la deliberación de la sentencia adquirirá un nuevo perfil, pues en este acto ambas clases de jueces (técnicos y legos) colaboran y se deben prestar mutuamente aquellas facultades que a los otros les faltan; los técnicos prestan su conocimiento del derecho; los jurados, la visión espontánea de las relaciones jurídicas propias del hombre común. Se ha advertido también que esto exigirá a los jueces técnicos una responsabilidad adicional, cual es la de hacer comprender a los legos el valor de lo jurídico, especialmente de las reglas procesales, su sentido y función, y los límites en la valoración de la prueba. El jurista que esté seguro de sus convicciones deberá encontrar la vía para solucionar los prejuicios sentimentales que puedan tener los jueces legos y convencerlos del valor y la necesidad de los resultados jurídicos. Y si no lo consigue "tendrá un importante motivo para revisar su propio pensamiento y preguntarse si el hábito o la rutina no habrán influido decisivamente en ese modo de pensar" (Schmidt, 1957).

### **6. La individualización de la pena**

El Código Penal Argentino ha optado por un sistema de penas elásticas, o relativamente indeterminadas, fijando un mínimo y un máximo, permitiendo al tribunal escoger un punto dentro de la escala como pena en concreto. Esta tarea se debe realizar al dictar-

se la sentencia de condena. La individualización de la pena es quizás la responsabilidad más ardua y la que más dificultades y dudas plantea a los jueces, porque en realidad no se trata de cuantificar la cantidad de bienes jurídicos de los que hay que privar al penado, sino de establecer cuál será el tratamiento resocializador al que debe sometérselo, a la vez que la medida de la privación de libertad que deberá soportar (Vélez, 1999). Se ha señalado que este es el campo más arbitrario en el ámbito de la práctica tribunalicia y, por consiguiente, fuente tremenda de inseguridad jurídica. Hay períodos "duros" y "blandos", tribunales y jueces "duros" y "blandos". Además, se critica que "en la cuantificación de las penas, las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente en la práctica, de valoraciones generales, que en muy amplia medida, dependen de consideraciones morales" (Zaffaroni, 2000). A todo esto se suma que la motivación de la llamada *individualización* de la pena es un aspecto que no ha merecido el mismo énfasis que el vinculado a la participación culpable del acusado, a pesar que las leyes requieren idéntico tratamiento para ambos: la exclusión del arbitrio, a través de la explicación razonada de los "porqué".

La fijación de la pena debe consultar el principio de culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, y tomar como herramientas las pautas de los artículos 40 y 41 del C. Penal (y art. 21, en caso de multa). Pero la sola remisión formal a las circunstancias allí previstas, no satisface la exigencia de fundamentación de la pena, pues esa tarea requiere que el tribunal de sentencia señale en qué medida las pautas convenidas en aquellas normas trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, incidirán en la medida de la pena. La sentencia debe dar las razones por las que elige una especie de pena (cuando existen alternativas) o establece una cierta medida de sanción, dentro de los topes mínimos y máximos de la escala del delito. Y para que la fijación de la pena respete la exigencia de fundamentación, el tribunal deberá señalar cuáles de las circunstancias previstas en el art. 41 del Código Penal utiliza en el caso concreto

como agravantes, cuáles de ellas utiliza como atenuantes y por qué les asigna a cada una de ellas ese efecto en el caso concreto.

Pero la obligación de fundar la elección de la especie y cantidad de la sanción para el caso concreto no *se extiende* a su modo de ejecución cuando éste sea efectivo, porque en principio la pena se impone para ser cumplida (arg. de los arts. 6 y ss., CP). Consecuentemente, la invocación de la norma penal aplicada será suficiente fundamento sobre el punto. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el beneficio del art. 26, CP, que consagra "*la facultad de los tribunales*" ejercitable en casos de condena a prisión que no exceda de 3 años de *dejar en suspenso* el cumplimiento de la pena. Como esto significa una excepción a la efectivización de la sanción penal, se impone, bajo *pena* de nulidad, que la suspensión se funde en las circunstancias previstas en la norma (o en otras), que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad (art. 26). No resulta entonces forzado interpretar que lo que se debe fundar es *la decisión de suspender* la ejecución de la condena, en virtud de su excepcionalidad. Y que, por tanto, *sólo* la omisión de motivar la *decisión de suspender* es la que está conminada con nulidad en el mencionado art. 26, CP.

#### *La parte dispositiva: absolución, condena, acción civil*

La sentencia debe culminar con una decisión concreta sobre la acusación y la acción civil que pudiera haberse intentado (la que no siempre correrá la misma suerte que la cuestión penal).

Si la sentencia fuera *absolutoria* (art. 411), en la parte dispositiva ordenará la inmediata libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas provisionalmente (v. gr., la caución), aunque fuere *recurrible* (es un caso de excepción *expresa* al efecto suspensivo propio, por ejemplo, del recurso de casación). Podrá ordenar la aplicación de medidas de seguridad (si se fundara en la inimputabilidad del art. 34, CP), y también la restitución, indemnización o reparación demandada, pues la absolución del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie (art. 26) sobre ella en la sentencia (v. gr., se ab-

suelve al automovilista por no haberse acreditado su culpa en las lesiones que ocasionó a un peatón, pero se lo condena civilmente a indemnizar a éste por los daños sufridos, por el riesgo del uso de la cosa, art. 1113 Código Civil).

Si la sentencia fuese *condenatoria* (art. 412) fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan, y resolverá sobre el pago de las costas.

Y si la acción civil hubiere sido ejercida, dispondrá, con arreglo a lo reclamado, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones. Como esta clase de sentencia debe "hacer cesar los efectos materiales del delito", podrá ordenar la restitución aunque la acción civil no hubiere sido intentada.

#### 7. Lectura de la sentencia: efectos

Redactada la sentencia con arreglo a lo precedentemente expuesto, será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. El presidente (no es necesario que lo haga todo el tribunal) se constituirá en la sala de audiencias y ordenará por Secretaría la *lectura* pública del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan (art. 409).

Por lo general (y a pesar de que se prevé como un procedimiento excepcional para el caso de que la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia), en dicha oportunidad se podrá leer tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia posterior para la lectura integral (en realidad, lo que interesará conocer en esa nueva audiencia son sus fundamentos). Sin embargo, hay quien señala que en ningún caso se debería leer la parte dispositiva de la sentencia en acto separado de la lectura de sus fundamentos (Frascaroli, 2002). La lectura se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de quince días a contar del cierre del debate. La lectura integral (sea que se produz-

ca inmediatamente después de la deliberación o que se realice en la audiencia posterior fijada a tal efecto) valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate, aunque no comparezcan al acto (siempre que hubieran sido citados efectivamente). A partir de ese momento comenzará a *correr el término* para recurrirla.

### 8. Congruencia entre acusación y sentencia: alcances

El principio de congruencia, globalmente considerado, se expresa como la necesaria *identidad* entre el hecho delictivo sobre el que se dicta la sentencia, el contenido en la acusación (tanto en la originaria, como en su eventual ampliación), el intimado al imputado al recibírsele declaración, y el expresado en la requisitoria Fiscal de Instrucción (si existiere). Entre ellos debe existir una correlación fáctica *esencial*, en resguardo del derecho de defensa. El aludido principio impedirá dar por válidamente incorporada en la acusación un hecho que no estaba comprendido ni descrito en ella.

Su manifestación final supone que el *factum* contenido en el documento acusatorio sea trasladado, sin alteración de sus aspectos esenciales, a la sentencia, exigencia que se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio (debe fallar sobre ese hecho y no sobre otro). También la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho respecto del que el imputado no pudo refutar ni “contra-probar”, por no haber sido oportunamente informado sobre él (sería como una “alevosía procesal”). La mutación esencial en la sentencia del *factum* contenido en la acusación, es incompatible con la legítima intervención del imputado en el debido proceso, impuesto por el sistema constitucional como presupuesto de la pena (arts. 18 y 75 inc. 22, CN), lo que acarreará su nulidad. En cambio, las alteraciones meramente circunstanciales (v. gr., la inclusión de una circunstancia agravante), sólo aparejarán tal sanción, cuando no hayan sido oportunamente incorporadas al juicio por medio de la amplia-

ción de la acusación, o no se haya garantizado la defensa respecto de esa ampliación.

Respetándose estos requisitos, se autoriza a que en la sentencia el tribunal pueda dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior (art. 410).

### 9. Pedido fiscal de absolución y condena

Como se rige por un criterio de *objetividad*, el Ministerio Público Fiscal podrá concluir a favor del imputado, requiriendo su absolución, lo que no impedirá que el tribunal dicte sentencia de condena (art. 410).

#### *La CSJN y la jurisprudencia de “Tarifeño”*

A pesar de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso reiteradamente anular condenas dictadas no obstante el pedido de absolución formulado por el fiscal, por considerarlas violatorias de las formas sustanciales del juicio “en la medida que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediare acusación” (CSJN, caso “Tarifeño”, entre otros). El alto tribunal resolvió así, *implícitamente*, que el *requerimiento fiscal de citación a juicio* (art. 355) *no* configuraba “acusación”, o que no era *la* acusación que exigen las “formas sustanciales del juicio”, aspecto que dividió las opiniones. Muchos sostuvieron que aquella pieza *es* la acusación y surte efectos como tal, aun “ultraactivos” a su formulación, aunque no contenga (ni pueda contener) un expreso pedido de condena e imposición de pena. Otros, en cambio, entendieron que el requerimiento de elevación a juicio no es *suficiente* acusación, pues ésta quedará fijada de manera exclusiva y excluyente con la pretensión de la correspondiente sanción (Frascaroli, 1998).

*El requerimiento fiscal de citación a juicio, ¿es la acusación?*

En orden a esta discusión, se ha dicho que “sea que aceptemos que el sentido constitucional de la acusación es el de fijar la condición de *tercero* del tribunal, para garantizar su *imparcialidad*, o bien que pensemos que su finalidad constitucional es la de asegurar la *defensa* del acusado (que sólo sabiendo de qué se lo acusa podrá defenderse) y limitar en lo fáctico la órbita jurisdiccional del tribunal de juicio (que no podrá así condenar por un hecho distinto al contenido en la acusación), lo cierto es que el requerimiento fiscal de elevación a juicio, formulado de acuerdo con las exigencias que disciplinan los códigos, no parece *manifiestamente* insuficiente para satisfacer cualquiera de esas finalidades, o ambas a la vez” (Cafferata Nores, 2000).

Así, se ha señalado que un código *podría establecer válidamente* que si el fiscal del juicio pide la absolución del imputado el tribunal no podrá condenarlo (ni aplicarle una pena más grave que la pedida por aquél), sin que ello importe acordarle un poder de disposición sobre la pretensión punitiva (que sería violatorio del art. 71 del C. Penal) (Cafferata Nores, 2000).

*Alcances del método acusatorio*

Así lo pensamos, porque en realidad sólo se tratará de resolver sobre la amplitud de los alcances del método acusatorio (*nemo iudex sine actore*), y pareciera que no hay muchos argumentos para negar la posibilidad de que una ley procesal decida extender esa solución también al caso del pedido de absolución del fiscal del juicio. Es que, si el Ministerio Público Fiscal puede impedir (a través del acuerdo entre fiscal inferior y superior) la condena, al impedir el inicio del proceso o la realización del juicio oral no requiriendo la instrucción o la elevación a juicio; y si puede impedir una posible condena de un tribunal de alzada, al no recurrir la sentencia absolutoria dictada después del juicio o al desistir del recurso contra ella, ¿por qué no podrá establecerse que pueda impedir, con su pedido de absolución, que el tribunal de juicio condene al imputado? No parece existir ninguna razón nueva e irrefutable que inva-

lide las que se invocan para justificar estas restricciones admitidas al ejercicio de la jurisdicción (y menos alguna de jerarquía superior).

Lo expuesto es de tal forma sobre todo si se toma en cuenta que en nuestro sistema procesal los fiscales tienen que ser *objetivos*, pues *deben procurar la verdad* y ajustarse a las pruebas sobre ella en sus requerimientos o conclusiones, ya sea que resulte contraria o favorable al imputado. Este deber de objetividad tiene su fuente concreta en los códigos que autorizan al Ministerio Público fiscal a pedir el sobreseimiento, requerir la absolución del imputado e, incluso, a interponer recursos en su favor (hasta contra una sentencia condenatoria firme). El Ministerio Público Fiscal, entonces, no es un acusador *a outrance*: sus requerimientos estarán orientadas por lo que “en derecho corresponda”, ya que sólo así cumplirá correctamente su función de promover la acción de la justicia “en defensa de la *legalidad*” (art. 120, CN).

*Estado actual de la discusión*

La fuerte discusión que se planteó cuando la Corte Suprema dijo que el tribunal, frente al pedido de absolución fiscal, no podía condenar al imputado, pareció quedar relegada a un plano *puramente especulativo*, cuando ella misma modificó su criterio (CSJN, caso “Marcilese”). Sin embargo, en un fallo reciente, la Corte retomó la posición sustentada en el precedente “Tarifeño”, en el sentido de considerar que los tribunales de juicio no pueden condenar si el fiscal que intervino en la audiencia solicita la absolución del imputado (CSJN, caso “Mostaccio”).

## II. NULIDAD DE LA SENTENCIA

Se enumeran a continuación (art. 413) los vicios *intrínsecos* de la sentencia que pueden ocasionar su nulidad, si bien ésta puede proceder por otras razones *extrínsecas* o precedentes (v. gr., la

142

defectuosa constitución del tribunal, el exceso en el plazo máximo de suspensión del debate, la violación del secreto de la deliberación, etc.). También se ha propuesto que se pueda impugnar de nulidad, si con motivo de las especiales características (tendenciosas o falsas) de la difusión masiva del caso, se hubiere visto afectado el carácter equitativo del juicio (Frascaroli, 2002). En cualquier caso, la nulidad de la sentencia podrá ser requerida a través del recurso de casación, al amparo de la causal de inobservancia de normas procesales (art. 468, inc. 2).

### 1. Causales de nulidad

La sentencia será nula (art. 413):

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el tribunal estime acreditado.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los jueces o jurados.

Analizamos las causales de nulidad en lo que sigue.

### 2. Irregularidades de la base fáctica

La sentencia será nula si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación. Es que, si la base del juicio es la acusación, es natural que el hecho que la motiva deba consignarse en la sentencia que le pone fin y que sobre ella resuelve. Sólo así se

podrá controlar si el fallo decide sobre todas las cuestiones postuladas por la acusación o refutadas por la defensa, la congruencia o correlación fáctica entre ambas (acusación y sentencia), el ámbito de la cosa juzgada y el alcance del principio *non bis in idem*. Aquella enunciación no podrá ser sustituida por la determinación circunstanciada del hecho de que el tribunal estime acreditado luego del debate, el que, sin embargo, no podrá contener mutaciones sustanciales respecto del descrito en la acusación. En caso de que se hubiera ejercitado la acción resarcitoria, la omisión de describir los extremos de la demanda civil podrá ocasionar la misma sanción.

### 3. Ilegalidad de la prueba

La sentencia será nula en caso de fundamentación ilegal, tanto por valerse de pruebas ilegalmente obtenidas (v. gr., confesión arrancada por medio de apremios), como por sustentarse en pruebas ilegalmente incorporadas al debate (v. gr., testimonio recibido en la investigación preparatoria, pero fuera de los casos taxativamente autorizados para su lectura). Véase el apartado III del Capítulo 11, en pág. 504. La prueba ilegalmente valorada ocasionará la nulidad de la sentencia sólo si fuese dirimente. Véase, más abajo, “dirimencia de la prueba”.

### 4. Vicios de la motivación

En términos generales, puede decirse que la sentencia será nula en caso de *falta* de fundamentación, comprendiéndose en este vicio la *ausencia total* de fundamentos (v. gr., se resuelve así porque sí, sin invocar prueba alguna — hipótesis de gabinete —); las hipótesis de que los datos admitidos como probatorios *no pueden* ser considerados tales (no son “ontológicamente” pruebas) por su incapacidad o falta de idoneidad potencial para generar conocimiento (v. gr., la “visión” de una pitonisa, el testimonio de un imbecil); la fundamentación *aparente* (el fallo no se basa en pruebas, sino en opiniones o valoraciones); la fundamentación *incongruente*, cuando no contiene una adecuada referencia a los hechos de la causa (la prueba que se invoca en sustento de una conclusión no

tiene relación con ella); la fundamentación *falsa* (v. gr., la conclusión se funda en una inexacta reproducción de los dichos del testigo); o la fundamentación *global* (no se especifica en qué prueba se fundamenta cada conclusión).

También se conmina con nulidad la fundamentación *omisiva* (cuando se omite valorar prueba dirimente que, de haber sido valorada, hubiese determinado una conclusión diferente a la arribada) y la fundamentación *contradictoria* (v. gr., el mismo hecho es afirmado y negado, simultáneamente en distintas partes de la misma resolución), debiendo considerarse incluida la fundamentación *incompleta* (valoración de una prueba aislándola del conjunto probatorio esencial, sin referencia a sus posibles contrapruebas). Pero la nulidad se producirá *sólo* si los aludidos defectos afectan a elementos probatorios *dirimientes*, o sea, de valor *decisivo*, como se explica a continuación.

La llamada *insuficiencia* de la fundamentación no es admitida por los tribunales de casación como causal de nulidad, porque se sostiene que aquélla se relaciona con la fuerza de convicción de la prueba y no con la corrección del razonamiento.

#### *Dirimencia de la prueba*

Un estándar legal de imprescindible comprensión a los fines de precisar el alcance de las causales de nulidad por vicios de la motivación o la utilización en ella de prueba ilegalmente incorporada (incluso hasta por contradicción) es el de la "esencialidad" o "dirimencia" de la prueba sobre la que tales vicios recaen.

Por prueba esencial o dirimente se ha entendido un elemento probatorio que, por sí o unido a otros, verosíblemente *podría modificar la solución dada a la cuestión probatoria*.

#### *Supuestos*

El análisis de la dirimencia de una prueba en la fundamentación de la sentencia interesa en dos supuestos. El primero se relaciona con la *inclusión indebida* (valoración indebida por incorpo-

ración ilegal) en la fundamentación de un elemento probatorio que no puede ser incluido en ella porque la Constitución o la ley aplicable lo impiden (v. gr., confesión obtenida bajo apremios). El segundo se refiere a la *omisión indebida* (es decir, a la omisión de valorar), en la fundamentación, de un elemento probatorio que debía ser incluido en ella.

Las dos hipótesis tiene un *resultado* común: la inclusión hipotética de la prueba indebidamente omitida o la exclusión hipotética de la indebidamente incluida, en el razonamiento del sentenciante, traerá como resultado que la conclusión fáctica a que se arriba en la motivación resulte por alguna razón violatoria de *las reglas de la sana crítica* (v. gr., por permitir lógicamente arribar a una conclusión contraria o distinta a la que arriba la sentencia de condena sobre la culpabilidad del imputado). Si así no ocurriera, y la conclusión fáctica del fallo, a pesar de la exclusión o de la inclusión hipotética, siguiera teniendo fundamento en la (restante) prueba válida que ya fuera considerada en la fundamentación, no habrá nulidad.

