

# DPyC

## REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL  
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Año XI | Número 5 | Junio 2021

ISSN: 0034-7914



INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 0034-7914  
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados  
© La Ley S.A. Editora e Impresora

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,  
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

# DPyC

## REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL  
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Año XI | Número 5 | Junio 2021



INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

**DIRECTOR**

Eugenio Raúl Zaffaroni

**ÁREA PROCESAL**

Miguel Á. Almeyra

**COORDINADORES**

Matías Bailone

Gabriel Ignacio Anitua

**EDITOR RESPONSABLE**

Francisco J. Crocioni

**COMITÉ ACADÉMICO**

Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)

Carlos Julio Lascano (Argentina)

Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)

Luis Arroyo Zapatero (España)

David Baigún (Argentina, 1926-2015)

Nilo Batista (Brasil)

Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)

Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)

Edgardo Alberto Donna (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)

Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)

Sergio Moccia (Italia)

Francisco Muñoz Conde (España)

Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)

Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)

Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)

Juarez Tavares (Brasil)

John Vervaele (Holanda)

José Sáez Capel (España)

**COMITÉ DE REDACCIÓN**

Gabriel Ignacio Anitúa

María Laura Böhm

José Ángel Brandariz García

Leonardo Brond

Javier de Luca

Rubén E. Figari

Mariano Gutiérrez

Manuel Maroto Calatayud

Juliana Oliva

Jorge Paladines Rodríguez

Marcela Paura

Jonathan Polansky

Rodrigo M. Raskovsky

Marcelo Riquert

Cristina Sánchez Henríquez

Máximo Sozzo

Valeria Vegh Weis

Myrna Villegas Díaz

Diego Zysman Quirós

Facundo Maggio

Solange Capuya

Sofía Lanzilotta

Marcos Frezzini

Luciano Bianchi

Gustavo Aboso

María Pilar Marco Francia

Gabriela Gusis

Nadia Espina

**CON EL AUSPICIO DE**

**ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)**

## DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

## COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## COMITÉ ACADÉMICO

### Administrativo

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### Familia

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### Comercial

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### Constitucional

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### Civil

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### Filosofía

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### Internacional Privado

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### Penal

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### Ambiental

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

### Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### Laboral

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

## COMITÉ EDITORIAL

### Penal

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### Familia

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### Laboral

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### Criminología

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### Civil

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Crovi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parelada  
Máximo Gonzalo Sozzo

### Constitucional

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL (*Continuación*)

### Internacional Público

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### Internacional Privado

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### Administrativo

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### Comercial

Hugo Acciari  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### Derechos Humanos

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### Ambiental

Mariana Catalano  
José Esaín

### Filosofía

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

---

### Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

### Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

### Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

# ÍNDICE

---

## DERECHO PENAL

### DOCTRINA

Una perspectiva diferente a la posición de garantía <i>Solange J. Capuya</i> .....	5
Autonomía y libre culto vs. juramento hipocrático <i>Jonatan Canavese</i> .....	36

## PROCESAL PENAL

### DOCTRINA

Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia <i>Gabriel Pérez Barberá</i> .....	47
Disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal <i>Gonzalo Anzorreguy</i> .....	62
La construcción de la verdad en el sistema acusatorio <i>Cecilia Vazquez Fain</i> .....	69
Las causas penales por violación de la cuarentena como expresión exagerada del poder punitivo del Estado y el principio de oportunidad como alternativa válida de solución <i>Mario Augusto Fernández Moreno</i> .....	81

### NOTA A FALLO

<b>PREJUICIO</b> Condenado a pena de muerte. Revisión de la sentencia de condena. Actuación deficiente de la defensa. Disidencia. ....	89
<b>La última petición de un condenado a muerte</b> <i>Yanina Di Blasio</i> .....	99

<b>DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL</b>	
Instalación y uso por los agentes de policía de dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo utilizado por el acusado. Tráfico de drogas. Nulidad. ....	116
Los dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal. Comentario al fallo del Tribunal Supremo de España sobre medios tecnológicos de seguimiento y localización en la investigación penal y su injerencia en el derecho a la intimidad	
<i>Santiago Plou</i> .....	123
<b>ABUSO SEXUAL</b>	
Víctima de doce años de edad. Sector vulnerable. Titular de una doble protección jurídica por ser mujer y niña. Investigación criminal como garantía del derecho a la verdad. Enfoque de género. Valoración de la prueba. Confirmación de sentencia condenatoria. ....	138
La vulnerabilidad de la víctima y la perspectiva de género vinculados a los delitos sexuales	
<i>Luis Ceserani</i> .....	148
<b>DEBIDO PROCESO PENAL</b>	
Agravación de la calificación penal. Límites. Doble conformidad judicial. Acceso a la jurisdicción. ....	153
Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme. La Suprema Corte bonaerense en su laberinto	
<i>Gustavo A. Herbel - Ricardo S. Favarotto</i> .....	157
<b>PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO MUNDIAL DE PANDEMIA SANITARIA</b>	
Imputado por delito de cohecho y negociaciones incompatibles con la función pública. Ponderación de los riesgos que la emergencia sanitaria por pandemia COVID-19 incrementa en relación con su núcleo familiar conviviente. Falta de firmeza de la condena. Sistema de Monitoreo Electrónico. Procedencia del beneficio. ....	171
Firmeza de una sentencia penal condenatoria. El fallo "Boudou"	
<i>Carlos E. Llera</i> .....	179
<b>DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA</b>	
Consumación del delito. Impedimento de contacto. Llamada telefónica a la víctima. Llamada no recepcionada. Efectos. ....	182
El quebrantamiento de condena en el derecho español	
<i>Franco Arrieta Cano</i> .....	187
<b>CRIMINOLOGÍA</b>	
¿El punitivismo es la solución?: un análisis sobre agresores sexuales	
<i>Lucrecia Garyulo</i> .....	197
<b>TESIS, TESINAS Y TRABAJOS FINALES</b>	
Criterios e indicadores restrictivos de la excarcelación	
<i>Ramiro López Malah</i> .....	211

# DERECHO PENAL

---



# DOCTRINA



# Una perspectiva diferente a la posición de garantía

Solange J. Capuya (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Concepto de la posición de garantía desde el uso común de su acepción.— III. Breve recorrido por algunas posturas vinculadas a la posición de garante.— IV. Fuentes generadoras de la posición de garante según Schünemann: “el dominio sobre la causa del resultado” como fundamento de la responsabilidad del garante.— V. Postura de Gracia Martín y Rueda Martín: La omisión como forma de dominio social de una posición de garante específica.— VI. La posición de garantía y su interpretación a la luz del principio de legalidad (art. 18 de la CN).— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

En este trabajo me propongo enfocar en un aspecto controversial de la omisión impropia: *la posición de garante*. Este es uno de los requisitos que hace tan particular a esa construcción dogmática, y por eso la atención va dirigida a ahí.

Los tipos omisivos improprios no escritos son aquellos que se deducen de los tipos comisivos activos, con base en los cuales se pretende que un sujeto pueda concretar esos tipos penales activos mediante un no hacer que le es exigido en una determinada circunstancia. Dicho de otro modo, el Estado considera que ciertas conductas los ciudadanos no deben realizar. Para esta clase de tipos penales comisivos activos, se prevé que, si un individuo actúa, de modo tal que esa actividad positiva contraría la norma que se encuentra antepuesta al tipo, será castigado. Por ejemplo: quien realiza la acción de matar, no realiza la conducta ordenada en la norma, prevista en el art. 79 del Cód. Penal (“no matar”). De este modo, se encuentra establecido de manera precisa que para que una persona sea considerada autor de homicidio debe haber cumplido con la acción prevista, conforme los estratos de la teoría del delito.

(\*) Abogada. Doctoranda, UBA. Secretaría *ad-hoc* de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 7 y docente de la UBA.

Asimismo, hay otros supuestos en los cuales se prevé en la legislación que una persona ante una circunstancia fáctica específica debe actuar de una determinada manera. Y para ello, se insta a que se realice una conducta esperada para evitar el resultado, que de no cumplirse será merecedora de un castigo. Para estos casos, la norma antepuesta al tipo penal es un mandato; supongamos en el ejemplo ya dado, en lugar de “no matarás”, la norma antepuesta se convierte en “debes evitar la muerte”. De esta forma, el tipo penal amplía su ámbito de prohibición.

Para ello, la situación en la cual debe aplicarse debe estar descripta en forma estricta, clara y precisa de conformidad con el principio de legalidad (1) (art. 18 de la CN). Por ejemplo: en el Cód. Penal surgen los arts. 106 y 107. En tal sentido, “...es que para la ley penal argentina no es lo mismo causar lesiones que no evitar que estas se produzcan, aunque exista un deber de hacerlo...”(2).

(1) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido de los principios penales”, B de F, Buenos Aires, 2014, ps. 377 y ss.

(2) Conf. DE LUCA, Javier A., en “Omisión impropia, legalidad y congruencia”, comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318, “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, nro. 5/08, mayo de 2008, p. 743.

Al respecto, "... en la parte especial existen numerosos tipos de impropios delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante). Los ejemplos que usualmente se esgrimen para evitar de construir analógicamente los tipos, apelan a una supuesta injusticia notoria, a que llevaría la posición correcta desde la perspectiva constitucional. El más clásico ejemplo siempre recurrido es el de la madre que deja de alimentar al niño para que muera. Esta afirmación es dudosa incluso en los textos que tienen la cláusula de equivalencia, cuando en función de la cláusula de correspondencia se reconoce que dejar morir tiene un contenido injusto menor que matar, lo que, por otra parte, no solo responde a un valor social innegable, sino que, desde el punto de vista jurídico, no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento la causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien solo se limita a no interrumpirla. En consecuencia, tanto desde la intuición del profano como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que sea exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley argentina vigente, el caso encuadra en el art. 106 calificado por el parentesco conforme el art. 107 Cód. Penal" (3).

Al respecto, se debe recordar que el tipo de omisión propia muestra en su estructura tres elementos en común con la estructura de la omisión impropias: a) situación típica, b) ausencia de la acción determinada y c) capacidad de realizarla. Y, la omisión impropias suma tres elementos más —que la diferencia de la omisión pura— para la imputación objetiva del hecho: d) la *posición de garante*, e) la producción de un resultado, y f) la posibilidad de evitarlo.

El foco estará puesto en la posición de garante porque considero que es uno de los puntos que aún hoy la doctrina no se ha puesto de acuerdo para saber: ¿qué es la posición de garante? ¿Cuándo una persona está en aquella posición y si es posible de responsabilidad penal?

---

(3) Conf. ZAFFARONI, E. Raúl, "En torno a la cuestión penal", B d F, 2005, ps. 215 y ss.

## II. Concepto de la posición de garantía desde el uso común de su acepción

Según el diccionario de la Real Academia Española define como "garante": "1. Gral. persona que garantiza o presta la garantía. 2. Adm. Posición de la persona que incurre en responsabilidad sancionadora por incumplir el deber general de prevenir la infracción administrativa cometida por otro. La responsabilidad sancionadora del garante puede ser solidaria o subsidiaria".

Esta primera aproximación nos permite situarnos qué es lo que se entiende por garante desde el punto de vista social y cotidiano. La idea que se desprende es la de "responsabilidad" por el deber de prevenir una acción que comete otro. Esto nos permite pensar, de algún modo, de dónde surge ese "deber impuesto" de prevenir una acción de otro.

Como veremos a continuación, en el ámbito penal se han desarrollado teorías que fundamentan fuentes de esos deberes impuestos para sostener la imputación en el marco de las omisiones impropias.

## III. Breve recorrido por algunas posturas vinculadas a la posición de garantía

Al respecto, se elaboraron diversas teorías. Una de ellas es la denominada teoría formal de las fuentes desarrollada por Paul Johann Anselm Feuerbach (4) (es formal porque recurre a la ley, contrato). Fue uno de los primeros autores que en el siglo XVIII se ocupó de los delitos de omisión, mientras otros vieron la necesidad de una equiparación entre actuar y omitir, y detectaron ya en la exigencia de un deber jurídico para el omitente e intentaban dar una posible solución limitándose sin embargo a mencionar una serie de tópicos ejemplificativos (5). Este autor entendió que la omisión puede ser la

---

(4) PERDOMO TORRES, Jorge F., "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Colección de Estudios nro. 20, editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, junio 2001, 1<sup>a</sup> ed., p. 31 quien cita a Kaüfmann.

(5) PERDOMO TORRES, Jorge F., "La problemática de la posición de garante...", cit., p. 20.

causa de un resultado, pero no vislumbro la problemática para establecer la equivalencia entre producir un resultado y no impedirlo. Sin embargo, desde la causalidad no es lo mismo causar un resultado que no impedir ese resultado. Ello, se ve reflejado en la premisa “de la nada, nada surge”<sup>(6)</sup>. De esta forma desaparece toda posibilidad de equivalencia causal entre causar y no impedir, como así también en la medida que el tipo penal legal requiera la causalidad de forma explícita o implícita la solución causal es inidónea.

Por lo tanto, no toda omisión de evitar un resultado debe ser penalmente relevante, ya que, en ese caso, por ejemplo: la madre que omite dar alimento a su bebé se responsabilizaría a los vecinos que serían causantes de la muerte del niño o todo aquel que no le proporcionó los alimentos. En esa directriz, solo las omisiones que implican la infracción de un determinado deber de actuar deberían ser típicas. De allí que, si se debía renunciar a la causalidad de las omisiones, se haya pretendido reemplazar la causalidad por la antijuricidad de la omisión como elementos de la equivalencia entre causación y no evitación del resultado.

En ese sentido, Feuerbach acepta que el ordenamiento jurídico solo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos activos a través de los cuales pueden ser menoscabados bienes jurídicos de terceros. Por ese motivo, hay que demostrar un *fundamento jurídico especial* si por excepción una persona va a ser responsabilizada por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva <sup>(7)</sup>. La equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la omisión es responsable como garante de la evitación del resultado. Esos deberes (de impedir un resultado) descansan sobre la idea de que una persona “esta llamada de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes confían y pueden confiar en la intervención

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, B de F, Buenos Aires, junio 2010, 2<sup>a</sup> ed. actualizada, 2<sup>a</sup> reimp., ps. 25 y ss.

(7) PERDOMO TORRES, Jorge F., “La problemática de la posición de garante...”, cit., ps. 20 y ss.

activa de esa persona”<sup>(8)</sup>. Para este autor, el Estado es una unidad social que busca la protección de los derechos de los ciudadanos. Desde esta perspectiva el Estado tiene la facultad de valerse de todos los medios posibles en la consecución de dicho fin (la prevención especial). Dicho de otro modo, para él las lesiones jurídicas solo las puede impedir el Estado mediante la instauración de deberes apoyados por coerción cuya lesión tenga como consecuencia la adjudicación de una pena; el Estado se encuentra autorizado y obligado a tomar las medidas necesarias mediante las cuales se haga imposible la lesión del derecho. Estos deberes tienen generalmente como contenido una omisión y, por consiguiente, solo pueden ser lesionados a través de un actuar y no a través de un omitir.

Desde esta óptica, los delitos de acción el fundamento jurídico de la pena es la lesión de un deber apoyado por coerción que ha sido implantado por el Estado y que tienen como contenido un omitir. En los delitos de omisión, el fundamento de la pena se da en la lesión de aquellos deberes que derivan de la ley o el contrato y cuyo contenido es un actuar, o en los casos de injerencia. En ese sentido, el autor menciona que la ley como fuente de la posición de garante contiene un fundamento de formación de deberes demasiado estrecho, que se corresponde con la existencia de una ley especial y positiva y es necesario el reconocimiento de otros deberes que se originan en *relaciones jurídicas especiales*.

Asimismo, Stübel <sup>(9)</sup>, quien adhiere al autor mencionado y amplia como así también, desarrolla lo vinculado al hecho precedente. Este autor reconoció en el año 1828 que existen algunos casos en los cuales alguien está obligado a actuar a causa de una relación especial o a causa de un actuar precedente. Para este autor, se trata de aquellos deberes jurídicos originados en un comportamiento precedente que ha colocado a alguien en un estado de peligro. Esta postura fue el punto de partida para el concepto de

(8) JESCHECK, Hans -Heinrich - WEIGEND, Thomas, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, diciembre 2002, 5<sup>a</sup> ed. corregida y ampliada, p. 668.

(9) PERDOMO TORRES, Jorge F., “La problemática de la posición de garante...”, cit., p. 24.

“injerencia” en el campo de la punibilidad de la omisión pues el actuar precedente que coloca a alguien en un estado en el que se necesita ayuda del que habla el autor es el principio que maneja hoy día la doctrina dominante en relación con la injerencia (10). Asimismo, otro autor es Spangenberg (11) quien postula que la posición de garante se desarrolla a partir de las relaciones jurídicas especiales. Este autor considera a la omisión de comportamientos que pueden lesionar o poner en peligro como aquella esfera en la que el derecho penal encuentra su legítimo campo de acción y, a la vez, como la obligación que recae en cada ciudadano. Por eso, la existencia de un fundamento jurídico especial fundamenta la punibilidad de la omisión y conforma una verdadera excepción. Sin embargo, destaca que dado que la ley contiene un fundamento de formación de deberes demasiado estrecho, que se corresponde con la existencia de una ley especial y positiva, es necesario el reconocimiento de otros deberes que se originan en relaciones jurídicas especiales. Dicho argumento es útil para la fundamentación de la posición de los deberes de garantía (12).

Por su parte, el autor Jiménez de Asúa quien parte de los deberes de la convivencia social y morales, Vogt (13) quien refiere a las relaciones sociales especialmente estrechas. En otra línea de ideas Armin Kaüfmann (14), quien desarro-

lla la teoría de las funciones. En su planteo establece que las fuentes generadoras de la posición de garante se dan en dos grupos: *a) Deberes de garante que buscan proteger el bien jurídico en especial* (deberes de custodia) Son casos en los que la tarea del omitente consiste en la protección de determinados bienes jurídicos contra todos los atentados que puedan sufrir pues el sujeto obligado por el mandato se encuentra aquí colocado en una determinada posición para el cumplimiento de una tarea específica que consiste en la protección de la víctima y sus bienes jurídicos. En este grupo de casos ubica a los que surgen de una ley o contrato. *b) Deberes de garantes que tienen como función el control de fuentes de peligro* (deberes de protección y deberes de aseguramiento). En este grupo de casos, el garante que está obligado al control de fuentes de peligro tiene como tarea precisamente el aseguramiento de estas, independientemente de los bienes jurídicos que puedan ser amenazados por esa fuente. En este grupo de casos ubica a la injerencia, a los deberes que surgen del ámbito social de dominio y a las relaciones de confianza especiales, por ej.: el guía que lleva a un grupo a la montaña.

También podemos mencionar a la teoría de Henkel (15) quien parte de la idea de que el legislador se encuentra frente a una gran variedad de posibles posiciones de garante cuyos elementos individuales pueden ser variados e ilimitados. Para él es imposible la sistematización de dichas posiciones mediante la formación de tipos especiales. Por eso se aparta del intento de regulación especial y casuística y fija la meta en la elaboración de conceptos generales e indeterminados. Solo una cláusula general, puede ayudar a recepcionar esta diversidad casuística; pero no se debe tratar de una norma especial susceptible de aplicación, sino de una cláusula general que tenga solamente una función regulativa y que le dé al aplicador del derecho una directiva para la toma de decisión en el caso concreto. En consonancia con esta cláusula general, le da la responsabilidad a la interpretación que efectúe el máximo tribunal en trabajo conjunto con la doctrina, de las posiciones de garante y su explicación a través de la puesta en relieve de grupos de casos. Por tal motivo, divi-

---

(10) *Ibidem*, p. 25.

(11) *Ibidem*, p. 23.

(12) *Ibidem*, p. 23. Esas relaciones a las que refiere el autor son consideradas como un fundamento de formación independiente de deberes por un sector de la doctrina, mientras que otros autores consideran este enunciado como una división que apunta a lo que hoy se conoce como delitos de omisión propia (aquellos deberes legales) y como delitos de omisión impropia (aquellas relaciones jurídicas especiales), pero siempre contemplados en el campo legal y por esto deberes derivados.

(13) *Ibidem*, p. 42.

(14) *Ibidem*, ps. 35-37. En ese sentido, Kaüfmann menciona que el delito impropio de omisión no se debe entender como la violación de una norma de prohibición, sino por el contrario, como un atentado contra un mandato que tiene como objeto una omisión, lo cual a criterio de ese autor la omisión del garante se encuentra comprendida por un tipo diferente, es decir por el tipo formulado como mandato.

---

(15) *Ibidem*, ps. 44 y ss.

de a las fuentes generadoras de la posición de garante en tres grupos de casos: 1) en función de un determinado bien jurídico y dentro de ella que exista obligación de protección y ayuda o exista relaciones de comunidad. 2) función de vigilancia de determinadas fuentes de peligro y se puede encontrar esa posición por el control de cosas peligrosas, ámbitos de relaciones humanas, o casos de injerencia (por contacto social), y 3) evitación de hechos punibles de terceros en la esfera de dominio confiada.

Asimismo, debo mencionar al punto de vista dado por Androulakis (16), quien consideró a la “cercanía social” al bien jurídico como el punto de partida para la solución del problema de equiparación entre el delito de comisión y el de comisión por omisión. Según este criterio, para que sea permitido hablar de un delito impropio de omisión debe poderse dar respuesta a una cuestión ontológica y a una axiológica respectivamente. Dicho de otro modo, “estar colocado previamente cerca o al lado” se encuentra el punto decisivo de la comparación de una omisión con una acción posible y, en consecuencia, permite afirmar la existencia de una relación de garantía. Asimismo, este autor divide el concepto de “cercanía social” en grupos especiales; toma en consideración aquellas situaciones del estar cerca de la persona amenazada por el peligro (por ejemplo relaciones paterno-filiales), cerca del autor de la lesión del bien jurídico (perpetración de hechos punibles por parte de los hijos) o de la cosa que genera el peligro; estos tres grupos principales los divide él de la misma forma en subgrupos de estar cerca o al lado con el fin de explicar diversas situaciones al interior de dichas relaciones, por lo que habla de una proximidad total o limitada o cuando esta es mediata o inmediata (17).

Por otro lado, Wolff (18) fundamenta la posición de garante con ayuda de su concepto de provocación. Se basa en las relaciones de dependencia originarias y de las derivadas del actuar precedente. Para él, la equivalencia entre acción y omisión es un problema de la causalidad, pero no entendida como un concepto me-

cánico-naturalístico, sino como el causar un mal a otra persona. Un comportamiento solo puede ser penado cuando este ha provocado algo, por ejemplo la muerte; en esa medida el omitir solo puede producir efecto o repercutir, cuando la víctima se encuentre en una dependencia originaria (relaciones paterno-filiales) o simplemente en relación de dependencia con el autor (dependencia sobrevenida como en la injerencia), relaciones dentro de las cuales la puesta en marcha de una acción por parte del responsable para la evitación del resultado pertenece a la orientación normal de la vida. Esta dependencia, sin embargo, tiene lugar en el orden de deber jurídico (y no en la naturaleza) que coloca a los participantes en una relación de confianza. Ya que el individuo cuenta con que los demás cumplirán su obligación, esta dependencia puede ser señalada como relación de confianza, la cual debe ser concretizada por el ordenamiento jurídico entendido como un todo.

Por su parte, Rudolphi (19) explica que la base de que las condiciones para el surgimiento de mandatos de evitación del resultado solo pueden ser obtenidas a través del traspaso de los principios y elementos materiales decisivos para el contenido de injusto de los delitos de comisión a los delitos impropios de omisión. Según su perspectiva, él comprueba que el desvalor de resultado en los delitos impropios de omisión no tiene el mismo peso que en los

(19) *Ibidem*, p. 49. Este autor, al momento de la determinación de los “tipos básicos” de posiciones de garante, arriba a la división funcional hecha por Kauffmann: deberes de protección en relación con determinados bienes jurídicos y como consecuencia del control de determinadas fuentes de peligro. Al mismo tiempo, este autor ve la necesidad de investigar estas relaciones sociales de protección con el fin de poder determinar las circunstancias sociales que ellas toman como base, o dicho de forma más exacta, la necesidad de indagar las concepciones válidas y los principios de orden legal de los que pueden resultar relaciones de protección. De esta manera, Rudolphi diferencia dos grupos de posiciones de garante: las primeras u originarias que resultan de forma inmediata de determinadas circunstancias o datos de la vida social en comunidad, pues en la época actual, según él, son necesarias en la sociedad posiciones especiales para la evitación de peligros con el objeto de apoyar a todos o a algunos portadores de bienes jurídicos en especial que no poseen la capacidad de protegerse por sí mismos (posiciones de garante del padre, del tutor entre otros); y secundarias que surgen de un comportamiento perturbador del garante (asunción e injerencia).

(16) *Ibidem*, p. 41.

(17) *Ibidem*, p. 42.

(18) *Ibidem*, p. 57.

delitos de comisión, porque el actuar exige un mayor grado de energía de la voluntad en comparación con la pasividad.

En este sentido, para poder hablar de equivalencia entre acción y omisión, se debe orientar el examen a la clase de posición de deber que le ha sido adjudicada al omitente: “[L]a medida de la energía de la voluntad necesaria para un actuar o un omitir criminal depende únicamente de la situación objetiva del hecho” y que “con esto debe de anudarse a la posición del omitente en la vida social y en especial a su relación con el bien jurídico puesto en peligro”. Como consecuencia de lo anterior, el omitente es garante, y con esto se cumple la exigencia de equivalencia, cuando ejercite una función de protección en virtud de la cual sea llamado a la evitación del peligro que amenaza a determinado bien jurídico, de manera que esté obligado de forma especial a tomar la decisión sobre el acaecimiento de la lesión al bien jurídico amenazado; él debería ser la “figura central” del suceso que lleva a la lesión del bien jurídico.

Es decir que este autor, explica el fundamento desde una doble etapa con un criterio social y jurídico, siendo que el omitente debe ser “la figura central del suceso”.

Otro autor es Pfleiderer (20) quien utiliza un método tópico y establece grupos de casos “indiscutidos” de garantía, y a partir de allí, realiza una comparación. En ese sentido, sostiene que se debe considerar como caso básico por excelencia a causa de su claro contenido de desvaloración, aquél en el que la madre deja morir de hambre a su hijo, al igual que aquél en el que el profesor de natación deja ahogar dolosamente un alumno. Se trata de la comparación de casos cuyos supuestos de hecho deben coincidir para que pueda ser fundamentada su punibilidad, pero no de un intento de obtención de deberes de responder por la no-producción del resultado a través de un proceso claro de demostración. A esta tesis le falta, en consecuencia, una sistematización que pueda ser puesta a prueba en la solución de todos los posibles supuestos de hecho. De lo contrario se desencadena inseguridad en el momento de confrontar el “caso

básico” con el supuesto dado, ya que algunas veces se necesitará de una ampliación de los supuestos de hecho del caso básico, que por cierto se presentan esporádicamente, en relación con el caso concreto para poder obtener una “solución”, y otras veces no se podrán ni siquiera aplicar. Los deberes de responder por la no-producción del resultado no se pueden deducir atendiendo a la casualidad.

También podemos mencionar a Welp (21), su punto de partida en el actuar precedente como causa de la equivalencia entre acción y omisión, que se basan en las relaciones de dependencia y confianza extrapenales. Su fundamento de la posición de garante en la injerencia se apoya en el modelo de equivalencia de Wolff. La base metodológica que le permite acercarse al fundamento de responsabilidad en el delito de comisión es la división esquemática entre el autor y la víctima. Ese fundamento para él se encuentra en la confianza o dependencia del portador de un bien jurídico, el cual al mismo tiempo es susceptible a la influencia de la iniciativa final del autor (es decir, iniciativa final encaminada a la producción del resultado desde el flanco del autor, dependencia del titular del bien jurídico respecto de la conducta final del autor desde el flanco de la víctima). Esta confianza se encuentra fundamentada directamente en un principio jurídico: “[E]l deber de no actuar se corresponde desde el flanco del portador del bien jurídico con un deber de confianza en la ausencia de lo prohibido, esto a causa de la validez jurídica de la prohibición. Esto es lo que le permite al individuo depositar las armas del estado natural y entrar en el estatus civil”.

---

(21) *Ibidem*, p. 58. Seguidamente, este autor intenta probar que estos dos elementos del injusto de comisión también se encuentran en la situación cuando se ha puesto en peligro un bien jurídico con un actuar precedente antijurídico, es decir, en supuestos de omisión posterior a una actuación peligrosa. Así arriba al resultado de que con un actuar precedente antijurídico se desencadena una situación en el flanco de la víctima que es idéntica con el estadio de ejecución de cada comisión, pues se está siempre frente a una dependencia de la no-entrada del resultado. El hecho de que, en la fase crítica, es decir, con el hecho, se transforme la dependencia general en el acatamiento de la norma de prohibición por los demás en una dependencia concreta, es lo que permite que este hecho sea visto como la obra del autor por la que él debe responder.

---

(20) *Ibidem*, p. 48.

También podemos mencionar a Bärwinkel (22), quien utiliza un método normativo sociológico. En ese sentido, el fundamento de los deberes de la posición de garantía surge a través una combinación de elementos sociológicos, jurídicos y ético-sociales: “[T]eoría sociológica de los roles”. El parte de la idea de que la determinación de las relaciones de garantía depende del concepto que se tenga de “injusto”. La única concepción correcta de injusto es aquella teoría que estructure este concepto de forma ético-social, que describa como valor más importante el aspecto del bienestar común; es decir, que un injusto jurídico-penalmente relevante solamente existe donde son lesionados deberes

(22) *Ibidem*, p. 53. Este fundamento valorativo (el bienestar común) debe ser concretizado según este autor a través de la conjunción de los elementos “bien jurídico” y “rol social”. En lo referente a los bienes jurídicos, su peso en consideración al aspecto de bienestar común, puede depender de su valor intrínseco, porque su existencia conforma una parte importante para el estado de bienestar común, o también puede depender de su valor mediato, porque son el medio para alcanzar un fin en un proceso dinámico de colisión de intereses; es decir, porque tienen un valor mediato para la colectividad. Es precisamente esta relatividad de los bienes jurídicos lo que le permite a este autor plantearse la necesidad de otras condiciones para poder penal a quien omite el salvamento de un bien jurídico: dado que el bienestar general resulta de un proceso dinámico al interior de una sociedad, estas condiciones solo pueden ser obtenidas a través de un examen de las estructuras sociales; cada sujeto se mueve al interior de diferentes grupos como el matrimonio, la familia, la escuela, etc., por lo que como consecuencia de esto tiene que cumplir una determinada función en ese grupo (por ejemplo como esposo, padre, profesor), es decir, tiene asignado un determinado rol social. Este rol adquiere calidad normativa, según este autor los miembros de este determinado grupo esperan en esa medida una adaptación a una pauta de comportamiento estandarizada y preexistente. Buscando una precisión en el significado del concepto de rol para el injusto de los delitos impropios de omisión. Este autor diferencia posibles grupos de roles sociales. En ese sentido, considera que para el derecho penal solo son relevantes aquellos roles que aparte de ser necesarios para el bienestar común, tengan como contenido un deber especial ético-social dirigido hacia la protección de un bien jurídico; otro tipo de roles, como por ejemplo aquellos derivados de relaciones de amistad o vecindad, no deben entrar en consideración. En conexión con lo anterior deben examinarse estos diferentes grupos de roles con el objeto de determinar si se les debe otorgar vinculación jurídica o no; solamente son significativos aquellos grupos que contienen roles necesarios para el próspero vivir en común. Además, del “bien jurídico” y del “rol social” considera las “circunstancias objetivas de valoración.

ético-sociales cuyo cumplimiento es necesario y urgente para un próspero vivir en comunidad. Desde esta postura la posición de garante surge independientemente de su regulación en un precepto jurídico. Dicho precepto sería un indicio (ciertamente de mucho peso), pero uno que no es necesario ni suficiente para la aceptación de una posición de garante. Esta postura permite vislumbrar la diferenciación de grupos de roles, que, según su opinión, son necesarios para un próspero vivir en comunidad, en lugar de deducirlos de instituciones básicas y legítimas, de donde en realidad surgen los deberes en derecho. Intenta alcanzar la legitimación para las posiciones de garante de forma inmediata de los roles sociales y desconoce en esa medida que el contenido de esos roles está determinado precisamente por las instituciones que se encuentran tras de ellos. Este autor reemplaza el deber jurídico por un deber social de rol.