#### *Demostración de la dirimencia: el contraste*

A la dirimencia hay que demostrarla mediante el *contraste* entre la prueba válida (cuyo contenido ha sido omitido en la valoración) o inválida (indebidamente valorada), y la restante en la que el tribunal de sentencia basó su conclusión fáctica. Pero ese contraste sólo puede realizarse desde el punto de vista meramente *lógico* de su potencialidad como tal, desde su "aptitud lógica hipotética" para impedir por su *inclusión* — en caso de omisión indebida — o por su *omisión* — en caso de inclusión indebida por ser ilegal — que se arribe a la conclusión a la que la sentencia arriba, en razón de su racional incompatibilidad entre esta conclusión y aquella prueba (indebidamente omitida o incluida en la valoración), al presentar, conforme a la sana crítica racional, como igualmente posible una conclusión contrapuesta o diferente.

No es posible, en cambio, en el análisis de la posible dirimencia, realizar una valoración del *impacto conviccional concreto*



que tendría la prueba en cuestión, sobre el restante cuadro probatorio, pues ello significaría una revaloración de la prueba del debate (que tienen prohibida, tanto el recurrente como el tribunal de casación).

#### *Violación a las reglas de la sana crítica*

La nulidad que se conmina en relación con pruebas dirimientes se ocasiona por la violación a *cualesquiera* de las reglas de la sana crítica, y no únicamente en los casos (como entiende alguna jurisprudencia) de *arbitrariedad*, es decir, por una “decisión contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada sólo por la voluntad, el capricho, o por el *absurdo*”, por un fundamento “contrario y opuesto a la razón, que no tiene sentido; extravagante, irregular, chocante, contradictorio, irracional, arbitrario o disparatado”.

Es que los principios de la recta razón (los de la “sana crítica”) expresan mucho más que mero capricho, extravagancia o disparate, que son los reducidos alcances de la arbitrariedad y el absurdo. Las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común abarcan un universo de posibilidades que exceden con holgura los supuestos extremos de arbitrariedad o absurdo, a los que ciertamente incluyen, pero no pueden reducirse sólo a ellos (piénsese, por ejemplo, en la vulneración del *principio de razón suficiente* y sus *especiales* requisitos tratándose de sentencias de *condena* frente a la *certeza apodíctica* que le exige el principio de inocencia; o en las hipótesis de ejercicio abusivo de las facultades de selección de la prueba por parte del tribunal de juicio).

#### *Casos*

Los más frecuentes defectos lógicos de la motivación se relacionan con violaciones al principio de razón suficiente. Este principio requiere que la prueba en la que se basen las conclusiones fácticas a que se arriben en las sentencias de condena sólo puedan dar fundamento a esas conclusiones y *no a otras*, que ellas deriven *necesariamente* de los elementos de convicción invocados en su sustento. También quedará afectada la validez del razonamiento si él

se asienta en máximas de experiencia *falsas* (porque carecen de la “generalidad” necesaria para adquirir esa condición y sólo reflejan opiniones derivadas de experiencias particulares del sentenciante), o les acuerda un valor certero cuando sólo puede invocarse de ellas una simple probabilidad. Y también existirá nulidad de la motivación cuando sus conclusiones sean contrarias a reglas de la ciencia en general (v. gr., que no es posible que la caída de un rayo ocasiona un incendio) o de la sicología en particular (v. gr., se niega la posibilidad de que las personas puedan evocar percepciones sensoriales que han experimentado).

#### *El “in dubio pro reo”*

Hasta antes de la reforma constitucional de 1994 había margen para sostener que, a pesar del mandato expreso de resolver a favor del acusado en caso de duda sobre cuestiones de hecho, no se podía controlar la observancia del principio *in dubio pro reo* en la sentencia condenatoria, por ser un simple precepto de carácter procesal que, por funcionar en el área de la valoración de la prueba, resultaba de incumbencia exclusiva de los tribunales de juicio. Por eso, se *impedía tachar de nulidad a la sentencia*, bajo el argumento de que había desobedecido la ley procesal que establecía ese principio.

Hoy, en cambio, hay quien señala en doctrina que el *in dubio pro reo* es (por obra de la normativa supranacional) una garantía de literal estirpe constitucional, por ser de la esencia (pues es la contracara) del principio de inocencia (art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCP; art. 75, inc. 22, CN), que exige *expresamente* para que se pueda dictar una sentencia de condena, que se *pruebe* la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP) plenamente, es decir, más allá de cualquier *duda razonable*, por lo que su palmaria violación en la sentencia de condena *puede ocasionar la nulidad de ésta*, aunque sólo fuera por el nivel constitucional del mandato y aun cuando el Código no conmine expresamente con nulidad su inobservancia en la condena.

Sin embargo, no es esta la posición doctrinaria dominante, ni mucho menos la admitida por los tribunales de casación, aunque tal vez debiera serlo, por imperio del principio de inocencia y la necesaria aplicación operativa que tienen las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos respecto de los tribunales argentinos.

### 5. Otros vicios formales

Como la sentencia debe resolver sobre todas las cuestiones que fueron objeto del juicio, se conmina su nulidad en caso de que faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva. El primer defecto (que faltare) es una hipótesis casi de gabinete; el segundo concurrirá cuando aquélla (la parte resolutive) no agote (como debería haberlo hecho) la decisión sobre las cuestiones esenciales objeto del juicio, como, por ejemplo, si en ella no se puede establecer por qué hechos absuelve y por cuáles condena, o, en este último caso, no se pueda establecer cuál es la calificación legal que adopta, la especie o cantidad de la pena que impone, el modo de su ejecución, por qué rubros acepta o rechaza la acción civil deducida, etc. Pero si el faltante no fuera esencial, la nulidad no se producirá, sin perjuicio de la posibilidad de rectificación o aclaratoria.

Se sanciona también con nulidad la sentencia en la que no estuviere suficientemente individualizado el imputado, lo que tiende a excluir la posibilidad de que resulte condenada una persona física diferente (no abarca el error sobre el nombre) a la que se quiso someter a juzgamiento (la nulidad aquí no se refiere a que la persona condenada no sea la culpable). Igual sanción se conmina para el caso que faltare la fecha del acto, o la firma de los jueces o jurados, salvo que alguno de ellos no pudiere suscribir la sentencia por un impedimento ulterior a la deliberación, lo que se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

## III. JUICIOS ESPECIALES

Los códigos autorizan, a la par del juicio común, la realización de *juicios especiales*. Éstos tienden, tratándose de delitos de acción pública, a facilitar la simplificación y abreviación del juicio, bajo la premisa de que el desgaste jurisdiccional que implica el enjuiciamiento oral y público debe tener una cierta proporcionalidad con la entidad del delito que se quiere juzgar, la complejidad de la prueba y la aquiescencia del acusado. El argumento invocado para la simplificación es doble: por un lado, la mayor facilidad probatoria de los delitos leves o de mediana gravedad (no procede si hay dificultades); por otro, la imposibilidad de juzgarlos a todos — dada su gran cantidad — mediante el juicio común.

### 1. Juicio correccional

En este juicio especial (art. 414), la simplificación consiste en que se reducen algunos plazos, el órgano jurisdiccional ante el que se ventila el juicio siempre será unipersonal y, por extensión del principio *nemo iudex sine actore* y como mayor garantía para el acusado frente a un juez individual de instancia única, se dispone que éste no podrá condenar al acusado si el fiscal no lo pide, ni imponerle una sanción más grave que la requerida por éste. Hay quien cree que aparece como contradictoria la limitación jurisdiccional para decidir, frente a la existencia de Salas Unipersonales en materia criminal que no la tienen (Montero).

En lo demás, el Juez Correccional procederá de acuerdo con las normas del juicio común, y tendrá las atribuciones propias del presidente y del tribunal encargado de aquél. Los términos que establece el artículo 367 serán de tres y quince días, respectivamente.

#### 1.1. Procedencia

El juicio correccional procede en casos de delitos de acción pública dolosos que estuvieren reprimidos con prisión no mayor de

144

tres años o pena no privativa de la libertad, y de delitos culposos cualquiera sea la pena (art. 37).

## 2. Juicio abreviado

La idea de abreviación (art. 415), de lograr sentencias en un lapso razonable con fuerte ahorro de energía y recursos jurisdiccionales y sin desmedro de la justicia, tradicionalmente aceptada para delitos leves, se ha extendido también para el tratamiento de ilícitos de mediana entidad. Respecto de esto, ahora se admiten alternativas para abreviar el juicio oral y público, cuando su realización completa *no* sea imprescindible para arribar a una sentencia que resuelva el caso, con respeto de los principios de legalidad y verdad, y así lo acuerden el tribunal, el fiscal y el acusado. Condición *sine qua non* (aunque no la única) para ello, será que la prueba reunida en la investigación preparatoria sea idónea a tal fin, sin que sea necesario reproducirla en un debate, a criterio de los sujetos esenciales del proceso.

### 2.1. Procedencia

El juicio abreviado procede en caso de confesión llana y circunstanciada del imputado, o de su expresa conformidad con la acusación; requiere el *acuerdo* del fiscal, el imputado y su defensor, y el tribunal de juicio sobre su procedencia; permite omitir la recepción oral y pública de la prueba, y fundamentar directamente la sentencia en las pruebas recibidas en la investigación preparatoria (que se consideran idóneas para resolver el caso), no pudiendo imponerse — en tal supuesto — al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal, previamente acordada con aquél.

#### Justificación

El juicio abreviado beneficia al Estado, pues permite, por un lado, ahorrar el tiempo y el significativo costo que insume la realización del juicio oral y público. También favorece al acusado, ya que a cambio de su colaboración (confesión o aceptación de la acu-

sación), podrá obtener una pena inferior a la que podría corresponderle en el juicio común, logrando — a la vez — una mayor *personalización* en la solución de su caso, habida cuenta que podrá librarse de la incertidumbre ínsita en todo juicio y participar en una decisión trascendente sobre su vida y su futuro (la pena) que, en el procedimiento ordinario, le sería *impuesta* por la autoridad (“bajada”, se dice en la jerga carcelaria). Por cierto que será *imprescindible* una adecuada defensa técnica, sobre todo cuando sea prestada por el Estado.

### 2.2. Trámites

El acuerdo sobre el trámite abreviado es formal y exterioriza uno previo y de carácter material: el que el fiscal y el imputado y su defensor hacen *sobre la pena* a imponer, que será más leve, la mínima o de ejecución condicional, como contrapartida del consentimiento para el trámite abreviado y de la confesión o aceptación de la acusación, y que el tribunal, si acepta esta vía, no podrá aumentar.

#### Acuerdos: límites

Como no hay un marco jurídico-penal que permita incorporar (formalmente) a este acuerdo criterios de oportunidad o concesiones hacia la verdad consensuada, el mismo debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreto o a modalidades de su ejecución (v. gr., condena condicional), de acuerdo a la calificación jurídica que corresponde al hecho acusado, el que, además de confesado o reconocido por el imputado, debe encontrarse *acreditado* concordantemente por las pruebas de la investigación preparatoria.

No se trata, entonces, de que el acuerdo pueda libremente evitar la pena para algunos delitos, reprimiéndose sólo otros, que la pena a imponer sea inferior al mínimo de la escala prevista para el delito acusado, que se acepte una calificación legal más leve que la que corresponde o de que se tenga como probado un hecho distinto del que ocurrió, o como existente uno que no está acreditado

que exista o que el acusado participó en él (aun cuando, en la realidad, algunas de estas cosas pueda ocurrir).

Se trata sólo de acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas, o de una modalidad de su ejecución), que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico, a través de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen. Este es el *núcleo* del juicio abreviado.

Su aceptación tampoco implica prescindir de la verdad histórica o sustituirla por una verdad consensuada. Basta reparar en que la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación preparatoria (que se orienta hacia el logro de la verdad), y no en la confesión que pudiera haber prestado el acusado en el marco del acuerdo, confesión que — es bueno recordarlo — deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzas, lo que ratificará (reforzándolo) su valor conviccional.

#### *La conformidad del tribunal: controles*

La procedencia del juicio abreviado requiere la conformidad del tribunal (si no la presta, debe adoptarse el trámite ordinario), que estará relacionada con su anuencia sobre los siguientes puntos: que el hecho y la participación confesada o reconocida por el imputado se encuentren suficiente y concordantemente acreditados por las pruebas reunidas en la investigación preparatoria, que la calificación jurídica propuesta por el fiscal sea la adecuada y que la pena requerida y consentida sea acorde con ese encuadramiento. La conformidad del tribunal no debe condicionarse a su anuencia con la suficiencia de la pena (aunque la disconformidad al respecto suele hacer que el tribunal igualmente se oponga, pero *pretextando* los motivos legalmente autorizados para no prestar su anuencia).

El tribunal deberá controlar especialmente que la confesión o aceptación de la acusación del acusado sea voluntaria (sin coac-

ción ni engaño) y prestada con pleno conocimiento de las consecuencias que le traerá, con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto.

A evitar el riesgo de que el instituto se utilice como un procedimiento destinado a obtener confesiones que de otro modo no se hubieran obtenido, no sólo contribuye la publicidad de la audiencia donde se formaliza el acuerdo, sino también la protección legal que implica la norma del art. 489, inc. 6, que prevé como causal de revisión de la sentencia condenatoria el caso de que el consentimiento del acusado con el juicio abreviado no hubiese sido fruto de una libre e informada decisión de su voluntad (es decir, se autoriza el recurso de *revisión* contra la sentencia que se dicte — art. 489, inc. 6 —, aun después de que ésta adquiera firmeza).

#### *Sentencia*

La sentencia que se dicte deberá reunir los mismos requisitos que se exigen para ella en el juicio común, y deberá fundarse en las pruebas recibidas en la investigación preliminar y en la concordante aceptación de responsabilidad por parte del acusado.

#### *2.3. Clases*

El juicio abreviado puede desarrollarse en dos oportunidades diferentes, lo que ha dado lugar a que en la práctica se los distinga.

- A) El llamado *juicio abreviado inicial* (art. 356) podrá tener lugar desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 278, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, cuando el imputado, en presencia de su defensor, solicite la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión.

Siempre que estuvieren de acuerdo con la petición expresada el Juez y el Fiscal de Instrucción y una vez formulada la acusación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado y en los elementos de prueba que existieren, se

145

realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por el artículo 415.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, en relación a los hechos contenidos en la acusación, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado.

La sentencia se fundará en la aprehensión en flagrancia o en la confesión del imputado y en los elementos de prueba reunidos.

Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción, a los fines del artículo 357. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto.

B) También durante la *etapa del juicio* podrá procederse mediante juicio abreviado. El art. 415 dispone que si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el tribunal, el fiscal y los defensores. En tal caso, la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal.

Por cierto que serán aplicables en esta oportunidad las reglas del art. 356 sobre *juicio abreviado inicial*.

### 3. Juicio por delito de acción privada

#### *Derecho de querella*

Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada (art. 73, CP), tendrá derecho a presentar querella ante el tribunal de juicio competente, y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el

representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste (art. 424).

La persona ofendida es el titular del bien lesionado por el delito y tutelado por la ley penal, y no el simplemente damnificado por el delito (véase el apartado X del Capítulo 5, en pág. 273). Las personas colectivas, es decir, las asociaciones con fines lícitos, con o sin personería jurídica, tienen capacidad para querellar por delitos que atenten contra el buen nombre, la confianza o el crédito de que gozaren o que violen sus secretos o impliquen una concurrencia desleal en su perjuicio.

La "querella" o *acusación*, no es una simple instancia del agraviado mediante la denuncia del delito, para que el órgano público ejerza la acción penal, sino que implica el ejercicio de la acción penal emergente del delito, y su autor queda ligado como parte al proceso. Por eso se establece que el querellante quedará sometido a la jurisdicción del tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales (v. gr., se le puede exigir el patrocinio letrado o la unificación de representación, se le puede imponer costas, queda sometido al poder disciplinario del tribunal; y hasta puede resultar penal y civilmente responsable de acusación calumniosa) (art. 428). Obedece también a tal circunstancia que, en esta clase de procedimiento especial, el requerimiento del órgano público de la acusación queda excluido. Es una consecuencia directa de la ley penal de fondo (arts. 75 y 76 CP).

Además, la querella, a diferencia de la instancia del art. 72 CP, no se extiende de derecho a todos los partícipes del delito, sino que el ofendido puede elegir contra quién o quiénes dirigir la acción penal.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo (art. 425).

### Forma y contenido de la querrela

La querrela, que contiene *ab initio* la acusación dirigida contra el querrellado y abre el proceso cuando es jurisdiccionalmente admitida, será presentada:

- a) Por *escrito*: porque a diferencia de la denuncia y de la instancia privada, la querrela no puede ser verbal y tampoco puede hacerse en simple diligencia, sino que debe presentarse, firmada, en un documento formalmente acusatorio;
- b) Con una copia para cada querrellado: a fin de que el tribunal se las remita al citarlos a la audiencia de conciliación (art. 432);
- c) Personalmente o por mandatario especial: si el querellante actúa personalmente o el mandatario no es un abogado matriculado, debe actuar con el patrocinio de un abogado matriculado (art. 125).

Además, la querrela deberá expresar bajo pena de inadmisibilidad (art. 427, incisos 1 al 6):

- 1º) El nombre, apellido y domicilio del querellante y en su caso, también los del mandatario.
- 2º) El nombre, apellido y domicilio del querrellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.
- 3º) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.
- 4º) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.
- 5º) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:
  - a) la nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio, y hechos sobre los que deberán ser examinados.

- b) cuando la querrela verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo.

Esta exigencia se justifica en razón de la ausencia total de un período preparatorio de investigación que, en nuestra ley, caracteriza a este procedimiento especial. Es que no hay, en los juicios por delito de acción privada, una etapa procesal enderezada a reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación.

- 6º) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el secretario (si la querrela se presenta por mandatario especial, deberá llevar la firma de éste).

Aunque no se exige expresamente, la querrela deberá consignar el encuadramiento legal de los hechos a que se refiere.

La querrela será rechazada cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ella contenido no encuadre en una figura penal (art. 427, *in fine*, y 334), pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción (y frente a éste, la querrela valdrá como denuncia).

### Renuncia

El querellante podrá renunciar a su querrela expresamente en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores (art. 429). Es una facultad que, sumada al criterio de oportunidad que determina el inicio del procedimiento conforme la exclusiva voluntad discrecional del particular ofendido y a los institutos de la conciliación y la retractación, pone en evidencia el marcado carácter dispositivo de este juicio. La renuncia de la querrela implica el de la acción penal privada (art. 59, inc. 4, CP). Por consiguiente, quien hubiera desistido de querrellar no puede volver a hacerlo en la misma causa o en otra. Por otra parte, la renuncia por el querellante a la acción civil o su convenio sobre el pago del daño civil, implica su renuncia a la acción penal privada (art. 1097, C. Civil) (Núñez, 1986).

146

Se tendrá por renunciada (desistimiento implícito) la acción privada (art. 430):

- a) Si el procedimiento se paralizare durante un mes por inactividad del querellante o su mandatario, y éstos no lo instaren dentro del tercer día de notificado el decreto, que se dictará aun de oficio, por el cual se les prevenga el significado de su silencio.
- b) Cuando el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de 48 horas de la fecha fijada para aquélla.
- c) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

Respecto al primer inciso de este artículo, se ha señalado que si bien, con arreglo a los arts. 783 y 919 del C. Civil, es admisible la renuncia tácita y ésta puede derivar de la omisión de un deber de explicarse u obrar, lo cierto es que a la ley procesal local no le corresponde tipificar formas de renuncia tácitas al ejercicio de las acciones penales privadas, ni le corresponde establecer los casos en los cuales el requerimiento tiene la obligación de obrar so pena de tenérselo por renunciante a su acción penal privada, porque todo lo relativo a los presupuestos y a la estructura de esa renuncia es materia que corresponde a la ley nacional. Y que, en realidad, como sucede en los casos de renunciaciones regladas por las leyes procesales locales, el efecto de la omisión a que se refiere esta norma, no puede ir más allá de un desistimiento de la instancia (Núñez, 1986).

Cuando el tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa (art. 431).

### 3.1. Procedimiento

Presentada la querella, se convocará a las partes (al querellante o a su mandatario especial, y al querellado o a su defensor con poder especial) a una *audiencia de conciliación*, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso, porque si bien la convocatoria para la audiencia de conciliación es una condición de procedibilidad de la querella, no lo es su realización (art. 432).

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder (los documentos del inciso 5, letra b, del art. 427, no de otros documentos utilizables como elementos probatorios), se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado o conseguir la documentación (art. 433).

#### *Conciliación y retractación*

Cuando las partes se *concilien* en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa. Si el querellado se *retractare* en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída, pero las costas quedarán a su cargo (art. 434).

Se ha señalado (Núñez, 1986) que la conciliación y la retractación son instituciones distintas. Ambas ponen término a la querella, pero se diferencian en lo siguiente:

- a) la conciliación puede producirse durante la audiencia de conciliación (art. 432) o en cualquier estado del juicio, mientras que la retractación puede producirse en esa audiencia o al contestar la querella;
- b) la conciliación es compatible con cualquier delito de acción privada, mientras que la retractación lo es únicamente con las calumnias o las injurias;



- c) la conciliación consiste en el avenimiento del querellante y el querellado en razón de las manifestaciones, explicaciones o excusas dadas por el segundo al primero y aceptadas por éste. La retractación no es un simple avenimiento, sino el acto del querellado culpable que se desdice de lo dicho, escrito o hecho;
- d) la conciliación depende de la libre voluntad del querellante y querellado. No ocurre así con la retractación, que tiene existencia objetiva y cuya apreciación corresponde al tribunal, y que, por consiguiente, es admisible aunque no la admita el querellante;
- e) la conciliación tiene por finalidad evitar el juicio (porque pone fin a la querrela), en tanto la retractación tiende a evitar la pena (porque tiene la naturaleza de una excusa absolutoria).

#### *Publicidad de la retractación*

En los delitos contra el honor, la retractación será publicada a petición del querellante, en la forma en que el tribunal estimare adecuada (art. 434). La norma procesal no distingue entre el caso en que el delito contra el honor ha sido cometido públicamente y los supuestos en que lo ha sido por cualquier medio de difusión (que es el único en que el Código Penal le confiere al ofendido el derecho a la publicación de la retractación — art. 114, párrafos primero y tercero, CP —), o sin publicidad. Por eso se señala (Núñez, 1986) que, como la publicación es un medio accesorio a la sentencia condenatoria o a la retractación, orientada a lograr una reparación del honor “análoga a la ofensa”, su regulación corresponde al Código Penal y, por consiguiente, el CPP local no puede ampliar su admisibilidad.

Es útil precisar que el art. 434 no le confiere al querellante el derecho de exigir esa publicidad, sino el de exigir que la retractación sea hecha conocer en la forma en que el tribunal, con arreglo a las circunstancias del caso, estimare adecuada para el resguardo del honor del querellante. La publicación será a cargo del querellado.

#### *Prisión y embargo*

El tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurren los requisitos del artículo 281 inciso 2. Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes (art. 435).

#### *Juicio*

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba (art. 436). Durante este término, el querellado podrá oponer excepciones (las de previo y especial pronunciamiento previstas en el art. 17) (art. 437).

Vencido el término de la citación a juicio y resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para la realización del debate (art. 439), el cual se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. Su apertura se producirá con la lectura de la querrela. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento (art. 439).

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los arts. 375 y 376 (art. 440). Este artículo no desconoce el principio que no admite el juicio penal en rebeldía, sino que supone que el querellado o su mandatario con poder especial se encuentran presentes en el tribunal el día y a la hora fijados para la realización del debate, pero optan por no estar presentes en la audiencia. En este caso, el querellado o su mandatario será representado por un defensor de su confianza o por el Asesor Letrado. Si, por el contrario, el querellado o su representante no hubiere comparecido al tribunal, el juicio deberá suspenderse hasta que se obtenga su comparecencia voluntaria o mediante su detención.

### Ejecución y recursos

La sentencia será *ejecutada* con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido (art. 441). La publicación sólo procede en el caso del art. 114, párrafo primero, del CP.

Con relación a los *recursos*, se aplicarán las normas comunes (art. 442). Respecto de la acción penal, el querellante puede recurrir si, en el caso, puede hacerlo también el Ministerio Fiscal. Pero no puede recurrir a favor del imputado, porque no tiene la calidad de una parte pública, a la que le corresponda, como al Ministerio Fiscal, velar por la justa aplicación de la ley penal. En vinculación con la acción civil, al querellante le corresponden los derechos concedidos al actor civil. El querellado puede recurrir como imputado y como demandado civil.

## CAPÍTULO 13

- I. **RECURSOS EN LO PENAL.** Fundamento. Concepto, caracteres. Titulares. Fines. Posibles resultados. Objeto recurrible. Aspectos a examinar nuevamente. Vicios de la resolución. Inadmisibilidad y rechazo. Efectos de su interposición. Adhesión. Límites del tribunal de alzada. La prohibición de la *reformatio in peius*. Clasificación.
- II. **RECURSOS EN PARTICULAR.** Reposición. Objeto recurrible. Trámite. Apelación. Objeto recurrible. Trámite.
- III. **CASACIÓN.** Nuevo examen jurídico. Intangibilidad de los hechos. Causales de procedencia. Objeto recurrible: trámite y resultados. La discusión sobre si satisface el derecho al recurso contra la condena: propuestas. Jurisprudencia contradictoria: propuestas de solución.
- IV. **INCONSTITUCIONALIDAD PROVINCIAL.** Concepto. Trascendencia.
- V. **QUEJA.** Fines. Trámite.
- VI. **REVISIÓN PENAL.** Noción. Causales.

### I. RECURSOS EN LO PENAL

Las resoluciones judiciales pueden ser contrarias al derecho y, por ende, ocasionar un perjuicio indebido a los afectados.

#### 1. Fundamento

Tal posibilidad, que deriva de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir una reexaminación y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia. Esto se procura a través de los recursos, que constituyen una especie del más amplio género de

las impugnaciones, comprensivo a su vez de los múltiples remedios que se dan contra los actos jurídicos y se concretizan, no sólo a través de los recursos, sino también de planteamientos de revocatorias, rescisiones o nulidades, siempre que la corrección o subsanación del yerro no esté atribuida al órgano judicial por actuación de oficio.

También se preocupan los códigos por los perjuicios que, a la seguridad jurídica, pueda ocasionar la jurisprudencia contradictoria, procurando soluciones en pro de la uniformidad de la interpretación judicial de la ley a través de algunos recursos.

La legalidad y la justicia en la solución del caso concreto, a las que se agrega la seguridad jurídica, son, entonces, los objetivos principales del sistema de recursos.

## 2. Concepto

Estas ideas básicas inspiran a los recursos, concebidos como vías procesales que se otorgan al imputado, al Ministerio Público, al querellante y a las partes civiles, para intentar la corrección de decisiones judiciales que, por ser de algún modo contrarias al derecho (constitucional, sustantivo o procesal), ocasionan algún perjuicio a los intereses que encarnan o representan.

Para acercarnos a un concepto más estricto del instituto, podemos decir que, desde un punto de vista sustancial, el recurso es una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución judicial que considera ilegal y agravante, a fin de que el tribunal que la dictó u otro de grado superior (alzada), mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule (Ayán, 2001).

## 3. Caracteres

Varias características, pues, definen el concepto de recurso. Primeramente, el recurso es una manifestación de voluntad de quien está legitimado para interponerlo, lo que evidencia el aspecto más sobresaliente de los recursos se revela en la actuación del

principio dispositivo, que veda la posibilidad de que la actuación oficiosa del órgano judicial supla la inactividad de quien tiene derecho a impugnar. Como los recursos se conceden en favor de los afectados, las resoluciones judiciales sólo pueden examinarse nuevamente si ellos manifiestan su voluntad en tal sentido, expresada de acuerdo a las formas exigidas para cada caso. Pero incluso manifestada dicha voluntad, la misma puede ser enervada por una nueva expresión de voluntad que, a través del desistimiento (art. 454), exteriorice la conformidad con el fallo y proclame la inexistencia de un interés capaz de sustentar la impugnación.

El concepto de recurso, entonces, rechaza el posible control de oficio de aquéllas, pues hoy no se concibe un recurso "automático", que, en verdad, traduce una forma de control jerárquico de los jueces inferiores por parte de los ubicados en escalas burocráticas superiores. Aquella manifestación de voluntad, por su parte, se realiza a través de una instancia en virtud de la cual el sujeto tiene el poder de influir en el desarrollo del proceso penal.

A lo expuesto se suma que la interposición de un recurso determina la subdivisión del proceso en grados. El primer grado corresponde el mismo juez que dictó la resolución impugnada (v. gr., reposición); el segundo y el tercero, a los recursos con efecto devolutivo (v. gr., apelación y casación), que atribuyen competencia funcional para el conocimiento de la impugnación a un tribunal diferente y de grado superior al que dictó la resolución atacada

## 4. Titulares

La facultad de recurrir se encuentra específicamente regulada por la ley, que establece límites expresos, tanto en lo subjetivo cuanto en lo objetivo. Con respecto a la persona a la que se reconoce la calidad de recurrente y las resoluciones judiciales impugnables rige el principio de taxatividad, que establece que las resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por la ley, correspondiendo el derecho de recurrir tan sólo a quien le ha sido expresamente acordado y tenga un interés direc-

148

to (art. 443). No está de más apuntar aquí que la noción de “interés directo” se corresponde con lo que se conoce por “agravio” en el lenguaje técnico procesal, que exige que la resolución que se ataca tenga un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente, y no según su apreciación subjetiva (Ayán, 2001). De ello se sigue que no hay recurso para corregir errores jurídicos inocuos, vale decir, en puro interés de la ley. Ciertamente que, cuando la ley la acuerde tal derecho, el Ministerio Público puede recurrir a favor del imputado, pues la objetividad que debe inspirar su actuación requiere que procure corregir posibles injusticias en perjuicio de éste.

### 5. Fines

Por último, el concepto propuesto comprende las particulares finalidades de los recursos. En lo inmediato, el recurso se endereza a lograr un nuevo examen de la cuestión resuelta en el pronunciamiento impugnado. Mediatamente, aquél persigue la revocación, modificación o anulación de decisión impugnada, esto es, la remoción de la desventaja proveniente de la decisión del órgano judicial. Una finalidad adicional es dable adscribir a los recursos que, sin embargo, yace fuera del concepto procesal de los mismos, y que se orienta al ya aludido aseguramiento de la seguridad jurídica. Se trata de la función nomofiláctica tendente a la consecución de la interpretación uniforme de las normas jurídicas, o, en otros términos, de la función política de unificación y de orientación de la jurisprudencia que, en tanto objetivo remoto, se reconoce generalizadamente a los recursos.

### 6. Posibles resultados

Con los recursos quien los interpone persigue un resultado: que el tribunal del recurso acepte la ilegalidad de la resolución recurrida y la *sustituya* total o parcialmente por otra que decida sobre lo mismo, pero en forma opuesta o diferente (revocación o modificación); o bien que, sin sustituirla, sólo *deje sin efecto* la

decisión recurrida (anulación), lo que, sobre todo tratándose de la sentencia definitiva, determinará el envío (reenvío) a otro tribunal de la misma competencia y jerarquía, para que dicte una nueva.

### 7. Objeto recurrible

Los recursos sólo se autorizan contra resoluciones judiciales, quedando excluidos de su ámbito los actos de los órganos judiciales desprovistos de carácter decisorio y los actos de las partes. El giro lingüístico “resoluciones judiciales”, por cierto, es comprensivo tanto de los actos de los órganos jurisdiccionales con virtualidad decisoria, como de las resoluciones del Fiscal de Instrucción durante la investigación penal preparatoria a su cargo. No obstante, la materia de esta unidad atañe sólo a los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales, por lo que al estudio de ellos nos acotaremos.

Las leyes establecen taxativamente cuáles de aquéllas son recurribles (impugnabilidad objetiva), como así también por quienes (impugnabilidad subjetiva) y mediante qué tipo de recursos, al tiempo que exigen la observancia obligatoria de requisitos de tiempo (término para interponerlo) y forma (v. gr., fundamentación) para su interposición, que suelen variar según el recurso de que se trate.

En lo que a resoluciones jurisdiccionales se refiere, el art. 141 prevé tres clases de decisiones: sentencia, auto y decreto. La sentencia es la resolución que se dicta para poner término al proceso; auto, la que se emite para resolver un incidente o artículo del mismo; decreto, la que se pronuncia en los demás casos.

### 8. Aspectos a examinar nuevamente

Según sea el recurso de que se trate, abarcará un nuevo examen de la eficacia convictional de las pruebas en que se fundaron las conclusiones de hecho de la resolución cuestionada y el contralor de la observancia del derecho constitucional, procesal y

sustantivo — nota típica del recurso de apelación —, o sólo este último tipo de control jurídico — nota típica del recurso de casación —.

El recurso de apelación se acuerda contra las decisiones que adopten los jueces encargados de realizar o controlar la investigación preparatoria, en tanto el de casación se reserva, en general, para impugnar las sentencias definitivas dictadas en el juicio oral y público.

La diferencia fundamental entre ambos radica en las atribuciones del tribunal de alzada (*ad quem*), que en el caso de apelación puede valorar de otra forma las pruebas en que se fundaron las conclusiones de hecho a que se llegó en la decisión recurrida, y modificar total o parcialmente estas conclusiones, llegando a otras diferentes (v. gr., para el juez que dispone la elevación a juicio las pruebas reunidas permiten estimar como probable la culpabilidad del imputado, pero el tribunal que entiende en la apelación puede considerar lo contrario y disponer el sobreseimiento de aquél) posibilidad *expresamente prohibida* para el recurso de casación. Este último parte de la base de la imposibilidad de modificar (intangibilidad) los hechos fijados por el tribunal que dictó la sentencia, limitando el control sobre ésta a verificar el correcto encuadramiento de aquéllos en el derecho sustantivo (calificación legal), o al respeto de normas constitucionales o procesales esenciales (generalmente de raíz constitucional) que rigen el procedimiento previo al dictado del fallo (v. gr., existencia de acusación previa) o a su estructura interna (v. gr., obligación de motivar).

### 9. Vicios de la resolución

Tales resoluciones pueden ser objeto de recurso, con fundamento en la afirmación de la existencia de un *vicio o error* en las mismas.

Los vicios o errores, de buena fe o maliciosos, capaces de viciar una resolución jurisdiccional pueden ubicarse en el juicio contenido en el pronunciamiento (*vicio in iudicando*) o en el procedi-

miento a través del cual se produjo la decisión (*vicio in procedendo*).

Los vicios o errores *in iudicando* pueden ser *in factum* o *in iuris*.

El error en el hecho de una decisión radica en una equivocada fijación de la plataforma fáctica (errónea determinación del hecho), derivada de una incorrecta apreciación de la eficacia conviccional de los elementos de prueba. El error de derecho, en cambio, consiste en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva penal o civil.

Por su lado, el vicio o error de procedimiento deriva de la inobservancia de normas constitucionales o procesales que, en cuanto tales, reformulan o reglamentan derechos fundamentales (v. gr., tribunal imparcial), tanto las relacionadas con el trámite previo a la decisión (v. gr., no se dio posibilidad de ser oído al acusado antes de dictar la sentencia condenatoria), como las que regulan el dictado de ésta (v. gr., no se obedeció el imperativo de fundamentar el fallo).

### 10. Inadmisibilidad y rechazo

Una vez interpuesto el recurso ante el tribunal *a quo*, éste debe proceder a su examen para decidir acerca de su procedencia, la que se supeditarán a que la resolución sea recurrible, el recurso haya sido interpuesto en tiempo y por quien tiene derecho (art. 455, primer párrafo). Si el tribunal *a quo* considera satisfechas tales exigencias legales, concederá el recurso mediante un decreto que abre la vía impugnativa aun cuando el tribunal de alzada tenga la atribución de declararlo inadmisibile sin pronunciarse sobre el fondo (art. 455, segundo párrafo), cuando estimara que ha sido erróneamente concedido o cuando la inadmisibilidad resultara de una causa no contemplada como motivo de improcedencia (v. gr., la forma de interposición del recurso). Puede también rechazar el recurso cuando fuere evidente que es *sustancialmente improcedente* (art. 455, segundo párrafo, *in fine*), lo que implica entrar al fon-

149

do del asunto y disponer el rechazo antes de la sentencia, cuando la falta de fundamentos de la impugnación sea palmaria, cierta, patente.

### 11. Efectos de su interposición

La interposición de un recurso puede producir ciertos efectos, que se distinguen según se repare en el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso, en la situación de los sujetos legitimados para recurrir que no han ejercido tal derecho y en la ejecución de la resolución impugnada. Tales criterios nos conducen, respectivamente, a los conceptos de efecto *devolutivo*, efecto *extensivo* y efecto *suspensivo*.

#### Efecto devolutivo

Sobre el fundamento del recurso debe escrutarse y expedirse, por regla general, un órgano jurisdiccional distinto y de mayor jerarquía (tribunal "de alzada" o *ad quem*) que el que dictó la resolución impugnada (tribunal *a quo*). Es el denominado efecto *devolutivo*. Generalmente se establece que la integración de aquel órgano sea más numerosa que la de éste, lo que, unido a la mayor jerarquía del primero, coadyuvaría a lograr mayores garantías de justicia. Se asevera que, acaso, este aspecto merece una nueva reflexión, pues el mayor número de jueces encarece sensiblemente el servicio y no es, necesariamente, mejor garantía de acierto.

Con arreglo a la sistemática del Código, son devolutivos los recursos de apelación, casación, inconstitucionalidad y revisión, en tanto que carecen de este efecto, los recursos de reposición y de queja.

#### Efecto suspensivo

Para evitar que la posible injusticia de la resolución recurrida se comience a consolidar durante el trámite del recurso, se dispone, de ordinario, que se suspenda la ejecución de lo resuelto por

el pronunciamiento recurrido, durante el plazo acordado para impugnar, y si esto ocurre, también durante el tiempo de sustanciación del recurso. Así surge del efecto suspensivo de los recursos que, con carácter de regla general, establece el art. 453.