Otra de las posturas muy importantes y relevantes es la de Jakobs (23) su punto de partida es la afirmación de que todo orden social contiene deberes que se originan tanto de relaciones negativas como de positivas. El contenido de estos deberes se diferencia de la siguiente forma: en los deberes negativos se está frente al deber que tiene cada persona de no lesionar los intereses de los demás (o, lo que es lo mismo, no lesionar esferas jurídicas ajenas), y en los deberes positivos se está frente al deber de configurar un mundo en común, es decir, proporcionar ayuda a una persona determinada. De ello surge que el fundamento de responsabilidad no debe ser entendido separadamente entre omisiones por una parte y comisiones por otra, sino que se debe diferenciar entre dos fundamentos de responsabilidad dentro de los cuales la tradicional bipartición entre mandatos y prohibiciones no alcanza ningún tipo de validez. Es por eso que este autor divide los delitos en aquellos que surgen en virtud de responsabilidad por competencia organizativa (delitos de dominio) en comisivos y omisivos, y aquellos que surgen en virtud de la responsabilidad por competencia institucional (delitos de infracción de deber) en activos y omisivos. En cuanto al primer grupo, los deberes en virtud de competencia por organización: la expectativa nor-

(23) *Ibidem*, ps. 82 y ss.

mativa se encuentra dirigida hacia la evitación de consecuencias exteriores del propio ámbito de organización del autor que puedan ser lesivas para bienes jurídicos, pues “tratándose de una concepción liberal, la facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo implica necesariamente como sinalagma el deber de mantener el ámbito de libre organización en un estado libre de peligros para los demás”. El fundamento de responsabilidad se encuentra en los deberes de aseguramiento en el tráfico (como subdivisión de los deberes en el tráfico en general). Aquí el garante es competente por la organización interna (se cobijan tanto los actos de organización como el estado dado de la organización) de la esfera que tiene para administrar, de manera que de ella no se exterioricen consecuencias dañinas; es decir, que el deber que aquí es reclamado es la administración socialmente adecuada del ámbito de organización. Estos deberes de aseguramiento pueden surgir cuando se trata de la responsabilidad por injerencia: “[Q]uien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla de manera que nadie caiga en ella, y quien enciende fuego en un bosque también debe extinguirlo”. Este autor diferencia los anteriores deberes de los de salvamento; en estos se trata por el contrario de la necesidad de evitar la realización de peligros que ya han abandonado el ámbito de organización de la persona competente y han alcanzado la esfera de organización de terceros, pues “cuando el mundo ha sido configurado de manera socialmente inadecuada mediante un comportamiento precedente, el responsable debe restablecer una configuración adecuada”. Aquí se trata del deber de responder como consecuencia de la libertad de comportamiento (y no de solidaridad). En lo que se refiere a la calidad del comportamiento precedente, considera la existencia de deberes de salvamento cuando la persona reivindica para sí riesgos especiales tanto con un comportamiento antijurídico como con uno ajustado a derecho. Cuando se trata de un actuar precedente enmarcado dentro del riesgo permitido se genera un deber de salvamento siempre que se den dos condiciones: el riesgo permitido deberá ser un “comportamiento con un mayor alto grado de riesgo que un comportamiento cotidiano ineludible” y “la persona puesta en peligro debe haber adoptado todas las medidas de aseguramiento de su incumben-

cia”. Un indicio para la existencia de un riesgo especial semejante puede deducirse de la afirmación de una responsabilidad por la puesta en peligro y del seguro obligatorio jurídico-civiles; por ejemplo, en el tráfico aéreo, en el ferroviario etc. Asimismo, refiere al deber negativo procedente de la asunción: este se origina cuando se disminuyen o desmontan las protecciones ya existentes que funcionan en una organización ajena. Este deber derivado de la asunción es el sinalagma de la disminución de esta seguridad ajena, por ejemplo, el caso de la niñera, etc.

Otros son los deberes en la competencia institucional. Son aquellos deberes que están relacionados con instituciones para la formación de un mundo común total o parcial con un beneficiario, y que obligan en virtud de solidaridad a causa de una conexión positiva entre ámbitos vitales. En este punto se refiere a la unión jurídica y permanente de aquellas relaciones sociales que por su peso elemental y su idoneidad para determinar la identidad de la sociedad pueden generar sin más posiciones de garante. La expectativa que debe ser garantizada no surge de una alternativa de organización (por ejemplo, la entrada en una institución), sino de la configuración preexistente de la institución dada al interior de la cual se organiza. Dichas instituciones cumplen según el autor las características de la relación paternofilial, la llamada confianza especial y los deberes estatales genuinos. El hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial, como madre o como servidor público, etc., lleva a que los deberes sean definidos, precisamente, a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales.

Asimismo, debemos mencionar la tesis de Silvia Sánchez (24), este autor divide en omisiones puras y en omisiones referidas a un resultado. En las primeras fracciona en las omisiones puras generales y en las puras de garante (omisiones de gravedad intermedia). En el segundo grupo de casos fracciona en omisiones referidas a un resultado sin equivalencia comisiva, con equivalencia comisiva legalmente determinada y con equivalencia comisiva legalmente indeterminada (casos de comisión por omisión).

---

(24) MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, B de F, noviembre 2008, 8<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> reimp., ps. 318 y ss.

Este autor plantea un actuar a modo de barrera de contención de riesgos. Para él existe una identidad estructural entre la acción y la omisión con base en la asunción del compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos, y así genera una propuesta de tripartición de los delitos de omisión. Pero tal identidad no se da en todas las omisiones, por lo que identifica una triparticipación de los delitos de omisión (25): Los delitos de comisión por omisión, que son idénticos, estructural y materialmente a la comisión activa, y los delitos de omisión que no son idénticos a la comisión activa, y que se dividen en omisiones puras generales y omisiones puras de garante (omisiones de gravedad intermedia). Y con tal clasificación, no se podría configurar delitos de comisión por omisión en delitos de mera actividad y tampoco en los delitos de propia mano o en los delitos de apropiación (26).

Este autor, sostiene que hay identidad estructural cuando el omitente ha asumido voluntariamente el compromiso específico de actuar a modo de “barrera de contención”(27) frente a determinados riesgos para bienes jurídicos específicos, de modo que si se levanta tal barrera el peligro surtirá efectos sobre el bien jurídico. Y solo de ese modo se podrá afirmar que tal riesgo se encuentra controlado por el sujeto, entendiéndose aquel control, como una pertenencia del tipo, en sintonía con la definición que aporta Mir Puig (28). En trabajos posteriores, este autor identifica a la estructura de la comisión por omisión, como una variante de la responsabilidad por organización de la propia esfera de competencia, y en cambio señala que los delitos de omisión no deben convertirse en casos de responsabilidad basada en una competencia institucional (29).

(25) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El delito de omisión...”, cit., p. 471.

(26) *Ibidem*, p. 438.

(27) *Ibidem*, p. 465.

(28) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, 2004, p. 121.

(29) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, en Estudios sobre los delitos de omisión, Grijley, Lima, 2004, p. 217.

Y otra de las posturas que deseo mencionar es la de Lascuraín Sánchez (30) quien delinea una justificación de los delitos de comisión por omisión desde una perspectiva constitucional y genera una legitimación del comportamiento omisivo a partir de la concepción de las bases del estado democrático. Él parte por reconocer una diferencia entre prohibiciones (obligaciones negativas) y mandatos (obligaciones positivas). Asimismo, distingue el comportamiento comisivo y omisivo, y define a este último como ausencia de movimiento corporal (31). Sin embargo, brinda una definición material (32), al indicar que: las prescripciones son “mandatos relativos al control de nuestro ámbito de dominio para evitar la interferencia en el ajeno” y las prohibiciones son “deberes negativos de no intrusión (...) en la esfera de libertad ajena”(33). Por mantener tal distinción, el requisito nuclear de la imputación de un resultado a un comportamiento omisivo, lo conforma el deber de garantía o un especial deber positivo (34).

El fundamento de los deberes de garantía consiste en la legitimación de una norma de comportamiento que construye sobre los criterios de utilidad (utilidad para la protección de un bien legítimo: justificación cuantitativa o utilitarista) y criterios de distribución (35) (porque se dirige una norma a su destinatario: justificación distributiva). Y, con base en los nombrados pilares, toma en consideración que la tarea de adscripción de posiciones de garantía es una labor de tipificación y la vez una tarea de política criminal. Este autor se asienta en la base de un criterio democrático de política criminal conformado por los valores de libertad (autonomía como principio de moral intersubjetiva)

(30) DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Omisión e injerencia”, 2006, p. 659.

(31) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Civitas, Madrid, 2002, p. 74.

(32) *Ibidem*, ps. 65 y 68 (quien se refiere así a mandatos dirigidos a generar el crecimiento de la autonomía ajena o cuando afirma que los deberes de acción son más gravosos, por limitar en mayor medida el comportamiento).

(33) *Ibidem*, p. 74.

(34) *Ibidem*, p. 20.

(35) *Ibidem*, p. 55.

e igualdad (noción material de igualdad), así indica: “La justificación que se busca la aportan los valores propios de un criterio democrático de legitimación. Dicho criterio parte de una determinada concepción de la personalidad moral integrada fundamentalmente por las nociones de libertad e igualdad: ‘cada persona es libre e igual en dicha libertad a las demás personas’” (36). Asimismo, divide los deberes

(36) *Ibidem*, ps. 55-148. Además, indica que consecuente con tales valores, surge como propio del Estado democrático en cuanto Estado social, el principio de solidaridad intersubjetiva. Implementando tal idea para la legitimación de las obligaciones jurídicas en general, se obtiene que un primer escalón lo conforma una ponderación de libertades, así serán legítimos los deberes que limitan la autonomía del individuo: “[C]uando los deberes impuestos deparen una preservación de la autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación misma” (p. 148). Con ello, el “juicio de legitimidad consiste (...) en un juicio de ponderación de libertades que se resuelve en términos de ganancia de libertad” (p. 58), siendo el norte de tal ponderación la preservación de la autonomía de otro (citando a NINO, explica que la imposición de tal pauta intersubjetiva de conducta —limitar la autonomía para dar más libertad a los demás— se justifica cuantitativamente porque con ella se logra que más gente goce de más autonomía en comparación al grupo de personas a quienes se les impone tal pauta intersubjetiva, se cita un ejemplo: se prohíben las violaciones porque ello depara un resultado global en término de autonomía superior, así se facilita un ejercicio libre de la libertad sexual para todos, en comparación a la alternativa de permitir las violaciones que solo significaría facultar la libertad de quien se arroge tal libertad p. 59 y 128). Pero tal modo cuantitativo de resolver el conflicto, para evitar la violación de los presupuestos esenciales de la autonomía e igualmente impedir que la obligación constituya un daño, junto al principio de autonomía debe situarse el principio de la dignidad de la persona (p. 60). Mientras que, en un segundo escalón, destinado a justificar el destinatario de la obligación, estará asociado al ejercicio de la libertad del obligado, porque es él quien disfruta de las ventajas de la libertad, entendiendo que “la razón axiológica que está detrás de la selección del obligado radica precisamente en la propia atribución general e igual de autonomía” (p. 62). Y llevada tal justificación para legitimar obligaciones positivas especiales de los delitos omisivos (ps. 60-63), el primer escalón —que será común para los dos tipos de garante— referido a determinar cuándo es legítimo obligar a alguien a que haga algo que complemente o mejore la autonomía de otro, es satisfecho con una justificación utilitarista de la libertad: “[S]e obtendrá cuando los deberes impuestos deparen una preservación de la autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación misma” (p. 148), tal balance positivo de proporcionalidad en términos

de garantía derivados del ejercicio de la propia autonomía del sujeto y la restricción que comporta la atribución general de autonomía: “[S]omos así garantes de la indemnidad de los bienes respecto a los peligros que emanen de nuestro ámbito de organización”(37). Se distinguen tres formas: 1) el mantenimiento de fuentes de riesgo en el ámbito propio: se es garante de los peligros provenientes de cosas que se encuentran en nuestro ámbito de organización, excluyéndose el empleo de cosas propias por parte de otros sujetos. Si se analiza la posibilidad de ser garante, el titular de un local donde se realiza un delito, al tratarse del empleo de un elemento inocuo que es convertido en peligroso por un tercero que actúa libremente, quien además organiza el hecho, entonces la tolerancia del titular no generará un deber de garante y podrá catalogarse de participación —omisiva— solo si cabe atribuir a dicho comportamiento un sentido de contribución al hecho y no una simple falta de entorpecimiento de este que se producirá cuando se produzca el abandono de una resolución de actuar ya adoptada (38), y en específico para verificar si se produce tal contribución con la cesión de un espacio para la comisión de un delito se constatará ella con la expresa obligación jurídica que se impone a los titulares

---

de libertad, tiene límites: la inviolabilidad de la propia autonomía, que resulte estrictamente necesario para preservar la autonomía ajena y que no deje al obligado en peor situación que al beneficiado (p. 66). Sobre el segundo escalón, la determinación del sujeto obligado o del titular del deber de garante, se atribuye al titular del ejercicio de la libertad: “[L]a asignación de deberes de garantía solo puede entenderse como coste del disfrute previo de un ámbito de autonomía” (p. 149), así al reconocerse la autonomía ello supondrá la obligación de controlar tal ámbito de autonomía para que no dañe la autonomía ajena, aplicando entonces el *neminem laedere* a los delitos de omisión. En otro apartado, trata a los deberes referidos a mejorar o suplir la autonomía ajena, al estar referidos a proveer de una protección, se reconoce que carece de una justificación axiológica en el ejercicio previo de la autonomía (ps. 76-78), y en su lugar opta por atribuir tal carga sobre el colectivo social, que se encauza a través del Estado quien a su vez lo delega en funcionarios públicos (p. 79).

(37) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Los delitos de omisión...”, cit., p. 84. Y con ello, vislumbra su coincidencia con JAKOBSS.

(38) *Ibidem*, p. 86.

de los establecimientos públicos de impedir tal uso (39).

2) La injerencia o creación de riesgo. Nuestro ámbito de organización también se puede extender con el propio comportamiento, generando una injerencia en un ámbito ajeno, que se producirá cuando: “[D]icha injerencia suponga un ejercicio normal de la libertad del sujeto” y que exigirá en tal caso un mandato de control de nuestro propio ámbito de organización (40). Pero la limitación de tal posición de garante se producirá en su generación, al exigirse la conciencia del carácter peligroso de la propia acción, mientras que el contenido del deber de garantía estará delimitado por la licitud del curso de riesgo desencadenado y que la medida de tal deber de control guarde compatibilidad con la utilidad social del riesgo (41). Un supuesto especial lo conforma el tratamiento de los riesgos dentro del propio ámbito de organización que desatan otras personas o con nuestra colaboración. Para resolver ello, se parte por reconocer que la facultad del ejercicio de la autonomía excluye el control de la autonomía ajena, ello en virtud del principio de responsabilidad por los hechos propios. Pero, dentro del propio ámbito de organización, se mantiene un deber de garantía por los riesgos de personas que actúan dentro del nombrado ámbito, así como de las personas no autónomas que están a nuestro cargo (42).

Asimismo, el autor menciona una excepción al principio aludido y que lo conforman los garantes de protección. En ese caso le asigna un deber de garante en relación con el control de los comportamientos de otro que incluso ejerce su autonomía con plena responsabilidad, debiendo responder tal garante si se produce un resultado que pudo evitarlo y aun cuando exis-

tan autores que puedan responder de tal comisión dolosa (43).

Entonces, dentro de la injerencia ubica las formas de desprotección de otro, por cuanto se puede lesionar un bien si se eliminan los mecanismos de protección de la víctima, y se presenta cuando se da un acto inicial con un significado objetivo de protección y al que quepa razonablemente conectar la inhibición de medidas alternativas de amparo del bien (44). Y, 3) Es la Asunción libre y la Delegación la tercera fuente de un deber de garantía derivado de la propia autonomía, que puede consistir en la protección del delegante —delegación de competencias de autoprotección— o en la protección de otros —delegación de un deber de garantía: tanto de un deber de amparo como de control (45)—. Para que se produzca tal delegación, se requiere el ejercicio coordinado de dos esferas (delegante libre y delegado libre), la capacidad en el delegado y dotación del necesario dominio para el ejercicio de la tarea delegada (46). De lo que se deriva que solo surtirá efectos la delegación cuando su cumplimiento resulte *a priori* posible (47), y el límite será aquello que el ordenamiento considere indelegable. Y así como reconoce la delegación implícita, en estrechas comunidades de vida o de comunidades de riesgo (matrimonio), señala que se puede también producir un acuerdo tácito de suspender tal delegación (separaciones de hecho) (48).

(43) *Ibidem*, ps. 106-108. En cambio, no conforma una excepción, al principio de responsabilidad por los hechos propios, la participación delictiva porque no genera deberes de garantía de control del comportamiento del autor. Así se es garante de los riesgos propios, pero no de los riesgos ajenos a los que contribuyeron los riesgos propios.

(44) *Ibidem*, p. 111.

(45) *Ibidem*, p. 115.

(46) *Ibidem*, p. 120.

(47) *Ibidem*, ps. 116-117.

(48) *Ibidem*, ps. 127-143. Y finalmente resuelve los casos en que algunas personas tienen reducida su capacidad para organizar su autoprotección y que están amenazadas por riesgos que no son atribuibles a otras personas. Llega a reconocer que este es un campo de deberes institucionales, y para definir quien tendrá tal deber de garante, inicialmente atribuye parcialmente a todos tal

(39) *Ibidem*, p. 90.

(40) *Ibidem*, p. 92.

(41) *Ibidem*, ps. 95-105 Con la fundamentación anterior, se excluye del ámbito de la injerencia a las conductas justificadas porque no son manifestaciones del ámbito libre de quien recurre a la justificación. Se excluye la comercialización de productos como fuente de garante, si al momento de participar de su producción, no se tenía conocimiento de su peligro.

(42) *Ibidem*, ps. 105-106.

Ahora bien, efectuado este recorrido por algunas de las posturas que considero más relevante —y sin desmerecer aquellas que no se incluyen por cuestión de extensión en este trabajo—, nótese que hay una de ellas que no he mencionado. Es una de las posturas minoritarias y que considero más controvertida con relación a la postura de la posición de garante: la de *Bernd Schünemann*. A continuación, analizaré dicha postura y de quienes adhiere en esa línea, oportunidad que delimitaré algunas diferencias que tienen entre sí. Luego, analizaré los fundamentos de la posición de garantía y su interpretación con el principio de legalidad a la luz del art. 18 de la CN. Y así develaremos si el siguiente interrogante planteado por el Prof. Dr. Javier Augusto De Luca, tiene una respuesta factible: “... ¿[E]s posible en la Argentina imputar un delito de comisión o activo a un sujeto que no realizó una acción, sino que pese a poder obrar, se limitó a dejar (omisión) que el resultado típico se produjera? ...”(49).

deber, que lo satisfacen con contribuciones económicas, para luego convertir en garante a las instituciones públicas. En esa directriz, el deber de garantía tiene dos caracteres: solo tiene solidez en la justificación utilitarista y en cambio es débil en la justificación distributiva, por cuanto no se verifica un acto de libertad previo. Y su cumplimiento se realiza por delegación en los funcionarios (p. 136. Ver crítica de: MOLINA, Gonzalo, “Delitos de omisión impropia”, Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 36). En la definición de los bienes y procesos a los cuales se anuda un deber de garantía a cargo del Estado, anota dos grupos: los casos en que se tenga una necesidad de protección a favor de quienes carecen de capacidades de autoprotección y los casos en que el Estado limita la autonomía del individuo para su autodefensa (ps. 139-154). Y finalmente, justifica la existencia de los deberes paternos filiales, descarta a la asunción y con ella la posibilidad de una justificación distributiva (p. 141), y solo le resta apuntar razones de utilidad al ser los padres las personas idóneas para cuidar a sus hijos (p. 143), y aun cuando se reconoce la ausencia de uno de los pilares sobre los que construyo los anteriores deberes de garante afirma que “con una columna (la de la utilidad del deber) mucho más sólida que la otra (la de su distribución) se sostiene así la asignación de posiciones de garantía a los padres por el mero hecho de serlo.

(49) Conf. De Luca, Javier Augusto, en “Omisión impropia, legalidad y congruencia”, comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 5/08, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2008, p. 743.

#### IV. Fuentes generadoras de la posición de garante según Schünemann: “el dominio sobre la causa del resultado” como fundamento de la responsabilidad del garante

Este autor busca un fundamento material de equivalencia en el concepto superior de “dominio sobre la causa del resultado”. Desde esa perspectiva una omisión adquiere el carácter impropio cuando pueda ser comparada con la comisión, pues entre estas dos formas existen aspectos comunes en el plano prejurídico que permiten dicha comparación.

El elemento que debe generar la equivalencia es la causa de punibilidad y no la punibilidad misma como valoración (50).

En esta clase de delitos, parte de la idea de imputación de resultado a la “persona” y por eso hace depender las reglas de semejanza entre las dos formas delictivas de los delitos de comisión. En esos delitos hay que preguntarse el motivo de imputación del resultado al autor. Ese motivo no tiene que ser buscado en la causalidad en forma mecánica resultante de consideraciones propias de las ciencias naturales —de la que carece la omisión—, sino que se encuentra en la relación entre el centro personal de dirección del individuo y el movimiento corporal causante del resultado. Dicho de otro modo, el dominio absoluto de la persona sobre el cuerpo. El hecho de que el movimiento corporal, como consecuencia del nexo causal, aparezca como la causa inmediata del resultado, es lo que permite afirmar que el dominio inmediato —sobre esa causa inmediata del resultado— es la causa mediata de este (51). El fundamento de res-

(50) SCHÜNEMANN BERND, “Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia”, traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcia Pons, 2009, ps. 261 y ss. y PERDOMO TORRES, Jorge F., “La problemática de la posición de garante...”, cit., p. 63.

(51) *Ibidem*, ps. 340 y ss. Esta dominabilidad debe ser definida según un entendimiento natural como el poder de la voluntad que tiene una persona sobre un objeto. Sin embargo, considera este autor que sería un gran error el intentar dar una definición exacta de dominabilidad, porque considera que ese concepto es un prototipo que solo puede ser considerado como punto de referencia y el cual deberá ser concretizado en su desarrollo. Por eso se puede, según este autor hablar de des tipos de

ponsabilidad del autor por el resultado causado se asienta en que el sujeto puede dominar sus movimientos corporales buscando un fin determinado.

Para este autor, la causa del resultado en la omisión la divide en: que puede ser “una estación del curso causal” mismo (causa esencial) y puede ser el “desvalimiento especial de la víctima”.

Ello, le permite concluir que el resultado de una causa puede ser imputado personalmente al omitente, cuando él domine de manera actual la causa esencial de dicho resultado o el desamparo de la víctima”. Es decir, cuando el autor domine la causa del resultado en general al igual que en los delitos de comisión. La persona es sujeto de imputación porque ejerce un control actual sobre el suceso porque controla de forma anticipada en su campo de dominio la fuente o el sujeto del suceso de lesión.

Así también, describe las formas de aparición del dominio sobre la causa esencial del resultado. En primer lugar, refiere a los deberes de aseguramiento en el tráfico o “el dominio sobre un ámbito objetivo de peligro”. Dentro de ese grupo, se encuentran los deberes de actuar que la jurisprudencia ha reconocido con respecto a aquellas cosas y ocupaciones que implican un peligro para la generalidad. El fundamento común de estos es el poseer o circular con cosas que de acuerdo con su naturaleza pueden convertirse en peligrosas frente a otras personas (52). Este autor rechaza la idea de la existencia de deberes de salvamento (53). Ello, se desprende del principio de dominio que solo pueden ser fundamentados, deberes de aseguramiento. Es decir que el no cumplimiento de un deber de salvamento solo produce una relación potencial del omitente con el resultado (54) pues el autor de la conducta precedente

dominabilidad, aquella existencia preexistente y aquella que surge de un acto de voluntad que presupone una manifestación por parte de la persona. Ver también PERDOMO TORRES, Jorge F., “La problemática de la posición de garante...”, cit., p. 64.

(52) *Ibidem*, p. 65.

(53) *Ibidem*.

(54) *Ibidem*, p. 66.

carece en estos casos de un dominio actual sobre la causa del resultado.

Otro tipo de dominabilidad se puede encontrar en las relaciones de autoridad entre personas; en estas el sujeto obligado por los deberes de aseguramiento en el tráfico es aquel que se encuentre inmediatamente cerca de la cosa generadora de peligro. Sin embargo, de aquellas relaciones en las que un sujeto se encuentra sometido a la vigilancia y mando de otra persona, considera que son casos en los que el comportamiento defectuoso se presenta como una emanación de la esfera de dominio asignada a esa persona de rango superior (55).

Con relación a las posiciones de garante en virtud del dominio sobre el desamparo de la víctima, el autor diferencia los casos en los que este es constitucional o parcial ya que puede ser el resultado de una incapacidad natural de auto- protegerse de toda clase de peligros o esa incapacidad solamente puede estar en relación con determinados peligros (56).

Por lo tanto, son dos formas de dominabilidad, una existencial dada previamente (pero donde también el dominio puede derivarse de un acto de aceptación del obligado o de un acto de confianza del titular del bien jurídico amenazado) y otra que puede encontrar su fundamentación en un asimiento propio y voluntario, o que puede surgir a través de un acto de confianza del titular del bien jurídico (57).

Al igual que todas las posturas señaladas en el punto I, esta teoría es objeto de críticas que deben ser tenidas en cuenta.

Una de ellas es que este autor utiliza el principio de equivalencia es utilizado sobre el dominio de la causa del resultado. Ello, da cuenta que dicha denominación “dominio” sea entendido como susceptible de diversas interpretaciones. Schünemann tiene una interpretación fáctica de dominio. Esta afirmación, que parecería arbitraria, encuentra sustento cuando el propio autor desmenuza el concepto de dominio a par-

(55) *Ibidem*, p. 65.

(56) *Ibidem*, p. 66.

(57) *Ibidem*.

tir del razonamiento de la “naturaleza de las cosas”, le niega una estructuración normativa. A su modo de ver, que alguien tenga el dominio sobre algo, debe describir un juicio existencial y en menor medida un juicio valorativo (58).

Como parte de una concepción fáctica de dominio, esto puede llevar a supuestos de hecho objeto de valoración con contenido normativo diferente sean considerados como equivalentes a causa precisamente de la amplitud interpretativa que conlleva un examen de la situación concreta de la mano de criterios espaciales o temporales.

En cuanto al “dominio de la persona sobre su cuerpo”, como fundamento de imputación en los delitos de comisión, el autor trae a colación aquella circunstancia en la que con el desencadenamiento de un proceso causal se traspasa el ámbito de organización en el que el actuante ejerce un absoluto dominio y en el que, por consiguiente, ese curso causal se enraíza. Aunque esta interpretación nos conduce a una solución correcta, su contundencia y su fuerza argumentativa queda oculta si al sujeto se le adjudica como ámbito de responsabilidad el terreno de sus motivaciones (dominio sobre el cuerpo) como aquel ámbito cuya configuración le compete. Una consideración del sujeto como tal —natural o prejurídico—, cuyas inclinaciones delictivas desempeñan un papel importante, no puede ser el criterio decisivo para una imputación jurídico-penal.

El sujeto como punto central del proceso de atribución de responsabilidad debe ser considerado como un sistema construido sobre la base de puntos de vista de imputación (sistema cuya configuración está dada por aquello que es adjudicado al sujeto como condiciones del resultado o ámbito de organización por el que debe responder para el mantenimiento de un orden especial) y no ser considerado en su individualidad.

Otra de las críticas que recibe este autor es que su criterio de “el dominio del autor sobre el movimiento corporal causante del resultado”, que es el fundamento de la imputación en los

delitos de comisión vislumbra una imprecisión conceptual y de argumentación normativa.

Así también, el concepto de “dominio sobre la causa del resultado” es poco efectivo, lo mismo ocurre cuando se abordan los deberes en el tráfico a causa del dominio sobre un ámbito objeto de peligro. En estos casos, donde el sujeto tiene una relación directa con cosas que pueden desencadenar un peligro para otras personas, no sería satisfactorio el argumento de “voluntad de dominio” (59).

En cambio, no se le critica lo referente al argumento de “voluntad de dominio” que utiliza para fundamentar el poder de decisión del poseedor de este ámbito de peligro, ya que dicho autor desconoce por completo que de lo que en estos casos se trata es de un aspecto eminentemente normativo que difiere de su criterio.

A su vez, se le critica que el tener el poder fáctico o voluntario no explica la competencia por las consecuencias del desarrollo peligroso de dicha organización porque las personas pueden circular por ejemplo con un vehículo pueden generar un peligro y ahí se genera el deber de evitar que otras personas resulten afectadas por ese objeto. Dicha competencia surge en un sistema en el que los miembros son definidos de acuerdo con una distribución de tareas. Si el dominio fáctico y voluntario fuera el criterio decisivo para determinar una responsabilidad, las posibilidades de configuración de la sociedad actual dependerían de lo que el individuo sea capaz de lograr tanto a través de dominio fáctico como de sus deseos, y no de aquello que resulta necesario para una estructura técnica y real como es la sociedad actual.

Por otro lado, en el análisis que propone en cuanto al criterio de “dominio sobre el desvalimiento de la víctima” (como causa del resultado en la omisión) se le critica que es una confusión conceptual.

En ese sentido, el concepto de dominio —entendido por Schünemann—, no puede ser aplicado al de desvalimiento. Ello por cuanto una situación de desamparo representa un estado que no explica el resultado, sino que por el

---

(58) *Ibidem*.

---

(59) *Ibidem*.

contrario envuelve solo la hipótesis de que la víctima no puede valerse por sí misma en determinadas situaciones. En ese estado en el que se pueden encontrar determinadas personas no es susceptible de ser dominado.

Por esas razones, se ha criticado que el concepto de dominio no encaja aquí y, por consiguiente, no permite hablar de una posible dominabilidad del garante sobre esta situación aún menos puede ser señalado como la “causa del resultado”<sup>(60)</sup>.

Dicho razonamiento del autor es congruente con los casos de dominio constitucional en su terminología, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el poder de disposición de la madre sobre el embrión que se desarrolla en su vientre, es decir, en casos de una dominabilidad existencial dada previamente <sup>(61)</sup>. Esa relación natural comprende una dependencia en el desarrollo del no nacido del poder de disposición de la embarazada. Sin embargo, con la separación del cordón umbilical se termina ese dominio natural y fáctico, lo que para el autor no es obstáculo en la adopción de este criterio de dominio existencial de la madre basta el final del proceso de maduración del individuo <sup>(62)</sup>. De lo expuesto, permite concluir según las críticas que el punto desde el cual partió el autor —dominio fáctico— se abandona <sup>(63)</sup>.

En ese sentido, en los casos al interior de las relaciones paternofiliales en donde el dominio, tal como es entendido aquí, no puede ser afirmado a pesar de que se den supuestos de hecho de desprotección del sujeto (el dominio de los padres que se encuentran en el cine sobre los hijos que duermen en casa) <sup>(64)</sup>. Y, es en estos casos donde se le critica a Schünemann que reclama una posición de garante en casos de ausencia de los padres, lo que claramente deja al descubierto la inversión del argumento que había sido esbozado como fundamento.

(60) *Ibidem*, p. 67.

(61) *Ibidem*.

(62) *Ibidem*, p. 68.

(63) *Ibidem*, p. 68.

(64) *Ibidem*, ps. 70-71.

Con la introducción del criterio de dominio sobre el desvalimiento de la víctima como causa del resultado y su fundamento de una posición de garantía se vislumbra que el autor parte de la necesidad de reconocimiento en estos casos de un deber especial. Dicho deber especial ha sido de alguna manera “escondido detrás la utilización de conceptos enigmáticos”<sup>(65)</sup> y surge de una institución que aquí será definida como la relación paternofilial y es precisamente por ella fundamentado.

Además, cuando este autor se refiere a las relaciones de autoridad entre personas, introduce un elemento que consiste en el “poder jurídico del poseedor de la autoridad”. Así se expresa el autor al respecto: “[M]ientras que una persona menor de edad se encuentra por completo a la merced del dominio de la voluntad ajena, en el caso de una persona en edad de responsabilidad penal entra en consideración un sometimiento semejante cuando ella se ha sometido al poder de mando o autoridad ce otra persona a través de un acto jurídico de manifestación de voluntad (por ejemplo, el ingreso en una relación de trabajo o en el ejercicio como funcionario estatal) o cuando a causa del derecho se tienen que cumplir órdenes de otras personas (por ejemplo, el soldado)”.

Por otro lado, efectúa una concesión similar al referirse al segundo grupo que él considera como forma de dominio sobre la causa esencial del resultado. Cuando se refiere a las relaciones de autoridad”<sup>(66)</sup>. Con la afirmación de que el individuo que se encuentra inmerso en una relación especial de autoridad, por ejemplo, aquel que está integrado en su totalidad como persona en el espacio de actuación estatal, tiene que cumplir por ello con deberes especiales originados en ese sometimiento. El autor que se trata de una obligación especial que toma como base una institución esencial para los intereses de la sociedad, y reconoce que se trata del Estado <sup>(67)</sup>.

(65) *Ibidem*, p. 71.

(66) *Ibidem*, p. 72.

(67) En ese sentido, el Estado a través de sus define los ámbitos de responsabilidad dentro de los cuales ellos actúan y limita su auto disposición personal y el ejercicio autónomo de su voluntad, en la medida en que

### **V. Postura de Gracia Martín (68) y Rueda Martín: La omisión como forma de dominio social de una posición de garante específica**

En este punto, se desarrollará la postura de Gracia Martín quien es discípulo de Schünemann a quien lo ha traducido, expondré sus dos posturas y luego la posición de Rueda Martín (69) —discípula de Gracia Martín—.

Este autor distingue entre las prohibiciones y mandatos. En ese sentido, indica que la omisión no es causal del resultado y la situación típica de los delitos de omisión siempre se refiere a un peligro no dominado por la voluntad del autor, pero en dirección a la producción de un resultado. Pese a la ausencia de causalidad, este autor reconoce que hay algunas omisiones que sí son directamente subsumibles en los tipos de la parte especial, y para determinarlas es necesario un procedimiento analógico que identifique en ellas los elementos esenciales de la comisión activa, de modo que si bien se trata de casos con distintos elementos naturalísticos al tener elementos esenciales sobre ellas recaerá un idéntico valor: el juicio de tipicidad (70), solo con tal procedimiento se afirmará la tipicidad de tales omisiones, y para estas omisiones una cláusula de equivalencia solo tendría carácter declarativo.

Este autor considera que el dominio social como criterio de identidad puede hallarse en el campo normativo (y no ontológico). En ese sentido, las posibilidades de valoración del objeto las determinan sus propiedades ónticas (71). En la omisión el sustrato óntico es una acción

---

sea necesario para que los intereses de la institución y el desarrollo eficiente de sus objetivos no resulten perjudicados.

(68) GRACIA MARTÍN, Luis, "La comisión por omisión en el derecho penal español", p. 133.

(69) Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, "¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal", Atelier, Barcelona, 2013.

(70) GRACIA MARTÍN, Luis, "La comisión por omisión...", cit., p. 133.

(71) *Ibidem*, p. 155 quien refiere que Acción y Omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica [pero] las valoraciones del derecho, sin embargo y a mí juicio,

finalista no realizada por quien tenía capacidad de emprenderla. Entonces, siguiendo su razonamiento la identidad entre acción y omisión radica en una determinada posición del sujeto que lo relaciona a la situación típica. Tal criterio es la relación de dominio social, entendida como el: "[C]onjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico" (72). En esa relación de dominio, cualquier persona podrá establecerla cuando se trate de delitos de dominio, pero en ciertos delitos es necesario que los sujetos se encuentren especialmente caracterizados, tal es el caso del prevaricato (73). Entonces, dominio social será: "[E]l conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y solo a él, tomar la decisión, y posteriormente actualizarla mediante un acto concreto de dominio, de realizar la lesión del bien jurídico en forma típica, que es, por cierto, el acto supremo de dominio personal sobre un bien jurídico" (74). Conformando entonces el dominio social una posibilidad normativa del dominio del hecho, distinguiéndose por ello de la concepción de Schünemann (75) y también distinguiéndose del dominio finalista (76).