Si la resolución jurisdiccional no es recurrida durante el término perentorio acordado para hacerlo (art. 148), o si luego de serlo el recurso es declarado inadmisibile o sustancialmente improcedente (art. 455, párrafo segundo), o desistido (artículos 454 y 465, último párrafo), o desestimado por el tribunal *ad quem*, aquélla queda firme. Si, por el contrario, el recurso es acogido, el pronunciamiento atacado no producirá efectos, sea por su revocación o su anulación. Pero en todas estas hipótesis cesará el efecto suspensivo de la impugnación.

#### Efecto extensivo

Tratándose de recursos a favor del imputado, si la decisión del tribunal *ad quem* le es favorable, este efecto benéfico se extiende a los coimputados que no recurrieron, salvo que se sustenten en razones exclusivamente personales del recurrente (v. gr., inimpugnabilidad). La misma solución adopta la ley para el caso del recurso interpuesto por el demandado civil, que favorecerá igualmente al imputado, siempre que aquél alegue la inexistencia del hecho, niegue que el encartado lo cometió o que constituye delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción no pudo iniciarse o no puede proseguir. Ello obedece al efecto extensivo de los recursos, previsto en el art. 452, que consagra una excepción al principio de la personalidad y autonomía de la impugnación. Su fundamento estriba en razones de equidad y coherencia jurídica, vale decir, razones de orden público, que se verían comprometidas si, por la mera omisión de recurrir, se consolidase para el no recurrente la situación de injusticia que el coimputado logró corregir mediante su impugnación. Más allá de lo señalado, se advierte de lo expuesto que el efecto extensivo de los recursos es excepcional, ya que la comunicabilidad de la impugnación procede sólo cuando la ley lo autoriza de modo expreso.

vancia del derecho constitucional, procesal o sustantivo. En la sistemática de la ley vigente, revisten carácter ordinario los recursos de reposición (art. 457), apelación (art. 460) y queja (art. 485).

### Recursos extraordinarios

Recursos extraordinarios, por su parte, son aquellos que únicamente pueden interponerse por motivos específicos, taxativamente determinados en la ley (Ayán, 1999). Consecuencia de tal característica es que la competencia del órgano competente para decidirlos está limitada al conocimiento de determinados aspectos o puntos de la resolución impugnada. Manifestación antonomástica de esta categoría es el recurso de casación, aunque quedan igualmente comprendidos los recursos de inconstitucionalidad (art. 483) y revisión (art. 489). Se puede aseverar, igualmente, que este último es, además, un recurso *excepcional*, habida cuenta que se trata de una vía impugnativa que resiste aun la cosa juzgada, permitiendo atacar las resoluciones después del vencimiento de los plazos ordinarios para impugnar, cuando aquéllas han quedado firmes (art. 148).

## II. RECURSOS EN PARTICULAR

Como ya se dijo, el Código regula los siguientes recursos.

### 1. Reposición

#### Concepto

El recurso de reposición es un recurso ordinario, no devolutivo, dirigido contra resoluciones jurisdiccionales limitadas genéricamente por la ley, por el cual el agraviada reclama al mismo tribunal

que dictó el pronunciamiento, su revocación o modificación por contrario imperio (Ayán, 1999).

#### Alcances

Se discute si la reposición es o no propiamente un recurso, pues no se prevé que el nuevo examen de lo resuelto lo realice un tribunal distinto y de jerarquía superior al que la dictó. Las notas definitorias del concepto de recurso que expusimos al comienzo de esta unidad nos persuaden en favor de la primera alternativa.

#### 1.1. Objeto recurrible

En cuanto al objeto impugnabile, la interposición de la reposición se autoriza contra autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso. Los autos son dictados *sin sustanciación*, cuando el tribunal se pronuncia sin audiencia de los interesados en la cuestión decidida, sin que éstos puedan exponer sus fundamentos. El *incidente* del proceso que ellos resuelven es, en sentido propio, un planteamiento accesorio, de naturaleza generalmente procesal, suscitado con ocasión del proceso y que abre una vía de trámite distinta de la principal (v. gr., nulidad — art. 188 —); el *artículo* del proceso que los autos dirimen, un trámite por cuestiones que deben ser resueltas en forma definitiva o provisional para el progreso del procedimiento o para su truncamiento (v. gr., rechazo de la prueba ofrecida para el juicio — art. 364, párrafo segundo —).

La reposición procura que el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución, la deje sin efecto "por contrario imperio". Para algunos autores dicha expresión alude a la orden contraria del propio tribunal que dictó el auto (Núñez). Otros, en cambio, entienden que revocar *por contrario imperio* significa que el tribunal no se desprende de la jurisdicción respecto a lo resuelto, la mantiene para rever su propia resolución, por haber sido impugnada como ilegal y agravante (Ayán, 1999).

150



## 1.2. Trámite

Se debe interponer dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente (art. 458), salvo que se presente en la audiencia de debate, durante la cual se deducirá oralmente inmediatamente después de pronunciada la resolución. Durante la etapa de la investigación penal preparatoria y las etapas eventuales de recursos y ejecución, el recurso se resolverá mediante auto dentro del término de cinco días, previa vista a los interesados (art. 458), por el término de tres días. Se omite la vista previa a los interesados (art. 451, primer párrafo), aunque se resuelve el recurso en el plazo mencionado, cuando la impugnación se interpone en la fase preliminar del juicio. Deducida la reposición durante la fase del debate, se correrá vista a los interesados presentes y, una vez evacuada ésta, el tribunal resolverá sin suspender el debate, salvo que la naturaleza de la cuestión determine la necesidad de un cuarto intermedio. La resolución que recaiga hará ejecutoria (art. 459), vale decir, adquirirá la consolidación propia de la cosa juzgada, a menos que la reposición hubiera sido deducida junto con el recurso de apelación en subsidio, y ésta fuera procedente. La excepción presupone que el acto de interposición del recurso de reposición se integre inicialmente con la manifestación de que se interpone el de apelación en subsidio.

El principal ámbito de utilización de este medio impugnativo, cuyos motivos son *siempre de naturaleza procesal*, es la fase de debate juicio oral y público.

## 2. Apelación

### Concepto

La apelación es un recurso ordinario, devolutivo, sin limitación de los motivos, dirigido contra las resoluciones de los jueces de Instrucción, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable, por lo cual se reclama al tri-

bunal de alzada, su revocación, modificación o anulación (Ayán, 1999).

### Alcances

Permite una amplia reexaminación de la resolución recurrida, pues se proyecta tanto sobre la fijación de los hechos mediante la nueva valoración de la prueba — lo que podrá dar como resultado que el tribunal *ad quem* los fije de forma diferente —, como respecto del resguardo de la correcta aplicación del derecho (constitucional, procesal o sustantivo). Capta errores de juicio *in iure et in facto*, al igual que errores *in procedendo*, comprendiendo en consecuencia los vicios que afectan directamente a la resolución impugnada y aquellos que afectan a los actos anteriores al pronunciamiento de la decisión.

De mucha importancia en los códigos que adoptan un sistema de enjuiciamiento con juicio escrito, que admiten la apelación de la sentencia definitiva, la significación de este recurso es mucho menor en los que receptan el juicio oral y público, los que, claro está, no aceptan aquella posibilidad. Éstos lo conceden sólo contra las resoluciones dictadas por los jueces encargados de practicar o de controlar la investigación penal preparatoria (según el modelo que se adopte), en especial, aquellas que se relacionan con la situación procesal del imputado (v. gr., auto de procesamiento — art. 311 CPP de la Nación —) o su libertad del imputado (v. gr., prisión preventiva — art. 282 CPP de Córdoba —), o con el fundamento de la acusación (v. gr., auto de elevación a juicio — art. 358 CPP de Córdoba —).

### 2.1. Objeto recurrible

La regla de taxatividad que impera en materia de impugnabilidad objetiva se concretiza, respecto de la apelación, en función de tres criterios limitativos que consagra el art. 460. Conforme a lo ya expuesto, la apelación procede tan sólo contra las *resoluciones de los jueces de Instrucción*. Pero no cualquiera de sus decisiones

podrá ser objeto de embate, sino únicamente aquéllas que *expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable*. Manifestaciones del primer grupo son la resolución que decide sobre una excepción (art. 20), el rechazo de la instancia de participación como querellante particular durante la investigación jurisdiccional (art. 93), el auto que confirma la prisión preventiva decretada por el Fiscal de Instrucción durante la investigación a su cargo (art. 336), el auto que rechaza el requerimiento fiscal de investigación jurisdiccional (art. 342). Resolución que cause gravamen irreparable, por su parte, es todo pronunciamiento que, de ser ejecutado, ocasionaría al recurrente un perjuicio jurídico, procesal o sustancial, que no podría ser reparado luego en el curso del proceso, incluida la sentencia que en definitiva se dicte (v. gr., cualquier decisión que importe una privación de libertad para el imputado).

## 2.2. Trámite

El recurso de apelación debe interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo tribunal que dictó la resolución (art. 461, párrafo primero). No se exige la fundamentación del recurso, salvo el caso del recurso interpuesto por el Ministerio Público (art. 461, párrafo segundo), que deberá ser motivado para permitirle al representante de esa corporación que actúa ante la alzada que conozca los fundamentos de la disconformidad del Fiscal de Instrucción con la resolución recurrida. En todo otro supuesto, la apelación sólo deberá contener la específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados (art. 449), siempre que, claro, se trate de una resolución que posea puntos de decisión múltiples y no de una providencia que decide un solo punto.

Concedido el recurso, se emplazará a todas las partes vinculadas a la resolución impugnada para que comparezcan ante el tribunal de alzada en el plazo de cinco días (art. 462), a fin de tomar oportuna y debida intervención en la vía impugnativa, ora mediante informe escrito (art. 465), ora mediante informe oral en la audiencia fijada a tal efecto (art. 466), si así lo hubiese manifestado el

apelante al interponer el recurso (art. 461, párrafo tercero). La falta de presentación de informe por escrito o de informe oral en la audiencia aludida de la parte apelante implicarán el desistimiento del recurso (artículos 465, último párrafo, y 466, último párrafo). Esta forma de renuncia a la instancia recursiva se da también cuando el Fiscal de Cámara no se expide en el término perentorio de cinco días acerca del recurso interpuesto por su inferior, vale decir, el Fiscal de Instrucción (artículos 461, párrafo segundo, y 464).

El tribunal de alzada se pronunciará dentro del término de tres días si el recurso versare sobre la libertad del imputado, y de diez días en toda otra materia (art. 467), computable desde la audiencia (art. 166) o del vencimiento del emplazamiento (art. 462). No está de más reiterar que el conocimiento del tribunal *ad quem* queda circunscrito a los puntos de la decisión impugnada a los cuales se refieran los agravios exhibidos por el apelante.

## III. CASACIÓN

### Concepto

El recurso de casación es el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio (de la Rúa, 1994).

### 1. Nuevo examen jurídico

Es el principal recurso que se admite contra las sentencias definitivas que se dictan tras el juicio oral y público. La principal nota característica de la casación es que se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal. lo cual implica la ex-

clusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas. Ella autoriza tan sólo un contralor por parte del tribunal de alzada de la observancia del derecho en la producción de la sentencia, sea que se trate del derecho constitucional y procesal que reglamenta la actividad procesal en general, o la elaboración de aquélla en particular, o que se trate del derecho sustantivo, penal o civil, que se aplicó en el caso concreto. Es claro, entonces, que ella no permite un examen *ex novo* de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, por el tribunal *ad quem*, sino únicamente el examen por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal a quo.

## 2. Intangibilidad de los hechos

Hemos dicho ya, siguiendo la caracterización tradicional del recurso de casación, que se encuentra vedada la posibilidad de cuestionar y controlar por su intermedio la eficacia conviccional que el tribunal de juicio ha asignado a los elementos probatorios en los que apoyó sus conclusiones de hecho, esto es, no se puede volver a valorar la prueba. Por tanto, se prohíbe intentar la demostración de que un equivocado examen de las pruebas ha llevado a que tales conclusiones fácticas sean erróneas y pretender, en razón de ello, que se vuelvan a fijar los hechos de una manera diferente a la establecida en la sentencia. No puede procurarse la corrección del error *in iudicando in factum* por vía del recurso de casación.

La razón de mayor peso que justifica el carácter de incensurable del juicio de hecho contenido en la sentencia, resulta de la eliminación de la segunda instancia que caracteriza a nuestro juicio oral. Una regla de principio del juicio oral y público impone que sólo los jueces que presenciaron el debate estén habilitados para deliberar y votar la sentencia. La regla de la inmediación, que se erige en justificación central de esta limitación, así lo manda. De aquí que se asevere que mediante la casación por vicios *in iudicando* se coordina la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva la interpretación de la ley al más alto tribunal

de la provincia, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados.

Sin perjuicio de lo dicho, hay quienes entienden que la reseñada argumentación, aunque de peso, no sería de imposible superación (Cafferata Nores, 1998).

Con arreglo a las concepciones de tales autores, por ejemplo, si el tribunal *a quo* reconoció expresamente en la sentencia, o surge claramente de su fundamentación, que dudaba, pero no obstante condenó, podrá interponerse un recurso de casación para controlar la observancia de la norma procesal de raíz constitucional que dispone que la duda sobre cuestiones de hecho debe beneficiar el imputado (*in dubio pro reo*), el que será admisible con fundamento en la inobservancia de la ley procesal de raíz constitucional que, en tal caso, prohíbe esa posibilidad. Igualmente, si, fundándose sólo en pruebas intrínsecamente dubitativas (v. gr., indicio anfibológico, testigo que dice que duda, etcétera), el tribunal dio por ciertos los hechos de la acusación, es posible, aun en función de la regulación tradicional de la casación, que el recurso controle indirectamente la observancia del principio *in dubio pro reo*, porque en tal supuesto debió admitir — aunque por razones lógico formales — la existencia de la duda y, al no hacerlo, se vio imposibilitado de hacerla operar a favor del acusado, obrando tal duda en definitiva en contra de éste. La vía para introducir la cuestión será la descalificación de las conclusiones fácticas de la sentencia por ser violatorias de una de las leyes de la lógica, que orientan la corrección del razonamiento: el principio de razón suficiente, con base en el cual los hechos fijados en el fallo deben ser los únicos que pueden inducirse de las pruebas invocadas en su sustento.

No debe confundirse la situación planteada con la hipótesis en la que el tribunal no admite expresamente en la motivación que dudó, ni puede invocarse la incorrección lógica de la sentencia, pero el recurrente pretende demostrar que aquél debió haber dudado, porque así lo imponía la insuficiencia conviccional de la prueba del debate. A este respecto, se ha señalado tradicionalmen-

te que "si el tribunal de mérito no ha expresado su duda, la casación no puede deducirla", habida cuenta que el tribunal de alzada, por no haber tenido inmediación con la producción de las pruebas, no puede valorar su eficacia conviccional, ni establecer si el tribunal *a quo* debió dudar.

Pero este argumento, se ha sostenido (Cafferata Nores, 1998), no excluye la posibilidad de casos en los que no sea necesaria inmediación alguna para admitir que el juez de mérito debió dudar, como los supuestos de violación manifiesta, flagrante, del principio *in dubio pro reo*. En el ámbito de la discusión doctrinaria, comienza a insinuarse ya el debate acerca de la viabilidad, en este caso, de permitir la anulación del fallo por violación de normas constitucionales y procesales que imponen a los tribunales la observancia de aquel principio, y el reenvío del proceso para hacer un nuevo juicio, quedando, por cierto, descartada la posibilidad de que el tribunal *ad quem* dicte una nueva sentencia

### 3. Causales de procedencia

Sólo dos son los motivos por los que procede el recurso extraordinario de casación, y se clasifican en vicios de juicio y vicios de actividad, o errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, respectivamente. Así, frente a las normas de derecho sustancial, la misión de la casación es *declarar* el derecho, comprobando de qué manera los interesados lo han cumplido; frente al derecho procesal, su deber es *cumplirlo*, adecuando a él su conducta y la de las partes (de la Rúa, 1994).

La casación por vicios *in iudicando* está contemplada en el art. 468, inciso 1, que dispone que aquel recurso podrá ser interpuesto con motivo de la *inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva*. La infracción jurídica que capta este motivo de impugnación se refiere a la ley que regula el fondo del asunto y versa sobre el *iudicio* de subsunción del hecho en el derecho.

La *inobservancia* de la ley sustantiva consiste en la falta de aplicación, al resolver el fondo del caso o de la cuestión justiciable,

de la regla legal que corresponde aplicar. Su errónea aplicación, en cambio, en la mala, equivocada, inadecuada aplicación de una regla, ya porque sustituye a otra, ya porque es producto de la incorrecta interpretación de la ley aplicada. Con arreglo a tales distingos, pues, se advierte que la disposición no consolida, como se ha pretendido (de la Rúa, 1994), un pleonasma tradicional. La ley sustantiva que debe postularse como inobservada o erróneamente aplicada es la reguladora del fondo del asunto cuestionado, sea como objeto principal del proceso, sea como objeto particular de un artículo suyo, resultando irrelevante el organismo que haya sancionado la norma, su inclusión en una ley nacional o provincial o su ubicación en una ley sustantiva o una ley procesal. Es, en suma, la materia que rige la norma la que define su carácter, el que será sustantivo cuando se trate de la regla a tenor de la cual el juez debe resolver la cuestión propuesta por las partes para su juzgamiento.

Un *límite infranqueable* tiene el recurso de casación por este motivo sustancial de censura. A través suyo sólo se puede procurar una reevaluación jurídica del material fáctico establecido en la sentencia, tal como en ella fue establecido. En otras palabras, los hechos fijados por el tribunal que dictó la resolución impugnada son *intangibles*, no pueden modificarse por el recurrente, lo que, a su vez, determina la imposibilidad de valorar nuevamente las pruebas que los fundaron. Por esto se sostiene que el tribunal de sentencia es "soberano" en el aspecto referido a la determinación de los hechos. La diferencia con el recurso de apelación surge evidente, ya que éste provoca un nuevo examen del caso por parte del juez *ad quem*, tanto bajo el aspecto fáctico como bajo el jurídico, en tanto que el de casación únicamente admite la posibilidad de que el tribunal realice un nuevo examen del objeto procesal bajo el segundo aspecto, vale decir, una revisión jurídica de la sentencia.

La casación por vicios *in procedendo*, por su parte, está prevista en el art. 468, inciso 2, que consagra como causal de casación la inobservancia de las normas que ese Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excep-

152

ción de los casos de nulidad absoluta (art. 186, segunda parte), el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación. La violación de la ley, en este caso, se vincula con la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia y atañe al *procedendo* de la actividad procesal realizadora. Aunque la norma alude a la inobservancia de "normas" procesales, no se discute que el recurso se autoriza sólo en relación con normas que establezcan *formas procesales*, comprendiendo esta última expresión todos los requisitos que debe revestir un acto, sea en cuanto al modo en que debe ser cumplido (v. gr., relación clara del hecho en la acusación — art. 355 —, oralidad de los actos del debate — art. 372 —, fundamentación de la sentencia — artículos 408, inciso 2, y 413, inciso 4 —, congruencia entre acusación y sentencia — art. 410 —) o su contenido (v. gr., potestad jurisdiccional para disponer el sobreseimiento — artículos 348 y 351 —), a la oportunidad en que debe producirse (v. gr., lectura integral de la sentencia en plazo máximo de quince días a contar del cierre del debate (art. 409, párrafo segundo), al lugar, a los actos que deben precederlo (v. gr., recepción de declaración al imputado previa a la requisitoria de citación a juicio — art. 354 —), rodearlo (v. gr., asistencia del defensor a la declaración del imputado — art. 258 —) o seguirlo (v. gr., deliberación secreta e inmediata al terminar el debate — art. 405 —), y a su compatibilidad con conductas procesales anteriores.

Pero tampoco la violación de cualquier forma procesal habilita el recurso. Sólo lo hace la violación de formas procesales que, por ser consideradas como sustanciales o esenciales por la ley, hallan conminada su inobservancia con una consecuencia jurídica que, por intermedio de la inadmisibilidad, la caducidad o la nulidad, se concreta en la privación de efectos jurídicos al acto en que no se las respete. Cuando el vicio sólo determina una nulidad de carácter relativo, es condición formal de la procedencia de la casación la oportuna reclamación por el recurrente de la subsanación del defecto, siendo posible, o, en caso de no serlo o de no haber sido acogido favorablemente el reclamo, la protesta de recurrir. Por

cierto que la exigencia no es aplicable respecto de las nulidades absolutas, habida cuenta que ellas pueden ser relevadas aun de oficio, por lo que el tribunal de casación puede declararlas sin previa instancia de parte, siempre que, desde ya, se haya abierto la vía de la casación. Con respecto a los vicios que sustentan la casación por errores *in procedendo*, el tribunal *ad quem* realiza un verdadero examen fáctico dirigido a comprobar si el juez de mérito cumplió e hizo cumplir a las partes los preceptos jurídicos procesales reguladores de la actividad.

#### 4. Objeto recurrible

La resolución que, por antonomasia, puede ser objeto del recurso de casación es la *sentencia definitiva* (art. 469), vale decir, la resolución jurisdiccional que pone término al proceso (art. 141). Pero la ley equipara con la sentencia definitiva a los *autos que pongan fin a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena* (art. 469). Ponen fin a la pena los autos que aceptan una causal extintiva de ésta, la dan por compurgada u otorgan la libertad condicional. Hacen imposible que continúen las actuaciones los que, sin extinguir la acción penal, obstan a su prosecución en el mismo proceso, como, por ejemplo, el auto del Juez de Instrucción que rechaza el requerimiento fiscal de investigación jurisdiccional (art. 342) o el de la Cámara en lo Criminal que, conociendo de un recurso de apelación, confirma el archivo de los autos ordenado por aceptarse una causal de excepción dilatoria (art. 23). Finalmente, deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena, los autos que sobre estos aspectos se pronuncian en el curso de la ejecución y por medio de los cuales el tribunal resuelve negativamente una instancia a favor del imputado. Constituyen ejemplos del último grupo de casos las hipótesis de extinción de la condena por amnistía (art. 61 CP) o prescripción (art. 65 CP), o de suspensión de la misma por la concesión de la libertad condicional (art. 13 CP).

## 5. Trámite

A diferencia del recurso de apelación, en el que se autoriza la interposición mediante simple diligencia, la casación debe interponerse, en el plazo de quince días de notificada la resolución atacada, mediante *escrito* que, además, debe llevar *firma de letrado* y ser *fundamentado* (art. 474). La exigencia de patrocinio letrado se endereza, indudablemente, a asegurar la corrección y precisión conceptual del recurso, que por estar referido únicamente a las cuestiones de derecho, a la corrección jurídica de la resolución impugnada, reclama ineludiblemente el concurso de un abogado. La materia estrictamente jurídica del recurso, sumada a su carácter extraordinario, es la que justifica también la exigencia de fundamentación del recurso.

Por imperio de estas notas distintivas de la casación, el escrito de interposición debe contener la cita concreta de *las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas y la expresión de la aplicación que se pretende* (art. 474, párrafo primero). Deberá invocarse de manera clara y expresa una de las causales previstas por la ley procesal como *motivo legal para recurrir* (art. 468, incisos 1 y 2), e individualizarse el *agravio*, mediante la indicación del artículo de la ley que ha sido mal aplicado en el caso concreto. Es también necesario que se señale cuál es la *norma que debió ser aplicada*, y con qué alcance y sentido, de manera de precisar la interpretación errónea que se atribuye al tribunal de juicio. Cada causal de censura, por su parte, debe *invocarse separadamente con sus fundamentos* (art. 474, párrafo segundo), esto es, con las razones y argumentaciones que se pueda hacer en mayor o menor medida para demostrar que el error que configura el motivo existen efectivamente.

Presentado el recurso de casación, el tribunal que dictó la resolución procederá a su examen para decidir acerca de su admisibilidad, el cual desemboca en un proveído (art. 475) que implica abrir o negar la vía impugnativa provocada por el impugnante. Declarará inadmisibile la casación cuando la resolución impugnada no diera lugar al recurso, cuando éste no hubiere sido interpuesto

por quien puede recurrir o lo hubiera sido fuera del término prescrito (art. 455, párrafo primero). Si, en cambio, tales exigencias hubieren sido satisfechas, concederá el recurso. Al igual que en la apelación, el tribunal de alzada tiene atribución imperativa para declarar de oficio la inadmisibilidad del recurso sin expedirse sobre el fondo (artículos 476 y 455, párrafo segundo), cuando considera que ha sido erróneamente concedido o cuando la improcedencia resultara de una causa distinta de las precedentemente señaladas como motivo de inadmisibilidad (v. gr., los requisitos de *forma* de interposición del recurso, cuya observancia controla soberanamente el tribunal *ad quem*). Deberá rechazar el recurso, expidiéndose sobre el fondo de la cuestión, cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente (artículos 475 y 455, párrafo segundo, *in fine*). Concedido el recurso, se emplazará a los interesados para que comparezcan ante el tribunal de alzada en el plazo de cinco días (artículos 475 y 462), con el objeto de examinar las actuaciones y presentar informe por escrito sobre sus pretensiones por escrito (artículos 476 y 465), u oralmente, en la audiencia (artículos 477 y 466), en caso de que así lo hubiese manifestado el recurrente al interponer el recurso (art. 474, párrafo tercero). No se producirá el desistimiento del recurso por falta de presentación de informe escrito o de informe oral, como en el recurso de apelación, ya que la casación, a diferencia de aquél recurso ordinario, debe interponerse con la indicación separada de cada motivo de impugnación *con sus fundamentos* (art. 474). Sí ocurrirá esta renuncia a la instancia, en cambio, cuando, habiéndose interpuesto el recurso por el Ministerio Público, el Fiscal General (art. 16, inciso 10, ley 7826) no se expidiera en el término perentorio de cinco días acerca de la impugnación interpuesta por su inferior (arts. 476 y 464).

El tribunal superior dictará sentencia dentro de un plazo de veinte días (art. 478). La resolución del tribunal de casación podrá disponer el rechazo del recurso, el acogimiento del mismo (arts. 479 y 480) o la rectificación de errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive (art. 481), vale decir, no esenciales, o de los erro-

res materiales en la designación o el cómputo de las penas (art. 481, *in fine*). El rechazo del recurso importa la confirmación de la sentencia definitiva, la ratificación de su contenido, por lo que aquélla deviene expedita en su eficacia jurídica.

## 6. Resultados

Los resultados de la admisión sustancial de la impugnación difieren conforme el motivo al que se refiera el recurso.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva (art. 468, inciso 1), el tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicable (art. 479). Dejará sin efecto la sentencia en relación con los puntos de la decisión impugnados y, sin alterar las conclusiones de hecho definitivamente fijadas por el tribunal de juicio, aplicará la norma jurídica que corresponda para el adecuado encuadramiento jurídico del hecho, aunque no sea la invocada por el impugnante. En otros términos, el tribunal de alzada entrará sobre el fondo del asunto y casará la sentencia definitiva, sustituyéndola total o parcialmente en sus aspectos jurídicos sustantivos por una nueva resolución que, respetando los hechos en fijados en aquélla, decidirá el caso conforme al derecho, aplicándolo correctamente. Procederá de tal modo dentro del estricto límite señalado por los agravios contenidos en el recurso, que determinan su competencia funcional, y observando los condicionamientos que surgen de la prohibición de la *reformatio in peius*. Por virtud de este principio, si la calificación estimada correcta por el tribunal de alzada resulta más grave, éste deberá, en ausencia de recurso acusatorio, limitarse a declarar el encuadramiento que considera adecuado y mantener la pena aplicada en la sentencia impugnada, disponiendo el rechazo del recurso.

Pero cuando la sentencia impugnada no contuviera la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal de mérito hubiera estimado acreditado, la anulará y ordenará, aun de

oficio, el reenvío de la causa, para la correspondiente renovación del acto invalidado.

En el caso de la inobservancia de formas procesales prescritas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, el tribunal anulará la resolución impugnada (art. 480), o sólo alguna de sus disposiciones, extendiendo la ley los efectos de la invalidación a todos los actos consecutivos que de ella dependan (art. 190, párrafo primero). Al declararla, el tribunal establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad del pronunciamiento, por conexión con el mismo (artículos 480, y 190, párrafo segundo). El tribunal podrá disponer el apartamiento del tribunal *a quo* e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley (artículos 480 y 191). De esta última expresión legal surge de modo implícito la necesidad de remisión del proceso al tribunal competente para la nueva sustanciación que se determine — juicio de reenvío — (Ayán, 2001), como así también, aunque de manera expresa, la facultad del tribunal *ad quem* de disponer, o no, la prohibición de que los jueces que concurrieron a dictar sentencia intervengan en el nuevo proceso. Este apartamiento que prevé la ley es, a la vez que una sanción, una cautela, puesto que a través suyo se busca impedir que los jueces que intervinieron en el primer juicio obren bajo el influjo de las impresiones recibidas en el debate anterior, asegurando así que, según lo exigen los modelos procesales con juicio de instancia única, el juez del mérito reciba original y primigeniamente sobre su ánimo, la impresión de las pruebas y las razones de las partes (de la Rúa, 1994).

Se puede advertir, pues, que la verificación por parte del tribunal de alzada de la violación a disposiciones constitucionales o procesales que atrapa este motivo de casación, sólo podrá tener como consecuencia la anulación de la resolución impugnada y el reenvío del proceso a otro tribunal de juicio para que, luego de un nuevo debate, dicte una nueva sentencia, que carezca de aquellos vicios. En estas hipótesis, entonces, el tribunal de casación no puede resolver de otro modo sobre el fondo del caso. No puede revocar ni reformar la resolución: sólo anularla.



### 7. La discusión sobre si satisface el derecho al recurso contra la condena: propuestas

La incorporación al sistema constitucional argentino de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2, h) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), en virtud de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (art. 75, inc. 22), al consagrar el derecho del condenado a recurrir ante un tribunal superior el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, pone en crisis — según algunos autores — la idea de que el recurso de casación, en su señalada regulación tradicional de mero control jurídico superior de la sentencia, sea suficiente para garantizar plenamente tal derecho (Cafferata Nores, 1998).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe n° 24/92, ha resuelto, en relación con el *derecho al recurso* consagrado por el art. 8.2, h de la CADDHH, que la casación, en tanto permite la revisión del fallo por un tribunal superior, constituye en principio un instrumento efectivo para asegurar tal derecho, siempre que no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado. Este criterio es aceptado de modo general por los tribunales superiores argentinos (ver, por todos, CSJN, caso Girolidi, 1993).

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en la comunicación n° 701/96, del 20 de julio de 2000, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto. Lo hizo con específica referencia al sistema de casación español — básicamente coincidente con el nuestro — y al art. 14.5 PIDDCP, que establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Pero dictaminó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos

formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo quinto del art. 14 del Pacto.

Es claro que la discusión sobre el tema se encuentra lejos de agotarse. Cabe señalar al respecto propuestas como la de ampliar los motivos que autorizan la casación, incorporando como nuevas causales algunas de las que, según la sistemática del Código, permitirían luego la revisión de la sentencia firme (v. gr., la invocación de hechos posteriores o pruebas conocidas después del fallo que demuestren el error de éste — art. 489, inciso 4 —), o la existencia de falsedades en la descripción del contenido de la prueba (v. gr., se hace decir al testigo lo que éste no dijo) (Maier, 1996). Lo mismo ocurre con la inobservancia manifiesta del principio *in dubio pro reo* en la valoración de la prueba sobre los hechos que fundan la condena, precedentemente mencionada. (Cafferata Nores, 1998). Por cierto que la casación admitida por alguno de estos nuevos motivos propuestos sólo podría determinar la nulidad de la sentencia y el reenvío del proceso a otro tribunal de juicio para que, luego de un nuevo debate oral y público, dicte una nueva sentencia, porque éste será el único modo de respetar los principios de inmediación y de identidad física del juzgador que exige el juicio oral y público. Pero nunca su revocación y el dictado directo de otra resolución.

### 8. Jurisprudencia contradictoria: propuestas de solución

Hemos ya adelantado que uno de los valores que, de ordinario, se adscribe al recurso de la casación (e incluso al de apelación o de inconstitucionalidad), es el de la certeza, asegurada por la tendencia hacia la uniformidad en la interpretación de las leyes, que es una garantía del ordenamiento. La variación e, incluso, la contradicción en la interpretación de la ley, constituyen un fenómeno que puede llevar a una incertidumbre social peligrosa, pues el hecho de que se extraigan de la misma ley consecuencias contrapuestas provoca perplejidad jurídica, la que, a su vez, consolida una singular manifestación de la inseguridad jurídica.

154

Este estado de cosas ha generado diferentes propuestas dirigidas a uniformar la interpretación jurídica de los tribunales (algunas de las cuales han sido tildadas por la crítica de que violan la independencia de criterio de los jueces inferiores y de que impiden la evolución de la jurisprudencia). Las principales soluciones pergeñadas para evitar o remediar la contradicción interpretativa de la ley son los fallos plenarios y el recurso de casación.

### *Fallos plenarios*

La finalidad de los fallos plenarios estriba en la obtención de una interpretación de la ley llevada a cabo por todas las salas de un tribunal de alzada reunidas en pleno, que resulte de observancia obligatoria para cualquier otro proceso diferente de aquel en el cual se elaboró. Esta solución ha sido tachada de inconstitucional, sobre la base de los argumentos que es contrario a la esencia del poder jurisdiccional y violatorio del principio republicano de separación de poderes el dictado de normas generales y abstractas, y que una interpretación de la ley obligatoria para todos los casos, tendría ese efecto práctico. Pero, además, se ha puesto énfasis, según dijimos, en que las normas que imponen el acatamiento a la jurisprudencia plenaria afectan la independencia de juicio de los jueces, al tiempo que provocan un estancamiento de la dinámica progresiva del saber jurídico (Arce y Díaz Cantón, 1996).

Sin embargo, el sistema ha evidenciado una contribución importante a la garantía de la igualdad ante la ley, lo que, en algo, disimula la tacha que se le formula. Un argumento de peso que se postula para rebatir esta descalificación de los fallos plenarios, por su parte, destaca que ellos facilitan el logro de un criterio único del tribunal de alzada, también único, y que sólo ha dividido su oficio por los generales criterios de la competencia a través de distintas cámaras o salas, resultando vinculante aquel criterio debido a razones prácticas, pues una interpretación contraria de un juez sería seguramente corregida por cualquier tribunal de alzada, ya que todos los oficios integrantes de éste intervinieron en el dictado del fallo plenario.

### *Unificación por casación*

El recurso de casación, en cambio, tiene un efecto unificador de la interpretación unitaria del derecho, mediante la actuación de un único tribunal superior que controla la interpretación de la Constitución, de la ley sustantiva o de la ley procesal, en cada caso sometido a su competencia funcional.

Aquel efecto se logrará a pesar de que la interpretación legal del tribunal *ad quem* no es legal y jurídicamente obligatoria para otros casos, porque sus fallos siempre tendrán un valor ejemplar y persuasivo. Ellos deberían inducir a los tribunales inferiores a adoptarla *de buena gana*, no sólo por la creencia del acierto de la interpretación del superior, sino por razones de orden, certidumbre jurídica y economía procesal, evitando el desgaste jurisdiccional y los perjuicios consiguientes que se derivarían en caso de la obligatoria tramitación de un recurso en el que, se sabe de antemano, se terminará finalmente imponiendo el criterio ya conocido del tribunal de alzada. Salvo, claro, que aquéllos introduzcan nuevos argumentos interpretativos no considerados en la decisión de éste.

### *Críticas y réplicas*

Pero lo cierto es, reiteramos, que todos los intentos unificadores suelen ser acusados de avanzar sobre la libre interpretación de la ley, que se expone como de la esencia del poder judicial. No obstante, las desventajas que la vigencia indiscriminada de aquel principio ha acarreado, han venido promoviendo propuestas de revisión de sus alcances a la luz de la seguridad jurídica, que no se compadece fácilmente con caprichosos vuelcos interpretativos de la ley, por los cuales, a menudo, partes y defensores quedan desconcertados. A ello se suma que es difícil negar ciertos excesos de algunos tribunales inferiores que, amparándose en sus atribuciones de interpretar libremente la ley, no vacilan en fallar reiteradamente en oposición a la doctrina de los superiores, desconociendo no

sólo el *valor moral* de las decisiones de éstos, sino también su *valor práctico*, con los importantes perjuicios que se han señalado.

Es claro que la independencia del Poder Judicial está íntimamente relacionada con la independencia de cada uno de los jueces que lo integran, para solucionar los asuntos que son materia de su competencia, sobre la base de la libre interpretación de la ley. Sin embargo, pensamos que los propios jueces deben limitar racionalmente el ejercicio de esta potestad frente a las exigencias que dimanen del valor seguridad jurídica, al que contribuye, sin dudas, el acatamiento voluntario y general, aunque no *ciego*, de la doctrina de los fallos dictados por los tribunales superiores, que facilita a los litigantes una interpretación cierta y previsible de la ley.

Posiblemente, la aplicación *automática* de la doctrina judicial de los tribunales superiores en aras de la uniformidad podría entorpecer una sana evolución jurisprudencial tendiente a adecuar la interpretación del derecho a las nuevas realidades sociales. Por esto, se prefiere la propia, libre y voluntaria limitación de los tribunales inferiores, acatando los criterios que fijan la interpretación de los superiores, a la obligatoriedad legal de esta última, ya que sólo la *flexibilidad* que propicia la primera opción permitirá aquella saludable adecuación.

#### IV. INCONSTITUCIONALIDAD PROVINCIAL

##### 1. Concepto

El recurso de inconstitucionalidad es el recurso extraordinario, devolutivo, que versa sólo sobre cuestiones de derecho, acordado para impugnar las sentencias o resoluciones equiparables a éstas, que hayan decidido un *caso constitucional*, entendiéndose por tal a aquel que versa sobre la validez o invalidez de una norma cuestionada como contraria a la Constitución de la provincia.