Para este autor el dominio social y la toma de posición de garante específico por la asunción de una situación de peligro requiere de una situación previa de organización. En ese sentido, puede darse una situación atípica pero organizada de modo apto para producir la lesión. Frente a tal situación, el sujeto puede incorporarla a su esfera personal de dominio mediante un "acto personal de asunción del dominio

---

deben estar condicionadas y encontrar su límite en las estructuras lógico-objetivas".

(72) *Ibidem*, p. 70.

(73) GRACIA MARTÍN, Luis, "El actuar en lugar de otro", 1985, t. I, p. 351.

(74) Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, "La comisión por omisión...", cit., ps. 142-143.

(75) GRACIA MARTÍN, Luis, "El actuar en lugar de otro", cit., p. 357.

(76) *Ibidem*, p. 361.

sobre esa situación". Ese acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico le llama "posición de garante específica"(77). Dicho acto de asunción produce el peligro atípico entre en la situación de lo injusto típico y "el momento constitutivo de la situación típica para la omisión. Es el acto que hace entrar a un peligro atípico en la situación de lo injusto típico"(78). Esa asunción personal del dominio de la situación es la que permite que el garante decida sobre la producción del resultado. De ello se deriva, que el dominio social no puede ser fundamentado antes de la situación típica de peligro. En ese momento, los factores causales aún no están organizados en dirección a la lesión del bien jurídico (79). Esa asunción del dominio personal sobre una situación de peligro existente y determinada supone la exclusión del tipo de comisión por omisión de todos los supuestos en que la garantía que haya asumido el sujeto se extiende a la protección de bienes jurídicos frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro.

Al respecto, el autor da este ejemplo: "[N]o dará lugar a comisión por omisión los casos del socorrista que no hace nada para impedir que se ahogue un bañista que espontáneamente ha sufrido un corte de digestión (...) el funcionario de prisiones que no hace nada para impedir la muerte del recluso que está en situación crítica a consecuencia de haberse colocado en situación de huelga de hambre (...) en cambio, se situarían en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión el socorrista que se hubiera lanzado al agua, creando así una expectativa seria de salvamento (...) el médico de prisiones, el de urgencias o el rural, que han asumido de un modo efectivo ya el tratamiento de contención de la inanición del recluso huel-

(77) GRACIA MARTIN, Luis "La comisión por omisión...", cit., p. 144.

(78) *Ibidem*, ps. 144-145. Dicho acto de asunción es "el acto que en los delitos de comisión por omisión sustituye a la necesidad existente en los delitos de acción de que el autor realice los actos preparatorios, es decir, los actos de organización de la situación típica".

(79) GRACIA MARTIN, Luis, "La comisión por omisión...", cit., p. 145.

guista de hambre"(80). Es decir que una posición de garante específica —necesaria para la comisión por omisión— tiene relevancia cuando aparece la situación típica y en tal momento se tiene que realizar la asunción. En los casos de asunción de una fuente de peligro, el sujeto estará desde un principio en posición de garante específica (81).

Asimismo, este autor brinda dos los requisitos de la acción omitida a la cual se le imputaría un resultado. El primero consiste en que el sujeto solo será garante específico si con su acción se hubiese evitado —con seguridad— el resultado. Y que la omisión por comisión se ha de tratar de la no realización de una intervención material y directa sobre la causa fundamental del resultado. El autor brinda un ejemplo en el que una enfermera no omitiría típicamente si su deber fuese solo avisar a un médico para que intervenga él a un enfermo en un momento crítico (82).

En cuanto a la injerencia este autor niega que esta acarre responsabilidad en comisión por omisión. En ese sentido, entiende que la posición que adopte el sujeto tras desencadenar el proceso causal que tienda autónomamente a la producción del resultado, es un curso ajeno de modo absoluto al sujeto. En esos hechos, la omisión del injerente es un mero no evitar, no subsumible en los tipos que exigen causar (tampoco se da el requisito de intervención material y directa). Sin embargo, reconoce una injerencia en la comisión por omisión si se realiza con dolo, porque ahí se tendrá una conciencia y voluntad en dirección al resultado (83).

Asimismo, efectúa una clasificación de las omisiones punibles (84). Para ello, utiliza criterios de grados de posición de garante y concreta capacidad de acción del sujeto. Estas son: 1) comisión por misión, que es la explicada hasta

(80) *Ibidem*, ps. 148-149.

(81) *Ibidem*, p. 150.

(82) *Ibidem*, ps. 156-157.

(83) GRACIA MARTIN, Luis, "Los delitos de comisión por omisión", p. 236. A dicha postura adhiere: RUEDA MARTÍN, María Ángeles, "¿Participación por omisión?...", cit., p. 61.

(84) GRACIA MARTIN, Luis, "La comisión por omisión...", cit., p. 160.

el momento, 2) omisión pura, en la que no media relación alguna entre omitente y bien jurídico, 3) omisión de garante genérico. Dentro de las cuales distingue: de un garante genérico sin capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y de un garante genérico con la capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado, pero en las que no se produjo la asunción efectiva del dominio.

Este autor explica que “sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tiempo mediante una acción positiva”(85).

Dicho de otro modo, es con el dominio social la forma como una omisión es idéntica a una acción para así atribuirle un resultado, implementándose tal dominio social con un acto de asunción en una situación de peligro que genera una posición de garante específica.

Posteriormente, Gracia Martín tiene una segunda posición cuando equipara entre acción y omisión se puede hallar sin una posición de garante, y para ello parte por señalar que un punto fijo: “[E]l *tertium comparationis* tiene que estar constituido por los principios objetivos que informan el ordenamiento jurídico penal como uno orientado a la protección de bienes jurídicos (...) por el contenido desvalorativo de la categoría del tipo de lo injusto, y, finalmente, por la escala de valoraciones objetivas del Derecho (...) deducibles del Derecho Positivo”(86).

Asimismo, este autor descarta el carácter constitutivo de la posición de garante para la comisión por omisión tanto en su sentido formal como material (87). Sostiene que tiene la incorrección de que la mera no evitación del re-

---

(85) *Ibidem*, p. 159.

(86) GRACIA MARTÍN, Luis, “Los delitos de comisión por omisión”, cit., p. 232.

(87) A dicha posición adhiere María Ángeles Rueda Martín a las críticas a la concepción formal y material del deber de garante (cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “¿Participación por omisión?...”, cit., ps. 59-62).

sultado no puede alcanzar el desvalor de la producción activa, atribuyéndole a la posición de garante solo la utilidad de ser una circunstancia agravante: “[L]a posición de garante no es, en absoluto, elemento constitutivo de lo injusto específico de la comisión por omisión, y ello por las mismas razones que no lo es del tipo de lo injusto que la misma comparte con la acción como forma típica de realización intercambiable con esta (...)”(88). En ese sentido, “la posición de garante, entonces, cuando exista y sea relevante en un contexto de realización del tipo (...) podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto, pero totalmente prescindible para la constitución o fundamentación de lo injusto específico”(89).

Al respecto, Rueda Martín señala: “[L]a existencia de una posición de garante (...) no puede hacer surgir *per se* un concreto deber de actuar porque se configura con carácter previo y anterior a la situación en la que surge dicho deber y sin tener en cuenta las circunstancias específicas en las que tiene lugar la lesión del bien jurídico (...) no responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico”(90).

Siguiendo su línea argumental, sostiene que su rechazo a la utilización de la posición de garante, Gracia Martín recurre a la equiparación de ciertas omisiones a la comisión, a las características de la omisión misma en cuanto comportamiento, como determinante de la eventual subsumibilidad directa de la omisión en el tipo de la parte especial. En ese sentido, solo el desvalor que pueda aportar la posición de garante un elemento formal de autoría: “[S]on entonces, las características de la propia omisión, y en absoluto la posición de garante en cuanto características del autor, lo que determina que una

---

(88) GRACIA MARTÍN, Luis, p. 259: “La posición de garante, entonces, cuando exista y sea relevante en un contexto de realización del tipo (...) podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto, pero totalmente prescindible para la constitución o fundamentación de lo injusto específico”.

(89) GRACIA MARTÍN, Luis, “Los delitos de comisión por omisión”, cit., p. 259.

(90) Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *InDret* 1/2015, ps. 11 y 13-14.

omisión alcance la categoría de la comisión por omisión”(91).

Las características de la acción omitida son las que deben ser tenidas en cuenta para determinar, al margen de la posición de garante, si la omisión de esa concreta acción constituye comisión por omisión. Al respecto, cita un ejemplo de una omisión con la entidad suficiente para constituir comisión por omisión sin ser garante: “[T]anto el terrorista que se ha dejado el artefacto explosivo en la oficina bancaria, que es garante por injerencia, como un cliente experto que se encuentra en el banco en ese momento y se percata de que el paquete olvidado contiene un explosivo, que en absoluto es garante por ningún concepto, tienen la capacidad de realizar la misma acción de desactivar o, en cualquier caso, de alejar el artefacto del banco para evitar la catástrofe”(92).

Sobre esa base, entiende la clasificación que postula de los delitos vinculados a una omisión y un resultado (93): 1) tipos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa. 2) Tipos de omisión y resultado con alternativa de comisión por acción u omisión, es decir, tipos de comisión por omisión en sentido estricto, por cuanto en ellos si se puede dar un idéntico fundamento e igual desvalor entre omisión y acción. Y dentro de esta clase se distingue: Delitos de Comisión por Omisión Explícita y Delitos de Comisión por Omisión Implícita. Entiendo que con esta concepción se termina poniendo de relieve el poder causal de la omisión de una persona en una determinada situación de peligro.

Desde dicha postura se vislumbra que Gracia Martín para afirmar la asunción del dominio social en un inicio sostuvo una posición de garante específica, y luego desechó tal concepto. Y esa segunda posición es la tomada por Rueda Martín, quien reemplaza la idea descartada por la de “posición de comisión por omisión”(94).

(91) GRACIA MARTÍN, Luis, “Los delitos de comisión por omisión”, cit., p. 261.

(92) *Ibidem*, p. 263.

(93) *Ibidem*, ps. 183-191.

(94) RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “¿Participación por omisión? ...”, cit., p. 72.

Entonces en el concepto de comisión por omisión de Rueda Martín, no se emplea ninguna posición de garante. En ese sentido, refiere: “[A]utor en comisión por omisión es aquel que de un modo totalmente voluntario y libre haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social y siempre que este dominio se actualice luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”(95). Sin embargo, Rueda Martín utiliza como herramientas para determinar la autoría en comisión por omisión a la preexistencia de un bien jurídico involucrado en una función social o institucional y a la posición que el agente asume generando una relación de dominio social que conforma una estructura lógico-objetiva, entonces se tendrá una posición de comisión por omisión, que requerirá sea actualizada en la situación de peligro concreta.

Asimismo, Rueda Martín efectúa una construcción sobre la participación omisiva. El nombrado parte de una base en la cual reconoce la existencia de omisiones que pueden verse involucradas como formas de participación en la comisión de un hecho doloso, pero solo bajo la forma de complicidad o cooperación necesaria (96) y que ellas tampoco requieren una cláusula de equivalencia al ser subsumidas directamente en los preceptos legales de la participación (97). Y delimita el actuar del participante frente al autor indicando que este no podrá tener el dominio social típico siendo también innecesaria la presencia de un deber de garante, pero en cambio sí es determinante los criterios de identidad entre una cooperación activa y una omisiva, de modo que tal identidad pueda encontrarse en las características de la omisión misma (98).

Este autor plantea como elementos para definir cuando una omisión puede fundamentar un

(95) *Ibidem*, p. 74.

(96) Descartando en cambio la posibilidad de inducción por omisión, RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “¿Participación por omisión? ...”, cit., ps. 84 y 86.

(97) *Ibidem*, p. 166.

(98) *Ibidem*, ps. 92-94 y 126.

contenido de injusto idéntico al de una acción positiva (99). En ese sentido, el autor menciona el dolo en el partícipe, que contiene un componente cognitivo conformado por el conocimiento de la situación típica y conoce el modo de impedir el resultado. Mientras que el elemento volitivo está conformado por un acuerdo de voluntades referido a que el partícipe asume de modo libre y voluntario un compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad específica de contribución en un hecho dominado por un autor (100) (tal acuerdo puede ser tácito o simultaneo a la acción de ejecución) (101).

Asimismo, la postura de Rueda Martín ha recibido críticas. De su postura no surge una uniforme fundamentación para descartar la imputación por el resultado frente a la participación omisiva de un garante. Sobre el tratamiento de la participación omisiva, llama la atención el hecho que reconozca la posibilidad de una participación con base en un acuerdo de voluntades tácito y concomitante a la ejecución entre autor y cooperador, y lo aplique a un caso en el que se protege el patrimonio (102), y en cambio en los casos en que debiera protegerse la indemnidad sexual de un menor de edad no se reconozca la aplicación de tal acuerdo de voluntades tácito (103). Pero más allá de tal crítica, se observa que el aceptar en ambos casos un acuerdo de voluntades tácito, podría llevar a una ilimitada imputación del resultado a toda omisión de quien observa un delito. Ello, da cuenta lo maleable de su postura.

---

(99) *Ibidem*, p. 130. Si bien descarta los criterios que señalan que una omisión no puede incrementar un riesgo (ps. 130-132), no se entiende claramente cuál es la diferencia de aquellos con una contribución útil —que es el criterio utilizado por Rueda—.

(100) *Ibidem*, ps. 135-137.

(101) *Ibidem*, ps. 109 y 143-144. Este autor recurre al criterio de Roxin para concretizar ese acto de asunción en una omisión que genere una contribución: “[Q]uien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada”, p. 138 (la cita original pertenece a ROXIN, “Täterschaft und Tatherenschaft”, 8<sup>a</sup> ed., p. 487).

(102) *Ibidem*, p. 142.

(103) *Ibidem*, p. 159.

A su vez, busca los elementos de identidad entre comisión y omisión para identificar a las omisiones que tengan entidad suficiente para atribuirles un resultado y con tal fin emplea un procedimiento analógico, pero a pesar de ello concluye que tal operación permite una subsumibilidad directa en los tipos de la parte especial. Si se tiene en cuenta que la aplicación de analogía supone reconocer la ausencia de algunos de los requisitos típicos tal reconocimiento sería ya suficiente para que el principio de legalidad formal impida una subsunción directa de las omisiones porque la analogía siempre supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra (104). En ese sentido, afirmar que la omisión es analógica a la comisión y a pesar de ello es subsumible directamente en el tipo significa entonces que hay: “[U]na contradicción entre conclusión y premisas iniciales”(105). Por lo tanto, la exigencia de un acto de asunción efectivo en el momento de surgir el peligro es un acto de asunción incompleto porque es unilateral y por tanto no puede fundamentar una responsabilidad, y a su vez significa desmotivar el inicio de acciones para cumplir el mandato (106). Al señalarse que el asumir la posición de comisión por omisión es insuficiente porque requerirá que se actualice en el momento del peligro, ello es con una asunción específica o adicional, con cuya exigencia se obtendría un resultado insatisfactorio: “[E]l omitente [en posición de comisión por omisión] solo responde por el resultado si en algún momento decidió cumplir su deber, pero no si en todo momento quiso incumplirlo”(107). Y la razón de ello, es que la asunción de un peligro

---

(104) Cfr. MIR PUIG, “Derecho penal. Parte general”, Buenos Aires, 2009, 8<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> reimpr., ps. 4-40.

(105) DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Omisión e injerencia”, 2006, p. 655.

(106) Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “¿Participación por omisión? ...”, cit., p. 74. Dicha autora trabaja con la misma exigencia de asunción unilateral efectiva al indicar: “[E]ste dominio [requiere] se actualice luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”.

(107) DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Omisión e injerencia”, cit., p. 659.

no puede depender de la decisión unilateral del propio obligado (108).

#### **VI. La posición de garantía y su interpretación a la luz del principio de legalidad (art. 18 de la CN)**

Lo expuesto hasta el momento me permite reflexionar que tan compatible es la construcción de estos tipos penales (omisión impropia o comisión por omisión) con el principio de legalidad receptado en la normativa constitucional (arts. 18, 19, 75 –inc. 22—CN y concs.) que, constituyen una limitación infranqueable para la creación de la legislación de derecho común infra constitucional (arts. 31 y 75, inc. 12, CN), así como para su interpretación.

Es así como el principio de legalidad debe ser interpretado desde una perspectiva actual y co-relativa con un Estado constitucional y democrático de derecho.

En ese sentido, Aristóteles dice que quien quiera hacer mejor a los hombres ha de procurar hacerse legislador, indica que la legislación es la obra del arte político y que las leyes expresan cierta prudencia e inteligencia o racionalidad en oposición a lo instintivo o pasional. Refiere que la ley, en lo posible, determine con mayor precisión los supuestos que prevé y dejando poco margen a quienes juzgan (109). Quizá, un poco alejado de la realidad al día de hoy, es el formato del principio de legalidad.

Entonces, sin detenerme en otros antecedentes que registró el principio mencionado

(108) *Ibidem*. Dicho autor refiere: “En derecho, una asunción de funciones que no supere el ámbito del furo interno, es decir, una asunción sin delegante no puede tener efecto fundamentador de responsabilidad”.

(109) CARPIO, Adolfo, “Principios de filosofía. Una introducción a su problemática”, Glauco, Buenos Aires, 1<sup>a</sup> reimpr., 1997, ps. 113-132. Asimismo, Aristóteles da tres motivos de ello: a) porque es más fácil encontrar uno o pocos y no muchos que sean prudentes y capaces de dictar leyes y juzgar, b) porque quienes legislan deliberan por más tiempo mientras que los jueces deben responder a los hechos rápidamente y c) porque el juicio del legislador no se refiere a lo particular y presente, sino a lo futuro y universal; los jueces por el contrario, se encuentran frente a lo inmediato y concreto, donde es más fácil ver oscurecida la reflexión. De allí que se derive la imparcialidad, sin que ello obste al juicio del hombre para algunas ocasiones.

se destaca el Código Penal bávaro del año 1813 redactado por Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (110) del cual se extraen los siguientes derivados: 1) *nulla poena sine lege*, toda imposición de una pena presupone una ley penal, 2) *nulla poena sine crime*, la imposición de una pena está condicionada por la existencia de la acción cominada y 3) *nullum crime sine poena legal*, en virtud de lo cual el mal como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada. Lo cual se traduce a que el principio de legalidad exige que *la ley penal sea previa, escrita, estricta y cierta* (111).

El objetivo político del principio es la limitación del poder punitivo del estado en resguardo de la libertad individual. Ahora bien, se ha visto a lo largo de la historia del poder punitivo que, para ignorar el principio de legalidad, no es indispensable su supresión, sino que puede ser dejado de lado de múltiples formas (v.gr, interpretación analógica y/o extensiva de la norma de que se trate). En atención a que el principio de legalidad es una limitación que hace a la esencia del derecho penal, desde una perspec-

(110) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido de los principios penales”, cit., p. 377. En igual sentido, MAIER, “Dogmática penal y víctima del hecho punible”, en Teoría actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

(111) Al respecto, la CS en diversos fallos ha hecho mención de este principio, refiriendo “el indudable acatamiento de la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse” (Fallos 316:1195, 304:438 y 306:1472). Y, señaló algunos de sus aspectos materiales: “a) la ley, si bien exterioriza un modo de dirección e imperio emergente del poder político orientado a los ciudadanos, b) al mismo tiempo debe representar cierta racionalidad que trascienda la mera voluntad o el puro arbitrio de la fuente ordenadora, c) y en tanto exige la realización de algo valioso, cobra especial relevancia su condicionamiento por parte de los ciudadanos y la necesaria sujeción a sus objetivos por la instancia jurisdiccional encargada de evaluar los conflictos sociales, d) en ese sentido, debe reunir determinadas exigencias, entre las que se destacan su carácter escrito y racionalidad, e) supone además, la distinción entre una etapa de formación y otra de aplicación dentro de la cual esta última guarda cierta subordinación a la primera y f) la ley a su vez, posee un carácter garantizador para los ciudadanos frente al ejercicio del poder, ya que este queda sujeto a sus dictados y g) en este marco donde se puede hablar de una esfera de libertad resguardada por la ley frente al poder político”.

tiva limitadora del poder punitivo es necesario que el programa de criminalización primaria —elaborada por el legislador— tenga un mandato de certeza de modo anticipado, que sea lo más claro y preciso posible (112).

Sin embargo, me detendré en uno solo de ellos. La *ley* debe ser *estricta* y de ahí su íntima vinculación con la prohibición de analogía, esto es aplicar las leyes penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. De ahí que lo que se prohíbe es la analogía *in malam partem*. Desde esta perspectiva el principio de legalidad se orienta a preservar las funciones políticas del Estado de derecho entre aquellas que producen los enunciados y quienes se encargan de aplicarlos. Es decir que la ley debe desarrollar con exactitud y claridad los términos de la imputación penal, implica que se prevean de manera taxativa qué comportamientos tienen una sanción y la claridad en su determinación de esta última. La configuración de enunciados estrictos impide la arbitrariedad judicial y la creación de derecho por parte de los jueces, de ese modo la ley penal no se extenderá más allá de las previsiones que están integradas

---

(112) Esta fue la perspectiva que inspiró el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006: "... [E]n orden al sistema del hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley a menos que también se disponga pena para las culposas. De ello derivan dos consecuencias: (a) delitos omisivos —en especial, los llamados delitos improprios de omisión— solo tipificación en la parte especial habilita la punición con fundamento en el principio de legalidad que exige la máxima taxatividad (págs. 58/59)... Por otra parte, atento a la necesidad del estricto respeto del principio de legalidad, se ha procedido a incluir expresamente los delitos omisivos improprios. Ello significa que se habilita la imputación penal, atribución de responsabilidad y consecuente aplicación de pena, en los casos en que la omisión impropia tenga respaldo típico en la parte especial. De este modo, en congruencia con lo ya expuesto al fundamentar la parte general, siguiendo el criterio de que la única omisión punible es la expresamente tipificada (pág. 75)...". Así, se incorporó al referido proyecto el art. 33: "Hechos dolosos y culposos. Solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley a menos que también se disponga pena para las culposas" (conf. "Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación", Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 16 (presentación a cargo de Luigi Ferrajoli), apartado 6º.

en el tipo formulado por el Poder Legislativo. Dicho de otro modo, los jueces no pueden extender arbitrariamente el tipo penal (113).

Ocurre que hay veces, que en virtud del control que pretenden ejercer diferentes sectores, el bien jurídico no es fácil de discernir y el legislador pretende convertir en bienes jurídicos reglas de control administrativo, tales como las normas de flanqueo. Estas, son aquellas que expresan reglas, situaciones o comportamientos con un estándar de riesgo indirecto para aquel bien por ej., los delitos de "tenencia" de peligro abstracto. Al respecto, Hart advierte la vaguedad del lenguaje, siendo un área de penumbra y de ahí es donde surge la cuestión de la problemática de la analogía en el derecho penal que remite a considerar jurídicamente el contexto, que incluye el sentido social de los comportamientos expresados por las palabras y conceptos y reglado por principios jurídicos. En realidad, la analogía forma parte de un proceso necesario en la comprensión de los hechos y de los enunciados (114).

A pesar de la prohibición de analogía, se vale de ella dentro del mismo tipo penal para permitir la actividad complementaria del juez. Lo que se pretende hoy bajo las exigencias de la ley estricta y la prohibición de analogía es: a) no permitir que los jueces creen derecho penal en la instancia de aplicación de la ley penal. Es decir que el juez no puede ir más allá de los límites impuestos por el sentido jurídico atribuible al texto a partir de aquella norma primaria. b) afirmar que el enunciado típico es

---

(113) Autores como Hart (en el libro "El concepto del derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 159) que en el ámbito discrecional que les deja el lenguaje a las instancias de aplicación judicial puede ser muy amplio, de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico.

(114) HART, "El concepto del Derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

siempre la primera fuente de significado jurídico. En un grupo de varios casos la simple literalidad permite una comprensión clara de ese significado frente al hecho concreto. En otros supuestos, la comprensión jurídica exige un esfuerzo argumentativo de mayor intensidad a partir de criterio interpretativos sistemáticos y teológicos siempre alumbrados por los principios de bien común y dignidad humana y configuran la realidad política y dignidad humana de la convivencia a través de las normas de comportamiento (115).

Particularmente, en los casos de analogía intratípica, la cuestión se da cuando surge del uso que el propio legislador le da a la extensión del término escogido en el tipo penal, por ejemplo cuando enumera y luego remite al uso de "otros medios similares" pone en evidencia que persigue una interpretación judicial que trasciende la literalidad y asume la equivalencia funcional de supuestos no contemplados en aquellos que si han sido enumerados expresamente para mostrar que motiva la imputación típica. De alguna forma le permite al intérprete incorporar un medio, situación, modo, circunstancia, etc., concreta a la selección de aquellos que guardan cierta semejanza con el escogido por cuanto debe justificar la equivalencia, vinculada al bien jurídico que se protege. Desde esta perspectiva debe buscarse la finalidad que quiso el legislador al incorporar al tipo penal algún grupo de conceptos o situaciones. Esto es posible a partir de la referencia de sentido con las normas primarias interesadas en la expresión típica. Ej. Código Penal actual ardid o engaño en la estafa en el abuso aprovechamiento de la inmadurez de la víctima (que requiere una consideración amplia tipo biológica y psicológica) que muestre una manipulación y abuso de una posición de dominio.

La inclusión no puede abarcar casos que teológicamente (valorativamente integrados) no han sido presupuestos en su relevancia por el legislador que busca atender a un determinado bien jurídico, calificando ciertas características de comportamiento por el modo, el tiempo, el sujeto pasivo, el lugar o la relación en que se afecta aquél.

(115) YACOBUCCI, Guillermo, "El sentido de los principios penales", cit., ps. 438 y ss.

La interpretación no supone analogía *in manam partem* cuando se respeta el campo semántico máximo que habilita el enunciado como expresión de sentido normativo. Ello se debe realizar bajo criterios de bien común y dignidad humana. De esta forma se une el campo semántico con el campo valorativo que siempre es dependiente de los principios de rango constitucional.

Ahora bien, y retomando el análisis de este tipo de delitos omisivos impropios es importante no apartarse de la realidad fáctica que nos presentará el caso en concreto (116). En ese sentido, se ha dicho "...la función pragmática (enseñanza y decisión) potenció el desarrollo teórico del delito porque ella misma cobró particular importancia cuando la tarea fue encomendada a agencias burocratizadas y verticalizadas, a las que se accedía después de un largo entrenamiento académico, y que eran propias de un estado legal de derecho, pero no de un estado constitucional de derecho, pues no ejercían el control de constitucionalidad de las leyes ni entrenaban para ello..." (117).

En esta clase de delitos de omisión improicia, el problema surge cuando la obligación de

(116) Así Francesco Carrara, en su "Programa de Derecho Criminal", expresó: "... [N]i los jueces ni los legisladores pueden ir más allá de la realidad de los hechos..." (tomo VII —volumen V—, parágrafo 2559, p. 107). En igual sentido, "...ninguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo: el culto a lo dado como realidad en sí es una suerte de verdad revelada por el sentido común que, como tal, resulta inmodificable. Algo sustancialmente distinto es aceptar que todo saber incorpora datos del mundo, pero que siempre los selecciona desde una intencionalidad (un para qué saber), lo que no es lo mismo que pretender inventarlos a discreción... Cuando el derecho penal debe elaborar conceptos, no puede desconocer que aun cuando no lo haga teleológicamente, estos cumplen una función política y, por ende, no le resta otra alternativa que orientarlos políticamente, so pena de construir conceptos perversos. Para no caer en la perversidad deber eludir las tendencias a inventar lo que en el mundo no existe, como así también a pretender que lo que existe lo limita más allá de la necesidad..." (conf. ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", Ediar, 2003, ps. 4 y 386-387, entre otras).

(117) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", cit., p. 374.

actuar o tener esa conducta debida para evitar un resultado no surge de la criminalización primaria (118) y se lo infiere de los tipos penales activos. Es decir que "... todos los delitos son concebidos como basados en deberes incumplidos o infringidos por los ciudadanos, sea de su propia organización, de su rol, institucionales, o como quiera llamárselos. Y así, se puede sostener que en las tipicidades operan en un mismo haz mandatos y prohibiciones —acción u omisión equivalen—..." (119).

De ahí, esta construcción de la "*posición de garante*" que ocupa esa persona que no realiza la conducta debida se le puede atribuir la comisión del tipo penal doloso activo de que se trate, y lo más grave a mi criterio, se podrá atribuir aún si la conducta omisiva no se encuentra tipificada.

Entonces, se equipara la realización de una conducta determinada —una norma que prohíbe actuar de una determinada forma (no matar) — con la no realización de una conducta debida (evitar la muerte), y lo más grave en la cuestión que se mantiene el castigo. Lo cual produce una extralimitación del poder punitivo de modo irracional con los principios del derecho penal (120). En ese sentido, se vislumbra en el voto del Dr. Erbetta: "... [E]n tanto la mayoría de esos delitos no están escritos y su admisión deriva de una formulación doctrinaria por vía de considerar equivalente, en ciertos casos, la omisión o no evitación de un resultado con la comisión o producción del mismo prevista en un tipo activo. La lesión a la legalidad surge palmaria. El error, en clave realista, consiste en suponer que no impedir es igual a causar (omisión como causa del resultado) cuando de la nada, nada

---

(118) En ese sentido, ver ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", cit.

(119) Conf. DE LUCA, Javier A., en "Omisión impropia, legalidad y congruencia", comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 'Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado', del 11 de diciembre de 2007, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 5/08, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2008, p. 743.

(120) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", cit., p. 581.

surge y no hay equivalencia causal entre causar y omitir. Va de suyo que no matar no es lo mismo que cuidar la vida ajena y sólo desde un normativismo extremo puede admitirse una identificación plena entre actuar y omitir. Pero el derecho debe reconocer un límite óntico y reparar que con el puro normativismo se le abren al poder punitivo todas las realidades que el poder puede de construir. Luego, el principio de reserva de ley y de certeza llevan a privilegiar el enunciado prohibitivo y sólo por excepción a admitir el imperativo y dado que no existe equivalencia, ni correspondencia, entre acción y omisión, los delitos omisivos (en especial los impropios de omisión) al igual que los comisivos, los dolosos o los culposos, deben estar expresamente tipificados en la parte especial porque así lo exige el principio de legalidad..." (121).

El problema radica en que se brinda a un tipo penal activo doloso un contenido inexistente. Es decir, quien no evita causar la muerte, no mata o, por lo menos, no lo hace de un modo equivalente a quien realiza una actividad positiva tendiente a terminar con la vida de una persona (122).

Tal como he explicado, uno de los principios que se desprenden del de legalidad es: la prohibición de analogía (123), tal como lo he explicado *ut-supra*. En tal sentido se ha dicho que "... el problema fundamental de estos delitos cuando no están regulados en la ley, como sucede en el derecho argentino es que su tipicidad está basada en operaciones analógicas en cuya virtud se procuran establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado puede equipararse a su producción. Siempre se consideró

---

(121) Conf. voto del Dr. Erbetta en los autos "A., W. A. y otra s/ homicidio calificado", SC Santa Fe, rta. 15/12/2009; consid. 5º en adelante, consulta online: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/Legislacion-yJurisprudencia/Jurisprudencia/Jurisprudencia-Destacada/Corte-Suprema-de-Justicia/Ano-2009, Reg.: A y S t 234 p 378- 398>.

(122) La posición contraria en Carlos Santiago Nino: "Da lo mismo omitir que actuar (acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)" —artículo—, publicado en "Los escritos de Carlos Santiago Nino. Fundamentos de derecho penal", Gedisa, 2007, ps. 205-230.

(123) YACOBUCCI, Guillermo, "El sentido de los principios penales", cit.

que mientras estos delitos no se incorporen al Código Penal argentino, sea mediante previsões expresas en la parte especial o consagrando una norma genérica en la parte general, resulta muy problemática superar la objeción constitucional vinculada a la violación del principio de legalidad" (124).

Y, justamente con la aplicación de estos tipos penales de comisión por omisión se realizaría una construcción analógica de la ley penal mediante la recurrencia a otros conceptos que derivan de otras ramas del derecho para no caer en lagunas de punibilidad. Entonces, "es inadmisible que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber que emerge de otras leyes, como puede ser la civil..." (125). Es en este punto, en el que debe prevalecer la limitación de la realidad a la par de la restricción que impone la Constitución Nacional porque la interpretación dogmática de la ley no puede ir más allá de los hechos. En tal sentido, "...resulta groseramente contrario al sentido común afirmar que es exactamente lo mismo abandonar (a consecuencia de lo cual resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima) que causar lesiones, cuando es evidente que se trata de supuestos de hecho distintos y que, por otra parte, no existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo..." (126). En razón de ello, entiendo que no es posible avalar la construcción de un mundo virtual mediante el cual —por las necesidades que sean— se alcine que algo es de una manera que nunca fue (127).

(124) Cfr. RIGHI, Esteban, "Delitos o omisiones equivalentes a la comisión activa de un delito" —artículo—, publicado en "Nueva Doctrina Penal", Ediciones Del Puerto, 2001, t. A, ps. 97-111.

(125) ZAFFARONI, E. Raúl, "En torno a la cuestión penal", B d F, 2005, p. 215.

(126) Conf. voto en disidencia de los jueces Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda en Fallos 330:4945.

(127) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", cit., ps. 571-572: "...Desde el punto de vista del derecho en general, es posible observar que un orden jurídico que impone acciones es más solidario que otro que se limita a prohibirlas. Esta afirmación válida para el derecho en general... Lejos de reflejar un orden jurídico más solidario, mostraría una realidad en la que se ejercería poder punitivo casi exclusivamente sobre los que menores

Desde esta perspectiva, estos tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con el principio de legalidad y en ese sentido, la ley penal debe ser sancionada por el Congreso de la Nación, conforme a los mecanismos establecidos constitucionalmente. A su vez, deben respetar los mandatos de certeza, claridad y taxatividad que derivan de la ley fundamental, así como también de los tratados internacionales de derechos humanos que la integran (128).