##### Causales de procedencia

Mediante el recurso de inconstitucionalidad se objeta la ley misma, por considerársela contraria a la ley suprema de la provincia, mientras que a través del recurso de casación se ataca la forma en que se la interpreta o aplica. Por ello, el primero se autoriza cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por Constitución de la provincia, y la sentencia o el auto impugnado fuere contrario a las pretensiones del recurrente (art. 483). La simple inobservancia en el proceso de garantías procesales establecidas por la Constitución de la provincia, en cambio, es materia propia del recurso de casación.

Con respecto a la impugnabilidad objetiva del recurso de inconstitucionalidad, la ley menciona las sentencias definitivas y a los autos que pongan fin a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena (arts. 483 y 469).

##### 2. Trascendencia

La inconstitucionalidad tiene una función de trascendencia institucional, ya que se endereza a preservar la supremacía de la Constitución provincial frente a las leyes, decretos, reglamentos o resoluciones provinciales. De aquí que deba tratarse de leyes de la Provincia, o de decretos, reglamentos o resoluciones dictados por los poderes provinciales, puesto que, de tratarse de una cuestión constitucional por la violación por una ley nacional de la Constitución Nacional, debe ser resuelta en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También deben serlo las cuestiones por el conflicto de la Constitución local o de una ley con una Constitución o ley de otra provincia, y la violación por una ley nacional de los poderes reservados por las provincias.

ISS

### Requisitos

Puesto que la ley exige que la resolución objeto de impugnación sea contraria a las pretensiones del recurrente, no es suficiente, para la procedencia de este remedio, la invocación de un agravio constitucional de orden local. Antes bien, es necesario que el impugnante haya discutido o alegado, en el caso concreto, y durante el proceso, la constitucionalidad de tales leyes, decretos, reglamentos o resoluciones. Pero, incluso, debe haberlo hecho de manera expresa, clara y precisa, en la primera oportunidad que tenga el interesado en el proceso para hacerlo, con arreglo a las circunstancias; esto es, apenas se suscite o se pueda prever que se suscitará. Debe, por último, haber mantenido el recurso interpuesto en las oportunidades ulteriores en que se suscitare la cuestión ya que, de no hacerlo, aceptando implícitamente el interesado la aplicación de la ley, decreto, reglamento o resolución que cuestiona, o en caso de aceptación expresa de esa aplicación, el recurso no es admisible.

Por imperio de la previsión contenida en el art. 484, serán aplicables a este recurso las disposiciones que regulan el procedimiento de la casación relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia. Aunque la ley no lo establezca de modo expreso, al pronunciarse sobre el recurso el tribunal de alzada declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada y confirmará o revocará el pronunciamiento recurrido.

## V. QUEJA

### Concepto

El recurso de queja es un *meta-recurso* destinado a impugnar la resolución jurisdiccional que deniega indebidamente un recurso que procede ante otro tribunal, a fin de que éste — ante quien se interpone — lo declare mal denegado (Arocena y Balcarce, 2001).

La queja, entonces, procede contra la resolución que deniega indebidamente un recurso que procede ante otro tribunal (art. 485). El pronunciamiento que no concede un recurso es legal cuando la resolución impugnada es irrecurrible, el recurso fue interpuesto fuera de término o por quien no tenía derecho (art. 455). Por el contrario, será indebida cuando la verificación de esas condiciones de procedencia de la impugnación se ha llevado a cabo erróneamente o cuando la denegatoria procede del análisis de las condiciones de *forma* de interposición del recurso que, como se infiere de lo expuesto, exceden tal materia de control por el tribunal a quo para la concesión del recurso.

Se trata de un *meta-recurso*, de una impugnación de segundo grado, de un “recurso de recursos”, habida cuenta que tiende a atacar las resoluciones jurisdiccionales del tribunal *a quo* que impiden ilegalmente la consideración por el tribunal *ad quem* de los recursos con efectos devolutivos (apelación, casación e inconstitucionalidad), permitiendo, de este modo, que el poder de recurrir sea desarrollado hasta el momento de una resolución definitiva sobre la admisibilidad y — eventualmente — sobre el fondo. Por esto, no pretende salvar el debido proceso en su totalidad formal y sustancial (acusación, defensa, prueba, sentencia y recurso), sino el devenir “natural” de la vía impugnativa debidamente planteada.

### 1. Fines

De cuanto venimos afirmando pueden extraerse la finalidad y la importancia de la queja. El objetivo de este medio impugnativo es que el tribunal competente para conocer del recurso denegado, examine la procedencia del recurso interpuesto ante el tribunal *a quo* y la resolución denegatoria de éste, y decida si era procedente, con arreglo a las condiciones establecidas por la legislación adjetiva para aceptarlo. La trascendencia del mismo descansa en su carácter de *garantía de seguridad procesal* en orden a evitar la posibilidad de una arbitrariedad o de un exceso de discrecionalidad que prive a la parte del derecho a la instancia superior.

## 2. Trámite

La queja debe interponerse ante el tribunal que debiera considerar el recurso indebidamente denegado (art. 485), por escrito y en el término de dos o cuatro días — según que los tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad — desde que la resolución denegatoria fuera notificada (art. 486, párrafo primero). La doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que, además, la queja debe ser *fundada y bastarse a sí misma*. La fundamentación consiste en la demostración por el recurrente de la ilegalidad de la declaración de improcedencia del recurso interpuesto, poniendo de manifiesto las razones de su pretensión a través de la indicación precisa del error que se atribuye a la denegatoria (Arocena y Balcarce, 2001).

El requisito de la autosuficiencia de la queja surge como consecuencia de la necesidad del tribunal ante el cual procediere el recurso denegado indebidamente de contar con los elementos necesarios que le permitan juzgar acerca de la ilegalidad de la denegatoria y exige que el impugnante indique el proceso en que se deduce la queja, la resolución recurrida, los puntos de esta decisión impugnados, los fundamentos de la impugnación frustrada, los motivos en que ésta se basó si fuere un recurso extraordinario y las razones denegatorias sustentadas por el tribunal *a quo*.

Cuando sea necesario para resolver el recurso de queja, el tribunal de alzada podrá requerir el expediente, que deberá devolver sin tardanza (art. 486, párrafo segundo); y se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente (art. 487). Si la queja fuera desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al tribunal de origen (art. 488). Este pronunciamiento importa la confirmatoria de la denegación del recurso originario dispuesta por el tribunal ante el cual éste fue interpuesto. La queja podrá ser desechada con fundamento en que la inobservancia de las condiciones formales de interposición la tornan *formalmente inadmisibles*, o a causa de que, no obstante haber satisfecho los requisitos de admisibilidad, el estudio de su contenido sustancial no amerita la revocación de la resolución del tribunal *a quo* respecto del recurso

denegado y justifican el *rechazo* de la queja. Cuando, por el contrario, se conceda la queja, se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda (art. 488). Mediante este último acto procesal, se reanuda el procedimiento impugnativo interrumpido por la denegatoria indebida remediada a través de la queja. La vía del recurso principal quedará entonces abierta, sin perjuicio de una posterior declaración de inadmisibilidad o rechazo sobre el fondo en la alzada (Ayán, 2001).

## VI. REVISIÓN PENAL

### 1. Noción

La revisión es un recurso excepcional, extraordinario, devolutivo, limitado a motivos generalmente de hecho específicamente previstos por la ley, dirigido contra las sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada y que procede sólo en favor del condenado, por el cual se reclama al tribunal de alzada su rescisión.

La principal nota característica de la revisión es el objeto impugnado a través suyo, que sólo puede ser la sentencia condenatoria firme. Quedan excluidas todas las resoluciones que no son la sentencia que, decidiendo sobre el fondo, pone término al proceso (art. 141), como así también la sentencia absolutoria y la sentencia condenatoria que no haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

### 2. Causales

Se la autoriza sólo por motivos específicamente determinados por la ley que, a diferencia de las causales por las que procede la casación, no son jurídicos sino fácticos. Dejando de lado el caso atípico de la revisión contra la sentencia fundada en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por el tribu-

156

nal superior y, quizás, el de la revisión por consentimiento para el juicio abreviado no libremente prestado, se trata de circunstancias externas con respecto al proceso ya concluido por condena firme, que no pudieron ser consideradas en ella por surgir o advertirse después de haber pasado en autoridad de cosa juzgada (Clariá Olmedo, 1998).

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se invocare la existencia de nuevos hechos o elementos de prueba que demostraren que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable o que la sentencia se funda en una interpretación de la ley más gravosa que la sostenida por el tribunal superior, al momento de la interposición del recurso (art. 480).

Los motivos de revisión penal, en nuestra ley, están previstos en el art. 489, que dispone que el recurso procederá cuando: 1) los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable; 2) la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable; 3) la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable; 4) después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no o cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable; 5) la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por el tribunal superior, al momento de la interposición del recurso; y 6) el consentimiento exigido para la realización del juicio abreviado por los artículos 356 y 415 no hubiese sido libremente prestado.

### Titulares

Subjetivamente legitimados para deducir el recurso de revisión se encuentran el condenado y el Ministerio Público (art. 491). Pero, además, es característico de la revisión el ensanche de la titularidad para recurrir a personas que actúan, en su caso, como sustitutos procesales del primero de los nombrados. El representante legal lo hará en caso de incapacidad del condenado, y en la hipótesis de fallecimiento o de ausencia con presunción de fallecimiento de éste, podrán recurrir su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (art. 491). Es una intervención *iure proprio* fundada en el vínculo afectivo de la familia (Clariá Olmedo, 1998).

La revisión no tiene plazo de interposición (art. 489) y debe interponerse personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables (art. 492, párrafo primero). No se exige, como en el recurso de casación, que el escrito lleve firma de letrado. Si es necesario, en cambio, que en la revisión deducida con fundamento en los incisos 1, 2, 3 y 5 del art. 489, el recurrente acompañe copia de la sentencia pertinente (art. 492, párrafo segundo). Pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el impugnante deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate (art. 492, párrafo *in fine*).

En cuanto al procedimiento, se establece que en el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables (art. 493, párrafo primero). Durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella (art. 494).

### Efectos posibles

Para el momento decisorio, es dable prever, como alternativas posibles, el rechazo del recurso o su acogimiento, con o sin reenvío. De esta última manera surge de la propia ley, en cuanto es-

tablece que, al pronunciarse en el recurso, el tribunal superior podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva (art. 495). El rechazo de la pretensión implica mantener la sentencia impugnada, por lo cual su ejecución continuará si hubiere sido suspendida. En la admisión sustancial de la revisión con reenvío, el tribunal *ad quem* anula la sentencia y remite la causa a nuevo juicio ante el tribunal de mérito correspondiente, adquiriendo nuevamente el condenado su calidad de imputado. El acogimiento de la pretensión sin reenvío tiene lugar cuando el caso no requiere de éste, lo que sucede cuando resulta innecesario un nuevo debate sobre el mérito de la causa (Palacio, 1998).

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior (art. 496, párrafo primero), vale decir, los jueces que dictaron la resolución recurrida. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión (art. 496, párrafo segundo).

Si la sentencia dictada en el nuevo juicio fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización (art. 497). La devolución de esta última, sin embargo, podrá disponerse sólo cuando haya sido citado el actor civil a los efectos de la defensa de su interés. Con la restitución de lo pagado en concepto de pena carga el Estado, que recibió ese valor. La restitución civil, en cambio, queda a cargo del actor civil.

#### *Reparación del error judicial*

La sentencia rescisoria típica es la que declara la absolución del anteriormente condenado, cuyo contenido implica un expreso reconocimiento acerca del error judicial en que se incurrió en el primer juicio. (Clariá Olmedo, 1998). La mayoría de los códigos modernos traen normas expresas que prevén los efectos reparatorios del daño causados por ese error judicial, a los efectos de que el

tribunal ordene la reparación de los daños y perjuicios que hubiere causado el mismo, por parte del Estado. Lo hace nuestra ley, estableciendo en el art. 498: "la sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Éstos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos". Es necesaria, según puede apreciarse, la verificación de algunas condiciones, entre las cuales se destaca la oportuna instancia de parte y la ausencia de la contribución dolosa o culposa del condenado a la provocación del error judicial. Puesto que la reparación es a cargo del Estado, su representante debe ser oportunamente citado.

#### *Reiteración*

Sobre la base del principio en virtud del cual el derecho a probar la inocencia del condenado no prescribe, ni está sometido a suspensión temporal alguna, ya que la revisión procede "en todo tiempo" (art. 489), la ley establece que el rechazo de un recurso de esa especie no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos (art. 499). La única condición para la admisibilidad formal de un nuevo recurso, interpuesto con posterioridad a la desestimación de uno precedente, es que el motivo invocado en la nueva impugnación se sustente en elementos de juicio distintos de los presentados en el recurso desestimado.

157



## CAPÍTULO 14

---

- I. **LA EJECUCIÓN DE LA PENA.** Etapa del proceso penal. Función. La individualización de la pena como “secuencia”. Fines del derecho penal y de la ejecución. El “tratamiento penitenciario”.
- II. **CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN.** Tribunal de ejecución: atribuciones. El fenómeno de la “prisionización”. Ejecución de medidas de seguridad. Extensión de derechos procesales.
- III. **CÓMPUTO DE LA PENA.** Importancia. Requisitos. Trámite.
- IV. **INCIDENTES DE EJECUCIÓN.** Concepto. Objeto. Recursos.

### I. LA EJECUCIÓN DE LA PENA

---

#### 1. Etapa del proceso penal

Existe una generalizada coincidencia (Vélez Mariconde, 1986) en que la ejecución de la pena impuesta por la sentencia condenatoria firme es también expresión del poder jurisdiccional, en cuanto actúa el derecho en el caso concreto. Por eso se la considera parte del proceso penal, una etapa de su desarrollo (Ayán, 1998).

Durante la ejecución, regirá el principio de *legalidad* (“legalidad ejecutiva”, se la ha denominado) en orden a las normas de derecho sustantivo que se relacionan con el contenido concreto de la sanción impuesta, sobre todo cuando fuere privativa de libertad. Consecuentemente, deben regir las garantías propias del proceso penal, en especial, la jurisdiccional.

Además, el proceso penal no cumplirá acabadamente con su misión de actuar el derecho penal, procurando alcanzar los objetivos de éste, si se despreocupa del logro de uno de los declamados fines de la pena durante la etapa de ejecución, la “resocialización”,

porque el concepto de la *actuación* concreta de la norma penal también lo abarca.

## 2. Función

Tradicionalmente se ha circunscripto la función de la ejecución, como etapa procesal, a la de garantizar el *cumplimiento de la sentencia* de condena (evitando que a la desobediencia de la ley que implicó el delito, se añada la desobediencia a la pena), y a posibilitar las *específicas tareas* que el Código Penal y la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad (24.660) imponen a los jueces en esta etapa, referidas al cómputo de la pena, algunas modalidades de su ejecución (v. gr., prisión domiciliaria, discontinua, semidetención, etc.), o su cese (por libertad condicional), es decir, a todo lo relacionado con *alteraciones sustanciales* al cumplimiento de la sanción. Pero la función de la ejecución, como veremos a continuación, excede este marco.

Especialmente cuando se trata de la pena de prisión o reclusión, la participación judicial en su ejecución exige mayor espacio (al punto que hay quienes propugnan la judicialización total), procurando especialmente una mejor garantía al derecho del penado de “recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad” (DADDH, art. XXV), respetuoso de la “dignidad inherente al ser humano” (PIDCP, art. 10.1.); y por la misma razón que no pueden legislarse penas “cruelles”, “inhumanas” o “degradantes” (DUDH, art. 5), debe asegurarse que tampoco tenga semejantes características *la ejecución* de las que se admitan. De estas normas surge la necesidad de garantizar el control jurisdiccional en la etapa de ejecución de las penas privativas de libertad (Cesano, 1997).

## 3. La individualización de la pena como “secuencia”

La determinación o individualización de la pena (o mejor, de su contenido), sobre todo la privativa de libertad, es una *secuencia* que no se agota con el acto de fijación de su calidad y cantidad o modo de ejecución (v. gr., condena condicional) en la sentencia condenatoria, porque ello importaría una “cristalización” de la

sanción contraria a sus declamados fines (sobre todo al de prevención especial).

Si bien su primera expresión es la fijación judicial de la pena en el acto de la condena, el *contenido* de aquélla puede ir *variando* en la etapa de ejecución, no sólo en los *modos* de cumplimiento (v. gr., prisión domiciliaria o discontinua o semidetención) sino también en su efectiva *duración* (v. gr., libertad condicional, libertad asistida), y aun mediante la *sustitución* de la especie de la pena (v. gr., sustitución de la semidetención por trabajos para la comunidad, art. 50, ley 24660).

Esta parte de la individualización (o mejor dicho, reindividualización) de la pena que se produce durante la ejecución, también debe estar a cargo del juez encargado de la ejecución, que además deberá controlar la legalidad y razonabilidad — incluso apartándose de ellos — de los actos o decisiones administrativas que influyan en la *duración* o *modalidades* de aquélla, como asimismo del régimen de progresividad, que permite una atenuación progresiva de las condiciones del encierro, o la calificación de concepto, que es base para salidas transitorias, el régimen de semilibertad y la libertad condicional.

## 4. Fines del derecho penal y de la ejecución

La ejecución de la pena tiene por fin — según la normativa de nivel constitucional — la “readaptación o reinserción social” del condenado (PIDCP, art. 10.3; CADH, art. 5.6; ley 24660, art. 1). Sea que ello implique intentar “neutralizar los factores negativos de su personalidad para lograr su readaptación a la vida social”, o bien “ofrecerle medios para obtener un grado mayor de propia dignidad, una mejor aptitud para resolver sus conflictos que pueda incidir en una conducta futura de abstención delictiva” (Bustos Ramírez, 1985), o quizás “permitirle la posibilidad de abandonar el rol que motivó su selección criminalizante, saliéndose del estereotipo selectivo del poder punitivo, reduciendo así su nivel de vulnerabilidad frente a éste” (Zaffaroni, 1996), lo cierto es que la autoridad pública a cargo de la ejecución *no puede desentenderse* del

logro de uno de los objetivos de ésta: procurar que el penado (por convencimiento y no por escarmiento) no cometa nuevos delitos (objetivo en el que coinciden, aunque con diferentes argumentos, motivaciones y procedimientos, casi todas las teorías al respecto).

Es que si la teoría sobre el fin de la pena debe quedar siempre referida al fin del derecho penal, y éste procura la protección de bienes jurídicos, amenazando con la pena su vulneración, para evitar que esta vulneración ocurra, su imposición concreta y su ejecución deben perseguir un similar propósito preventivo: evitar que vuelvan a ocurrir esas vulneraciones a bienes jurídicamente protegidos, por obra del penado. Y para ello no nos parece suficiente que el órgano jurisdiccional (que impuso la pena o el especial de ejecución) sólo tenga competencia para autorizar “todo egreso de condenado” o para controlar si se ha vulnerado alguno de sus derechos (art. 4, ley 24.660).

### 5. El “tratamiento penitenciario”

La ley establece un procedimiento voluntario para ayudar al logro de aquel fin de “resocialización”, llamado “tratamiento penitenciario” o “interdisciplinario”. La autoridad jurisdiccional debería tener incidencia en el mismo, no sólo controlando que *no* se vulneren derechos del condenado, *obligándolo* a participar o *excluyéndolo* del mismo, sino incluso evaluando y aun orientando el tratamiento. Esta idea ha determinado que se proponga que los jueces encargados de la ejecución penal tengan especial formación criminológica. Así, el penado podrá, a la par de reclamar durante la ejecución de la pena por los derechos que el Código Penal y la ley de ejecución le reconocen, requerir al órgano jurisdiccional que intervenga activamente, no sólo en el control, sino también en la orientación y evaluación del “tratamiento”: la facultad de hacer evaluaciones semestrales o de formular “observaciones y recomendaciones” para que le sean comunicadas al “ministerio competente” (art. 208, ley 24.660) no satisface el sentido ni los alcances de esta propuesta.

Y el avance de la ley 24660, que permite la participación en la ejecución y en la asistencia post penitenciaria, de los “recursos de la comunidad”, “servicios sociales calificados”, “instituciones responsables” o “privadas con personería jurídica”, etc. (arts. 32, 33, 91 y 156), ampliará el ámbito del control jurisdiccional, a la actividad que desarrollen estas organizaciones de la sociedad civil.

## II. CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN

Por eso, es necesario reflexionar sobre los alcances del control judicial de la ejecución, sobre todo cuando se ha establecido *legalmente* como principio que es competencia de la *autoridad administrativa* todo lo concerniente a “la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario”, salvo que “no estén específicamente asignados a la autoridad judicial” (art. 10, ley 24.660).

### 1. Tribunal de ejecución

Para lograrlo, un órgano jurisdiccional (el que impuso la sanción, como lo hacía el CPP de Córdoba antes de la reforma de la ley 8658; u otro diferente con competencia específica, como hoy la estatuye — aun cuando está suspendido en su aplicación — el nuevo art. 35 *bis*) debe controlar que la ejecución de la pena no vulnere la *dignidad* del condenado (propia de su condición de persona), ni por las *condiciones* de su cumplimiento (v. gr., hacinamiento), ni por *acción* de las autoridades penitenciarias (v. gr., excesos disciplinarios), ni por *actos* de los otros penados (v. gr., la llamada “sociedad carcelaria”, impone en la convivencia la ley del más fuerte).

También deberá garantizar que no se le restrinjan derechos *no afectados* por la sanción impuesta (de los que deberá gozar como si estuviera libre), salvo las restricciones inherentes al cumplimiento de la privación de libertad en establecimientos públicos que

deben retener a muchos internos, y en los que debe asegurarse una convivencia ordenada, aspecto difícil de lograr, pues con razón se ha dicho que el Estado, más que de la libertad ambulatoria del preso, “se apropia de su vida” (Neuman, 1986).

Se trata de asegurar lo dispuesto por la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y el respeto por las Normas de Trato previstas por la ley 24.660.

Por todo esto, es conveniente la separación del tribunal de ejecución respecto del que ha condenado al imputado, que puede tener una visión sesgada hacia el pasado. Aquél, en cambio, deberá visualizar el presente y el futuro del condenado en el proceso de readaptación (Tarditti, 2003).

El control no sólo de la *legalidad* sino también de la *razonabilidad* de estas “injerencias” es imprescindible, pues las leyes no fijan con precisión ni los alcances de estas “restricciones reglamentarias” (art. 2, ley 24660), ni las posibles razones de su imposición, acudiendo a conceptos vagos (v. gr., necesidades del tratamiento; razones de seguridad). Sólo así se evitará tanto *un agravamiento ilegal* de la pena en los hechos, como la imposición de verdaderas penas *paralelas* mediante reglamentos, acciones o disposiciones de los funcionarios carcelarios, de pretendida naturaleza organizativa o disciplinaria. El Estado “tiene el deber de no exigir más de lo que la sentencia y la ley reclaman”, y el penado “el derecho de no sufrir más restricciones o limitaciones que las establecidas allí” (Florían, 1934).

## 2. Atribuciones

Si, como ya señalamos, es competencia de *la autoridad administrativa* todo lo concerniente a “la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario”, salvo que “no estén específicamente asignados a la autoridad judicial” (art. 10, ley 24.660), cabe preguntarse: ¿qué ha sido específicamente asignado a los jueces?

A éstos compete el permanente control de la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, garantizando el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley (art. 3, Ley 24.660). Y tal control lo es con respecto al *desenvolvimiento de la autoridad de aplicación*, como *del penado*.

### *Atribuciones judiciales expresas*

Advertida la vastedad de incumbencias que tal formulación dogmática propone, de modo también expreso y no más preciso, se ha establecido (art. 4, ley 24.660) que es de *competencia judicial*:

- a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos de los condenados;
- b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria.

Con el propósito de establecer específicamente la naturaleza de las cuestiones que quedan bajo la órbita jurisdiccional, y de discernir a qué órgano le competen, el Código Procesal Penal de Córdoba le ha asignado al tribunal de ejecución, las siguientes atribuciones (arts. 35 bis y 500):

- 1º) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad (ver lo expuesto más arriba).
- 2º) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o del “penado”, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del juicio a prueba, libertad condicional, y condena de ejecución condicional. Se trata de observar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el tribunal que dispuso conceder alguna de esas medidas que no importan ya privación de libertad.
- 3º) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los jueces de instrucción, jueces correccionales

y cámaras en lo criminal, con excepción de la ejecución civil, no sólo de las condenas a penas privativas de libertad, sino también de las penas de multa (art. 21, CP) e inhabilitación (arts. 19 y 20, CP).

- 4º) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad. Ello implica el seguimiento del tratamiento del enajenado y de su evolución hasta que médicamente se considere que han desaparecido las circunstancias que motivaron la internación, es decir que el enfermo ha dejado de ser peligroso para sí y para terceros (art. 34, tercer párrafo, CP).
- 5º) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con su cómputo, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por la comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una ley más benigna (ver más adelante "Incidentes").
- 6º) Conocer en las peticiones que presentaran los condenados a penas privativas de libertad, con motivo de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria. Por ejemplo, las que tienen que ver con el otorgamiento de la libertad condicional, o de salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad asistida (arts. 16, 23, 28 y 54); o también la prisión domiciliaria, la prisión discontinua y semidetención, o trabajos para la comunidad (arts. 33, 35 y 50, ley 24.660). En suma, toda decisión que pueda implicar el egreso del condenado del ámbito carcelario (art. 4 inc. b, ley 24.660).

#### Otras atribuciones judiciales

Sin perjuicio de tal enumeración, hay todavía en la Ley de Ejecución Penitenciaria, algunas otras cuestiones no mencionadas precedentemente de modo expreso.

Dentro de ellas, cabe mencionar las que tienen que ver con pedidos de actualización o de reubicación en los períodos o fases del tratamiento, ante la eventual arbitrariedad o demora injustificada en el respeto de la progresividad del régimen. También las relativas a pedidos de traslado — o el rechazo a su concreción — a establecimientos ubicados en otras ciudades, por ejemplo, por razones de seguridad, o de acercamiento al grupo familiar para el afianzamiento del vínculo; o de un establecimiento cerrado a otro semiabierto (art. 4 inc. a, ley 24.660).

De igual modo, ha sido normado expresamente como de incumbencia judicial, resolver como tribunal *ad quem* los recursos de apelación interpuestos contra la retrogradación de períodos o fases en el régimen de progresividad, como contra las demás sanciones aplicadas por la autoridad carcelaria (arts. 89 y 96, ley 24.660).

Por último, la variedad de materias aumenta ilimitadamente, si se toma en consideración que son también cuestiones que deben ser decididas fundadamente y en tiempo oportuno por el órgano jurisdiccional, las "peticiones y quejas" (en sentido amplio) dirigidas al "Juez de Ejecución o al juez competente" por los internos (art. 67, ley 24.660).

### 3. El fenómeno de la "prisionización"

También la autoridad jurisdiccional debe ocuparse de que se procure evitar o reducir en la mayor medida posible los daños personales que ocasiona en general la cárcel (prisionización) aunque se cumplan todos aquellos aspectos. Aquel fenómeno constituye un *plus* inadmisibles de la pena impuesta, la que no sólo debe *limitarse* a la restricción de su libertad ambulatoria, sin poder extenderse a la restricción de otros derechos no afectados por aquélla, sino que tampoco debe ocasionar *despersonalización* o *desocialización*, ni *agravar* las que existieran, por obra de las condiciones del encierro.

A neutralizar estos perjuicios responde la idea de ampliar, modernizándolo, el espectro sancionatorio actualmente vigente (se han propuesto, como nuevas especies de pena, la detención de fin

de semana, la prestación de trabajos de utilidad pública, limitación y prohibición de residencia, prisión o arresto domiciliario, cumplimiento de instrucciones, días multa, multa reparatoria, etc.).

#### 4. Ejecución de medidas de seguridad

La vigilancia de la ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad es también competencia judicial, habiendo sido atribuida al tribunal que la dictó (art. 521).

En estos casos, el tribunal, por su propia iniciativa o a requerimiento de la autoridad administrativa, imparte y va dando (sin recurso alguno) las instrucciones necesarias al encargado de ejecutarla, fijando la periodicidad de los informes que deben dársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés (art. 522).

En el supuesto que la medida tenga que ver con la internación de un enajenado mental (art. 34, inc. 1, C. Penal y art. 523 C.P.P.), su seguimiento debe ser de modo que permita establecer su estado y evolución psiquiátrica, convalidando el tratamiento y evaluando la posibilidad de una modificación o hasta su externación (previo dictamen de dos peritos).

Pero tanto para decidir esta última alternativa, como para hacer cesar cualquier otra medida de seguridad, el tribunal debe oír previamente al Ministerio Fiscal y al interesado, o a quien lo represente legalmente (art. 525).

#### 5. Extensión de derechos procesales

Lo expuesto necesariamente traerá aparejado la extensión, al ámbito de la ejecución, de la vigencia de los derechos reconocidos al condenado en las etapas procesales anteriores (Salt, 1999), como el de contar con un *defensor*, el *in dubio pro interno*, etc. También el de contar con descripciones legales precisas de los hechos que permitan la atenuación del rigor de la ejecución, o la imposición de sanciones disciplinarias, que reduzcan al mínimo la posibilidad de arbitrariedad.

Requerirá, asimismo, una delimitación precisa de las atribuciones del órgano jurisdiccional y de la autoridad carcelaria, y de las de control de aquél sobre ésta, para evitar conflictos entre ambas, pero siempre respetuosa del principio de supremacía de la opinión del juez en caso de controversia sobre derechos y sobre decisiones con incidencia directa o indirecta en el contenido de la pena impuesta.

### III. CÓMPUTO DE LA PENA

Con la individualización de la sanción, al encontrarse firme la sentencia, corresponde al mismo tribunal que la dictó, practicar el cómputo de la pena consistente en **una operación aritmética que tiene por objeto fijar la fecha del vencimiento de las penas temporales o el monto de la sanción pecuniaria** (arts. 35 bis inc. 5 y 504).

En el caso de penas privativas de la libertad, si importan su cumplimiento efectivo (art. 26, sentido contrario, del CP), tal procedimiento tiene por finalidad establecer concretamente el período de privación o restricción de la libertad que le resta o que debe transcurrir el condenado; o, dicho de otro modo, sirve para precisar el día exacto en que la sanción impuesta se cumplirá y, además, eventualmente, del momento en que se encontrará en situación de solicitar se le otorgue la libertad condicional, si ésta fuere procedente (art. 13, CP y arts. 515 y ss.).

Este cálculo importa la consideración de los días de encierro cautelar soportados (por el ahora condenado) en calidad de arresto, detención o prisión preventiva, de haber tenido lugar tales medidas de coerción durante la tramitación del proceso. El tiempo así transcurrido es deducido del total de la condena impuesta, conforme a las reglas establecidas en la ley de fondo (art. 24, CP), obteniéndose, con precisión, el día del agotamiento de la pena privativa de la libertad.

Respecto de la inhabilitación, el trámite del cómputo lleva a estimar su duración en base a la equivalencia de la privación de la libertad cautelar eventualmente padecida con la sanción de aquella especie de pena no privativa de la libertad finalmente impuesta. En tal caso, la ley de fondo computa dos días de inhabilitación por cada día de prisión preventiva (o de arresto o detención).

Lo mismo ocurre cuando la sanción discernida es sólo de multa, en cuyo caso cada día de privación de libertad cautelar equivaldrá a un monto dinerario que deberá fijarse entre treinta y cinco (\$ 35) y ciento setenta y cinco (\$ 175) pesos (art. 24, CP).

### 1. Importancia

Además de la lógica importancia que naturalmente tiene esta determinación reviste suma trascendencia en los casos de penas privativas de la libertad, por cuanto fija una expectativa cierta para el penado respecto del día que cesarán los efectos materiales del encierro que importa la condena. Y para la sociedad (y la víctima), marca el momento en que se debe considerar "saldada la deuda" que contrajo aquél por la comisión del delito (Ferrer, 2001).

Pero también, desde una perspectiva dogmática, el cómputo se erige en el hito a partir del cual se comienza a ejecutar formalmente la sanción (lo que ya había comenzado a ocurrir materialmente, al quedar firme la sentencia), determinando la necesidad del traslado del penado al establecimiento penitenciario que la autoridad administrativa determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la Ley Penitenciaria Nacional (art. 505 CPP).

Es decir, a partir de allí y en ese ámbito, comienza propiamente el tratamiento penitenciario (ley 24.660 y decr. prov. 1293/00); y, a tal efecto, la fecha de cumplimiento de la sanción es un dato que tiene relevancia respecto de la vigencia o aplicación de diversos institutos vinculados a la ejecución de la pena.

Así, es tenida en cuenta a los fines de la progresividad del tratamiento (v. gr.: incorporación al período de prueba, art. 28

anexo IV del decr. prov. 1293/00); para la obtención de beneficios que implican la atenuación o morigeración de las condiciones del encierro (v. gr.: concesión de salidas transitorias o régimen de semilibertad; art. 17, ley 24.660); o para el otorgamiento de la libertad anticipada (v. gr., libertad condicional, art. 13, CP, art. 28, ley 24.660; libertad asistida, art. 54, ley 24.660).

### 2. Requisitos

El trámite que permite esta determinación, lógicamente debe estar precedido de una sentencia condenatoria que haya adquirido firmeza procesal. Mientras esto no ocurra, la restricción de la libertad que padece el todavía "imputado" (no obstante haber sido "condenado"), es a título de encierro cautelar o prisión preventiva y no de cumplimiento de la pena, aunque con posterioridad sea computable ese lapso en tal carácter.

Tratándose de una determinación que ha tenido como presupuesto una condena restrictiva de la libertad, si la misma no lo fue de efectivo cumplimiento, sino que fue dejada en suspenso (arts. 26 ó 27, segundo párrafo, CP), o si el imputado recuperó la libertad antes de la sentencia o antes de que ésta quedara firme (v. gr., por cese de prisión) o no pudo ser ejecutada por su contumacia (art. 505, CPP), el interés por establecer la fecha de su vencimiento estará supeditado a circunstancias sobrevinientes (captura del fugitivo, revocación de la condena en suspenso o del cese de prisión transformado en libertad condicional, o por nuevas condenas que den lugar a la unificación de penas, etc.), en la medida que se plantee la necesidad de computar el tiempo de privación de libertad provisoria que el condenado hubiese padecido con anterioridad, para deducírselo al de la condena y obtener el lapso faltante. Finalmente, el tiempo de la internación provisional que pueda haberse dispuesto (art. 287) debe computarse como prisión preventiva, en el caso que no se haya convertido en definitiva al fijarse la sanción.



### 3. Trámite

Para la determinación del cómputo, la práctica judicial establece que previamente la secretaría del tribunal informe sobre aquellos datos útiles a tal fin (principalmente, el día en que se concretó la privación de libertad cautelar, por el o los hechos a los que se refirió la condena, y el período que permaneció en tal situación), tras lo cual “el juez o el presidente del tribunal” (que dictó la sentencia), por decreto, fija el día del vencimiento de la sanción, y también — es usual — el del día que podría acceder (si se satisfacen los demás requisitos) al beneficio de la libertad condicional. Tal decisión es notificada al condenado, a su defensor y al Ministerio Público, quienes pueden observarlo en el plazo (individual) de tres días (art. 504, primer y segundo párrafos), a cuyo vencimiento — de no haber mediado objeciones — queda *aprobado*, dando lugar a las comunicaciones, anotaciones y traslados pertinentes (arts. 505, tercer párrafo, 508, 509, 510 y 511).

Las observaciones deducibles pueden fundarse en la detección de errores materiales, o en el cuestionamiento del método aritmético utilizado, o de la norma aplicada o inaplicada (v. gr., ultra actividad de la disposiciones derogadas de la ley 24.390), o de su interpretación, y dan origen a un incidente de ejecución, cuya resolución (por auto) compete al mismo tribunal, y contra la cual procede el recurso de casación (arts. 502 y 469).

Por último, el cómputo resultante, aun cuando adquiera firmeza (por consentimiento o la improcedencia de la casación interpuesta), es modificable, de oficio o a petición de parte, si se advierte algún error en los cálculos o surge alguna circunstancia que lo haga variar (v. gr., por modificación o conmutación de la sanción). Y también es rectificable en caso de quebrantamiento o fuga del condenado, o cualquier otro supuesto que admita la suspensión de la pena (art. 514).

## IV. INCIDENTES DE EJECUCIÓN

Corresponde señalar de inicio que no todo asunto o instancia que deba ser resuelta por el tribunal de ejecución (art. 35 bis, CPP o 67, ley 24.660) da lugar a un incidente.

### 1. Concepto

Ello es así, por cuanto son incidentes de ejecución solamente aquellas cuestiones que se suscitan durante la ejecución de la pena, pero de las que surgen intereses contrapuestos o posturas antagónicas (v. gr., entre el penado y el Ministerio Fiscal).

De allí que de las peticiones formuladas por los penados se da intervención al Ministerio Fiscal a los fines de contar con su opinión; pero sólo se considerará *trabado* el incidente, si éste se exterioriza en sentido adverso a la pretensión.

### 2. Objeto

Las materias que podrían dar lugar a un incidente son de diversa índole, aunque las más comunes tienen que ver con las derivadas del cómputo de la pena, de la obtención de la libertad condicional (ambas de competencia del tribunal de juicio), y con la obtención de beneficios durante la ejecución, tales como las salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad asistida; o la prisión domiciliaria, la prisión discontinua y semidetención, o trabajos para la comunidad (de competencia del tribunal de ejecución).

La ley dispone que deben ser resueltas por auto y “previa vista a la contraria” (art. 502), dando la oportunidad de responder los argumentos que propugnan la improcedencia del pedido.

### 3. Recursos

La resolución que pone término a un incidente es susceptible de ser impugnada por la vía de la *casación* (art. 502, segundo

162

párrafo), cuya interposición *no suspende* el trámite de la ejecución, salvo que el tribunal decida lo contrario.