Otro de los inconvenientes que acarrea este tipo de delitos es que su interpretación debe ser en forma restrictiva (porque habilitan el poder punitivo). Dicho concepto ha sido receptado por la CS: "... [E]l principio de legalidad, art. 18 de la CN, exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerda al ser humano frente al poder estatal..." (129). Asimismo, en lo que aquí interesa, también ha dicho el Alto Tribunal Federal: "El principio de legalidad (art. 18 de la CN, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Inter-

posibilidades tienen de solidarizarse, y eludirían esos imperativos los que realmente podrían modificar las relaciones sociales de manera significativa".

(128) Conf. PIDCyP, art. 15 [1] "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional... [2] Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional; CADH, art. 9º. Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (el destacado nos pertenece). En un sentido similar, art. 7º de la Convención Europea de Derechos Humanos.

(129) CS, Fallos 331:858 (consid. 6º in fine). En igual sentido, disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, en los autos "Valerga, Oscar Alfredo y otros s/infr. ley 23.771", letra V, nro. 160, t. XLI —REX—, rta. 28/08/2007.

nacional de Derechos Civiles y Políticos) nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar..." (130).

Entonces, es conveniente estar atentos a los riesgos que implica la interpretación de los tipos penales; pues deriva en el riesgo de caer en postulados analógicos mediante las cuales se les asigna un alcance semántico a las palabras que conforman el tipo con un sentido más amplio de criminalización. Esto es lo que precisamente ocurre cuando se interpreta "no matar" como equivalente a "debes evitar la muerte".

En este sentido, se ha sostenido: "El criterio de interpretación semánticamente más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable" (131). La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos —receptados en el art. 75, inc. 22 de la CN— permite sostener que no resulta posible considerar de manera equivalente una conducta activa a una omisiva impropia no escrita. La redacción de los pactos, cuya violación podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino, es contundente en tal sentido y forma parte del mandato constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Así, la pretensión de punir toda omisión reconoce como requisito esencial su incorporación al programa de criminalización primaria.

En efecto, desde el momento en que la interpretación de una garantía constitucional alcanza un nivel de aplicación más limitador del poder punitivo, ese poder contenedor no puede involucionar y, por ello, su avance solo puede derivar en una realización progresiva. Esto es, el reconocimiento ya logrado es un estándar mínimo sobre el cual se debe avanzar en beneficio del justiciable. Al respecto, es dable recordar: "... Esta progresión reductora no puede quedar li-

---

(130) Conf. dictamen de la Procuración General, al que remitió la CS en Fallos 327:2258.

(131) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", cit., p. 119.

brada a las coyunturas del poder, porque en un estado totalitario el discurso penal sería correcto si se limitase a impedir la tortura y habilitase el resto del poder punitivo. Por el contrario, la progresión reductora debe ser racional e impulsar la propia conciencia jurídica universal, basándose en lo más reductor del derecho penal comparado para extenderlo. Esta racionalidad reductora, que le permita al discurso huir de la coyunturalización fáctica que con facilidad se convierte en racionalización, se alcanza con su dialéctica interna, como única introducción discursiva de la polarización entre derecho penal y poder punitivo (o, lo que es lo mismo, estado de derecho y estado de policía)... En la realidad, observamos diferentes grados de realización de los principios; en el plano teórico, debe incorporarse el dato para partir de esos niveles de realización e impulsar su avance. Esto lleva a considerarlos reglas de realización progresiva o principios inacabados (*unfinished*). El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho; el progreso de sus *standards* de realización será paralelo al poder jurídico y a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo..."(132).

Asimismo, y en igual sentido, sostiene el Dr. Javier A. De Luca: "... [U]na ley que no prevé expresamente la atribución de una consecuencia punitiva a quien omite el cumplimiento de un deber (esto ocurre en el ser, situación que nada tiene que ver con la comprobación de que la omisión no es pretípica), no habilita la imputación penal mediante el razonamiento de que esa inacción es igual a la acción productora del mismo resultado. En tal caso no existe ley penal que imponga el deber de evitar ese resultado, con prescindencia de lo que cada uno de nosotros pensemos sobre esa laguna de punibilidad. No se trata de una imposibilidad normativa, se trata de que esa normativización no se concretó en una ley (arts. 18 y 19 CN)..."(133).

---

(132) *Ibidem*, ps. 93/94, 111 y 126.

(133) Cfr. DE LUCA, Javier A., en "Omisión impropia, legalidad y congruencia", comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 "Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado", del 11 de diciembre de 2007, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 5/08, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2008, p. 743.

Entonces, si el límite es el principio de legalidad, en la definición de la omisión impropia por parte la tipicidad penal no es posible eludir dicho requerimiento mediante interpretaciones genéricas, analógicas y sustraídas del imperio del mandato constitucional. Por lo tanto, conforme a la limitación moderna del poder punitivo, prevista en los tratados de derechos humanos, que incorporan la necesidad del concepto de omisión como regla de legalidad, se concluirá que este tipo de construcción de tipos penales improprios de omisión (no escritos) no pueden ser aceptados, ni siquiera mediante la incorporación de una cláusula de equivalencia (134).

De lo contrario, la apelación a este tipo de formulación se convierte en inconstitucionales con el propósito de ampliar el poder punitivo con pretensiones de evitación de todas las supuestas lagunas de punición que pudieran existir. Tal criterio se aparta del formato fragmentario del derecho penal, entendido como un sistema discontinuo de ilicitudes (arts. 18, 19 y concordantes de la CN). Así, se sostuvo: "... En efecto, según la tesis más corriente en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía cuando imponga el cuidado de una persona, como es el padre para los hijos, pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda. La pretensión de acudir a supuestos deberes generales de solidaridad a partir de tipos penales no escritos no sólo implica una etización que retrocede en varios siglos a la confusión entre moral y derecho, sino que sugiere, al contrario de las enseñanzas de Sebastián Soler, que el derecho penal no admite lagunas y lejos de un sistema discontinuo de ilicitudes debe considerarse como un sistema continuo..." (135).

(134) ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SŁOKAR, Alejandro W., "Derecho penal. Parte general", p. 581 "En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*".

(135) Cfr. voto del Dr. Erbetta en los autos "A. W. A. y otra s/ homicidio calificado", SC Santa Fe, rta. 15/12/2009,

El riesgo de tal situación es la instalación de un Estado autoritario que exacerbe la selectividad del poder punitivo mediante la aplicación de estos improprios delitos de omisión.

## VII. Conclusión

Este trabajo me permitió esbozar la perspectiva minoritaria que existe con relación a la posición de garantía en los delitos de omisión impropia no escritos y su vinculación con el principio de legalidad contemplado en el art. 18 de la CN.

Se comenzó postulando diversas fundamentaciones de varios autores y luego, la tesis de quien encabeza la minoría —Schünemann— quien en su planteo excluye la posición de garante a los casos de injerencia no dolosa y a las que llama "omisiones de gravedad intermedia" en concurso con la figura culposa, como así también surge de su planteo que el omitente no tiene dominio sobre el fundamento (causa) del resultado y que solo tiene el dominio potencial sobre el acontecer, caracterizado por la posibilidad de impedir. Asimismo, hemos recorrido las críticas que recibe dicha postura que en breves líneas consisten en que: los delitos activos tampoco el autor tiene un dominio absoluto sobre el "fundamento del resultado", por ejemplo, en las tentativas. Que, en tal caso, si su postura de que, en los casos de injerencia, el autor no tiene ese dominio ¿por qué sí lo tendría en otros casos de garantía?, por ejemplo, en el caso del guardavidas, y del padre. Si no tiene el dominio en los casos de injerencia, tampoco lo tendrían los otros omitentes. El hecho de que pueda controlar la producción del resultado es el motivo por el cual se le imputa el resultado. También se le ha criticado que pareciera que confunde ese "dominio sobre el fundamento del resultado" con el elemento posibilidad material, o nexo de evitación. Si el caso del injerente (culposo) no es tan grave como otros supuestos de garante, ¿por qué debe responder más gravemente que un simple omitente (sin posición de garantía)?

A su vez, he recorrido la postura de Luis Gra-  
cia Martín quien postula “la falsa comisión por  
omisión” y que según su perspectiva el elemen-  
to que equipara los delitos activos con la comi-  
sión por omisión no es la posición de garante.  
Que la propia característica de la omisión es el  
criterio unificador. Y expuse con relación a que  
sostiene el dominio efectivo sobre la causa del  
resultado. También, se describió la postura de  
María Ángeles Rueda Martín.

Luego, analice la omisión impropia vinculada  
al principio de legalidad que permitió dar cuen-  
ta que de acuerdo con nuestro sistema jurídi-  
co no es posible equiparar conductas activas a  
omisivas. Es por ello, que puedo concluir desde  
mi perspectiva que no son aplicables, construc-  
ciones dogmáticas que faciliten la disminu-  
ción del contenido del principio de legalidad, lo  
cual es independiente de la interpretación que  
se tenga sobre el fin de la pena y la función de  
las normas. En efecto, ninguna estructura teó-  
rica puede contraponerse tanto a la Constitu-  
ción Nacional como a los pactos internacionales  
que la integran, ya que constituyen los cimien-  
tos sobre los cuales debe construirse el derecho  
penal. La interpretación progresiva de las garan-  
tías constitucionales y su constante evolución  
obliga a adoptar una definición del principio de  
legalidad desde una perspectiva actual y corre-  
lativa con un Estado constitucional y democrá-  
tico de derecho, en el cual la herramienta que  
manejan los juristas sea utilizada como limita-  
ción al poder punitivo estatal y no al revés.

No debe dejar de soslayarse que por cada tipo  
penal nuevo estamos cediendo al *ius puniendi*  
una porción de libertad (y ámbito de privacidad  
en los términos del art. 19 de la CN), como así  
también de derechos ganados (a costa de que el  
Estado nos proteja). Entonces, ¿cómo es posible  
permitir ceder frente a tipos penales de omisión  
no escritos?

En efecto, desde el momento en que la in-  
terpretación de una garantía constitucional al-  
canza un nivel de aplicación más limitador del  
poder punitivo, no debemos volver hacia atrás,  
utilizando tipos penales no escritos (en este  
caso, omisiones impropias no escritas). De tal  
forma, la habilitación del poder punitivo será  
menos irracional y, por otra parte, dará lugar a  
un conocimiento efectivo sobre cuál es el ámbi-

to de libertad del que se dispone sin que allí pue-  
da haber intervención punitiva. En esa directriz,  
se debe recordar los postulados del *nullum cri-  
men sine lege* (136): (a) establece que fuera de  
las conductas criminalizadas, el resto será un  
ámbito de libertad. (b) El Estado es la única  
fuente de producción del programa de crimi-  
nalización primaria, que debido al sistema repu-  
blicano de gobierno se encuentra en cabeza del  
Poder Legislativo Nacional y de las respectivas  
legislaturas locales en el ámbito de su compe-  
tencia. (c) El procedimiento requerido para ello  
debe ser la sanción de una ley; función que no  
puede ser delegada a otros poderes, ni conce-  
dida al Poder Ejecutivo fuera de su actividad de  
reglamentación normativa; y debe ser confor-  
mado de la forma más precisa posible (máxima  
taxatividad legal). (d) Las imprecisiones, o los  
vacíos legales, no pueden ser completados por  
interpretación jurisdiccional, conforme la apli-  
cación de la máxima taxatividad interpretativa y  
prohibición de la analogía. (e) La prohibición de  
la aplicación de la ley *ex post facto*. (f) Las con-  
ductas pasibles de pena deben estar acuñadas  
en tipos penales (137) (g) Consecuentemente,  
las sanciones penales deben ser proporcionales  
al tipo en cuestión.

Es así como el *ius puniendi* no debe ser utili-  
zado como si fuese la salvación mágica, debien-  
do ser la *última ratio* a la cual debe recurrirse.  
Pues, a través del estado hay otros medios ins-  
titucionales (como por ej. políticas criminales  
o de prevención) para proteger al ciudadano  
en vez de utilizar el derecho penal. Lejos de ser  
la *última ratio*, hoy se corre la suerte de ser la

---

(136) Cfr. OUVIÑA, Guillermo J., ob. cit. y también  
ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR,  
Alejandro W., “Derecho penal. Parte general”, ps. 111 y ss.

(137) *Ibidem*: “...Por lo tanto, consideramos que en esta  
reformulación debe exigirse que la ley previa describa  
las conductas que prohíbe acuñando tipos. La regla de  
la descripción típica encuentra su base dogmática —no  
explicitada, pero conforme con el sentido integral del  
texto constitucional— en el segundo apartado del artículo  
19, puesto que la obligación de hacer requiere un mandato  
previo de la ley y la privación de bienes una prohibición  
legal. La orden y la prohibición no pueden ser formuladas  
genéricamente por la ley porque si ello ocurriera, no solo  
se violaría el mencionado artículo sino que se estaría  
frente a la alteración de un ‘principio’ constitucional por  
vía de reglamentación, situación ya prevista en el artículo  
28....”

primera y *única ratio*. Y que, de alguna manera intenta dar respuesta en este tipo de delitos de omisión impropia no escritos para llenar esas lagunas de punibilidad.

Es importante señalar lo que menciona Alf Ross (138) en cuanto a que “todo sistema de derecho legislado se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Solo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido solo es posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro es un fenómeno, extrasistématico, un cambio fáctico sociopsicológico en la ideología política dominante y no puede ser descripto como creación jurídica mediante un procedimiento” (significa el ejercicio del poder sometido a formas y procedimientos para la toma de decisiones).

Existen comportamientos humanos, relevantes en tipos penales como conductas relativas a un “hacer” o a un “no hacer debido”, que nunca dejan de ser prohibitivos. Sobre esto último, lo distinguido para el legislador es el valor axiológico de lo esperado por la norma, donde la tipicidad surge cuando se la describe en el ordenamiento jurídico, en el supuesto de haberse podido demostrar la capacidad de aquel sujeto de realizar esa acción determinada. La redacción de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución impone como mandato de legalidad la definición de las conductas omisivas pasibles de pena, lo cual permite sostener que no resulta posible considerar de manera equivalente una conducta activa a una omisiva impropia no escrita. De lo contrario pretender punir una conducta omisiva impropia mediante equivalencias podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino, con lo cual la tarea queda en manos del legislador, como cuestión de política criminal, pero nunca en aquellos que deban aplicar el derecho o interpretarlo.

(138) ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, Londres, 1958, cap. III.

La equiparación de acciones y omisiones impropias llevó originariamente a la creación de las limitaciones del deber de actuar, como limitador de dicha igualación, toda vez que los autores de la dogmática tradicional percibieron la dificultad que representaba extender el ámbito de prohibición de dicha manera. Así, explicaba el Dr. Righi: “... [E]l propósito de sistematizar estos delitos, abriendo un abanico de fuentes del deber, con el propósito de la mayor cantidad de hipótesis que ofrece la realidad, para evitar la impunidad hasta dónde fuera posible, provocó un progresivo deslizamiento que alejó al sistema de la legalidad, tornándolo impreciso e inseguro... la imputación de delitos concebidos como supuestos de incriminación penal no contempladas expresamente en la ley, la imprecisión en la definición de la índole y cantidad de las fuentes del deber, la admisión de la costumbre como fuente del Derecho, y la exigencia de una mayor discrecionalidad judicial en la consideración del caso particular, permitieron poner en tela de juicio las bases de un modelo liberal de atribución de responsabilidad penal...”(139).

Aquí queda por determinar en esta clase de delitos de omisión impropia no escritos, ¿cuál es la posición del derecho penal? Es decir, si el derecho penal es utilizado como una garantía para evitar el avance del poder punitivo del Estado para evitar que se castiguen a las personas por conductas que no están previstas en la ley; o es un “habilitador” para que sea un instrumento para castigar a las personas —que de acuerdo con quien manipule la aplicación de ese tipo penal— parece que es justo castigar, y de este modo llenando lagunas de punibilidad. En ese sentido, no debe bajo ningún punto de vista ser utilizado para “cargarle algo a la norma” que esta no dice en oposición a la descripción causal. Ya que de lo contrario nos lleva a crear “una caja de pandora”. La ley es un instrumento que debe procurar el bienestar general de una sociedad y que solo ese instrumento legal puede ser utilizado para la aplicación de una pena. Tal criterio fue adoptado con la finalidad de evitar la incertidumbre de la comunidad expuesta

(139) Cfr. RIGHI, Esteban, en “Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito” — artículo —, publicado en Nueva Doctrina Penal, 2001, t. A, Ediciones Del Puerto, ps. 97-111.

a la suprema arbitrariedad punitiva. Tan es así, que se estableció que la ley debía ser dirigida a quienes tienen mayor y menor conocimiento, es decir, a todos los integrantes de la sociedad que se encuentran vinculados por el contrato social. De ello se deriva la trascendencia de que la ley sea escrita, con la finalidad de limitar la discrecionalidad de la actividad punitiva. Por lo tanto, una ley penal adecuadamente entendida, debe ser estricta y clara, esto es, en idioma comprensible, pública y compilada en un único libro para que sea conocida por todos.

Por último, es de gran relevancia, respecto del tema, reafirmar que la pretensión de prohibición de todas las actividades delictivas mediante su incorporación a la normativa penal no evita la realización de esas actividades, sino que resulta en la criminalización nuevas conductas.

### VIII. Bibliografía

CARPIO ADOLFO, "Principios de filosofía. Una introducción a su problemática", Glauco, Buenos Aires, 1997, 1<sup>a</sup> reimp.

DE LUCA, Javier A., "Omisión impropia, legalidad y congruencia" —artículo— (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 "Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado", del 11 de diciembre de 2007), en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nro. 5/08, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2008, p. 743.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2006), "Omisión e injerencia en derecho penal", Tirant lo Blanch, Valencia.

GRACIA MARTÍN, Luis, "La comisión por omisión en el derecho penal español", en GRACIA MARTIN, Luis, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004.

— "El actuar en lugar de otro en derecho penal", I Teoría General, Universidad de Zaragoza, 1985.

— "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en GRACIA MARTIN, Luis, *Estudios de Derecho Pe-*

*nal*, Idemsa, Lima, 2004, ps. 171-245 (originalmente fue publicado en 2001).

HART, "El concepto del derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, "Tratado de derecho penal. Parte general", trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, diciembre 2002, 5<sup>a</sup> ed. corregida y ampliada.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía", Civitas, Madrid, 2002.

MIR PUIG, Santiago, "Derecho penal. Parte general", Buenos Aires, 2009, 8<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> reimp.

MAIER, "Dogmática penal y víctima del hecho punible", en *Teoría actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

MOLINA, Gonzalo J., "Delitos de omisión impropia", Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, 2014.

NINO, Carlos S., "Da lo mismo omitir que actuar (acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)" —artículo— publicado en *Los escritos de Carlos Santiago Nino, Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, 2007.

OUVIÑA, Guillermo J., "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

PERDOMO TORRES, Jorge F., "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Colección de Estudios nro. 20, editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, junio 2001, 1<sup>a</sup> ed.

RIGHI, Esteban, "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito" —artículo— publicado en *Nueva Doctrina Penal*, Ediciones del Puerto, 2001, t. A.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, "¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal", Atelier, Barcelona, 2013.

— “Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal”, InDret 1/2015 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SCHÜNEMANN, Bernd, “Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia”, traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Muriel, Marcia Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, B de F, Buenos Aires, junio 2010, 2<sup>a</sup> ed. actualizada, 2<sup>a</sup> reimp., ps. 25 y ss.

— “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido de los principios penales”, B de F, Buenos Aires, 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl, “En torno a la cuestión penal”, B d F, 2005.

# Autonomía y libre culto vs. juramento hipocrático

Jonatan Canavese

**Sumario:** I. Introducción.— II. Principios que rigen la decisión del paciente. Libertad de culto como derecho fundamental.— III. Planteo del caso y posibles alternativas.— IV. Bibliografía.

## I. Introducción

El trabajo en cuestión tiene como fin plantear un interrogante sobre una situación particular que se presenta hoy en día en nuestra sociedad. Se trata del conflicto de intereses que se manifiesta en el momento en que la autonomía de decidir sobre el propio cuerpo colisiona con el derecho fundamental de libertad de culto, y ambos en oposición al juramento hipocrático, en situaciones de vida o muerte.

Comenzaré con el desarrollo de los principios existentes en relación con la decisión del paciente, para luego ahondar en la pugna de mantener con vida a este y el de decidir sobre la propia forma de vivir.

En las siguientes páginas proseguiré con un análisis más acabado y metódico del interrogante planteado como así también distintas alternativas obtenidas, sin ánimos de que el trabajo que nos atañe sea una solución absoluta ni mucho menos.

## II. Principios que rigen la decisión del paciente. Libertad de culto como derecho fundamental

### II.1. *El principio de autonomía del paciente*

El principio de autonomía o de respeto de la autonomía del paciente supone la capacidad de las personas de decidir o, desde la perspectiva del Derecho penal, de consentir reflexiva e independientemente respecto a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que afecten su integridad corporal o salud, sin verse sujetas a controles o influjos externos diversos de la voluntad del paciente mismo. Desde un punto de vista

más amplio, el principio de autonomía del paciente implica la facultad de este de determinarse a sí mismo o autodeterminarse en el ámbito sanitario. Las decisiones que el paciente tome en cuanto a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que incidan en su integridad corporal o salud son personalísimas, solo le incumben a él y no pueden ser impuestas por terceras personas, ni siquiera en caso de encontrarse indicadas de acuerdo con la ciencia médica.

El reconocimiento de este principio implica a su vez un reconocimiento de la relevancia normativa general de la autonomía del individuo y pone de relieve el valor de su independencia frente a las autoridades públicas o privadas, incluidos los facultativos. Su fundamento se encuentra en la Constitución, principalmente a través de la consagración de la libertad “en dignidad y derechos” de que es titular la persona, del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, de la libertad de conciencia y del derecho a la libertad personal. Estos derechos, en cuantos tales, se encuentran establecidos en interés de su titular. Ello no es sino una consecuencia de su consagración normativa como derechos y no como deberes u obligaciones.

Desde la perspectiva del médico, su intervención en la integridad corporal o en la salud del paciente solo será legítima, si cuenta con el consentimiento de este, cuya manifestación a su vez supone que el paciente sea debidamente informado sobre los alcances de la intervención médica de que se trate. Desde un punto de vista penal, estaremos ante una intervención médica punible en aquellos supuestos en que el médico hubiese intervenido al paciente sin su consentimiento, no obstante, haya sido posible su obtención.

Desde la perspectiva del paciente, para que él pueda actuar de manera autónoma en lo que atañe a su integridad corporal o salud o incluso a su vida, debe tener acceso a información veraz, oportuna, completa y adecuada de parte del médico tratante. Para que el paciente pueda consentir y asumir las consecuencias previsibles del tratamiento médico que se le va a aplicar, debe conocer y comprender los alcances de la intervención en cuestión, lo cual implica, entre otras cosas, el deber del médico de brindarle información mediante un lenguaje comprensible de acuerdo con sus circunstancias, así como de cerciorarse de que dicha información efectivamente fue comprendida por el paciente. Que un paciente concreto conozca y comprenda los alcances de la intervención médica de que se trate no depende solo de su edad, sino que más bien de las circunstancias concretas del caso. El conocimiento y comprensión de los alcances de la intervención médica supone, entre otras cuestiones, la entrega de información sobre las competencias profesionales del médico que realiza la intervención curativa de que se trate. La terapia a aplicar, sus posibles riesgos para la salud o incluso para la vida del paciente, los efectos secundarios para la capacidad de trabajo o para la apariencia física del paciente y, en general, sobre todas aquellas circunstancias que, según el caso, puedan considerarse objetivamente relevantes para el otorgamiento del consentimiento de parte del afectado. El consentimiento del paciente solo tendrá validez jurídica si es otorgado de manera informada y en forma libre, sin mediar vicios como error o coacción y siempre que sea prestado por el paciente o, en su defecto, por su representante legal, con anterioridad a la realización del acto médico de que se trate. El consentimiento del paciente solo cubrirá aquellas intervenciones médicas respecto de las cuales pueda sostenerse que existe un consentimiento informado y exento de vicios. De no ser ese el caso, la intervención médica resultará punitiva, ya sea en su totalidad, o bien en el exceso respecto del cual no exista un consentimiento informado y exento de vicios.

## II.2. El principio de bienestar del paciente

El principio de bienestar del paciente supone el deber del médico en orden a contribuir a que el enfermo “esté bien”, realizando para ello actuaciones positivas que favorezcan el bienestar

del paciente en el marco de un determinado tratamiento médico. La promoción del bienestar del paciente es amplia y se extiende a diversos deberes que pesan sobre el facultativo, como, por ejemplo, el deber de darle un trato digno y con respeto a su privacidad, hablarle en un lenguaje comprensible y escucharlo, aconsejarlo en el ámbito de la salud desde un punto de vista amplio, darle una atención médica oportuna y de calidad, etc. El fundamento de este principio, al igual que el principio de no dañar al paciente, se basa en la dignidad de la persona y en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Sin embargo, a diferencia del principio de no dañar, que impone una prohibición de irrogar menoscabos al paciente, el principio de bienestar impone fundamentalmente un mandato de promover el bienestar del enfermo.

Esto, por un lado, explica dos principios fundamentales que relacionan al paciente con su médico. Pero que sucede, si a su vez dichos principios, convergen en una situación crítica donde el paciente, profesando su culto libremente, se niega a ser “socorrido”.

La libertad de culto es un derecho humano fundamental que protege la conciencia de todas las personas. Nos permite pensar, expresar y actuar con base en nuestras creencias profundas. Así es que fue instaurado en nuestra Constitución Nacional en su art. 14, que reza:

“Art. 14.-”Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: *de trabajar* y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de *publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; *de profesar libremente su culto*; de enseñar y aprender.”

La libertad religiosa es, en principio, una libertad individual. Se reconoce a toda persona humana el derecho a tener una religión, no tenerla o cambiarla; así como la libertad de manifestar su religión o creencia.

Pero la libertad religiosa es también una libertad colectiva, toda vez que las personas pueden organizarse libremente junto con otras perso-

nas, para manifestar sus convicciones, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. Esto supone que las comunidades y entidades religiosas deben tener el derecho de organizarse libremente.

La libre organización de las Iglesias, comunidades y entidades religiosas ha sido generalmente un asunto delicado y ha traído aparejado no pocos conflictos con los Estados. Sin embargo, los instrumentos internacionales de derecho internacional público, muchos de los cuales —a partir de 1994— tienen jerarquía constitucional en Argentina. Por mencionar un ejemplo de ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ONU 1948, en su art. 18 (1), que reza:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.*

Podemos observar que nuestro país avanzó en cuanto a la protección de la libertad de culto. Pero, ahora bien, queda interrogantes sin responder; como aquellos casos en los cuales las personas en virtud de profesar su culto, impiden que alguien las socorra en situaciones de extrema necesidad.

Es así como aquí en Argentina podemos mencionar como un caso particular, a los testigos de Jehová en cuanto impiden que se realicen hemotransfusiones en sus cuerpos. De estos nos ocuparemos en este trabajo.

Los Testigos de Jehová (TJ) son una secta cristiana fundamentalista fundada en Estados Unidos (EE.UU.). Según su registro anual, en el 2011 eran más de 7,5 millones de adeptos en unos 200 países. Comenzaron como un grupo de estudio de la Biblia conducido por Charles T. Russell en la década de 1870 en Allegheny, Pittsburgh (Pensilvania, EEUU). En 1909 ya habían alcanzado una proyección internacional y la sede de

la Sociedad se trasladó a Brooklyn (Nueva York). Originalmente llamados Estudiantes Internacionales de la Biblia o Russelitos; su nombre actual (Testigos de Jehová) adoptado el 26 de julio de 1931, se deriva de un pasaje bíblico (Isaías 43:10).

Los TJ basan sus creencias sobre una interpretación literal de la Biblia. Ellos creen que la vida eterna o salvación se pierde si no se sigue una adhesión estricta a los preceptos bíblicos, y se comprometen fielmente con los principios de su fe. La determinación de que la transfusión sanguínea infringe la Ley de Dios se hizo en 1945, con base en los pasajes bíblicos reflejados en Génesis 9:3,4; Levíticos 17:11,12 y Hechos 15:28,291. De la interpretación de ellos emanaron, profundamente sostenidos en el valor, sus principios como una prohibición absoluta de recibir sangre, cuya transgresión puede implicar la exclusión de su comunidad y la pérdida de la salvación. En consecuencia, los TJ no aceptan la transfusión de sangre total o sus derivados (plasma helado fresco, concentrados de hematíes, de células blancas o de plaquetas).

Ellos no interpretan qué comenta la Biblia directamente sobre los trasplantes de órganos; por eso cada TJ tiene que tomar decisiones respecto a los trasplantes de córnea, de riñón u otros. Las reglas respecto a otros derivados de la sangre son más flexibles, pues algunos aceptan el uso de fragmentos de proteínas del plasma o componentes como la albúmina, inmunoglobulinas y preparados antihemofílicos.

### *II.3. Juramento hipocrático. El deber de salvar la vida.*

Así como los Testigos de Jehová poseen sus principios, y viven acorde a ellos, los médicos poseen los suyos, y deben “servir” acorde a ellos también.

Pasaron más de 2500 años desde que Hipócrates, que vivió en el siglo V antes de Cristo, escribió cuáles debían ser las obligaciones de los que ejercen la medicina. Este Juramento

Hipocrático, con algunas modificaciones, es el mismo que en la actualidad deben firmar los que terminan sus estudios y quieren dedicarse a la profesión.

---

(1) <http://www.libertadreligiosa.org.ar/web/PanoramaConstitucionalArg.htm>.

“No llevar otro propósito que el bien y la salud de los enfermos”, fue la base del juramento que Hipócrates les hizo hacer a sus discípulos, que llevarían a lo largo del mundo la medicina. A más de dos milenios, la concepción del griego continúa siendo la base de la ética médica a nivel global.

#### *II.4. ¿Cuáles son los alcances actuales de este juramento?*

“En sus orígenes la medicina era una experiencia que se transmitía de persona a persona. De padre a hijo. Eran conocimientos heredados. Una especie de sacerdocio profesionalizado. En ese contexto surge el juramento”, explicó Roberto Cambariere, presidente del Comité de Bioética de la universidad de la Fundación Favaloro.

“Durante estos años se fue resquebrajando, adaptando y modernizando, pero que en esencia lo que se busca es defender a ultranza la vida de las personas. Implícitamente, el juramento hipocrático, está en contra de la eutanasia. Se puede decir que lo que perdura es la confidencialidad y la preservación del paciente”, detalló.

Cambariere dijo que este juramento no tiene una validez jurídica en el país y “se relaciona más a cuestiones éticas y deontológicas”. Además, detalló que cada universidad adapta el estilo del juramento y, en algunos casos, se utilizan otros como el código de Maimónides o el de Hammurabi.

El especialista explicó que en la Argentina existen también los códigos deontológicos y comités de ética de cada especialidad médica y, llegado el caso, se pueden judicializar. Pero que no es a partir del juramento hipocrático.

“Más allá de sobre cuál código se juramente, lo fundamental es que los médicos no se mercantilicen y, como decía Favaloro, no pensar con el bolsillo, sino con el corazón”, concluyó el médico que tiene más de cinco décadas de carrera.

Cómo es y qué dice el juramento actual:

“El acto de juramento que vais a realizar y mediante el cual se os admite como miembros de la profesión médica, constituye una invoca-

ción a Dios, o a aquello que cada cual considere como más alto y sagrado en su fuero moral, como testimonio del compromiso que contraéis para siempre. En el momento de ser admitidos entre los miembros de la profesión médica, os comprometéis solemnemente a consagrar vuestra vida al servicio de la Humanidad y JURÁIS:

1- Conservar el respeto y el reconocimiento a que son acreedores vuestros maestros.

2- Ejercer vuestro arte con conciencia y dignidad.

3- Hacer de la salud y de la vida de vuestros enfermos la primera de vuestras preocupaciones.

4- Respetar el secreto de quien se os haya confiado a vuestro cuidado.

5- Mantener, en la máxima medida de vuestros medios, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica.

6- Considerar a los colegas como hermanos.

7- No permitir jamás, que entre el deber y el enfermo se interpongan consideraciones de raza, religión, nacionalidad, de partido o de clase.

8- Tener absoluto respeto por la vida humana desde el instante de la concepción.

9- No utilizar, ni aún bajo amenazas, los conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad”<sup>(2)</sup>.

“Si cumpliereis íntegramente con este Juramento, que podáis gozar de vuestra vida y de vuestro arte y disfrutar de perenne estima entre los hombres. Si lo quebrantáis, que vuestra conciencia y el honor de la profesión médica en la que acabáis de ingresar os lo demanden.”

### **III. Planteo del caso y posibles alternativas**

Para poder dar a entender de una manera óptima el problema que se plantea en este trabajo, tomaremos un caso hipotético.

(2) <https://www.fundacionfavaloro.org/juramento-hipocratico-obligaciones-determina/>.

“Un hombre de 50 años, testigo de Jehová, politraumatizado por accidente de tráfico con choque frontal. A su llegada a urgencias el paciente se encontraba consciente, orientado, y con dificultad respiratoria. Presentaba severas heridas y pérdida de sangre. Con posibles hemorragias internas”.

En primer lugar, se debe informar objetivamente al paciente de las consecuencias negativas para su salud, e incluso para su vida, que se pueden derivar de la negativa al tratamiento, así como de los beneficios de aceptarlo. Una vez consideradas y realizadas estas dos premisas anteriores, el médico se enfrenta a una disyuntiva: el derecho del paciente a rechazar la transfusión, o bien, salvar su vida procediendo con el tratamiento adecuado.

El problema jurídico surge por tener que compatibilizar los derechos y deberes, tanto de las instituciones como de los profesionales sanitarios, con los de los pacientes. En el caso de los testigos de Jehová, por sus creencias, esta compatibilización puede ser difícil que se dé en según qué ocasiones por posibles conflictos, por lo que sería necesario la actuación de la justicia para determinar cómo solucionar estos conflictos.

En primer lugar, nos encontramos ante el Derecho a la vida y a la dignidad: Según los arts. 4º y 5º de la Convención Americana de los Derechos Humanos (3):

### *III.1. Artículo 4º. Derecho a la Vida*

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

### *III.2. Artículo 5º. Derecho a la Integridad Personal*

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

---

(3) [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Ahora bien, del análisis de estos dos artículos podemos interpretar que la persona tiene derecho a decidir sobre su vida, y dicha decisión debe ser respetada por terceros. Por lo cual, trasladando esta interpretación al caso en cuestión podríamos deducir que, si el paciente se niega a la transfusión de sangre, el médico debería respetar dicha decisión, de lo contrario podría encuadrarse en un trato inhumano y/o degradante, ya que los Testigos de Jehová viven y basan su vida en sus creencias.

Como bien se explicó *ut supra*, el art. 14 de nuestra CN permite la libre expresión de cultos en el territorio argentino. Lo cual también nos lleva a entender que cada persona puede elegir que religión y la forma en la cual desea expresarla, en tanto y en cuanto no afecte a terceros, a la moral o al orden público, tal como versa el artículo 19 de nuestra constitución.

Ahora bien, acompañan a todas estas disposiciones el derecho a la Salud. La Constitución Nacional Argentina sancionada en el año 1994, en su art. 31, establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso de la Nación y los Tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación...” y en su art. 75, inc. 22, se confiere Jerarquía Constitucional a los Tratados Internacionales allí enumerados, entre ellos y en consonancia con el tema en tratamiento, se encuentran: La Declaración Americana de los Derechos del Hombre (arts. VII y XI); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3º, 8º y 25); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4º) y la Convención de los Derechos del Niño (arts. 6º, 23, 24 y 26), que conforme fuera dicho, tienen Jerarquía Constitucional Nacional y no pueden ser desconocidos por las Constituciones de las Provincias ni por las Reglamentaciones del poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal (4).

Entonces, tanto el derecho a decidir sobre sí mismo, como el deber de ayudar a un tercero por parte de quienes ejercen la medicina se en-

---

(4) <https://sites.google.com/site/lasaludcomoderechosocial/home/derecho-a-la-salud>.

cuentran en un punto de quiebre en este tipo de casos. Ya que, en caso de asistir debidamente a la persona, esta podría morir y el médico se enfrentaría a dos posibles situaciones:

El médico que no reviste una “posición de garante” y se encuentra con un sujeto herido o enfermo necesitado de auxilio, tiene el deber de socorrer, no por una exigencia propia y específica de su calidad de profesional de la medicina, sino por algo mucho más general: por un mandato que le cabe como integrante de la sociedad, consistente en ser solidario con los demás; siempre, obviamente, en la medida en que ello esté dentro de sus posibilidades y no le implique un riesgo personal (5).

En cambio, cuando el galeno ha asumido efectivamente el cuidado de una persona adopta la calidad de garante, y ello, por una exigencia propia de su estado, le demanda: “[A]sistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente” (art. 19, inc. 2º; ley 17.132) (6).

Entiendo entonces que una posible solución para que el médico pueda proceder, y con esto no quiero decir que no debe respetarse a quien en un determinado momento está profesando su culto, pero el derecho a la Vida, es el primer y principal derecho protegido por nuestro ordenamiento, por lo cual ante casos como los que se está planteando podríamos decir que una solución viable, para que sobre el médico no recaiga una responsabilidad penal, sería utilizar la institución del Estado de Necesidad Justificante Agresivo.

Toda “situación de necesidad” en la que la salvaguarda de intereses individuales requiera poner en peligro de forma jurídico-penalmente relevante otros intereses individuales puede generar una “situación de conflicto de intereses” que el sistema normativo ha de resolver.

(5) <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/medicos.htm>.

(6) <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/medicos.htm>.

Resolver conflictos de intereses de esta clase es la función que desarrollan ciertas “reglas” del sistema normativo, cuyo ámbito operativo se proyecta sobre el universo de las situaciones de necesidad. A través de estas reglas, el sistema normativo resuelve todo eventual conflicto de intereses:

a) bien otorgando o no al agente una causa de justificación que le legitime a emprender una acción de salvaguarda que sea típicamente relevante;

b) bien imponiendo o no a terceros auxiliares un deber de salvaguarda ajena cuyo cumplimiento puede acarrear riesgos propios o ajenos;

c) o bien otorgando o no una causa de exculpación.

En este caso entendemos que la primera opción sería la aplicable, debido a que para estar frente a un Estado de Necesidad Justificante, que tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido. Partiendo de la premisa de que la perdida de la vida es un mal mayor que menoscabar en el caso concreto el libre ejercicio de culto. Para graduar la gravedad de los males se apela a dos criterios: en primer lugar, a la jerarquía de los diferentes bienes jurídicos en juego; y, en segundo lugar, al grado de lesión. Así, es ampliamente sostenido que, como regla general, si el bien jurídico lesionado es de menor jerarquía que el defendido se estará en presencia de un estado de necesidad justificante.

Entonces, en el caso de los Testigos de Jehová habría que comparar por un lado el mal que supone la pérdida de la vida (vida que, en el caso, el individuo no estaba dispuesto a salvar a cualquier precio); y por el otro, una serie de factores: a) el mal derivado de la lesión de la libertad de decisión del enfermo; b) las convicciones religiosas que respaldaban tal decisión, convicciones que el Estado afirma respetar y que resultan vulneradas si se opta, por la salvación de la vida; y c) los posibles peligros que, ex ante, presenta cualquier operación de este tipo.

En conclusión, entiendo que esta podría ser una posible solución a aquellos casos en la cual los intereses que colisionan determinan que la

vida de una persona continúe o se vea interrumpida.

“Lo sabio es la meta del alma humana y, a medida que se avanza en sus conocimientos, va alejando a su vez el horizonte de lo desconocido.”

#### **IV. Bibliografía**

“Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. Becario de Investigación Departamento de Derecho penal Universidad Autónoma de Barcelona.

Pawlak - El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad

Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no. 37 Valparaíso dic. 2011.

Coca Vila - Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo

Baldo Lavilla, Estado de necesidad. 1994.

<https://www.terragnijurista.com.ar/>.

# PROCESAL PENAL

---



# DOCTRINA



# Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia (\*)

Gabriel Pérez Barberá (\*\*)

**I.** En el marco del Código Procesal Penal de la Nación (y en el del Código Procesal Penal de Córdoba) hay un recurso, ciertamente muy importante, que en la práctica tiene efecto suspensivo: el de casación, interpuesto por el imputado, contra la sentencia condenatoria. Lo mismo ocurre con el recurso del imputado contra esa sentencia en el marco del nuevo Código Procesal Penal Federal. Que estos recursos tengan ese efecto sería una conclusión normativamente válida que estaría fundada en los artículos de esos códigos que lo establecen como regla general (Cód. Proc. Penal de la Nación, 442; Cód. Proc. Penal de Córdoba, 453; Cód. Proc. Penal Federal, 347); y a su vez en la ausencia, en la normativa específica sobre casación, de una excepción explícita a dicha regla general.

(\*) El contenido de este artículo forma parte del capítulo sobre recursos que escribí para el tomo IV del Tratado de derecho procesal penal de Julio Maier, en prensa en editorial Ad-Hoc. Dedico este artículo y todo ese trabajo a su memoria, con profunda gratitud por la confianza que depositó en mí al delegarme parte de la continuidad de su obra. Agradezco a Pablo Larsen no solo su colaboración —prolija y eficiente en extremo— en la confección de las notas a pie, sino también, y especialmente, la lectura de este trabajo, sus sugerencias bibliográficas y sus finas observaciones críticas, que me ayudaron a mejorarlo en múltiples aspectos. El derecho procesal penal argentino tiene, en autores jóvenes y talentosos como él, un porvenir sin dudas venturoso.

(\*\*) Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

Me interesa aquí objetar la aparente —y hasta ahora, en Argentina, casi indiscutida— plausibilidad de esa solución legislativa, y de la consecuente praxis judicial que la ha seguido, sobre todo en los últimos años y a nivel federal. El resultado práctico más importante que, en forma directa, genera en la actualidad el efecto suspensivo de este recurso, es que evita que la condena sea ejecutada inmediatamente después de dictada la sentencia que declara la culpabilidad del acusado. Y en ese marco, la consecuencia visible que más estrépito produce es que no sea encarcelado en ese momento quien es condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Esta comprensión del efecto suspensivo del recurso del imputado contra la condena, pese a la perplejidad que genera en quien no está familiarizado con nuestra disciplina, tendría base, no obstante, en dos argumentos. Ambos, supuestamente, de índole constitucional, o que se fundamentan en una determinada lectura —a mi juicio equivocada— de normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. Enseguida examinaré críticamente los dos argumentos.

Antes hay que señalar que esta manera de resolver el caso del condenado que aún tiene recursos a su favor viene siendo puesta en práctica casi sin fisuras desde no hace demasiado tiempo. En términos históricos, por tanto, es todavía reciente el período durante el cual, al menos en la práctica (1), no se daba al efecto suspensi-

(1) Y pese a la existencia de opiniones doctrinarias muy prestigiosas en sentido contrario, aunque emitidas

vo que tenía ya de hecho, por ley, el recurso del imputado contra la condena, este alcance tan vasto, que implica incluso la no ejecución de una pena de encierro de cumplimiento efectivo. Ni se daba tampoco el alcance que hoy se le da a la presunción de inocencia, como luego se verá.

La praxis actual en materia de ejecución de condenas fue incluso resistida por las provincias, hasta que la Corte Suprema terminó imponiéndola a fuerza de sucesivas revocaciones de fallos locales que se atenían a la praxis anterior (2), mucho más razonable, aunque, a mi juicio, incorrectamente fundamentada. En efecto, conforme a esa praxis previa, si un imputado era condenado a prisión efectiva, de inmediato era alojado en un establecimiento penitenciario y allí aguardaba el resultado de los recursos, casi siempre adverso, por lo demás (enseguida volveré sobre este punto).

El problema de esta práctica anterior residía, con todo, en que, al igual que la doctrina contraria sostenida por la Corte en “Loyo Fraire” y otros fallos, se apoyaba implícitamente en la lógica de la dicotomía “prisión preventiva versus presunción de inocencia”. A mi modo de ver, sin embargo, lo correcto es sostener que dicha presunción deja de regir en cuanto es emitida la condena por el tribunal de juicio (ver al respecto, *infra*, IV). Como sea, lo cierto es que la praxis actual, más allá de sus fundamentos, es muy

---

sin ninguna fundamentación. Véase por ejemplo CLARIÁ OLMEDO, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, t. I, pp. 240, 241 y 245.

(2) Muy importante en este sentido fue el caso “Loyo Fraire” (L. 193. XLIX. RHE, 6/03/2014), que revocó una sentencia del TSJ Córdoba y generó un cambio notable en la praxis de esa provincia, en la que, hasta ese momento, si un imputado llegaba en libertad al juicio y era condenado a pena efectiva, automáticamente era conducido a prisión tras cerrarse el debate. En esa sentencia la Corte, remitiéndose al dictamen del Procurador General, dijo lo siguiente: “[L]a mera circunstancia de que se haya dictado sentencia de condena en primera instancia (recurrida) no es fundamento suficiente para mantener la prisión preventiva mientras se resuelven los recursos contra la condena”. Un análisis de ese caso y de la praxis cordobesa previa a su dictado puede verse en Sergi, Natalia, “Nuevos estándares sobre encarcelamiento preventivo para la CSJN”, en PITLEVNIK, Leonardo (dir.), “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, n.º 17, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, ps. 111 y ss.

generosa con la aplicación que hace del efecto suspensivo del recurso contra la condena.

Esta peculiar visión del efecto suspensivo en cuestión ha sido, en rigor, más bien formulada que fundamentada por la jurisprudencia, que aparentemente considera obvias las derivaciones a las que llega. Por eso no se habría sentido compelida a justificar esta práctica con detalle, pese a las graves consecuencias que genera para la víctima y para la comunidad en general. Los fallos que comenzaron a aplicarla, y los que los siguieron y siguen, apenas pasan —como se verá más adelante— de la mera repetición de ciertos eslóganes constitucionales. Trataré, entonces, de reconstruir cuáles son los argumentos de fondo que, hasta ahora solo implícitamente, sustentan esta solución.

**II. De acuerdo con un primer argumento, podría sostenerse que, si el imputado tiene un derecho constitucional a una revisión integral de la sentencia de condena (CADH, art. 8º, inc. 2º, *h*), entonces la interposición de ese recurso tiene que tener efecto suspensivo, pues de lo contrario la condena comenzaría a ejecutarse y, de ese modo, el imputado sufriría ya el agravio que el derecho en cuestión pretende conjurar.**

Contra esto, sin embargo, es necesario señalar que la mencionada norma convencional no consagra un derecho a no ser condenado, ni, por tanto, a no sufrir los efectos propios de una condena; un tanto pleonásticamente hay que decir que solo consagra un derecho a que la condena, y sus efectos, sean *revisados*. Esta norma de rango constitucional no obliga, entonces, a que el derecho interno establezca, respecto de ese recurso, un efecto suspensivo con tal alcance, y que por tanto prohíba que la condena, y en particular la privación de libertad que eventualmente imponga pueda ser ejecutada inmediatamente después de leída la parte dispositiva de la sentencia en cuestión.

El condenado a una pena de prisión efectiva no tiene un derecho constitucional a aguardar en libertad el resultado de la revisión de esa sentencia. Extender de esta manera el alcance de la garantía consagrada en el art. 8º, inc. 2º, *h*, de la CADH, o remitir la posibilidad de ejecución a un momento posterior, en el que la condena supuestamente alcance un grado mayor de esta-

bilidad, implica, a mi juicio, desnaturalizar por completo el alcance de esta garantía, y a un costo muy alto en términos tanto de justicia retributiva como de prevención.

**III.** El segundo argumento se vincula con el alcance de la presunción de inocencia, también expresamente consagrada en el bloque constitucional (CADH, art. 8º, inc. 2º; PIDCP, 14, inc. 2º). Este argumento tiene más peso y es, de hecho, el más utilizado para justificar esta práctica tanto en la literatura (3) como en las decisiones judiciales (4). Se trata, de hecho, de un argumento presente en la jurisprudencia de la Corte IDH (5) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (6), y también en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. (7) y de la jurisprudencia de los tribunales estaduales

(3) Cf. CLARIÁ OLMEDO, "Tratado de Derecho Procesal Penal", t. I, pp. 240, 241 y 245; VELEZ MARICONDE, "Derecho Procesal Penal", t. I, p. 325; MAIER, "Derecho procesal penal", t. I, § 6, C, pp. 490 y ss.; LANGER, "El principio in dubio pro reo y su control en casación", p. 216; D'ALBORA, Nicolás, "Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme", pp. 147 y ss; Díaz, "Condiciones para la ejecución de la condena".

(4) Las sentencias que conforman esta praxis por lo general no la justifican; consideran obvia a esta solución y simplemente la implementan, sin más. Cf., entre muchas otras, CNCP, Sala II, "Toledo", reg. n.º 202/2016, donde se afirma que "la presunción de inocencia que otorga la Constitución, en su art. 18, solo puede ser destruida por una sentencia de condena que ya no sea susceptible de impugnación alguna". En el mismo sentido CNCP, Sala I, "Acosta", reg. n.º 152/2016; CNCP, Sala I, "Ivanow", reg. n.º 602/2015; CFCP, Sala II, "Medrano", reg. n.º 720/2014.

(5) Cf. Corte IDH, 31/08/2004, "Ricardo Canese v. Paraguay", n.º 154, donde se concluye que el derecho a la presunción de inocencia "acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme".

(6) Cf. CSJN, "Kacolari" (Fallos CSN, t. 316, p. 942), donde se afirma que "todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal".

(7) El leading case en esta materia es la decisión adoptada por la Suprema Corte de Estados Unidos en "Hudson v. Parker" (156 U.S. 277). Allí, de forma similar a lo que considera la CSJN y la Corte IDH, se concluyó que "a person accused of crime shall not, until he has been finally adjudged guilty in the court of last resort, be absolutely compelled to undergo imprisonment".

de Alemania (8). Pero, sin perjuicio de su innegable poder persuasivo, a mi modo de ver tampoco merece aprobación, al menos no como argumento *constitucional*.

El núcleo central de la fundamentación que objetaré reside en tres afirmaciones: según la primera, la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente se mantiene hasta tanto la declaración de culpabilidad pueda ser considerada "firme", en el sentido de que haya adquirido una estabilidad especial, propia de lo que se conoce como cosa juzgada. De acuerdo con la segunda afirmación, una sentencia de condena quedaría "firme", y por tanto hasta ese momento regiría la presunción constitucional de inocencia, solo una vez que ya no queden recursos pendientes en favor del condenado. Finalmente, según la tercera afirmación, entre los alcances de la presunción constitucional de inocencia se incluye el derecho no solo a no ser considerado culpable mientras aquella rija, sino también a no ser *tratado* como tal.

Esto último sería lo que impediría encarcelar de inmediato a quien se condena, porque si hay algo que, paradigmáticamente, implica tratar a alguien como culpable, es su encierro en prisión (9). Es claro, sin embargo, que en lo que atañe a la presente discusión esta tercera afirmación es relevante solo en la medida en que se considere correcta la segunda, lo cual, enseguida, negaré.

A continuación, en efecto, intentaré demostrar que aquellas dos primeras afirmaciones son incorrectas, o que por lo menos no pueden tener el alcance que se les ha asignado desde la jurisprudencia y doctrina citadas más arriba; y que ello, como dije, torna *irrelevante* a la tercera afirmación, cuya corrección, desde luego, no pretendo objetar. Por lo pronto, no es verdad que esta práctica que impide ejecutar de

(8) Cf., por todos, OLG Karlsruhe, 21.1.2013 — 1 Ws 1/13, cit. por Böhm/Werner, "§ 112", nm. 52.

(9) Cf. MAIER, "Derecho procesal penal" (2<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> reimp.), t. I, § 6, C, p. 520; FERRAJOLI, "Derecho y razón", p. 556; PASTOR, "Las funciones de la prisión preventiva", pp. 250-251; FERRER BELTRÁN, "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia", pp. 174-175; NIEVA FENOLL, "Fundamentos de derecho procesal penal", p. 181.

inmediato una sentencia condenatoria tenga sustento constitucional, en el sentido fuerte de que la Constitución (o el bloque de constitucionalidad) *imponga* esa solución. Una parte de dicho argumento (a saber, la exigencia de sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia) tiene, ciertamente, base legal: Cód. Proc. Penal de Córdoba, art. 1º; Cód. Proc. Penal de la Nación, 1º; Cód. Proc. Penal Federal, art. 3º (10). Pero ya se verá que ese alcance —si el término “firme” es entendido al modo tradicional— sobrepasa al constitucional. Esta primera argumentación será *de lege ferenda* respecto del nivel legal, pero *de lege lata* respecto del nivel constitucional.

Ahora bien, fuera de ello, en una segunda argumentación demostraré, ya en términos *de lege lata* a nivel legal, que incluso normas procesales como estas, que expresamente exigen sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia, pueden ser interpretadas de modo tal que se considere admisible la inmediata ejecución de la condena dictada por primera vez tras el juicio. Seguramente esta última interpretación (repito: la *de lege lata* a nivel legal) será la que menos acuerdo genere, atento el fuerte arraigo de cierta terminología; pero a la vez: *solo* por el fuerte arraigo de cierta terminología.

Sin perjuicio de ello, este artículo cumplirá sobradamente su objetivo si, sobre todo en función de los argumentos *de lege lata* a nivel constitucional, dejase en claro lo ya dicho en el sentido de que las consecuencias inadmisibles de la praxis actual, por un lado, no pueden ser justificadas como constitucionalmente necesarias, y, por el otro, han erosionado fuertemente no solo la imagen de la justicia en Argentina, como es público y notorio, sino incluso el propio sentido y fin de la pena (sobre esto último

(10) Todos estos códigos establecen, con diferencias menores, que nadie podrá ser “considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal” (Cód. Proc. Penal de Córdoba, 1); o que nadie será “considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza” (Cód. Proc. Penal de la Nación, 1) ni “considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme [...] desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona” (Cód. Proc. Penal Federal, 3); también se establece que “solo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes” (Cód. Proc. Penal Federal, 375).

volveré enseguida). Todo ello sería, pues, razón suficiente para modificar ciertas normas procesales locales, de modo tal que la presunción de inocencia, en nuestro derecho, con toda claridad tenga el mismo alcance —más restringido— que en las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Dicho de otro modo, me contentaría con que, quienes no estén dispuestos a aceptar la argumentación *de lege lata* a nivel legal, de todas formas, perciban a mi argumentación *de lege lata* a nivel constitucional (que se diferencia fuertemente de la interpretación estándar incluso de los tribunales constitucionales citados: CSJN y Corte IDH) como una crítica convincente *de lege ferenda* contra las leyes procesales locales, a partir de la cual quepa aconsejar, en definitiva, su reforma.

No se me escapa, de todas maneras, que tal reforma es completamente improbable, atento —como se verá— el reciente interés mostrado por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal por poner en vigencia artículos de ese código que insisten en que una sentencia de condena debe estar “firme” (en el sentido tradicional de que no deben quedar recursos pendientes) para que pueda ser ejecutada. Con ello se persiste en el error y se asegura la profundización del des prestigio social del sistema de justicia.

**IV.** En cuanto a la afirmación de que se requiere sentencia firme para desactivar la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta, ante todo, que las normas convencionales con jerarquía constitucional (CN, 75, inc. 22) que, expresamente, consagran la presunción de inocencia como un derecho fundamental, utilizan una formulación cuyo alcance es bastante más acotado que el que suele dársele desde posiciones doctrinarias y jurisprudenciales argentinas, e incluso desde algunas leyes de nuestro derecho interno, como se vio.

En efecto, la CADH, por ejemplo, establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (art. 8º, inc. 2). El PIDCP, por su parte, prevé: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se

pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 14, inc. 2º). Y en el ámbito europeo una formulación muy similar es utilizada, también por el CEDH: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada" (art. 6º, inc. 2º).

Como se ve, todo lo que se exige a nivel constitucional, para desactivar la presunción de inocencia, es que se *establezca* o se *pruebe* la culpabilidad del perseguido penalmente, siempre de conformidad con la ley. Pero dicha normativa fundamental no exige que las leyes en cuestión establezcan que la sentencia que prueba la culpabilidad del acusado debe haber adquirido la estabilidad propia de la cosa juzgada para que la presunción de inocencia deje de regir.

Por supuesto que un argumento fácil para interpretar lo contrario rezaría algo así como: "[E]star probada" la culpabilidad significa que eso no pueda ser discutible ya en el proceso, porque si todavía puede ser cuestionada (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso), entonces no es factible decir que la culpabilidad *está* ya realmente *probada*. Para que lo esté —se dirá—, sería necesario que esa declaración conste en una sentencia jurídicamente inquestionable, y esto no podría ser otra cosa que una sentencia con autoridad de cosa juzgada. "Firme", entonces, significaría eso: tener autoridad de cosa juzgada. Este argumento, sin embargo, es a mi juicio muy implausible.

Rebatirlo exige partir de lo obvio: las convenciones internacionales de derechos humanos, para considerar desactivada la presunción de inocencia, exigen solamente que, de conformidad con la ley, se haya establecido, probado o declarado la culpabilidad del acusado. No dicen que eso haya sido establecido de modo tal que no pueda ser ya discutido dentro del proceso. Pero más allá de eso, ¿por qué no es ni siquiera plausible el argumento —resumido más arriba— en función del cual, en Argentina, se agrega esta última exigencia?

Se supone que dicho argumento parte de considerar a la presunción de inocencia como un derecho de muy especial peso (algo con lo

que, desde luego, concuerda), y que, por lo tanto, exige que la declaración que la desactive tenga, también, un peso especial. Pero aparentemente este razonamiento ve esa fuerza no en el privilegiado posicionamiento epistémico de los tribunales de juicio, sino en la cosa juzgada, entendida, en su sentido tradicional, como ausencia de recursos pendientes. Identifica, así, fuerza o peso (suficientes) con "estabilidad" de la sentencia que declara la culpabilidad. Creo, sin embargo, que esta justificación tiene varios problemas.

En primer lugar, la fundamentación que aquí objeto es implausible porque ya el argumento de la estabilidad es endeble. La existencia, en nuestros procedimientos penales, del recurso de revisión contra sentencias condenatorias "firmes" muestra que, en verdad, nunca una condena penal tiene completa estabilidad. Y que es bueno que no la tenga, precisamente porque la posibilidad de error está siempre latente y, en consecuencia, si se toma en serio a la verdad como condición necesaria de la justicia en el caso concreto, es obviamente saludable que quede siempre una puerta abierta a la discusión de ese posible error.

En materia penal, entonces, una sentencia con autoridad de cosa juzgada no garantiza la estabilidad en cuestión. Y mucho menos si se toma en cuenta el alcance que, en Argentina, se da a la propiedad de la "firmeza". Esta se adquiere, de acuerdo con algunas posiciones, una vez que se declara inadmisible el recurso extraordinario federal, es decir, cuando aún queda un recurso pendiente, a saber: la queja ante la CSJN (11). Esta es, sin dudas, una solución *ad-hoc* a todas luces inconsistente con la propia definición de firmeza de la que parte esta tesis. Pero tiene su explicación profunda en el hecho de que los tribunales han advertido cuán insostenible es que haya que esperar hasta que una sentencia esté *realmente* "firme", desde el punto

(11) Un claro ejemplo de esta posición es la sostenida en la CFCP, plenario n.º 8, "Agüero", 12/06/2002, donde se concluyó: "[E]n el supuesto de un recurso de casación declarado mal concedido por esta Cámara y recurrido por vía extraordinaria, se considera firme la sentencia cuando este Tribunal declara inadmisible al recurso extraordinario federal".

de vista del derecho interno, para poder ejecutar una condena (12).

Y, en segundo lugar, el razonamiento en el que se apoya esta solución que critico respecto de la posibilidad de ejecución inmediata de una condena es implausible porque pasa por alto el factor que más importa a la hora de evaluar el peso de una declaración de culpabilidad, de modo tal que pueda tenerse como razón suficiente para desactivar la presunción de inocencia. Ese factor, como ya lo insinué, no puede ser otro que el mejor *posicionamiento epistémico* en el que está un tribunal de juicio para declarar algo tan serio como lo es la culpabilidad del acusado. Es esto, en rigor, y no tanto el carácter recurrible o irrecurrible de la sentencia que se dicta tras el juicio, lo que le confiere a dicha decisión judicial el peso en cuestión y, por tanto, lo que torna legítimo que, en el derecho interno, sea erigida como idónea para dar por finalizada a la presunción de inocencia de la que goza el imputado. Dicho rápidamente: la sentencia condenatoria dictada tras el juicio oral y público es la que desactiva la presunción de inocencia.

El condenado, como persona ya declarada culpable por el tribunal que está en mejores condiciones para hacerlo sin error, tiene ciertamente un derecho a que, previa impugnación, otro tribunal revierta esa declaración de culpabilidad; pero no tiene un derecho a continuar siendo considerado y tratado como un inocente mientras aguarda el resultado de su recurso. En todo caso, si tras el recurso logra ser absuelto, dispondrá —eventualmente y bajo ciertas exi-

(12) Cf. al respecto D'ÁLBORA, Nicolás, "Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme", pp. 147 y ss. Frente a esto, no cabe esperar que el término "firme" del art. 375 del Código Procesal Penal Federal (ya declarado vigente por la res. 1/2021 de la citada Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, de fecha 03/02/2021) sea interpretado de un modo diferente a como viene siendo entendido hasta ahora. Dicha incorporación normativa, por tanto, no cambia nada —o no tiene por qué cambiar algo— respecto de la situación legislativa anterior, pese a los desmedidos temores expresados (hasta ahora solo periodísticamente) en sentido contrario. Por tanto, la expresión "sentencia de condena firme", incluso según el texto de ese artículo del Código Procesal Penal Federal, puede continuar siendo interpretada como aquella respecto de la cual los tribunales casatorios han denegado formalmente el recurso extraordinario federal.

gencias— de algún derecho reparatorio contra la sentencia injusta.

Hay consenso, de hecho, en que es el tribunal de juicio, y no el del recurso, el que se encuentra epistémicamente mejor posicionado para pronunciarse con ese nivel de confiabilidad acerca de la inocencia o la culpabilidad del acusado (13). Y hay asimismo un consenso muy fuerte en que el juicio (y no la etapa que lo prepara ni la que lo revisa) es el momento más importante del proceso, o al menos el que debería ser más importante, entre otras razones por sus virtudes epistémicas (14). Es bastante poco comprensible, entonces, que quienes avalan estas últimas afirmaciones respecto del valor del juicio —y de la sentencia que es su resultado—, a la vez no concedan precisamente a esa sentencia peso suficiente para neutralizar, legítimamente, la presunción de inocencia.

La Constitución, para que quede desactivada la presunción de inocencia, exige que la culpabilidad sea declarada, no *ratificada*. Dejar esa desactivación en manos de un tribunal con peor posicionamiento epistémico respecto de las cuestiones de hecho, como lo sería el habilitado a resolver el recurso, no solo excede la letra de las normas constitucionales en juego, sino

(13) Cf. PÉREZ BARBERÁ-BOUVIER, "Casación, lógica y valoración de la prueba" p. 542. Es precisamente ese mejor posicionamiento epistémico del tribunal de juicio lo que, durante décadas, fundamentó múltiples rechazos de recursos de casación por cuestiones de hecho y prueba (cf. por ejemplo, por todos, TSJ Córdoba, Sala Penal, "Almirón", auto nº 24 del 19/04/1985). Esto, para el imputado, cambió desde "Casal" (Fallos CSN, t. 328, p. 3399), pero por otras razones, y sigue vigente para recursos de casación del acusador.

(14) Cf. MAIER, "Derecho procesal penal", t. I, § 6, B, p. 479; BINDER, "Introducción al derecho procesal penal", p. 255; BOVINO, "Principios políticos del procedimiento penal" p. 91; HERBEL, "Derecho del imputado a revisar su condena", p. 35; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, p. 31; DUFF — FARMER — MARSHALL - TADROS, The trial on trial, t. III, ps. 165 y ss.; NIEVA FENOLL, "Fundamentos de derecho procesal penal", p. 282; ROXIN, "Derecho procesal penal", p. 358; Volk, Curso fundamental de derecho procesal penal, p. 241. Sin embargo, también se advierte acerca de la tendencia a disminuir el protagonismo del juicio. Al respecto cf. DAMAŠKA, "El derecho probatorio a la deriva", ps. 132 y ss. (con referencia a lo que el autor denomina "la desaparición de la centralidad del juicio").

que, además, es incompatible con el único diseño del procedimiento penal que resulta conforme, precisamente, con la Constitución, a saber: el que coloca al juicio en el centro de la escena (15). Por lo demás, la mera interposición de un recurso no tiene ni puede tener como efecto anular o tornar inexistente la declaración de culpabilidad ya producida.

La cuestión, en definitiva, es preguntarse cuánto peso es necesario que tenga una condena, incluso a prisión efectiva, para que sea posible su ejecución inmediata. Y si ese peso es más dependiente de la estabilidad de la sentencia condenatoria (por no haber más recursos pendientes, salvo la revisión) o de su mejor posicionamiento epistémico.

V. Fuerá de estas razones, que son de diseño institucional, hay datos empíricos muy contundentes que muestran que la *ratio* de condenas revocadas tras un recurso de casación es muy baja (16). Como ya dije, el riesgo de error está siempre latente, pero se trata de un riesgo mínimo. Las sentencias de nuestros tribunales de juicio tienen, entonces, no solo la autoridad institucional que he destacado hasta aquí, sino incluso mucha autoridad en los hechos, cuanto menos hacia adentro del sistema de justicia. ¿Tiene sentido erosionar esa autoridad con un diseño que la desplace a otro tribunal que, a su

(15) Cf. MAIER, "Derecho procesal penal", t. I, § 6, B, ps. 478 y ss.; BINDER, "Introducción al derecho procesal penal", ps. 155 y ss.; CAFFERATA NORES, "Proceso penal y derechos humanos", p. 111; BOVINO, "Problemas de derecho procesal penal contemporáneo", ps. 238-239; MAGARIÑOS, "El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado".

(16) Un ejemplo puede respaldar empíricamente esta afirmación. De acuerdo con un estudio realizado —a mi pedido y para este texto— por Pablo Larsen, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, durante el período 2015-2019, revisó aproximadamente 1517 sentencias condenatorias recurridas por la defensa de los condenados. Sin embargo, las revocó y dictó la absolución, o anuló y ordenó la realización de un nuevo juicio, en tan solo 175 de esos casos. Si se tiene en cuenta esa cifra, la ratio de revocación o anulación de condenas no supera el 11.5%. En Alemania ese porcentaje es similar (cf. las estadísticas propias que incluyó en mi capítulo sobre recursos en el t. IV de Maier, Julio, Derecho procesal penal, Ad—Hoc, Buenos Aires, en prensa). Muy probablemente la ratio sea similar, también, en otras jurisdicciones.

vez, ha sido instituido para abordar las cuestiones de hecho con menores posibilidades de conocimiento?

Esta erosión, sin embargo, ya se ha producido en Argentina, al menos hacia afuera del sistema judicial. Con la interpretación hoy absolutamente dominante, en efecto, el cumplimiento de los fines de la pena es postergado a un momento en el que ya la contra comunicación que implica el castigo penal contra la decisión del infractor de apartarse del derecho llega demasiado tarde (17). Se ha dicho con razón, en tal sentido, que para que la pena pueda cumplir con tal cometido es necesario que sea palmariamente visible para la sociedad, lo que obliga a que su imposición implique cierta rudeza (*hard treatment*, o imposición de un *mal*). Dicho de modo simple, si la sanción penal no es en algún sentido drástica, no comunica lo que tiene que comunicar (18).

Pues bien, institucionalmente, el proceso penal está diseñado para que tanto la absolución como la condena cumplan su función comunicativa tras el juicio público, con la presencia física, incluso, de ciudadanos atentos al desenlace, algo que de hecho sucede, al menos en los casos de mayor difusión. Este diseño pretende que los resultados de los procesos penales, siquiera mínimamente, atiendan también al principio democrático (19). Nada está más lejos de eso, sin embargo, que el hecho de que la ejecución de una sentencia sea posible solo tras años de haberse resuelto el juicio, bajo la opacidad propia de los procedimientos recursivos. Esta situación, ciertamente, podría morigerarse si se diera más publicidad a los debates ante los tribunales de recursos, pero por múltiples razones no

(17) Acerca de esta visión comunicativa de la pena véase PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena", pp. 1 y ss.

(18) Así, entre muchos otros, FEINBERG, "The expressive function of punishment", p. 98; von HIRSCH, Past or future crimes, ps. 51-53; Puppe, FS-Grünwald, 1999, p. 479; JAKOBS, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Schöningh, Paderborn et al., 2004, p. 30; PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 116 y ss.

(19) Sobre esto cf., por todos, MAIER, "Derecho procesal penal", t. I, § 6, F, ps. 661-662; DUFF - FARMER - MARSHALL - TADROS, The trial on trial, t. III, ps. 259 y ss.

es posible que estos logren el mismo grado de inserción en el debate público que el que consigue el juicio propiamente dicho. Gran parte del impacto simbólico de la pena, esencial según las mejores explicaciones disponibles respecto de su función (20), se pierde con esta peculiar práctica procesal.

El sistema hoy aplicado es, además, funcional a la denominada selectividad del sistema penal (21). Porque lo que genera es que, tras la sentencia de condena, continúen presos quienes llegan presos a juicio, por lo general imputados socialmente muy desaventajados. Con esa misma lógica, lo que sucede en la realidad es que, tras una condena a prisión efectiva, continúan en libertad quienes habían llegado a juicio sin haberla perdido antes. Por supuesto que no todas esas personas son socialmente aventajadas ni “poderosas”, pero muchas sí lo son (22).

La tesis contraria a la aquí defendida ha tenido por efecto degradar la sentencia dictada tras el juicio a punto de tornarla un paso meramente formal hacia la del tribunal del recurso, pese a que —se supone— es aquella sentencia, y no esta última, la que encarna el momento más importante del proceso. Hasta lo que he podido ver, semejante consecuencia solo es admitida con tal amplitud en Argentina, aun cuando, como dije, en nuestro país (al igual que en muchos otros) son escasísimos los recursos del imputado que logran revertir condenas. Frente a todo esto, creo que sería prudente no ver en esta práctica una suerte de “genialidad” vernácula en favor de las garantías del acusado, sino, antes bien, un serio error normativo con consecuencias comprensiblemente irritantes desde una mirada empírica.

---

(20) Véanse nuevamente las referencias citadas *supra* en nota 18.

(21) Cf. al respecto, por todos, ZAFFARONI, “En busca de las penas perdidas”, pp. 30 y ss.

(22) Sobre el trato diferenciado, menos gravoso, que suelen recibir los denominados delincuentes de cuello blanco en los procesos penales existen sobradas evidencias empíricas y medulosos análisis teóricos. Esencial al respecto sigue siendo SUTHERLAND, White Collar Crime; cf. también GREEN, “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno”, pp. 340 y ss.

En términos tanto conceptuales como prácticos, la interpretación aquí sugerida logra, en definitiva, que, si la condena implica cumplimiento efectivo de pena en prisión, ese encierro pueda ser ejecutado inmediatamente después de dictada la sentencia *y a título de pena*, no de prisión preventiva pensada en relación con una pena que solo puede hacerse efectiva una vez agotada la etapa de recursos. La concepción que crítico, en cambio, es retributivamente injusta respecto de quien ha sido declarado culpable porque no recibe su merecido pese a eso; es injusta con relación a la víctima, que con esta solución deja de ser tomada en serio; y diluye los efectos preventivos de la pena.

**VI.** Ahora bien, todo lo que he sostenido hasta aquí constituye, como dije, un argumento constitucionalmente *de lege lata*, pero *de lege ferenda* respecto de ciertas leyes procesales que tenemos; en este último sentido, el argumento se erige como una crítica a ese nivel legal efectuada desde el nivel constitucional. Con esto no quiero decir que la práctica objetada y las leyes en las que dicha práctica tiene su fundamento sean inconstitucionales. Todo lo que pretendo mostrar es que, en relación con este tema, algunas de nuestras leyes y nuestra jurisprudencia hoy casi unánime han ido mucho más allá de lo que exige la Constitución. Por supuesto que no tiene nada de intrínsecamente negativo que las leyes, al reglamentar derechos constitucionales, les den un alcance mayor al establecido en la Constitución. Pero siempre que esa ampliación no genere conflictos normativos serios, es decir: siempre que, por esa extensión, aquellos no acaben colisionando con otros derechos o con otros intereses tan o más importantes.

La pregunta que surge ahora, entonces, es qué hacer con codificaciones como las del Código Procesal Penal de la Nación, el Código Procesal Penal Federal o el Código Procesal Penal de Córdoba, que conceden efecto suspensivo al recurso contra la condena y que, además, exigen sentencia “firme” para desvirtuar la presunción de inocencia. ¿Es posible una interpretación *de lege lata* de *esas normas* para evitar que pueda decirse que, en dichos códigos, la tesis de la no ejecutabilidad inmediata de la condena tiene una genuina base legal? Entiendo que sí. Pero antes de ingresar a esa fundamentación convie-

ne describir cómo trabaja la praxis con las normas hoy vigentes al respecto.

Dado que, como vimos, los tres códigos mencionados en el párrafo anterior exigen sentencia “firme” para desvirtuar la presunción de inocencia (Código Procesal Penal de la Nación, 1; Cód. Proc. Penal Federal, 3; Cód. Proc. Penal de Córdoba, 1), todo lo atinente a la situación del condenado a una pena de encierro efectivo es pensado, por la jurisprudencia, en función de la lógica de la prisión preventiva. A continuación, intentaré exponer cómo funciona esa lógica, que, por lo demás, no es completamente local. En el derecho comparado se razona de modo similar, es decir: si corresponde, o no, la inmediata ejecución de una pena que implica encierro inmediato es algo que se decide en función de si corresponde, o no, ordenar la prisión preventiva del condenado que, hasta ese momento, permaneció en libertad durante el proceso (23). Solo que, hasta lo que he podido ver, en la práctica se procede de modo tal que, en esos países, incluso de la mano de la lógica de la prisión preventiva es excepcional que una condena a prisión efectiva —contra quien hasta ese momento ha gozado de libertad— no sea ejecutada de inmediato (24).

El empleo de la lógica de la prisión preventiva respecto de la ejecución de la condena implica, en concreto, lo siguiente: si se decide que un

(23) Acerca de Alemania, por ejemplo, esto es lo que surge claramente de la exposición de Meyer-GOSSNER - SCHMITT, Strafprozessordnung, C. H. Beck, Múnich, 2011, § 112, nm. 2. Un análisis de este tema en el derecho federal estadounidense puede verse en KELLER, “Resolving a ‘Substantial Question’: Just Who is Entitled to Bail Pending Appeal under the Bail Reform Act of 1984?”, pp. 825 y ss.

(24) Así son las cosas, por ejemplo, en Alemania. Cf. BÖHM/WERNER, “§ 112”, en KUDLICH, Hans et al. (eds.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, C. H. Beck, Múnich, 2014, t. II, § 112, nm. 52. Allí, aunque críticamente, afirman que es práctica forense generalizada inferir peligro de fuga a partir de un pronóstico de pena elevada, de más de tres años de prisión (véase el detalle de esa jurisprudencia en la nota a pie nº 201). Por otra parte, para estos autores es irrelevante, respecto de ese pronóstico, que haya habido ya, o no, una condena. No coincide con esto, pero lo importante es que de ambas afirmaciones se sigue que, en Alemania, si hay condena y esta es a más de tres años de prisión, el condenado, aunque haya llegado a juicio en libertad, por regla irá a prisión, y no solo excepcionalmente, como en Argentina.

condenado a esa clase de pena continúe en prisión (si estuvo hasta ese momento con prisión preventiva), o que sea encerrado de inmediato (si estuvo hasta ese momento en libertad), no es porque se *ejecute* la condena, dado que esta aún no es considerada “firme”. Antes bien, se decide de ese modo porque se considera que la condena meramente *declarada* constituye un indicio fuerte de peligro procesal, y que es eso lo que justifica la continuidad o el inicio de la restricción de libertad. Esta restricción, entonces, no es entendida como sustantiva (es decir, como consecuencia de la imposición de una pena), sino como procesal, en tanto es fundamentada como consecuencia del inicio o de la continuidad de la prisión preventiva. Esa lógica es la que, según el punto de vista dominante, informaría también al Código Procesal Penal Federal, 309, segundo párrafo (25).

Lo mismo sucede cuando se trata de la libertad ordenada tras la absolución. Si bien hay códigos en los que es claro que el recurso de la parte acusadora contra la sentencia absolutoria no tiene efecto suspensivo, dado que en el capítulo de ejecución penal establecen que la sentencia absolutoria se ejecutará de inmediato “aunque sea recurrida” (Código Procesal Penal de la Nación, 492; Código Procesal Penal Federal, 374), no obstante, también para esos casos, los tribunales operan según la lógica de la prisión preventiva. De hecho, respecto del Código Procesal Penal de Córdoba, 503, cuya letra es un poco más ambigua, expresamente se ha sostenido desde la doctrina que dichas sentencias son ejecutables de inmediato solo respecto de la libertad y otras restricciones cautelares (26). Es decir, lo “ejecutable” de inmediato sería la libertad, no la absolución: también esto responde a la lógica de la prisión preventiva.

Además de las recién citadas, las normas que interesan para el caso de absoluciones son las del Código Procesal Penal de la Nación, 402, y

(25) Esa norma, en lo que aquí interesa, establece: “[C]uando recayere condena a una pena de prisión de cumplimiento efectivo respecto de un imputado que no estuviere en prisión preventiva, el tribunal de juicio deberá adoptar una o varias de las medidas de coerción previstas [...] a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena.”

(26) Así CAFFERATA NORES - TARDITTI, “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, t. II, p. 534.

Código Procesal Penal de Córdoba, 411, que prescriben, en cuanto a lo que aquí interesa, que la “sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente”. Lo mismo establece el Código Procesal Penal Federal, 309, primer párrafo. Estas normas, sin embargo, no son interpretadas como una excepción al efecto suspensivo del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria, ni como una regulación de los efectos de la absolución, que es lo que indica su letra. Antes bien, son entendidas por los tribunales como normas regulatorias de la prisión preventiva una vez que la absolución ha sido dictada, algo que ya en su sola enunciación padece de cierta falta de sentido. En dichas normas, según la comprensión dominante, estaría establecida una suerte de presunción *iure et de iure* respecto de la *inexistencia* de peligros procesales tras la absolución.

El razonamiento actual de los tribunales, como se ve, es muy tortuoso (y por ende poco convincente), fuera de perfectamente evitable si las normas vigentes fuesen interpretadas y aplicadas con la sencillez que sus textos no solo admiten, sino que hasta imponen: si corresponde de la inmediata libertad del sometido a proceso tras su absolución, es porque se “ejecuta” de inmediato esa sentencia, no porque a partir de allí se presume, sin admitirse prueba en contrario, que el imputado, por haber sido absuelto, no pondrá en riesgo la eventual continuación del proceso (si el acusador recurre). Y del mismo modo: si se ordena el inmediato encierro en prisión de un condenado a esa pena en forma efectiva, es porque se ejecuta la condena, no porque quepa presumir allí (otra vez: sin admitirse prueba en contrario) un incremento de los riesgos procesales.

Por supuesto que es razonable pensar que, si hay una condena, se incrementan los peligros procesales, y que, si hay una absolución, aquellos disminuirían si el proceso continuara por un recurso del acusador. Pero todo eso es contingente. Para decirlo rápidamente: puede haber casos de “prueba en contrario”. Las presunciones *iure et de iure*, por lo demás, son ilegítimas en un procedimiento que, como el penal,

tiene un interés institucional especialmente fuerte por la verdad objetiva (27).

Sin embargo, si continúan interpretándose las normas que regulan los efectos de la sentencia absolutoria con la lógica de la prisión preventiva, se termina en eso: en asumir que el legislador, cuando establece que en tales casos el tribunal “ordenará... la libertad del imputado” (Código Procesal Penal de la Nación, 402; Código Procesal Penal de Córdoba, 411) o que dicha sentencia “implicará su inmediata libertad” (Código Procesal Penal Federal, 309, primer párrafo), ha establecido una presunción *iure et de iure* en favor de la inexistencia de peligro procesal. Se dirá que eso no es tan relevante porque en este caso favorece al imputado. Pero es importante tener en cuenta que esta clase de presunción es ilegítima no solo cuando perjudica al perseguido penalmente. Su ilegitimidad, en efecto, no tiene fundamento en que afecta una garantía individual, sino en que viola la regla, dirigida sobre todo al juez, que establece que en materia penal *toda* decisión de mérito debe estar basada en prueba, no en presunciones (28).

Por lo demás, si se consideraran ilegítimas a las presunciones *iure et de iure* solo cuando perjudican al imputado, la situación sería entonces decididamente peor en el Código Procesal Penal Federal (29). Porque ese código expresa-

---

(27) Esa ilegitimidad ha sido reiteradamente denunciada, precisamente, en la discusión sobre el mérito procesal de la prisión preventiva. Múltiples fallos han sido dictados al respecto, en los que intentó ponerse coto a la jurisprudencia anterior que tomaba a un determinado monto de pena amenazada, por ejemplo, como un dato a partir del cual correspondía presumir *iure et de iure* la existencia de peligro de fuga. En esos nuevos fallos se insistía en que tal presunción, en todo caso, era *iuris tantum* (cf., por todos, CFCP, “Díaz Bessone”, plenario nº 13, 30/10/2008). Tampoco esta última opinión era acertada, en la medida en que continuaba aplicando la lógica de las presunciones a una materia que debe estar regida por prueba, pero esa es ya otra discusión que no corresponde abordar aquí (no obstante, cf. al respecto, por todos, DEI VECCHI, “La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales” ps. 201 y ss.).

(28) Cf. NINO, “Fundamentos de derecho constitucional”, ps. 449 y ss.

(29) Que otra vez, como casi todos los códigos procesales en Argentina, al legislar sobre medidas de coerción incurre en errores serios, algunos hasta constitucionalmente objetables. Por solo poner un ejemplo, el Cód. Proc. Penal

mente establece que, si la sentencia condena a una pena de prisión efectiva a un imputado que hasta ese momento había gozado de libertad durante el proceso, “deberá” aplicársele una medida de coerción (desde la prisión preventiva hasta cualquiera de las alternativas previstas en el art. 210 de esa codificación), “a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena” (Código Procesal Penal Federal, 309, segundo párrafo). Evidentemente, al legislador le preocupa lo mismo que a mí: no es posible continuar con esto de que, tras una condena a pena efectiva, “no pase nada”. Pero lo resuelve inadecuadamente, presumiendo, sin admitir prueba en contrario (y aquí incluso en contra del imputado), que la condena implica peligro procesal suficiente como para autorizar una medida de coerción.

A tal punto son insatisfactorias (e ilegítimas) estas codificaciones que muchos tribunales de juicio optan por esquivar esa supuesta autorización legal a utilizar presunciones *iure et de iure*. Estos, ciertamente, continúan apagados a la lógica de la prisión preventiva cuando deciden respecto de la situación de libertad del imputado, sea al absolver, sea al condenar a una pena de prisión de cumplimiento efectivo. Pero, si condenan, prefieren dar razones (fundadas —al menos supuestamente— en prueba) para demostrar o bien que existe peligro procesal y que por tanto corresponde encarcelar de inmediato al condenado, pero a título de prisión preventiva, o bien que no existe peligro procesal, y que por eso corresponde mantenerlo en libertad hasta tanto la condena quede “firme”<sup>(30)</sup>. Una simple lectura de esos fundamentos, sin

Federal, 218, re establece la “gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho” como causal habilitante de la prisión preventiva, cuando desde hace décadas se tiene en claro que ello implica sustantivizar la prisión preventiva y convertirla en una medida de seguridad o en una pena anticipada, en tanto la gravedad y la naturaleza del hecho hacen a la “peligrosidad criminal”, por decirlo de alguna manera, y no a la peligrosidad procesal (así ya CAFFERATA NORES, “La excarcelación”, ps. 52-53; MAIER, “Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal”, ps. 95 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, “Prisión preventiva y excarcelación”, ps. 1070 y ss.).

(30) Cf., por ejemplo, TOCC n.º 23, “Naredo”, proceso n.º 4193, 11/9/2014; TOCC n.º 5, “Correa”, proceso n.º 55164/2006, 28/6/2016.

embargo, muestra que, en la mayoría de los casos, la afirmación o negación de la existencia de peligro procesal efectuados en una sentencia definitiva tiene apoyo en meros artificios, no en prueba genuina.

Lo dicho hasta aquí muestra que la aplicación que efectúa la jurisprudencia de las reglas vigentes en esta materia no resiste un test mínimo de razonabilidad. ¿Cómo se le explica a la víctima, y al resto de la comunidad, que el imputado, pese a haber sido declarado culpable, todavía es inocente? ¿Y cómo se le explica al imputado que, por haber sido absuelto, se garantiza su libertad, pero que, pese a haber sido absuelto, todavía no está absuelto, incluso pese a la existencia de normas tan claras como la del Código Procesal Penal de la Nación, 492, y Código Procesal Penal Federal, 374?

Mucho más simple, sincero y apegado a las normas constitucionales ya analizadas es considerar que el imputado, con la condena del tribunal de juicio, perdió su calidad de inocente, y que ya está absuelto si tras el juicio eso es lo que el tribunal declaró. Podrá ser informado, por supuesto, acerca de que esa declaración de culpabilidad, o de que esa absolución, pueden ser revertidas por vías recursivas. Pero ya se dijo que de que esto sea así no se sigue que aquellas declaraciones tengan que ser tenidas como inoperantes.

**VII.** Ahora sí corresponde ingresar a la cuestión que queda por resolver, a saber: cómo lidiar, *de lege lata*, con normas infraconstitucionales que establecen que solo una sentencia “firme” de condena puede desvirtuar la presunción de inocencia, como el Código Procesal Penal de la Nación, 1, el Código Procesal Penal de Córdoba, 1, y el Código Procesal Penal Federal, 3; o con otras normas que, según la interpretación completamente dominante, regulan los efectos de la sentencia absolutoria con los parámetros de la prisión preventiva, como el Código Procesal Penal Nación, 402, el Código Procesal Penal de Córdoba, 411, y el Código Procesal Penal Federal, 309. Acerca de estas últimas normas dije ya que lo primero que propondría es dejar de interpretarlas como si fueran regulatorias de la prisión preventiva o de la libertad en términos cautelares del condenado y del absuelto, y comenzar a considerarlas como normas que re-

gulan la ejecución propiamente dicha de esas decisiones judiciales. Fundé esta afirmación en que la letra de tales disposiciones deja margen sobrado para ello, y en que esta conclusión se fortalece aún más si se toman en cuenta las normas relativas, precisamente, a la ejecución de la sentencia absolutoria: Código Procesal Penal de la Nación, 492; Código Procesal Penal Federal, 374, entre otras.

Bajo *esta* lógica, entonces, dichas normas pueden perfectamente ser vistas como expresas disposiciones en contrario respecto del efecto suspensivo que, si no existieran, tendría también el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria. Si no fuera por esas normas, en efecto, el absuelto que hasta ese momento estuvo en prisión preventiva debería permanecer privado de su libertad ante la eventualidad de dicho recurso. Una consecuencia ciertamente inquietante que la ley evita que se produzca precisamente porque ordena la inmediata ejecución de la sentencia absolutoria, y no —cabe repetirlo— porque vea en la absolución un indicio de ausencia de peligro procesal. Para decirlo con el lenguaje de los códigos analizados, las “expresas disposiciones en contrario” respecto del efecto suspensivo de los recursos pueden estar previstas no solo en la regulación de cada impugnación en particular, sino también en otros lugares de la ley procesal, en particular entre las normas que se refieren a los efectos —y a la ejecución— de las decisiones judiciales eventualmente recurribles, como por ejemplo la absolución.

Ahora bien, ¿qué sucede con la condena? ¿Qué norma infraconstitucional permite considerarla exceptuada del efecto suspensivo que tendría el recurso (del imputado) en su contra y, por tanto, ejecutable de inmediato? Aquí el problema es más complejo porque, como vimos, entra a tallar la presunción de inocencia y la necesidad de que quede desvirtuada para que una condena pueda ejecutarse. Vimos también que, a nivel constitucional, no hay nada que impida considerar a la sentencia condenatoria del tribunal de juicio como la norma que establece la culpabilidad del imputado y que, por tanto, desvirtúa la presunción de inocencia. Pero sabemos, asimismo, que a nivel legal muchos códigos procesales exigen sentencia “firme” para desactivar esa presunción.

La cuestión, con todo, es más sencilla de lo que parece. Para resolverla en términos de *lege lata* a nivel infraconstitucional no hay más que incorporar a este análisis las razones esgrimidas en su momento para examinar el nivel constitucional. “Firme”, después de todo, es un vocablo fuertemente ambiguo que no significa nada por sí solo, y que siempre ha sido definido en función de contextos normativos específicos, y en particular de sus finalidades. Es razonable, por tanto, acudir a una interpretación teleológica para determinar su sentido en cada uno de esos contextos. Por lo pronto, “firme” no tiene por qué significar lo mismo en relación con el *ne bis in idem*, por ejemplo, que respecto de la presunción de inocencia.

En efecto, que “firme” signifique “ausencia de recursos pendientes” tiene sentido en el marco del *ne bis in idem* porque se trata de una garantía enfocada, precisamente, en que no recomience lo que ya concluyó, y la ausencia de recursos pendientes es un indicador razonable de “proceso terminado”. Lo mismo vale para cualquier otro contexto en el que lo que interesa es que se trate de un proceso finalizado (como por ejemplo en los casos del Cód. Penal, 27, 67, o del Código Procesal Penal de la Nación, 317.4, 479, etc.). Pero, como ya dije, que no queden recursos pendientes poco tiene que ver con lo que tiene que ser considerado relevante para que la presunción de inocencia pueda considerarse desvirtuada.

No parece adecuado, entonces, trasladar a la dogmática de la presunción de inocencia el significado que el término “firme” tiene en otros ámbitos, en particular en el de la determinación de la cosa juzgada, relevante para el *ne bis in idem*. Ya hemos visto que, en torno a la presunción de inocencia, ni siquiera algunas de las posiciones que interpretan “firme” como un indicador de ausencia de recursos pendientes se han tomado realmente en serio a tal “ausencia”, y aceptan que, a los efectos de la presunción de inocencia, una sentencia pueda ser tenida como firme a partir del momento en que es rechazado el recurso extraordinario federal, aunque todavía quede pendiente la queja (31).

---

(31) Apoyarse, para defender esto, en el argumento de que la queja no sería un recurso “genuino” (así, por ejemplo, D’ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal

Se han invertido algunos esfuerzos, infructuosos también, en tratar de distinguir entre “firmeza” y “ejecutoriedad”; (32) o entre suspensión de efectos de una sentencia y cosa juzgada (33). Todos —a mi juicio— igual de superficiales y de poco convincentes, pero a la vez unidos por un nomenclador común que, como ya dije, debe ser puesto de relieve: la convicción de los jueces de que no puede ser correcta ninguna tesis que obligue a esperar al logro de cosa juzgada en sentido propio para que una condena pueda ser ejecutada, y mucho menos cuando incluso una sentencia así puede de todos modos quedar desvirtuada en cualquier momento por una revisión de la sentencia “firme” en los términos del Código Procesal Penal de la Nación, 479; del Código Procesal Penal de Córdoba, 489;

de la Nación”, t. II, ps. 991 y ss., para quien se trata de “una mera reclamación planteada al superior para que se pronuncie en torno a la admisibilidad de uno denegado”) es conformarse, en mi opinión, con un nivel poco aceptable de semántica superficial. Lo que interesa son los efectos prácticos de la queja, y lo cierto es que una queja exitosa puede derivar en que finalmente sea revocada o anulada la decisión contra la que se interpuso la impugnación mal denegada, que es precisamente el efecto que tiene todo recurso, más allá de cualquier discusión teórica sobre su “naturaleza jurídica”.

(32) Cf. D’ALBORA, Nicolás, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, p. 147 (criticando la supuesta confusión de ambos conceptos). Algunas decisiones judiciales también destacan la necesidad de distinguir entre “firmeza y ejecutoriedad”. Así, por ejemplo, TOCC n.º 24, “Fontanet”, proceso nº 2517, 18/11/2015 (destacando la “diferencia que existe entre la ejecutoriedad y firmeza de una sentencia y la confusión que ello trae aparejado, sobre todo, en cuanto a los efectos suspensivos del recurso de queja ante la CSJN ante el rechazo del recurso extraordinario”), y CFCP, Sala IV, “Hermann”, reg. nº 1946.13, 10/10/2013: “[N]o podría afirmarse válidamente que una sentencia este’ firme en tanto subsista la posibilidad de que la Corte haga lugar a la queja, admita el recurso extraordinario rechazado y modifique el contenido del decisorio atacado; pero [...] ello no conmueva la ejecutabilidad de la sentencia, la que se produce a partir del momento en que el recurso extraordinario es rechazado”.

(33) Cf. CSJN, Olariaga” (Fallos CSN, t. 239, p. 1209), donde se afirma: “[L]os jueces anteriores en jerarquía confundieron la suspensión de los efectos —que hace a la ejecutabilidad de las sentencias— con la inmutabilidad —propia de la cosa juzgada— que recién adquirió’ el fallo condenatorio [...] con la desestimación de la queja dispuesta por este Tribunal” (considerando 7º).

del Cód. Proc. Penal Federal, 366, y otros muy semejantes.

Más correcto, sensible a las complejidades del tema y apegado a las normas constitucionales ya analizadas es sostener que “firme” significa algo más similar a “sólido”, o más precisamente: “[C]on peso epistémico suficiente”. Porque eso es lo que resulta necesario (y es lo único que el bloque constitucional exige) para que la presunción de inocencia pueda considerarse válidamente desvirtuada. Y a partir de esto considerar, a su vez, que la sentencia condenatoria dictada por un tribunal de juicio es la que tiene dicho peso. No porque no pueda ser cuestionada a través de un recurso, sino, como ya dije, por el privilegiado modo de conocer los hechos que el debate oral previo a esa sentencia posibilita, imposible de equiparar después en el marco de un diseño procesal que, por razones constitucionales, erige al juicio, y no a su revisión, como la etapa más significativa. No puede ser otra, entonces, la sentencia que tanto la Constitución como la ley tengan en mira para cumplir la delicada función de desvirtuar la presunción de inocencia.

Se ve, entonces, que la sentencia definitiva dictada tras el juicio tiene una regulación especial en lo que atañe al impacto del efecto suspensivo de los recursos que pueden ser interpuestos en su contra. En cuanto a la absolución, el efecto suspensivo del recurso del acusador es exceptuado por las normas específicas que ordenan que esa sentencia (y su principal consecuencia: la libertad del imputado) debe ser ejecutada de inmediato. Y en cuanto a la condena dictada tras un juicio, el efecto suspensivo del recurso del imputado es exceptuado por las normas que establecen que la presunción de inocencia queda desvirtuada por una sentencia que, de modo sólido por su posicionamiento epistémico, tiene por probada la culpabilidad del imputado, y que, por tanto, debe ser ejecutada de inmediato.

### Bibliografía

BINDER, Alberto, “Introducción al derecho procesal penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2<sup>a</sup> ed.

BOVINO, Alberto, “Problemas de derecho procesal penal contemporáneo”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

— “Principios políticos del procedimiento penal”, Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2018.

BÖHM, Klaus - WERNER, Eric, “§ 112”, en Kudlich, Hans et al. (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, C. H. Beck, Múnich, 2014, t. II,

CAFFERATA NORES, José Ignacio, “La excarcelación”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

— “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, 2.<sup>a</sup> ed.

CAFFERATA NORES, José Ignacio - TARDITI, Aída, “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado”, *Mediterránea*, Córdoba, 2003, t. II.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de derecho procesal penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I.

D'ALBORA, Nicolás, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, en *El Mismo, Límites y proyección de los recursos en materia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.

D'ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación: anotado, comentado”, concordado, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, t. II, 7.<sup>a</sup> ed.

DAMAŠKA, Mirjan, “El derecho probatorio a la deriva” (traducción de Joan Picó i Junoy; título original: *Evidence law adrift*, Ed. Yale University Press, New Heaven & London, 1997), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

DEI VECCHI, Diego, “La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

DÍAZ, E. Matías, “Condiciones para la ejecución de la condena. La firmeza como garantía del imputado”, en RDP 2015-12-2412.

DUFF, Antony - FARMER, Lindsay - MARS-HALL, Sandra - TADROS, Víctor, *The trial on trial*, t. III, Ed. Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.

FEINBERG, Joel, “The expressive function of punishment”, en *El Mismo, Doing and deserving*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1970, ps. 95 y ss.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros; título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Gius. Laterza & Figli, Roma-Bari, 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en MARTÍ, José Luis - MORESO, José Juan (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, ps. 167 y ss.

Green, Stuart, Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco (traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Marcial Pons, Madrid, 2013.

HERBEL, Gustavo A., “Derecho del imputado a revisar su condena”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

JAKOBS, Günther, “Derecho Penal. Parte General”, 2.<sup>a</sup> ed. (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo; título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1991), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn et al., 2004.

KELLER, Doug, “Resolving a “Substantial Question”: Just Who is Entitled to Bail Pending Appeal under the Bail Reform Act of 1984?”, en *Florida Law Review*, nº 60, 2008, ps. 825 y ss.

LANGER, Máximo, “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1998-A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pp. 215 y ss.

MAGARIÑOS, Héctor Mario, “El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia*

*penal*, n.º 9-B, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 77 y ss.

MAIER, Julio B. J., "Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.

— "Derecho procesal penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004 t. I, 2ª ed.

MEYER - GOSSNER, Lutz - SCHMITT, Bertram, *Strafprozessordnung*, C. H. Beck, Múnich, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi, "Fundamentos de Derecho Procesal Penal", Ed. BdeF, Buenos Aires, 2012.

NINO, Carlos S., "Fundamentos de derecho constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

PASTOR, Daniel, "Las funciones de la prisión preventiva" en *El Mismo, Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 245 y ss.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PEREZ BARBERÁ, Gabriel, "Prisión preventiva y excarcelación", en LL Córdoba, año 9, Córdoba, 1992, ps. 1070 y ss.

— "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena", en *Indret Penal*, n.º 4, Barcelona, 2014.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel - BOUVIER, Hernán, "Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios", en *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 527-546.

PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999.

SUTHERLAND, Edwin, *White Collar Crime*, Yale University Press, New Haven and London, 1983.

TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2005.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Ed. Lerner, Córdoba, 1982, 3ª ed., t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal". Ediar, Buenos Aires, 2013 (6º reimp.).

# Disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal

Gonzalo Anzorreguy (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.— IV. Bibliografía.

## I. Introducción

El presente artículo tendrá como eje de análisis las reglas de disponibilidad de la acción pública que como nota característica tiene el Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

Especificamente se hará referencia a los “Criterios de Oportunidad”, a la “Conversión de la Acción” y a la “Conciliación” —la Suspensión del Juicio a prueba ya estaba receptada—, que ayudan a racionalizar los recursos y vienen a consagrar la visión que sostiene que el delito debe ser analizado como un conflicto que los jueces y el MPF deben procurar resolver dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

Con el fin de poder realizar un análisis acabado de la temática aludida se procederá a efectuar un estudio de las normativas relacionadas, como así también de la postura al respecto de diversa doctrina.

## II. Desarrollo

A partir de la promulgación de las leyes 27.063 y 27.482 fue sancionado en la Argentina el Código Procesal Penal Federal, el cual se enmarca en un proceso de reforma que hace varios años han tomado las provincias en sus códigos procesales

(\*) Abogado (UCA). Secretario de Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en Capital Federal. Diplomado en Litigación Oral Penal (American University College of Law / CEJA). Especialista en Recuperación de Activos (OCDE). Especializando en Derecho Penal (UBA).

locales, como así también la gran mayoría de los países de Latinoamérica.

Mediante esta reforma en el ordenamiento procesal federal se pasa de un sistema “mixto” —con características inquisitivas— a un sistema “acusatorio”, implementando así un proceso moderno que separa las funciones de acusación y juzgamiento, en el marco de un procedimiento más eficiente basado en la oralidad, inmediación, celeridad, publicidad, concentración y simplicidad.

A los efectos de dotar de celeridad y eficiencia al procedimiento penal, esta reforma trae como novedoso las reglas de disponibilidad de la acción pública, que aparecen como una excepción al principio de oficiosidad que históricamente rigió en el proceso penal argentino.

El mencionado principio llevado a un extremo implica que el Ministerio Público Fiscal deba investigar todo suceso que aparezca en infracción a la ley penal.

Este principio de oficiosidad ha sido objeto de numerosas críticas, habiéndoselo ubicado habitualmente como característico de los sistemas inquisitivos donde la víctima no tiene un rol preponderante y el objetivo del proceso esencialmente es la averiguación de la verdad.

En este sentido tiene dicho Mendaña: “Un aspecto que creemos característico del sistema inquisitivo es la expropiación del poder de los sujetos involucrados, especialmente el poder de la víctima, en la resolución de sus conflictos, desvirtuando una aspiración central del dere-

cho penal moderno, esto es que el poder penal del Estado se ejerza como *ultima ratio*"(1).

Con relación a ello cabe destacar que Maier sostiene: "la víctima, que otrora ocupara un plano sobresaliente de la reflexión penal, fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos"(2).

En esta misma línea de pensamiento los doctrinarios Duce y Riego afirman: "el principio de legalidad 'constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo' y el mismo resulta coherente con su ideología del 'que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido'"(3).

En este mismo sentido, Binder sostiene: "[E]l concepto de acción penal pública se convierte en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal"(4).

Siguiendo estas críticas al principio de legalidad, Maier tiene dicho que este implica que ante el conocimiento de un hecho punible no

(1) MENDAÑA, Ricardo. J., "Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad", INECIP, 2007-1. Recuperado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>.

(2) MAIER, Julio B., citado en Mendaña, Ricardo. J., "Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad", INECIP, 2007-1. Recuperado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>.

(3) DUCE, Mauricio — RIEGO, R. Cristian, citado en MENDAÑA, Ricardo. J., "Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad", INECIP, 2007-2. Recuperado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>.

(4) BINDER, Alberto., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2da edición actualizada y ampliada, p. 213.

existe criterio de oportunidad alguno que permita prescindir de la persecución penal (5).

Algunas posiciones críticas respecto del principio de oficiosidad y la concepción de la acción pública han sido mucho más extremas, llegando a sostener: "La objetivación del Derecho penal como afectación de bienes jurídicos 'olvida' a la víctima, hacia quien principalmente debiera estar orientada la solución judicial. Esto pone nuevamente en debate la oficialidad de la acción penal y el retorno a la acción privada... es oportuno plantear que la acción penal debiera ser como regla, privada, justamente para garantizar el control de esta por parte de la víctima" (6).

Así las cosas, se observa como sumamente positivo que el Nuevo Código Procesal Penal Federal haya atenuado el alcance del principio de oficiosidad en línea con la búsqueda de alcanzar un procedimiento penal mucho más moderno en el cual el interés de la víctima tenga mayor relevancia, como así también que la solución del conflicto sea un objetivo de mayor importancia que la búsqueda de la verdad.

A continuación, se hará referencia a los arts. 22, 30, 31, 33 y 34 del Nuevo Código Procesal Penal Federal a fin de poder analizar con qué alcance se ha podido instituir los principios aludidos en el párrafo que antecede.

Para comenzar cabe hacer mención del art. 22 del referido Código de forma el cual establece: "Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social".

Lo dispuesto en el artículo referenciado envuelve el cambio de visión que se pretende establecer con la reforma del código de proce-

(5) MAIER, Julio, "Derecho procesal penal argentino", Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo 1-B, p. 548.

(6) GOS, Tatiana, "La persecución penal en los nuevos Códigos Procesales y Penales provinciales", Lecciones y Ensayos, 2008-85-67, Recuperado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/leye/revistas/85/04-ensayo-tatiana-v-f-gos.pdf>.

dimiento, dándole preferencia a la solución del conflicto suscitado —característica de los sistemas acusatorios— por sobre la idea de alcanzar la averiguación de la verdad y la imposición de una pena —característica de los sistemas inquisitivos—, consagrando así en definitiva el principio de *última ratio* del derecho penal.

Con relación a ello, tiene dicho Binder: “Existen dos formas básicas y antagónicas de comprender al derecho penal. Según una, que se llamará *«derecho penal del conflicto»*, trata de intervenir en la conflictividad social, mediante la selección de algunos conflictos respecto de los cuales *«no queda otro remedio»* que intervenir con el poder penal. Las razones de esa elección son complejas y están reguladas por los distintos principios que conforman el universo del derecho penal como *última ratio*. Para la otra visión —de raíces inquisitoriales—, el derecho penal es, ante todo, una infracción, una desobediencia. Allí no predomina el conflicto primario sino el conflicto secundario. El caso no es que Juan le pegó a Pedro y lo dañó (*conflicto base*) sino que Juan, en tanto le pegó a Pedro, desobedeció a la ley, a la orden de no dañar (*conflicto secundario*)” (7).

Por otra parte, la posibilidad de disponer de la acción penal a través de alguno de los mecanismos aludidos tiene como consecuencia positiva la posibilidad de administrar la escasez de recursos con los que cuenta el sistema de justicia, poniendo el foco de atención en aquellos casos de mayor relevancia, como así también logrando procesos más ágiles que favorezcan la rápida reparación del daño causado a los damnificados.

Esto que resulta novedoso en nuestro sistema penal federal, es algo que hace ya varios años existe en el resto de los sistemas procesales de Latinoamérica, respecto de los cuales, en términos similares, se ha dicho: “[L]os sistemas adversariales en América Latina ofrecen una serie de alternativas al proceso judicial dentro de lo que comúnmente se ha llamado diversificación de las respuestas que ofrece el sistema de

justicia. Las salidas alternativas más comunes y reguladas en todos los países son los acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento. El fundamento de estas instituciones es doble: por un lado, que el sistema judicial ofrezca respuestas más adecuadas en función de las características de los conflictos y, por otro lado, mejorar la eficiencia del sistema de justicia ya que estas salidas tienen tiempos de tramitación más reducidos”(8).

El art. 30 del Cód. Proc. Penal Federal es el que se refiere de forma concreta respecto a la posibilidad que tiene el representante del Ministerio Público Fiscal de la Nación de disponer de la acción, estableciendo: “El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o debido a su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.”

La primera alternativa que surge del artículo precedentemente aludido es la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, circunstancia que se encuentra prevista en el art. 31 del Código Procesal Penal Federal y establece: “Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. Si se trata de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuen-

---

(7) BINDER, Alberto, citado en CEJA, “La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley”, 2018, p. 543. ISBN: 978-956-8491-56-7.

(8) CEJA, “La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley”, 2018, p. 544. ISBN: 978-956-8491-56-7.

cia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.”

Las posibilidades que da la normativa referenciada resultan ser herramientas provechosas para que el Fiscal asigne los recursos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en consonancia con un modelo de investigación eficiente, estratégico y de intervención mínima.

Respecto al principio de oportunidad se ha dicho que es “la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”(9).

Asimismo, se ha sostenido que el principio de oportunidad “le otorga al Ministerio Público Fiscal el poder político de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social, ponderando adecuadamente cada caso. Ello puede implicar no promover, no ejercer, hacer cesar, limitar cualitativa o cuantitativamente la acción penal, a partir de dos fundamentos: a) la previsión de las consecuencias que genera el empleo de la herramienta penal, realizando un examen *ex ante* y *ex post*, a fin de determinar el impacto social de un delito y de las consecuencias de su punición; b) la necesidad de formular prioridades de acción, dada la escasez de recursos de toda índole, evitando el cúmulo de casos intrascendentes que atolla el sistema.”(10).

(9) CAFFERATTA NORES, José, citado en MENDAÑA, Ricardo. J., “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, INECIP, 2007-4,5. Recuperado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>.

(10) GOS, Tatiana, “La persecución penal en los nuevos Códigos Procesales y Penales provinciales”, Lecciones

Por otro lado, en cuanto a la implementación, cabe agregar que los criterios de oportunidad pueden instrumentarse en un sistema libre o en un sistema reglado.

El sistema libre es el que mayormente se ve en los países anglosajones donde “el fiscal solo lleva a juicio aquella causa que puede ‘ganar’ logrando una condena, consecuentemente bajo esa lógica, sino existe tal posibilidad no hay acusación y, por otra parte, para lograr la condena por delito se permiten negociaciones que pueden llevar a su impunidad parcial o de otros cometidos. En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el fiscal, puede iniciarla o no hacerlo; puede una vez iniciada, desistirla; puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida que este acepte la responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante; puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando ello sea útil para el descubrimiento de otro más grave.”(11).

Por su parte, el sistema reglado es el que normalmente rige en el procedimiento continental-europeo en el cual “sobre la base del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación, cuya aplicación en un caso concreto es responsabilidad de los funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado —a veces también de la víctima— y requiere control del órgano jurisdiccional respecto a si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterio de oportunidad y, además, si amerita efectivamente dicho tratamiento”(12).

y Ensayos, 2008-85-79. Recuperado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/85/04-ensayo-tatiana-v-f-gos.pdf>.

(11) FIGARI, Rubén E. “El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal (ley 27.147) y en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)”, 2016-33. Recuperado en: <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-o-disponibilidad-de-la-accion-penal-en-el-codigo-penal-ley-27-147-y-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-ley-27-063/>.

(12) FIGARI, Rubén E. “El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal (ley 27.147) y en el nuevo Código Procesal Penal de la

De acuerdo con lo expuesto se concluye que el Código Procesal Penal Federal ha instituido los criterios de oportunidad dentro de un sistema reglado, en tanto el art. 31 establece taxativamente en qué casos el Fiscal puede hacer uso de la herramienta aludida.

En términos generales podría decirse que este artículo brinda la posibilidad de desistir de la acción penal cuando no exista un interés por parte del Ministerio Público Fiscal de la Nación de investigar el hecho dado que la actividad en diligada al sujeto no tendría mayor relevancia por los siguientes motivos:

- la afectación del interés público sería escasa;
- la pena a imponer resultaría de menor cuantía;
- el imputado hubiera sufrido un daño a raíz del suceso enrostrado que funcionaría como pena natural;
- o bien por insignificancia procesal.

Respecto a esta posibilidad, creo que la crítica que cabría hacer es que no se observa que la opinión de la víctima tenga algún tipo de relevancia, advirtiéndose que la aplicación de un criterio de oportunidad estaría dada esencialmente por el desinterés del Ministerio Público Fiscal.

La segunda alternativa de disponibilidad que brinda el art. 30 del Código Procesal Penal Federal es la conversión de la acción, circunstancia que se encuentra prevista en el art. 33 del Código Procesal Penal Federal y que establece:

“A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: a. Si se aplicara un criterio de oportunidad; b. Si el ministerio público fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c. Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo au-

---

Nación (ley 27.063)”, 2016. Recuperado en: <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-o-disponibilidad-de-la-accion-penal-en-el-codigo-penal-ley-27-147-y-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-ley-27-063/>.

torice y no exista un interés público gravemente comprometido. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque solo una haya ejercido la querella.”

Con relación a esta posibilidad de convertir la acción pública en privada, si bien en un primer momento parecería ser algo que le da mayor protagonismo a la víctima, cuando se procede a analizar de forma detallada cada uno de los incisos que conforman el artículo referido, puede advertirse que en realidad ocurre justamente lo contrario.

La posibilidad que la acción pública se convierta en privada solamente va a tener lugar en aquellos casos donde el Estado ya ha demostrado cierto desinterés en la persecución penal del suceso en cuestión.

Así las cosas, podría sostenerse que el art. 33 del Código Procesal Penal Federal en vez de instituir una herramienta que le brinde un papel protagónico a la víctima en el proceso penal, lo que hace es darle la posibilidad de actuar de forma subsidiaria, sumado a lo cual debe destacarse que con ello tampoco se cumple con el objetivo de descongestionar el sistema judicial, sino que lo congestiona aún más.

La tercera alternativa de disponibilidad que da el art. 30 del Código Procesal Penal Federal es la conciliación, circunstancia que se encuentra prevista en el art. 34 del Código Procesal Penal Federal y establece: “Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el art. 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación”.

Esta posibilidad que brinda el nuevo código de forma resulta ser sumamente novedosa, en tanto permite que el proceso penal se concluya mediante un acuerdo entre las partes, lo cual resulta totalmente acorde con la idea de un sistema judicial donde las partes y sus conflictos tienen un lugar sumamente protagónico.

Asimismo, mediante la conciliación se consagra como idea principal la implementación de una justicia restaurativa, donde lo central resultan ser las necesidades de los damnificados y los responsables del delito, y no la sanción a estos últimos.

De la lectura del art. 34 del Código Procesal Penal Federal se advierte que la posibilidad de conciliar en el marco de un proceso se encontraría limitada, en tanto que solamente podría tener lugar en "... los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte".

Respecto a dicha delimitación se ha sostenido: "los legisladores no reconocen la posibilidad de reparar daños inmateriales ni que existen penas distintas a la prisión y por lo tanto la reparación puede implicar una pena en sí misma. Tampoco se estudia la justicia desde su aspecto resarcitorio, sino que es abarcada bajo la concepción retributiva, temiéndose entonces que un acuerdo entre víctima e imputado no derive en la pena de prisión"(13).

En este orden de ideas, al igual que las otras alternativas de disponibilidad de la acción analizadas previamente, puede advertirse que en la conciliación el margen que tiene la víctima para actuar se encuentra acotado.

Por último, corresponde destacar que las tres alternativas analizadas —principio de oportunidad, conversión de la acción, conciliación— a su

(13) MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. E., citado en CANNIZZARO, Carla Mable, "Conciliación. Problemas e incongruencias del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación", Lecciones y Ensayos, 2015-95-228. Recuperado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/leye-revistas/95/conciliacion-problemas-e-incongruencias-del-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion.pdf>.

vez cuentan con otras limitaciones que de forma general establece el art. 30 del Código Procesal Penal Federal, a saber: "No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciese como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal".

Las limitaciones para disponer la acción penal expuestas en el párrafo referenciado encontrarían fundamento en diversos instrumentos internacionales a los que la Argentina ha adherido.

La primera se refiere a los casos en los que un funcionario es investigado por un suceso que tuvo lugar debido a su cargo, que de alguna manera tiene por fin evitar la impunidad de casos de corrupción.

La segunda limitación está dada por los casos que se dan dentro de un contexto de violencia doméstica o casos motivados en razones discriminatorias.

Por último, el artículo aludido expone una limitación general para cualquier supuesto que resulte incompatible con tratados internacionales, leyes o instrucciones generales del MPF.

Con relación a todas estas limitaciones, puede advertirse que su aplicación de forma general parecería que torna casi en inoperativa la posibilidad de disponer la acción penal o al menos la restringe excesivamente.

Si bien resultan atendibles los fundamentos para que no se disponga de la acción penal en determinados casos como los expuestos por la norma, a los efectos de no desvirtuar el instituto aludido, debería ser el MPF o la víctima —según cada caso— los que al fin de cuentas decidan y fundamenten los motivos por los cuales decidieran disponer o no de la acción.

### III. Conclusiones

Lo expuesto durante el presente trabajo ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

a. El Nuevo Código Procesal Penal Federal se enmarca en un proceso de reforma de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio.

b. Lo dispuesto en el art. 22 del Nuevo Código Procesal Penal Federal envuelve el cambio de visión que implica darle preferencia a la solución del conflicto suscitado por sobre la idea de alcanzar la averiguación de la verdad y la imposición de una pena.

c. El art. 30 del Código Procesal Penal Federal es el que instaura la posibilidad que tiene el representante del Ministerio Público Fiscal de la Nación de disponer de la acción.

d. Los arts. 31, 33 y 34 implementan herramientas novedosas de disposición de la acción que resulta ser “Criterios de oportunidad”, “Conversión de la acción” y “Conciliación”.

e. Si bien las herramientas aludidas lucen como un avance, parecería que aún el interés de la víctima no obtuvo una preponderancia acorde al proceso de reforma hacia un sistema acusatorio.

f. La limitación de la disponibilidad de la acción que instituye el art. 30 en su último párrafo parecería que torna casi en inoperativa la herramienta bajo análisis o al menos la restringe excesivamente.

g. Podría resultar más oportuno que no exista dicha limitación y que sea el MPF o la víctima —según cada caso— los que al fin de cuentas decidan y fundamenten los motivos por los cuales decidieran disponer o no de la acción.

### IV. Bibliografía

BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2da edición actualizada y ampliada.

CANNIZZARO, Carla Mabel, “Conciliación. Problemas e incongruencias del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *Lecciones y Ensayos*, 2015-95-228. Recuperado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/conciliacion-problemas-e-incongruencias-del-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion.pdf>.

CEJA, “La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley”, 2018. ISBN: 978-956-8491-56-7.

FIGARI, Rubén E. “El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal (ley 27.147) y en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)”, 2016. Recuperado en: <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-o-disponibilidad-de-la-accion-penal-en-el-codigo-penal-ley-27-147-y-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-ley-27-063/>.

GOS, Tatiana, “La persecución penal en los nuevos Códigos Procesales y Penales provinciales”, *Lecciones y Ensayos*, 2008-85, Recuperado en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/85/04-ensayo-tatiana-v-f-gos.pdf>.

MAIER, Julio, “Derecho procesal penal argentino”, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo 1-B.

MENDAÑA, Ricardo. J., “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, INECIP, 2007. Recuperado en: <http://www.pensamientosopen.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>.

# La construcción de la verdad en el sistema acusatorio

Cecilia Vazquez Fain <sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Teorías de la verdad.— III. La verdad en el derecho procesal penal.— IV. La verdad en los diferentes sistemas de enjuiciamiento penal.— V. El sistema acusatorio y su “verdad”.— VI. Reflexiones finales.

## I. Introducción

El presente ensayo (1) se propone reflexionar sobre el concepto de verdad en el sistema de enjuiciamiento acusatorio (2).

A nivel Federal, Argentina comenzó a transitar hace algunos años desde la nueva sanción del Código Procesal Penal Federal (ley 27.482) una modificación sustancial en la forma en que organiza y se desarrollan las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos cometidos dentro de la esta competencia. A diferencia de las sucesivas reformas que fue teniendo el Código Procesal Penal de la Nación vigente, el nuevo código se presenta disruptivo, en tanto no solo incorpora modificaciones vinculadas a plazos, organización del proceso, recursos, nulidades etc. El nuevo proceso propone modificaciones sustanciales vinculadas a la forma en que se ejerce el poder público, en este caso el ejercicio punitivo del Estado en la etapa que interviene la agencia judicial (refiero con este término tanto a la judicatura como a los ministerios públicos). A grandes rasgos, se pueden mencionar la limita-

ción de funciones, el contradictorio, la continuidad, la publicidad, la oralidad etc. Ahora bien, de todas estas características que impulsa este nuevo sistema de enjuiciamiento, me propongo acercarme hacia el concepto de verdad y qué rol cumple esta definición en este nuevo sistema.

La búsqueda de la verdad, traducido jurídica- mente en probar la existencia del hecho típico, supone el requisito ineludible para habilitar la imposición de una pena. La forma en que se busque arribar a esa verdad y quien la ejerza implica un claro ejercicio del poder público. En este sentido, Ferrajoli (3) (2006) señala: “[E]l juicio penal es un saber-poder, es decir una combinación de conocimiento (veritas) y de decisión (auctoritas). En semejante entrelazamiento cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa” (p. 46). Partiendo de esta idea de la existencia de una relación entre el conocimiento y la decisión, a lo largo de este artículo, se analizarán brevemente las principales teorías que buscan acercar un concepto de verdad, como así también sobre cómo se construye la verdad en los diferentes modelos de enjuiciamiento penal, para finalmente analizar qué pautas existen en el nuevo sistema que se está implementando a nivel federal.

## II. Teorías de la verdad

Diversas son las teorías que le otorgan una definición al concepto de verdad. No es un problema propio del ámbito del derecho penal, sino más bien propio de la filosofía, ya Aristóteles (ci-

(\*) Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal del MERCOSUR (UBA). Cursó el posgrado de Actualización en Litigación Penal, docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA en la Cátedra del Dr. Alagia. Docente en la Licenciatura en Seguridad Ciudadana en el Instituto Universitario de la PFA. Integrante del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

(1) El presente artículo se realizó a partir del trabajo final elaborado para el Programa de Actualización en Litigación Penal de la UBA.

(2) Usaré, sin perjuicio de sus diferencias, a lo largo del ensayo los conceptos de sistema acusatorio y/o adversarial de modo indistinto.

(3) FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Madrid, España, 2006.

tado en Guzmán 2018) definía a la verdad como: “Decir que lo que es no es o que lo que no es es, es erróneo; pero decir que lo que es es y que lo que es no es, es verdadero” (p. 63) (4).

En línea con la definición de Aristóteles, se encuentran las teorías *correspondentistas*. Estas teorías, sostiene la posibilidad de una perfecta adecuación de los enunciados a los objetos o hechos que se refieren. La verdad de una proposición va a estar determinada solamente por la forma en que se relaciona con la realidad. Tarski (5) (1972, citado en Guzmán 2018), referente de esta teoría, sostiene en lo que él denominó la Convención T: “la definición de verdad debe implicar una equivalencia del siguiente tipo: el enunciado “la nieve es blanca” es verdadero, si y sólo si, la nieve es blanca”. La expresión entre comillas es el nombre del enunciado y la misma expresión escrita sin comillas es el enunciado en sí mismo. De forma tal, que si queremos decir que un enunciado es verdadero debemos usar el nombre del enunciado y no el enunciado mismo” (p. 74). Lo que introduce Tarski, es la distinción entre lenguaje-objeto y metalenguaje. El primero refiere a la utilización de un determinado enunciado para hablar de algo, el segundo es el objeto del cual habla el enunciado mismo. Tarski propone para discutir el problema en la definición de la verdad, la utilización de los dos lenguajes. El lenguaje-objeto es el lenguaje del cual se habla y es el objeto de la discusión. En cambio, el metalenguaje, es el lenguaje en el cual nosotros hablamos acerca del primer lenguaje, de manera tal que el metalenguaje contiene al lenguaje-objeto como parte. La crítica a esta teoría radica en que no suministra un criterio objetivo o realista de aceptación de la verdad, sino que se limita a indicar las condiciones de uso del término “verdadero” cualquiera que sea la epistemología adoptada o rechazada.

Existe otro grupo de autores (por ej. Frances Bradley y Otto Neurath), que se enrolan en las denominadas *teorías coherentistas y pragmáticas*, entienden que la “configuración de la verdad como coherencia de una asección dentro de

un contexto narrativo”. Sin embargo, las principales críticas que recibe esta teoría es que pueden existir narraciones coherentes pero falsas al mismo tiempo. Asimismo, Bunge (2001 citado en Guzmán) sostiene que la coherencia es fundamental como un criterio de aceptabilidad de la verdad de un enunciado, pero no sirve para brindar una definición de verdad (p. 66).

Por su parte los pragmatistas (por ej. Charles Peirce, William James, Ferdinand Schiller y John Dewey), “la verdad de una creencia estaría constituida por ciertas características de sus consecuencias las cuales deben ser buenas” (1993 en Guzmán p. 67) (6). Entonces para esta teoría, una creencia será verdadera en la medida que sea buena o conveniente para nuestra forma de pensar. Entre varias de sus críticas, se puede mencionar la de Popper (1994 citado en Guzmán p. 68) (7), que refiere que esta teoría no hace más que confundir la verdad con utilidad, solo ofrece un criterio de verdad, pero no proporciona un significado.

Una última corriente, es el *consensualismo*, que tiene como principal exponente a Jürgen Habermas. Esta corriente, sostiene que para que un enunciado sea verdadero, lo que importa es la aceptación de ese enunciado por otras/os. La verdad de una proposición va a estar dada por el consenso racional al que se alcance. Según el autor, este consenso vale como criterio de verdad. En este sentido, Habermas (2001 citado en Guzmán) (8) sostiene que para que el enunciado pueda ser definido como verdadero, el discurso debe reunir determinados requisitos. Por un lado, debe existir “la situación ideal de habla” donde “las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen a la propia estructura de la comunicación. La situación ideal del habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación”. Esta situación, requiere que todas/os las/os participantes potenciales de un discurso tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte tal que en todo momento puedan abrir un discurso y perpetuarlo,

---

(4) GUZMÁN, Nicolás, “La Verdad en el Proceso Penal”, Ediciones Didot Buenos Aires, Argentina, 2018

(5) Ibidem.

(6) Ibidem.

(7) Ibidem.

(8) Ibidem.

con intervenciones y réplicas. En segundo lugar, que todas/os las/os participantes tienen igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, justificaciones y de razonar y regular las pretensiones de validez de ellas (p. 77).

Luego de este brevísimo resumen, se podría concluir que no existe una verdad en términos absolutos, puesto que siempre vamos a tener un sujeto cognosciente, que sea en la teoría en la cual nos paremos, de algún modo va a dotar de cierto contenido y subjetividad a esa verdad.

### III. La verdad en el derecho procesal penal

El derecho penal actual como lo conocemos hoy día recoge esta limitación epistemológica de acceso a la verdad. Como señala Taruffo (1992, citado en Guzmán) (9), se plantean tres diversos problemas para arribar al conocimiento de la verdad los cuales los organiza como la “imposibilidad teórica, la imposibilidad ideológica y la imposibilidad práctica” (p. 42).

Como se refirió inicialmente es sobre la construcción de una verdad relativa a un hecho sucedido que se va a imponer una pena. Por este motivo, es que el derecho procesal penal va a utilizar conceptos como certeza, probabilidad y duda. Estos conceptos representan juicios de valor respecto de ese grado de conocimiento sobre un hecho sucedido. En la certeza, existe un convencimiento de haber conocido la verdad. En la probabilidad, si bien no existe una certeza sobre el hecho, hay una creencia mayor de que ha sucedido. Maier (1999) (10), lo define como “un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto, es el juicio del sujeto cognosciente que estima haberse acercado al resultado buscado (...) aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente, en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella” (p. 843). Finalmente, en la duda, el juzgado se posiciona en la antípoda de la certeza, se ha fracasado en la posibilidad de conocer la verdad.

(9) Ibidem.

(10) MAIER, Julio B., “Derecho Procesal Penal I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1999.

Maier (1999) (11), habla sobre un concepto de verdad, que desde una perspectiva histórica implica “una relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado”. Adoptando la tesis sostenida por Hessen, Maier (1999) (12), refiere a que la verdad “es la representación ideológica correcta de una realidad ontológica” (p. 842).

Por su parte, Ferrajoli (2006) (13) sostiene que el modelo ilustrado de la perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley “es una ingenuidad filosófica vienciada de realismo metafísico. Sin embargo, se puede salvaguardar su valor teórico y político si y sólo si se redefine como modelo límite nunca plenamente conseguible sino sólo aproximable y, sobre todo, se aclaran las condiciones en presencia de las cuales puede ser más o menos satisfecho” (p. 46).

Por tanto, el autor sostiene que en el proceso penal la actividad del juez es la de comprobar y declarar como verdadera una proposición. Por ejemplo, que Juan mató a Ana. De esta proposición se desprenden dos nuevas proposiciones, una fáctica de hecho y otra jurídica o de derecho. Ambas proposiciones, las denominadas assertivas o cognoscitivas, en la medida de que es predictable su verdad o falsedad. Respecto a la verdad fáctica (Juan mató a Ana), se puede comprobar a través de la prueba de que el hecho existió y que lo cometió Juan. En cuanto a la verdad jurídica, es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que determinan que un hecho es delito. En este orden, la comprobación de la proposición fáctica se hace por vía inductiva, conforme los datos que arrojará la actividad probatoria, mientras que la otra es resoluble por vía deductiva conforme el significado de las palabras empleadas.

Desde la perspectiva procesal, se suele hablar de dos tipos de verdades una “real” o “material” que se le adjudica al proceso penal como fin, y la verdad “formal”, que se le atribuye al proceso ci-

(11) Ibidem.

(12) Ibidem.

(13) FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.

vil. Maier (1999) (14), sostiene: “[V]erdad real y verdad formal no son significados que apuntan a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad. Se puede decir que la diferencia estriba más en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales atacan la investigación de la verdad o en los condicionamientos formales para fijar el objeto de la averiguación y para incorporar el material necesario a fin de conocer la verdad histórica, que en el núcleo significativo del concepto. El Derecho procesal penal objetiviza más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público estatal, el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad” (p. 851).

Finalmente, y como ya para adentrarnos en los próximos puntos, Binder (2014) (15) le resta importancia a la discusión filosófica en torno al concepto de verdad en el proceso penal, moviendo el lugar de la discusión hacia un lugar más político, “No se trata de un problema conceptual, ni lógico, ni epistemológico. De hecho, la discusión sobre las distintas “teorías de la verdad”, han ocultado un poco el tema, mucho más trascendental de su función práctica y política” (p. 19). Por consiguiente, este autor, entiende que la definición de verdad en el proceso penal está atado indudablemente al concepto de hecho: “Es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es inescindible de la idea de “hecho”, ya que verdad, es como tal, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas, y, por lo tanto, susceptibles de verificación. Por consiguiente, la verdad en el proceso no es una entidad metafísica, sino de verificación. El vínculo entre esta función y los principios políticos es evidente. La defensa de un derecho penal de acto, frente a las pretensiones autoritarias de uno de autor, se manifiesta de un modo concreto, alrededor de la vigencia del concepto de hecho (p. 24).

#### **IV. La verdad en los diferentes sistemas de enjuiciamiento penal**

El primer sistema de enjuiciamiento penal que podríamos mencionar en la historia

---

(14) MAIER, Julio B., ob. cit.

(15) BINDER, Alberto, “Elogio de la Audiencia Oral y Otros Ensayos”, México, Coordinación Editorial (Poder Judicial del Estado de Nueva León).

occidental es el sistema acusatorio privado, tanto del derecho germano antiguo (S. XII y anteriores), el griego y el romano (durante la república).

En el primero de los antecedentes, no existía una división entre infracciones civiles y penales, toda infracción era un quebranto a la paz de la comunidad. La persona que cometía la infracción perdía la protección jurídica y cualquier integrante de la comunidad podría perseguirlo (en principio el ofendido y sus parientes). El resquebrajamiento de la ley autorizaba a la víctima a restablecer la paz mediante el combate. El combate era un juicio, donde no se buscaba demostrar un hecho para comprobar la inocencia o culpabilidad de una persona, sino que era una lucha por la cual, a través de actos sacramentales, cada una de las partes daba mayor fuerza a sus afirmaciones. Sin embargo, este proceso fue desarrollando la institución de la composición, que mediante un contrato entre las partes de reparación se evitaba la venganza. Antes del proceso de Recepción de esta comunidad del Derecho romano-canónico, este típico de enjuiciamiento privado se centraba en conciliar los intereses de las partes más que buscar la verdad. En palabras de Maier (1999) (16) “La nota distintiva del Derecho Germano Antiguo y el tipo acusatorio privado de su sistema de enjuiciamiento; es más un procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes, por signos exteriores que la revelen directamente, que a averiguar la objetivamente la verdad histórica” (p. 266).

En la experiencia griega, existía una división entre ofensas públicas y privadas, según el tipo de interés que se afectara. Este sistema, también buscaba comprobar la razón de una de las partes, en este caso a través de las ordalías o juicios de dios.

Finalmente, la experiencia romana plantea diferentes momentos a lo largo de su historia, pero para este análisis lo que interesa es el periodo de la República. En este periodo la persecución penal pública desaparece, recayendo en el ofendido la facultad de perseguir al ofensor. Desde este rol, debe juntar las pruebas que se utilizarán en el juicio, respecto de los hechos

---

(16) MAIER, Julio B., ob. cit.

que el ofendido establece en su pretensión (denominada *nominis delatio*). Durante el debate se producía un auténtico contradictorio, entre la acusación y la defensa. La novedad de este proceso es que se deja a un lado la idea de que la divinidad o la fuerza va a mostrar la razón de una de las partes, para dar paso a la idea de un conocimiento objetivo. La prueba buscaba la reconstrucción histórica y se valoraban los medios de prueba según la íntima convicción de los jurados.

Todos estos procesos tenían en común, la realización de un juicio oral, público y continuo, y la existencia de jueces populares. Asimismo, se caracterizaban por la falta de persecución pública. Circunstancia que nace con la caída de la república romana y la transición hacia la romana imperial.

A diferencia de este modelo de enjuiciamiento, y acompañando el proceso político de Europa (absolutismo), la concentración de poder tuvo también su correlato en la administración de justicia, a través del denominado sistema inquisitivo. En este sistema, el objetivo del proceso penal era la búsqueda de la verdad. La verdad “material”; “real”; “histórica” u “objetiva”, eran expresiones utilizadas para indicar que a través del proceso penal se podía tener un conocimiento absoluto de lo sucedido.

El sistema inquisitivo, se caracterizaba por utilizar el método de la indagación como forma de arribar a la verdad. Como señala Foucault (17) (1978), “A partir de los siglos XIV y XV aparecen tipos de indagación que procuran establecer la verdad partiendo de testimonios cuidadosamente recogidos en dominios tales como la geografía, la astronomía, el conocimiento de los climas, etc. Aparece en particular, una técnica de viaje, empresa política de ejercicio del poder y empresa de curiosidad y adquisición de saber que condujo finalmente al descubrimiento de América. (p. 89). De ahí que el autor refiere a la indagación no como un contenido sino como una forma de saber “situada en la conjunción de un tipo de poder y ciertos contenidos de conocimiento” (...) “La indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del

poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autentificar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitirlas. (p. 92).

Esta forma de enjuiciamiento utilizaba como procedimiento para arribar a la verdad, el sistema de prueba tasada o sistema legal de valoración de la prueba. La ley le otorgaba al sujeto que investigaba y juzgaba, una serie de pautas positivas o negativas para afirmar o negar la certeza o probabilidad. Por ejemplo, dos testigos hábiles prueban plenamente o no el hecho que se investiga; la ratificación voluntaria de la confesión (obtenida bajo tortura) prueba plenamente la participación del imputado en el hecho.

En el sistema inquisitivo, la meta principal del procedimiento era alcanzar la verdad histórica sin importar las consecuencias de los medios elegidos para arribar a la verdad. Porque la verdad cobra centralidad para este tipo de procedimiento, tanto la persona imputada que carece de todo tipo de valor humano frente al orden social como la víctima individual forman parte del proceso. El imputado no podía ejercer su defensa, puesto que el inquisidor, la persona capaz de arribar a la verdad era tan probo que descubriría si el imputado era inocente. El inquisidor era infalible en su meta de alcanzar la verdad.

El paso al sistema mixto o inquisitivo reformado que inaugura el iluminismo, si bien implicó una serie de reformas al sistema de enjuiciamiento, varios institutos del sistema inquisitivo se mantuvieron. Para lo que aquí interesa, el nuevo proceso siguió buscando la averiguación de la verdad histórica, en palabras de Maier (1999) (18) “se transformaron en valores relativos, importantes en sí, pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos y condicionaban los medios por los cuales podrían ser alcanzadas aquellas metas. Estos atributos se tradujeron en reglas de garantías y derechos individuales, que impusieron el tratamiento como inocente de una persona hasta que los tribunales designados según la ley no dictaran una sentencia firme de condena (...).

(17) MICHEL FOUCAULT, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa Editorial, Barcelona, España.

(18) MAIER, Julio B., ob. cit.

Se entiende así como estos valores, referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aun a costa de esos principios" (p. 450).

La revolución francesa le aportó al modelo judicial, el sistema de la íntima convicción, en clara oposición al sistema de la prueba basada propia del sistema inquisitivo. Foucault (2010 citado en Guzmán) referencia, que este nuevo sistema se construyó sobre tres ideas: "1) ya no se puede condenar si no se arribó a una certeza total; 2) no se deben considerar únicamente pruebas definidas y calificadas por la ley, sino que cualquier prueba es aceptable; 3) el reconocimiento de que se ha establecido una comprobación cualquiera no depende del cuadro canónico de las buenas pruebas, sino de la convicción, que es la de un sujeto cualquiera, indiferente, universal, susceptible de conocimiento y verdad".

De este modo la búsqueda de la verdad se relativizó, tomando en cuenta las imposibilidades materiales como así también los límites legales. Pero, asimismo, se presenta como un requisito ineludible para la aplicación de una pena. Ferrajoli (2006) (19) refiere: "La verdad, es decir, la correspondencia aproximativa de una hipótesis con el objeto de que refiere, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe respetar un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho y respetuoso de la dignidad humana. Desde este punto de vista, la verdad constituye una garantía del procedimiento, mientras que la característica de los sistemas autoritarios es la de relativizar dicha correspondencia y sustituirla por consideraciones sustancialistas no verificables o falseables directamente. (cap. I, ps. 8° y siguientes). Por su parte, Guzmán (2018) (20) sostiene: "La verdad ya no es en sí mismo un fin del proceso penal, sino que representa solamente una condición necesaria para el dictado de una de las decisiones que en él se adoptan: la condena" (p. 61).

---

(19) FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.

(20) GUZMÁN, Nicolás, ob. cit.

## V. El sistema acusatorio y su "verdad"

El sistema acusatorio pone en tela de juicio dos presupuestos, que se puede arribar a una verdad histórica y que el proceso penal debe tender a reconstruir esa verdad, para así contar con el requisito ineludible para imponer una pena. Este pensamiento, encaja perfectamente en un modelo donde el Estado se apropia del conflicto de la víctima, y lo gestiona para sus propios intereses. No importa reparar el daño causado, sino que bajo la premisa de que toda violación de la norma penal produce (en sus distintas variantes) un resquebrajo al "contrato social", una afectación a la validez de la norma, una amenaza a la organización estatal, etc., (todos estos discursos que se identifican con las diversas teorías de la pena que legitiman su uso), en el fondo todas ven la afectación en el mismo lugar. La víctima es siempre el Estado, y poco importa llevar adelante un proceso penal y una imposición de pena teniendo en cuenta los intereses de la víctima particular. Ahora bien, para legitimar esta postura, del Estado expropiando el conflicto, el sistema inquisitivo debía legitimarse a través del cometido de averiguar la verdad histórica de lo sucedido.

En el entendimiento de que el proceso penal, actúa como una herramienta del Estado para la gestión de conflictos, el horizonte del concepto de verdad como objetivo del proceso penal cambia radicalmente su postura. En este sentido, Maier (1999) (21) sostiene: "El procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo, aunque no arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza, positiva o negativa, sobre la imputación) y pese a que se conozca claramente esa situación. Desde el punto de vista social él está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado" (p. 852).

El sistema acusatorio, reconoce dos cuestiones de trascendencia fundamental. En primer lugar, reconoce esta imposibilidad humana de arribar a una verdad, de modo que el proceso

---

(21) MAIER, Julio B., ob. cit.

se centra sobre los diferentes relatos que cada una de las partes tiene (defensa y acusación). En segundo lugar, el fin del proceso cambia radicalmente, lo que se busca es gestionar estos intereses, la víctima y su relato recobra su rol que había perdido en el proceso con la llegada del modelo inquisitivo. De modo tal, que el proceso penal y sus operadoras/os deben adecuarse a estas nuevas expectativas que recaen sobre la administración de justicia.

El recientemente sancionado y puesto en vigencia en las Provincias de Salta y Jujuy del nuevo Código Procesal Penal Federal, recoge esta idea del proceso penal como forma de gestionar la conflictividad social. En este sentido, el art. 22 del mencionado código establece: "Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social".

Con este fin, se pueden analizar la inclusión de las diversas reglas de disponibilidad de la acción que prevé el nuevo código en varios de sus artículos (22). La posibilidad de que la o el fis-

(22) Reglas de disponibilidad Art. 30.- Disponibilidad de la acción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL fundadas en criterios de política criminal. Art. 31.- Criterios de oportunidad. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación

cal pueda prescindir de la acción penal pública, implica que el Estado renuncia a la búsqueda de la verdad, priorizando otras cuestiones, vinculadas por ejemplo a la reparación de la víctima, a la insignificancia del delito que justifique ac-

de una pena; d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. Art. 32.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del art. 252. Art. 33.- Conversión de la acción. A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: a. Si se aplicara un criterio de oportunidad; b. Si el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL solicitará el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c. Si se tratará de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque solo una haya ejercido la querella. Art. 34.- Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el art. 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si corresponiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán solicitar la reapertura de la investigación. Art. 35.- Suspensión del proceso a prueba. La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de los siguientes casos: a. Cuando el delito prevea un máximo de pena de TRES años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido CINCO años desde el vencimiento de la pena; b. Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable; c. Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad. Art. 251.- Criterio de oportunidad. Si el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, de oficio o a petición de parte, estimase que procede la aplicación de un criterio de oportunidad, declarará que prescinde de la persecución penal pública. Comunicará a la defensa e informará a la víctima de las facultades previstas en el art. 252 de este Código.

tivar la maquinaria judicial etc. Asimismo, y siguiendo con la fórmula de mayor inclusión de la víctima en el proceso, el nuevo ordenamiento le da un mayor protagonismo a la víctima (23) (art. 12), reconociendo el derecho a: “la tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva”.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, la verdad, esto es probar si un hecho tipificado ocurrió y si es atribuible a la persona imputada, sigue teniendo centralidad en el proceso penal,

(23) También se puede mencionar el art. 80. del CPPF: “Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos: a. A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; b. A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; c. A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; y a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; d. A intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código; e. A ser informada de los resultados del procedimiento; f. A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; g. A aportar información durante la investigación; h. A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; i. A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; j. A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, aún si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; k. A participar en el proceso en calidad de querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento. l. A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; m. A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; m. Cuando se trate de persona mayor de SETENTA años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.”

sin embargo, está atada a una serie de reglas propias del sistema de enjuiciamiento adversarial. Más allá de las conquistas propias, que se indicaron precedentemente fruto de la Revolución Francesa vinculadas a la dignidad de la persona durante el proceso penal (24). El sistema adversarial, se va a caracterizar porque la decisión respecto de la inocencia o culpabilidad de una persona se debe ajustar a la acusación realizada por la o el representante del Ministerio Público Fiscal.

En primer lugar, se establece de modo tajante la división de funciones: art. 9º “Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal”.

En este sentido, el art. 229, establece que es la o el representante del Ministerio Público Fiscal, que tendrá a cargo dirigir la investigación preparatoria, con el objeto de recoger los elementos de cargo o descargo que resulten útiles para averiguar la *verdad*.

En consecuencia, las y los jueces deben juzgar sobre la versión de los hechos que propone la fiscalía (25) o la defensa (en el caso de reali-

(24) A modo de ejemplo se pueden mencionar las limitaciones en la actividad probatoria. Art. 134. Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley. Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.

(25) Art. 135.- Reglas sobre la prueba. (...)a. La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, quien actuará bajo los principios de objetividad y lealtad procesal y deberá requerir orden judicial previa solo en los casos en que este Código así lo establece; b. Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y solo recurrirán al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que así lo ordene. (...)c. Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna; d. Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución

zar una defensa positiva). La primer limitación implica, que la judicatura no puede realizar ninguna tarea tendiente a la comprobación de un hecho solo se debe limitar a juzgar la investigación realizada por la o el representante del MPF (26). Su función (más allá de la actividad que desarrollan las y los jueces de garantías), es la de valorar la prueba que aportan las partes durante el debate. En segundo lugar, se deben atener a las versiones sobre los hechos que sostuvieron las partes. En efecto, el art. 307, establece que debe existir una correlación entre la acusación y la sentencia “La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate. Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran”.

Otra punto importante para la reformulación de la meta del proceso penal de la búsqueda de la verdad, en el sistema adversarial es la división del proceso en dos grandes etapas con funciones bien distintas y definidas. Por un lado, la investigación preparatoria (art. 228) tiene por objeto “establecer si existe o no mérito suficiente para abrir un juicio respecto de una o más conductas con relevancia jurídico penal.” Por consiguiente, conforme establece el art. 231: “Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado. No obstante, aquellas podrán invocarse para solicitar o fundar una medida cautelar, plantear excepciones e instar el sobreseimiento”. De manera que en esta primera etapa no hay una valoración respecto de la inocencia o culpabilidad de la o el imputado, como sí sucede con

del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes;

(26) Art. 90.- Funciones. El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes. Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación.

el proceso vigente (27) (por ejemplo, el dictado del auto de mérito por parte de la jueza o juez de instrucción). La investigación preparatoria, es una etapa de recolección de pruebas por parte de la o del fiscal. De modo tal, que en las audiencias que se planteen durante la etapa preparatoria, no se podrá discutir cuestiones propias del debate (28).

Es entonces en el debate oral, donde las/ os jueces valorarán la prueba que se produzca acorde a cada teoría del caso formulada por las partes (29). Este es el único momento, donde finalizado el juicio se podrá revertir el estado de inocencia de la persona imputada, en caso de encontrarla culpable, habiéndose encontrada probada la versión de los hechos del ministerio público fiscal más allá de toda duda razonable. La función de la jueza o juez ya no se trata de buscar la verdad, sino de exigírsela a la acusación. En palabras de Binder (2014) (30) “No obstante, existe una gran diferencia entre cómo ha tratado este tema el modelo inquisitorial (hasta el presente) y como se manifiesta en un modelo de justicia republicana —de base adversarial—. En el primero, el juez ha utilizado la idea de verdad como motor de búsqueda, lo que le ha permitido dejar atrás y saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o histórica, a través de fórmulas que finalmente signifique que ha impulsado el caso, convirtiéndolo en un gestor de interés, aunque sean los mayoritarios, expresados en la fórmula ‘el interés de la sociedad’. Nada de ello es aplicable a los fundamentos del sistema adversarial, pues en este, existe una aparente paradoja: debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla. No porque ello signifique que debe ser lábil frente a la verdad o

(27) Ley 23.984

(28) Art. 279 “Las partes podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio. El juez evitará que en la audiencia se discutan cuestiones que son propias del juicio oral y resolverá exclusivamente con la prueba que presentaren las partes”.

(29) BOUZAT y CANTARO (2008) “El juez va a considerar probada la hipótesis de la acusación si esta se apoya en elementos de prueba y no ha sido convenientemente refutada por la defensa” (p. 71).

(30) BINDER, Alberto, ob. cit.

negligente, todo lo contrario. El mayor compromiso del juez con la verdad no se expresa con la idea de 'búsqueda'. El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que debe exigir la verdad a los acusadores, no a las partes, porque el sistema adversarial no se caracteriza por la igualdad de las partes en una mera bilateralidad, sino en la exigencia a aquellos, de que prueben la verdad de sus acusaciones. Una exigencia de tal naturaleza que lleva a que no serán admitidas por el juez, si los acusadores no superan el control de verdad que se expresa en los estándares probatorios y en el principio del *in dubio pro-reo*. Debe quedar claro, porque todavía existe mucha confusión en este tema: un juez del sistema adversarial no busca la verdad, sino que la exige a los acusadores. Y si estos no cumplen con tal entonces no queda otro camino que la absolución, es decir el rechazo de la acusación" (ps. 20 y 21)

Algunas de las críticas al sistema acusatorio, giran en torno a que no se busca la verdad de los hechos, sino que el propio modelo adversarial lo distorsiona. Lo que se debe buscar es revelar la verdad y el sistema acusatorio vendría a hacer otra cosa. Estas críticas en ningún modo indagan sobre la capacidad de la judicatura de investigar y hallar la verdad de un modo imparcial. Baytelman (31) entiende: "De lado, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente "revela la verdad"); por otra parte, la prueba tiene su máximo aporte de información y de peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que sólo en la medida que esas relaciones sean relevadas, la prueba aporta al caso toda la extensión —en cantidad y calidad— de la información que posee. Como contracara, no importa qué tan deliciosa sea la información que una prueba contiene en relación con el caso, dicha información puede perfectamente ser entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa, que su contribución disminuya ostensiblemente, allí donde dicha información realmente ayudaba a reconstruir los hechos.

---

(31) BAYTELMAN, Andrés, Capacitación como Fútbol, Biblioteca del CEJA.

Concebir al juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino en presentar la prueba del modo que ella más efectivamente contribuya a reconstruir "lo que realmente ocurrió". En efecto, el litigio en un sistema adversarial implica necesariamente un trabajo estratégico de las partes. La división de funciones y la oralidad obligan a la acusación a llegar a juicio solo en caso de contar con pruebas suficientes para poder revertir el estado de inocencia del imputada/o. El sistema adversarial, expone a las partes y las obliga a producir información de calidad durante el juicio.

## VI. Reflexiones finales

Si bien este apartado debería titularse conclusiones, a la única conclusión que puedo arribar, es la imposibilidad de conciliar un concepto único de verdad. No obstante, si se puede llegar a reflexionar diversas cuestiones en torno a esta discusión, que no es más (ni menos) que una discusión sobre la forma en que se ejerce el poder a través del derecho penal.

De hecho, los diversos procesos políticos/ económicos que operaron en Europa entrañaron una concentración del poder en manos del emperador o del monarca (salvando las distancias, por ejemplo, el periodo de la Roma Imperial o el absolutismo durante medioevo), en materia judicial impactó haciendo desaparecer aquellas instituciones vinculadas a un sistema de juzgamiento acusatorio.

En efecto, no queda lugar a dudas que aquel que detenta la función de arribar a una "verdad" detenta un poder incommensurable (32), que como mínimo en un Estado de derecho debe estar expuesto al escrutinio público, por ejemplo,

---

(32) Por ejemplo en los delitos contra la administración pública (los que podríamos denominar conforme las convenciones internacionales en la materia "hechos de corrupción"), la dinámica de los tribunales penales federales de nuestro país, lejos está de buscar la "verdad" sobre lo sucedido o la reparación del daño causado como una forma exitosa de gestionar conflictos (específicamente medidas de recupero de activos), sino que una persona tenga que transitar un proceso penal, funciona como una forma de ejercicio de poder (de esos bien oscuros sin ningún tipo de control). No solo no se busca la verdad, ya que en términos procesales a lo máximo que se aspira es a dictar un procesamiento y en muchos casos con una prisión preventiva.

a través de la publicidad de los actos jurisdiccionales, del modo en que se seleccionan las y los jueces. Asimismo, se debe tender a un sistema que busque descentralizar ese poder de determinar la “verdad”, como lo es la división de funciones en los sistemas acusatorios, y la carga de probar la comisión de un hecho típico en cabeza de la acusación y no del juzgador.

Asimismo, en los sistemas acusatorios se relativiza la búsqueda de la verdad como la única función del proceso penal, ya que se admite que no siempre arribar a una verdad —comprobar el hecho— implica necesariamente la resolución de un conflicto. No queda dudas que, para el delito de genocidio, lesa humanidad, corrupción etc. la averiguación de la verdad es necesaria y fundamental, acá la verdad opera como una forma de resolver un conflicto.

De manera que el sistema acusatorio, viene a reparar algunas deudas del Estado de derecho en materia judicial. Si bien, como todo proceso es perfectible, en líneas generales sigue siendo la mejor forma de arribar a una verdad, reconociendo sus limitaciones epistemológicas, entendiendo que la determinación de la existencia de un hecho y que esta sea imputado a una persona es un acto de poder. Es la base fáctica sobre la cual el Estado va a legitimar la aplicación del poder punitivo. De modo tal, que implementar un sistema de enjuiciamiento que contenga institutos que otorgan mayor imparcialidad, control y razonabilidad a los actos de gobierno, siempre será el más acertado. El contradictorio y la imparcialidad, como las principales reformas que implica pasar a un sistema acusatorio, es la mejor garantía de la verdad.

# Las causas penales por violación de la cuarentena como expresión exagerada del poder punitivo del Estado y el principio de oportunidad como alternativa válida de solución

Mario Augusto Fernández Moreno<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introito.— II. Antecedentes de la cuestión.— III. El problema.— IV. La solución.

## I. Introito

Actualmente existen en trámite, en el fuero federal de todo el país, varios miles —quizás cientos de miles— de causas penales iniciadas tan solo con motivo de la denominada “violación de la cuarentena”, que impactan negativamente en el sistema de justicia porque importan un cúmulo de trabajo muy difícil de absorber (entre otras razones, por las escasez de recursos técnicos y humanos), que a su vez, indirectamente, incide negativamente en la tramitación de las causas por delitos verdaderamente graves y complejos (narcotráfico, trata de personas, corrupción, lesa humanidad, entre otros).

Ello genera la imperiosa necesidad de pensar alguna solución diferente a las alternativas que consisten en la realización del juicio, en este tipo de casos, correccional (art. 405 del Cód. Proc. Penal), esperar la prescripción de la acción penal (para la que hay que esperar al me-

nos dos años desde ocurrido el hecho: art. 62, inc. 2º del Cód. Penal, siempre que no medie algún acto que interrumpa el cómputo del plazo de prescripción, como por ejemplo el llamado a indagatoria: art. 67, inc. 2º del Cód. Penal) o buscar una definición en la suspensión del juicio a prueba o “probation” (art. 76 y ss. del Cód. Penal, que supone el ofrecimiento de un resarcimiento y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta reguladas en el art. 27 *bis* del Cód. Penal, a cambio de la suspensión del proceso durante un tiempo que va de uno a tres años, concluido el cual se declara la extinción de la acción: art. 59, inc. 7º del Cód. Penal).

La propuesta que en mi criterio resuelve el fondo de la cuestión rápidamente y que por ello es superadora de las otras posibilidades, es aplicar el principio de oportunidad.

## II. Antecedentes de la cuestión

La pandemia declarada el 11 de marzo del 2020 por la Organización Mundial de la Salud con motivo del SARS-CoV-2 (COVID-19 o coronavirus), y la necesidad de paliar la crisis epidemiológica que los contagios podían provocar, generó de parte del gobierno nacional —y también los provinciales y municipales— un sinúmero de disposiciones, muchas de las cuales

(\*) Secretario Federal del Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca desde el año 2008. Diplomado Internacional en Derechos Humanos y en Corte Penal Internacional, ambos de la International University For Global Studies de la UNESCO. Actualmente integra la Lista de Conjurados para subrogar el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, aprobada por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación por res. 251/2020.

condicionan nuestro modo de vivir hasta el día de hoy.

Por un lado, la Administración intentó fortalecer el sistema sanitario (ej. el dec. 260/2020 amplió la emergencia pública en materia sanitaria, establecida por la ley 27.541, que antes lo había hecho en materia económica, financiera, fiscal y administrativa, previsional, tarifaria, energética, social y también sanitaria, y delegando en el Poder Ejecutivo Nacional ciertas facultades en los términos del art. 76 de la CN, hasta el 31 de diciembre de 2020) y, por otro lado, procuró prevenir —por diversas vías— los contagios causados por el contacto entre las personas (vgr. inicialmente el dec. 297/2020 dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o ASPO, durante el plazo comprendido entre el 20 y 31 de marzo de 2020, el que fue prorrogado por los dec. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y 493/2020, entre otros; decretándose luego el llamado “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” o DISPO, por los dec. 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 754/2020, 792/2020, 814/2020 y 875/2020).

Según el gobierno, tanto la medida inicial como las sucesivas prórrogas, tuvieron en miras la protección de la salud pública, aplicándose medidas proporcionales a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria, dejando específicamente establecido que si bien el derecho de igualdad (entre otros) resulta pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, este está sujeto a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública, lo cual indica en forma adecuada la razonabilidad y legalidad de la medida adoptada (cfr. Expte. N° FBB 9284/2020, Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca, 24/11/2020, “De Leo, José Andrés y Otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16.986”).

### III. El problema

Como consecuencia de lo anterior, en todas las jurisdicciones del país, y especialmente en el período inicial del llamado ASPO, se formaron por las fuerzas policiales provinciales y por la Policía Federal —y en algunos casos incluso por las fuerzas de seguridad, como Gendarmería y Prefectura— infinidad de causas penales

en el fuero federal por “violación de la cuarentena”, esto es, técnicamente, por haber violado “las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia” (art. 205 del Cód. Penal: que prevé una pena en expectativa de prisión, de seis meses a dos años).

La enorme mayoría, constituyen simples actas firmadas por el/los causante/s, otras implicaron, además de lo anterior, el secuestro de vehículos, y las menos significaron la detención momentánea de los involucrados. Como quiera que sea, todas concluyeron en la formación de causas penales federales, y ello generó un enorme cúmulo de trabajo —todavía en proceso— para los diferentes actores del ámbito judicial: empleados, funcionarios, fiscales y jueces federales, sino abocados exclusivamente, sí ocupados en gran medida para atender todas las vicisitudes que significaron cada uno de los múltiples y diferentes hechos bajo su jurisdicción.

Por ejemplo, en la jurisdicción que corresponde a la Justicia Federal de Bahía Blanca —en lo que aquí interesa, compuesta por dos Juzgados Federales y dos Fiscalías (una sin titular), con un promedio de ingreso de 800 causas anuales— hay hasta ahora aproximadamente 11.000 causas iniciadas por infracción al art. 205 del Cód. Penal y el primero de esos expedientes estaría a punto de ir a juicio (La Nueva, 20/12/2020, disponible en: <https://www.lanueva.com/nota/2020-12-20-6-30-1-violacion-a-la-cuarentena-como-se-resolveran-las-casi-11-mil-causas-judiciales>).

Así las cosas, como consecuencia de la situación epidemiológica, muchísimos ciudadanos y ciudadanas, que jamás tuvieron problemas legales, ni poseen antecedentes penales, hoy acusan en su haber una causa penal, del fuero federal, por no haber acatado estrictamente las disposiciones adoptadas por el Estado para prevenir la Pandemia, frente a un fenómeno que —a todas luces— muestra que no puede controlarse únicamente con el aislamiento social, ni el distanciamiento, que ellos no observaron. Y si bien es cierto que inicialmente la persecución penal de la “violación de la cuarentena” parecía ser una herramienta eficaz para evitar los contagios a escala y controlar la circulación social del

virus (al 15 de marzo de 2020 se registraban, en total, 56 personas contagiadas en el país), ahora esa utilidad no parece razonable ni adecuada (al 18 de diciembre el total de positivos en todo el territorio nacional alcanzó la suma de 1.531.374 personas, de las cuales 1.356.755 son pacientes recuperados y 132.924 son casos confirmados activos: cfr. <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19/sala-situacion>).

Esto es lo que considero una expresión exagerada del poder punitivo del Estado, porque pone en crisis, en general, diversas líneas directrices que deben nutrir la actuación estatal, como el principio de razonabilidad (art. 28, CN) que exige que deba cuidarse especialmente que los normas mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480); y que regulan la intervención penal en particular, como son los principios cardinales del derecho penal de *ultima ratio* o de mínima intervención, que sostiene que debe utilizarse la menor cantidad de violencia para lograr la finalidad de terminar con la violencia y el abuso de poder en los conflictos (BINDER, A.; "Derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2014, Tomo II, p. 221) y el principio *pro homine*, conforme al cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Asimismo, podría interpretarse que la sujeción de las personas *sine die* a los procesos penales referidos, por violar una cuarentena que —más allá de lo dinámico de la situación y de la diversa normativa que regula la materia— hoy no rige con el carácter estricto que tenía hace poco menos de un año, afecta indirectamente otros principios, como ser, el *in dubio pro-reo* —art. 3º Cód. Proc. Penal de la Nación según ley 23.984— o *pro imputado* —de acuerdo con la redacción del art. 11 del Cód. Proc. Penal Federal o CPPF ley 27.063— que establece que en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado (CSJN Fallos: 315:495, 323:701, etc.), y tal como está configurada la si-

tuación (formación "explosiva" o en "shock" de una gran cantidad de expedientes, que pasado un año apenas tienen algún movimiento procesal) especialmente el derecho a un juicio rápido (o "celeridad", cfr. art. 2º del Cód. Proc. Penal Federal, arts. 7.5 y 8, CADH y 9.3., PIDCP, y 75, inc. 22, CN, y CSJN Fallos: 272:188, 305:913).

Como se aprecia, luego de todo lo que ha sido de público conocimiento en cuanto al tratamiento de las medidas de prevención del virus SARS-CoV-2 (COVID-19 o coronavirus), cuyos epítomes pueden considerarse configurados con el sepelio de Diego Armando Maradona o las convocatorias realizadas en Plaza de Mayo con motivo de la discusión parlamentaria por la despenalización del aborto, y en función de la cambiante evolución y adaptación de la regulación —con idas y vueltas, avances y retrocesos— puede concluirse que la instrucción de causas penales federales por las "violaciones de la cuarentena" aparece como un remedio inconducente e inapropiado para velar por la salud pública (que es el bien jurídico tutelado por el delito previsto en el art. 205 del Cód. Penal).

Aporta más confusión a los justiciables, y acrecienta la sensación de desigualdad de tratamiento, en especial para aquellos sujetos a proceso únicamente por "violar la cuarentena", ver que, en el escenario pandémico, el Poder Judicial se torna más contemplativo hacia imputados detenidos por delitos que les han merecido el dictado de prisiones preventivas o condenas de cumplimiento efectivo (sirva como ejemplo, el artículo periodístico titulado: "La Justicia ya excarceló a más de 1700 presos con la excusa del coronavirus: hay otros 1300 que pidieron el mismo tratamiento", publicado por Infobae el 29/04/2020, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/04/29/la-justicia-ya-excarcelo-a-mas-de-1700-presos-por-el-coronavirus-y-hay-otros-tres-mil-que-pidieron-el-mismo-tratamiento/>), aun cuando en una gran cantidad de casos la alternativa al encierro carcelario no fue la libertad.

En relación con lo anterior, vale señalar que la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 13 de abril de 2020, dictó la Acordada 9/2020 mediante la cual —en forma genérica y en función de la emergencia sanitaria por COVID-19— recomendó a los tribunales federales que adopten

medidas alternativas al encierro respecto de las personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad, no violentos, que no representen riesgo procesal significativo o cuando la prisión preventiva haya superado ostensiblemente los plazos de la ley 24.390, teniendo en cuenta los hechos y las características de cada proceso; personas detenidas por delitos no violentos, próximas a cumplir condena; personas condenadas a penas de hasta tres años; personas que estén en condiciones de acceder de forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan los requisitos previos; mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos/as; y personas con factores de riesgo, debiendo considerar si es posible proteger su salud si continúan privadas de la libertad, el tiempo de pena cumplido, la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención.

#### IV. La solución

Para pensar alguna alternativa de solución para resolver el conflicto que se presenta, vale reseñar al menos dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Uno está dado por la causa N° FRE 2237/2020/CS1 caratulada “Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva” (sent. del 10/09/2020, Fallos: 343:930), en la que puso de manifiesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos —el 09/04/2020— emitió una Declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas para abordar y contener la Pandemia, se efectúe en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración de la CIDH, que la propia CSJN se ocupó de señalar que compartía, resalta la que dice: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser li-

mitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

Más recientemente, la Corte ha delineado otras directrices que pueden resultar útiles para analizar los supuestos de “violaciones de la cuarentena”, pues en el marco de un amparo colectivo (Expte. N° FRE 2774/2020/CS1, 19/11/2020, “Lee, Carlos Roberto y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo”) ha sostenido que: 1. le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento; 2. aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto; 3. los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance; y 4. las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad.

Bajo esos parámetros, debería tomar un verdadero protagonismo el uso del criterio de oportunidad previsto en el actual art. 31 del Cód. Proc. Penal Federal, cuya implementación fue dispuesta por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Cód. Proc. Penal Federal mediante res. 2/2019 (BO 13/11/2019), y que los abogados defensores —y los propios imputados— tienen derecho a reclamar que se aplique.

El referido criterio de oportunidad habilita a los fiscales federales a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública (o limitarla a alguna de las personas que inter-

vinieron en el hecho) cuando: a) se tratase de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c) el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; y d) si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en este u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero (art. 31, Cód. Proc. Penal Federal).

Descartado que para la aplicación del instituto basta con que se presente cualquiera de las hipótesis previstas en los incisos señalados (sin que sea necesario la verificación de todas ellas en un mismo caso), el análisis de la mayoría de los casos que hoy se presentan y tramitan en la justicia federal por “violar la cuarentena” da como resultado que las situaciones encuadran, en general, en los tres primeros supuestos que habilitan la aplicación del principio de oportunidad. El último caso, por otro lado, parece improbable que se verifique porque, en función de las consideraciones que aquí se desarrollan, de seguirse, no habría sanción anterior a considerar.

En efecto, los casos judicializados —sobre todo en la primera etapa del ASPO— pueden ser mayormente categorizados como hechos insignificantes [art. 31, inc. a), Cód. Proc. Penal Federal] que, más allá de la inobservancia de la cuarentena, no se tradujeron en contagios masivos y por ello no afectaron gravemente el interés público. Asimismo, aun cuando la intervención del imputado pudiera haber sido directa y —por eso— relevante, lo cierto es que en el caso puede corresponder una condena condicional, ya que el art. 26 del Cód. Penal autoriza este tipo de condenas en los casos de primera condena a pena de prisión que no excede de tres años [art. 31, inc. b), Cód. Proc. Penal Federal]. De igual modo, de haberse producido el contagio del virus el imputado a causa de su inobservancia a las normas de aislamiento, puede concluirse que él mismo sufrió a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornaría inne-

cesaria y desproporcionada la aplicación de una pena [art. 31, inc. c), Cód. Proc. Penal Federal].

La posibilidad de prescindir de la acción penal pública (art. 5º y 65 del Proc. Penal de la Nación, o art. 25 del Cód. Proc. Penal Federal) comienza con la primera intervención del fiscal [arts. 180 del Cód. Proc. Penal de la Nación y 215, inc. c) del Cód. Proc. Penal Federal], que debe solicitar que se declare extinguida (arts. 32 y 59, inc. 6º del Cód. Penal) quien podrá aplicar el criterio de oportunidad —en mi criterio— en cualquier etapa del proceso, sea en la instrucción o durante el debate, en todo momento hasta su conclusión, porque carecería de sentido sujetar a los imputados por “violar la cuarentena” a transitar todas las etapas del proceso, cuando de antemano se conoce que le cabría la aplicación del criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho, la intervención de menor relevancia o la “pena natural”.

El fundamento para que se aplique descansa tanto “en la optimización de los recursos humanos y materiales del sistema de justicia, al evitar la utilización en procesos que carecen de interés o utilidad, por no resultar idóneos para arribar a un resultado sustancialmente distinto al que ya se alcanzó en otros procesos o al que se espera arribar en uno en curso”, como en la necesidad de “garantizar el principio de estricta necesidad de la pena y de evitar que la reacción punitiva estatal se torne desproporcionada, irrazonable y cruel, transgrediendo el principio de razonabilidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales y de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes” (DARAY, Roberto R., Director; “Código Procesal Penal Federal, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2019, Tomo 1, ps. 160 y 159),

Como explica María José Román en “El principio de oportunidad como exigencia constitucional de razonabilidad de los actos de gobierno” (Cita Online: AR/DOC/1741/2020), el Ministerio Público Fiscal hoy —como órgano encargado de la investigación penal— ya no tiene la sola función de investigar todos y cada uno de los hechos que llegan al sistema de justicia penal, sino que puede realizar una ponderación en torno al grado, intensidad, dañosidad, etc., del conflicto que implica la infracción penal y expulsarlo

del sistema recurriendo a algunos de los criterios de oportunidad que, en forma expresa y taxativa, están regulados en el Código Procesal, ya sea renunciando a la acción penal o formulando acuerdos con las partes (arts. 22 y 25, Cód. Proc. Penal Federal).

La conclusión entonces decanta por peso propio: resulta a este tiempo desproporcionado e irrazonable mantener sujetos a procesos judiciales penales a ciudadanos que, sin poseer antecedentes penales ni haber demostrado de ningún modo su desapego a la ley, y *prima facie* sin haber afectado la salud pública en forma tangible y probada, violaron simplemente las normas que dispusieron el ASPO al inicio de la Pandemia causada por el COVID-19 y, en consecuencia, se impone que los fiscales federales hagan uso de la facultad de prescindir de la acción penal pública en dichos casos

de “violación de la cuarentena” y de esa forma arbitren los medios a su alcance para dar una respuesta rápida y eficaz a la enorme cantidad de procesos en trámite iniciados en todo el país por ese motivo y que reúnen las características reseñadas.

Ello, claro está, sin perjuicio de la necesidad de hacer una evaluación de cada caso particular, y excluir la aplicación del criterio de oportunidad cuando existan razones fundadas que así lo ameriten (por ejemplo, en los casos de reincidentes en este tipo de delitos —con más de un acta de infracción— o aquellos que tienen un concurso real de delitos porque además de violar la cuarentena se resistieron a la autoridad —art. 239 del Cód. Penal— y/o agredieron a los efectivos policiales causándoles lesiones —art. 89 del Cód. Penal—).



# NOTA A FALLO



## PREJUICIO

**Condenado a pena de muerte. Revisión de la sentencia de condena. Actuación deficiente de la defensa. Disidencia.**

*Con nota de Yanina Di Blasio*

1. — El prejuicio existe si hay una probabilidad razonable de que, de no ser por la ineeficacia de su abogado, el jurado habría hecho un juicio diferente sobre si el imputado merecía la pena de muerte en lugar de una sentencia menor.
2. — La actuación de la defensa del condenado a pena capital fue deficiente en tanto no miró ni presentó la mirada de circunstancias trágicas que marcaron la vida del imputado, debido a que no investigó el caso como atenuante, gran parte de las denominadas pruebas atenuantes que ofreció involuntariamente ayudaron al caso del Estado como agravante; a pesar de la amplia oportunidad de hacerlo, no refutó pruebas agravantes críticas.
3. — Si existían pruebas agravantes de que el imputado mató sin querer a dos víctimas inocentes y disparó a un tercero; que cometió otros crímenes violentos; que tiene un carácter violento, peligroso e inestable; y que es una amenaza para aquellos con los que se encuentra, y la Cámara de Apelaciones en lo Criminal no pudo establecer el prejuicio, no existe ninguna buena razón por la que debería ser necesario volver a examinar la cuestión (de la disidencia de los Jueces Alito, Thomas y Gorsuch).

**SC Estados Unidos, 15/06/2020. - Terence Tramaine Andrus c. Texas.**

**[Cita on line: TR LALEY US/JUR/4/2020]**

Supreme Court of the United States

Terence Tramaine Andrus v. Texas

On petition for writ of certiorari to the Court of