A los efectos de la admisibilidad formal del recurso, corresponde evaluar la materia que ha sido objeto de controversia, por cuanto los motivos en los que se sustente deben estar comprendidos o adecuarse a los admitidos para el mismo; esto es, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (categoría en la que está comprendida la Ley de Ejecución Penitenciaria 24.660), o incumplimiento de disposiciones previstas bajo la conminación de una sanción procesal (art. 468).

La jurisprudencia generada con motivo de planteos recursivos de esta naturaleza ha contribuido al esclarecimiento de los criterios que corresponde adoptar en la solución de casos puntuales, proporcionando argumentos para el sustento de líneas de interpretación de esta nueva legislación de fondo, la que ha incorporado una nueva concepción del tratamiento penitenciario y, con ella, actualizado e incluido nuevos institutos para la ejecución de las penas (v. gr., prisión domiciliaria, salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad asistida, etc.).

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL <sup>1</sup>

- AROCENA, Gustavo A. (2002): *La nulidad en el proceso penal*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2001): "Sobre las medidas que corresponden al Juez de Instrucción durante la investigación fiscal", en *Pensamiento penal y criminológico*, año II, n° 3, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- AROCENA, Gustavo A. - BALCARCE, Fabián I.: "Acerca del nuevo modelo de proceso penal (De la teoría a la praxis)", en *Semanario jurídico*, N° 1241.
- \_\_\_\_\_ (2001): *La "queja" en materia procesal penal*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- AROCENA, Gustavo A. - CAFFERATA NORES, José I. (2001): *Temas de Derecho Procesal Penal (Contemporáneos)*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- AYAN, Manuel N., (1999): *Actividad impugnativa en el proceso penal* (actualizado por Gustavo A. Arocena y Fabián Balcarce), Editorial Advocatus, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1998): *Ejecución penal de la sentencia*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ "El recurso de reposición (en materia penal)", en *Revista de Estudios Procesales* de Rosario, N° 22.
- \_\_\_\_\_ "La incorporación de oficio de nuevas pruebas sobre la cuestión civil en el seno del debate", en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, N° 12, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ "La prohibición de la reformatio in peius", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal* de la Facultad de Derecho de la U.N.C., N° 9, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1996): "Reapertura del Debate", en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal* de la Facultad de Derecho de la U.N.C., Nueva Serie, N° 1, Córdoba.

<sup>1</sup> Las citas de autores de este libro que no tienen fecha, corresponden a aportes muy personales de ellos efectuados al escribir este Manual.

- (2001): *Recursos en materia penal. Principios generales*, 2ª edición, actualizada por Gustavo A. Arocena, y Fabián Balcarce, Editorial Lerner, Córdoba.
- AYÁN, Manuel – BALCARCE, Fabián** (1998): "Registro domiciliario, requisa y allanamiento" en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, n° 3, U.N.C., Editorial Advocatus, Córdoba.
- BALCARCE, Fabián** (1999): "Clausura de locales en el proceso penal" en Revista Jurídica *La Ley*, Córdoba, año 16, n° 11, diciembre.
- (2000): "De ocurrencias y oposiciones" en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, n° 5, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Córdoba, Editorial Mediterránea.
- (2001): "El querellante particular en la legislación procesal penal cordobesa" en *Foro de Córdoba*, año XII, n° 74, Córdoba.
- (1999): "El secuestro en materia procesal penal" en *Foro de Córdoba*, año X, n° 57, Córdoba.
- (2001): "Extracción coactiva de sangre en el proceso penal" en *Ley, razón y justicia*, Año II, n° 4, Neuquén, Ediciones Alveroni, Córdoba.
- (1999): "Intercepción de correspondencia e intervención de comunicaciones" en *Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Práctica Profesional* n° 4, U.N.C., Editorial Advocatus, Córdoba.
- (1998): *Irretroactividad de la ley penal procesal*, Editorial Lerner, Córdoba.
- (1996): "La duración razonable del proceso", en *Cuaderno del departamento de Derecho Procesal* n° 1, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Córdoba.
- (1996): *La prueba en el proceso penal. Principios generales*, Editorial Lerner, Córdoba.
- (2002): *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba.
- "Poderes autónomos de investigación del tribunal de juicio", *Semanario jurídico* N° 1165.
- (1996) *Presunción de inocencia*, Lerner, Córdoba.
- "Ubicación institucional del Ministerio Público en la Constitución Nacional" en *Semanario Jurídico* n° 1282.
- BARBERA de RISSO, María C.** (1993): *Juicio Oral*, Editorial Lerner, Córdoba.
- (2000): *Manual de la Casación Penal*, Editorial Advocatus-Mediterránea, Córdoba.
- (2001): *Los recursos penales – Lineamientos*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- BELING, Ernst** (1943): *Derecho procesal penal*, (traducción: Miguel Fenech), Editorial Labor, Barcelona.
- BERTOLINO, Pedro** (1994): *Compendio de la casación penal*, Buenos Aires.
- (1989): *El debido proceso penal*, Buenos Aires.
- (1991): *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires.
- (1997): *La víctima en el proceso penal*, Buenos Aires.
- BIDART CAMOS, Germán** (1969): *Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- BINDER, Alberto** (1999): *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (1993): *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (1997): *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto** (1998): *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan** (1985): "Política criminal y dogmática", en *El poder penal del Estado*, Buenos Aires.
- CAFFERATA NORES, José I.** (1988): *La excarcelación*, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- (2002): *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, Editorial Advocatus, Córdoba.

(1997): *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

(2003): "Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del Ministerio Fiscal", en AA.VV., *En torno al querellante particular*, Editorial Advocatus, Córdoba.

(1998): *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires.

(1987): *Eficacia de la persecución penal y garantías procesales en la Constitución de Córdoba*, Editorial Lerner, Córdoba.

(1997): "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas", en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

(1970): "El secuestro como medio asegurativo de la prueba", en *Cuadernos de los Institutos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.

(1992): *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Editorial Lerner, Córdoba.

(1997): "La denuncia anónima o las «tareas de inteligencia»: ¿pueden ser fuente de la persecución penal?", en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires.

(2002): "La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción", en revista *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal (23/9/2002), Córdoba.

(2001): *La prueba en el proceso penal*, 4ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires.

(2002): "¿Las decisiones de un tribunal *ad quem* pueden ser menos fundadas que las de un tribunal *a quo*?", en revista *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

"Policía Judicial", *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología*, n° 9, Editorial Lerner, Córdoba.

(2000): *Proceso penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

(1993): "Recursos del querellante de acción pública contra las resoluciones favorables al imputado", en AA.VV., *Estudio sobre el nuevo CPP de Córdoba*, Editorial Lerner, Córdoba.

(1987): *Temas de derecho procesal penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

**CAFFERATA NORES, José I y otros** (2003): *Eficacia del sistema penal y garantías procesales*, Editorial Mediterránea, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I y otros** (2004): *Exigencias actuales de la persecución penal*, Editorial Mediterránea, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I. – CÓPPOLA, Patricia** (2000): *Verdad procesal y decisión judicial*, Ediciones Alveroni, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I. – DÍAZ REYNA, Guillermo** (1975): "La intervención del asegurador en el proceso penal", en diario *Comercio y Justicia*, del 15/6/75.

**CAFFERATA NORES, José I. – FRASCAROLI, María Susana, HAIRABEDIAN, Maximiliano** (2000): *Justicia Penal y Seguridad Ciudadana*, Editorial Mediterránea, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDIÁN, Maximiliano** (2001): "La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y *sobrelimitaciones* jurisprudenciales", en *Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado*, n° 2, Editorial Mediterránea, Córdoba.

**CAFFERATA NORES José I. – GARCÍA, Gabriela** (2001): *Reconstrucción judicial del delito*, Ediciones Alveroni, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I – HOLZWARTH, Adriana María** (2002): "La cuestión de la «sinceridad intrínseca» del testimonio, (¿«Divina chispa» del juez ... o «tests de la verdad»...?)", en revista *La Ley*, Suplemento de Doctrina y Jurisprudencia Penal, mes de julio, Córdoba.

**CAFFERATA NORES, José I – MONTERO, Jorge (h)** (1986): *Jury de enjuiciamiento para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de Córdoba*, Córdoba.

(2001): *El imputado (Estudios)*, 2ª edición, Editorial Lerner, Córdoba.

- CAFFERATA NORES, José I. – PÉREZ SIERRA, Jesús B.** (1980): "Calidad de imputado y coerción personal", *Semanario Jurídico* n° 121, del 01-04-80.
- CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída** (2003): *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, con la colaboración de Gustavo. A. Arocena, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- CAFFERATA NORES, José I. - ZAFFARONI, Eugenio R.** (2002): *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- CARNELUTTI, Francesco** (1981): *Derecho procesal civil y penal*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- CESANO José Daniel** (1997): *Los Objetivos Constitucionales de la Ejecución Penitenciaria*, Alveroni Ediciones.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.** (1963): *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1998): *Derecho Procesal Penal*, actualizado por J. E. Vázquez Rossi, C. A. Chiara Días y J. R. Montero, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- CLEMENTE, José Luis** (1998): *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-Comentado*, Editorial Lerner, Córdoba.
- CORDERO, Franco** (2000): *Procedimiento penal*, Editorial Temis, Bogotá.
- CORVALAN, de OLAZABAL, RIOS y VAZQUEZ ROSSI, Jorge:** *El anteproyecto de Código Procesal Penal para Santa Fe*.
- CORVALÁN, Víctor** (1996): "El juicio penal en rebeldía", en *Hacia una justicia más efectiva*, publicación del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Editorial La Ley.
- CREUS, Carlos** (1995): *Invalidez de los actos procesales*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- D'ALBORA, Francisco J.** (2002): *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado*, 5ª edición, Editorial LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- DE LA RUA, Fernando** (1994): *La casación penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi** (1997): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.
- FERRER, Carlos Francisco** (1998): "La coerción personal del imputado (algunas reflexiones sobre su regulación en el C.P.P., Ley 8123)", en *Revista Foro de Córdoba*, Editorial Advocatus, N° 49.
- \_\_\_\_\_ (2001): "El querellante particular en el C.P.P. de Córdoba (algunas cuestiones de orden sustantivo y procesal)", en *Revista Pensamiento penal y criminológico* (Año II - N° 2 - 2001, pág. 51 y ss.) Editorial Mediterránea, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2001): "El ejercicio de la potestad imputativa por el Ministerio Fiscal (el aspecto subjetivo del principio de legalidad en la persecución penal)", en *Revista Pensamiento penal y criminológico* (Año II - N° 3 - 2001, pág. 53 y ss.) Editorial Mediterránea, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2002): "El archivo fiscal (potestad deber de no perseguir). Su control procesal", en *Revista Pensamiento penal y criminológico* (Año II - N° 4 - 2002, pág. 99 y ss.) Editorial Mediterránea, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2002): "La equiparación del 'interesado' (perseguido penalmente) y el 'imputado'", nota a fallo publicada en Suplemento de Derecho Procesal de la Revista *Foro de Córdoba* (Año II - N° 3 - 2002, pág. 87/96) Editorial Advocatus, Córdoba.
- FERRER, Carlos Francisco – IRIARTE, Ricardo Mario** (1993): "El principio acusatorio en el nuevo código de procedimiento penal de Córdoba (un nuevo concepto de proceso penal)", publicado en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, págs. 14/22, Marcos Lerner Editora, Córdoba.
- FERRER, Carlos Francisco – GRUNDY, Celia** (2003): *El enjuiciamiento penal con jurados*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- FLORIÁN, Eugenio** (1969): *De las pruebas penales*, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (1934): *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona.
- FERREYRA de de la RUA, Angelina** (2003): *Teoría General del Proceso*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- FOCAULT, Michel** (1988): *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, México.

163

- FRAMARINO DEI MALATESTA, Incola** (1978): *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá.
- FRASCAROLI, María Susana** (1998): "¿Es legítima la condena del acusado frente al pedido fiscal de absolución?", en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional* n° 3, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Editorial Advocatus, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2000): "Excarcelación y libertad asistida (artículo 54, ley 24.660)", en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 31/08/00.
- \_\_\_\_\_ (1998): "Indagatoria por escrito", en *Semanario Jurídico* n° 1176.
- \_\_\_\_\_ (2002): *Justicia penal y medios de comunicación*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2004): *Justicia y opinión pública*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1997): "La CSJ de la Nación ¿es garantía final de libertad?", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2000): "La televisación del juicio oral y público", en *Ley, Razón y Justicia*, Ediciones Alveroni, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2000): "Legalidad o Disponibilidad de la Acción Penal en el Derecho Argentino", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba, Nueva Serie, n° 3, Editorial Lerner, Córdoba.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros**: *Derecho Procesal*, (t II, El proceso penal).
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano** (2002): *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (2003): "La desburocratización de la Investigación Penal Preparatoria", XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, Paraná.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano - ARBONÉS, Mariano** (2002): *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano - CAFFERATA NORES, José I.** (2001): "La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y *sobrelimitaciones* jurisprudenciales", en *Pen-samiento Penal y Criminológico*, Revista de Derecho Penal Integrado, n° 2, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano - GORGAS, María de los Milagros** (2004): *Cuestiones prácticas sobre la investigación penal*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- GONZALEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina** (2003): *Teoría General del Proceso*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina** (1997): *El Ministerio Público Fiscal*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1996): *El nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (Reflexiones críticas)*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1993; 1995): *Teoría general de la Defensa y connotaciones en el proceso penal*, Córdoba.
- KELSEN, Hans** (1987): *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires.
- LEONE, Giovanni** (1989): *Tratado de derecho procesal penal*, (traducción de S. Sentís Melendo, EJE), Buenos Aires.
- MAIER, Julio B.** (1996): *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (2003): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Parte General, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1978): *La ordenanza Procesal Penal Alemana*, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- MANDELLI, Adriana T.** (2000): *Doctrina Judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba.
- MANZINI, Vincenzo** (1952): *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial EJE, Buenos Aires.
- MONTERO, Jorge R. (h)** (2001): Actualización de *Derecho Procesal Penal*, de Clariá Olmedo, t. III.
- \_\_\_\_\_ (1990): La publicidad y la oralidad de los juicios como garantía de transparencia en el sistema republicano de gobierno, *Doctrina Penal* n° 49/5. Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1976): "Competencia correccional", en *Comercio y Justicia*, Córdoba, 28/10/76.

- \_\_\_\_\_ (1982): "Citación directa", *Revista del Colegio de Abogados*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1975): "La nueva regulación del cese de prisión preventiva", *Comercio y Justicia*, 14/11/75.
- \_\_\_\_\_ (1979): "Titularidad de la acción civil", *Revista Colegio Abogados de Córdoba*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1987): "La sanción de nulidad por falta de intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y participación del mismo en los actos en que ella sea obligatoria", *Revista Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba.
- MONTERO Jorge R. (h) - CAFFERATA NORES, José I.** (2001): *El imputado*, 2ª edición, Editorial Lerner, Córdoba.
- MONTERO, Jorge R. (h), BARBERO, Guaranía y PIPPI, Sonia** (1993): "Vigencia del principio acusatorio en la actividad probatoria durante el juicio común", en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, pág. 23/33, Córdoba.
- MONTERO, Jorge R. (h) y colaboradores:** *Guía Práctica del Juicio Oral en la Provincia de Córdoba*, Separata editada por la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ "La Participación y el rol del Público en el Juicio Oral" en *Libro de Ponencias del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*.
- \_\_\_\_\_ (1991): "Sustitución de la Instrucción formal por la Investigación Fiscal Preparatoria", en *Actas del XVI Congreso Argentino de Derecho Procesal*. Buenos Aires.
- NEUMAN, Elías** (1986): *Las víctimas del sistema penal*, Córdoba.
- NOVILLO CORVALAN, Marcelo** (1993): *Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Córdoba - Ley 7956 anotada*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1990): "El Juicio por Jurados y el art. 369 del Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba", en *Semanario Jurídico* N° 820 del 13.12.90.
- NUÑEZ, Ricardo** (1986): *Código Procesal Penal anotado*, 2ª edición, Editorial Lerner, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (2000): *La acción civil en el proceso penal*, (3ª edición actualizada por R. E. Spinka), Editorial Lerner, Córdoba.
- PEREZ MORENO, Eugenio Pablo** (1998): *Presupuestos procesales*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- PEREZ MORENO, Eugenio Pablo y CORNEJO, Roberto I.**: "Sancciones procesales", en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho de la U.N.C., (Nueva Serie).
- PÉREZ SIERRA, Jesús B. - CAFFERATA NORES, José I.** (1980): "Calidad de imputado y coerción personal", en *Semanario Jurídico* n° 121.
- RADBRUCH, Gustavo** (1987): *Aforismos jurídicos*, Córdoba.
- RODRIGUEZ, Mariano** (1993): *Detrás de la oralidad*, Editorial Advocatus, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1997): *Los límites de la jurisdicción penal*, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M.** (1998): "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 110, Caracas.
- ROXIN, Claus** (2000): *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- SALT, Marcos - RIBERA VEIRAS, Iñaki** (1999): *Los derechos fundamentales de los Reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo** (2000): *Análisis crítico del caso Cabezas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SCHMIDT, Eberhard** (1957): *Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires.
- TARDITTI, Aída** (1994), "Suspensión del juicio a prueba", en *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.C., N° 1.
- TARDITTI, Aída - CAFFERATA NORES, José I.** (2003): *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, (con la colaboración de Gustavo. A. Arocena), Editorial Mediterránea, Córdoba.
- TORRES BAS, Raúl** (1994): *El debido proceso penal*, Córdoba.
- \_\_\_\_\_ (1987): *El procedimiento penal argentino*, Córdoba.
- VÁZQUEZ SOTELLO, José Luis** (1997): "Reflexiones en torno a la acción procesal", en *Simplificación procesal*, edición del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires.

164



**VAZQUEZ ROSSI, Jorge** (1995): *Derecho Procesal Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

\_\_\_\_\_ (1989): *La defensa penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

**VEGA, Juan Carlos y otros** (1996): *Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires.

**VELEZ MARICONDE, Alfredo** (1968): *Proyecto de Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba*, impresión del Boletín Oficial, Córdoba.

\_\_\_\_\_ (1986): *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición (actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores), Editorial Lerner, Córdoba.

\_\_\_\_\_ (1986): *Acción civil resarcitoria*, edición del autor, Córdoba.

**VÉLEZ, Víctor M.** (2002): *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba.

\_\_\_\_\_ (1999): *Anteproyecto del Código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca*, Ediciones de la S.C.J. de Catamarca.

\_\_\_\_\_ (1996): "La situación del aprehendido en el art. 278 del CPP de Córdoba", en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal* de la Facultad de Derecho de la U.N.C., (Nueva Serie), N° 1, Córdoba.

**VIVAS USSHER, Gustavo** (1999): *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Alveroni, Córdoba.

**WEISS, Alejandro** (1995): "La potestad investigativa del órgano jurisdiccional en la etapa del juicio en el decreto ley 5154 y en la ley 8123", en *Homenaje a la Escuela Procesal de Córdoba*, Córdoba.

**ZAFFARONI, Eugenio R.** (1984): "Prólogo" en Domínguez, Virgolini y Annichiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1996): "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en *Derecho penal hoy*, Buenos Aires.

**ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro** (2000): *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires.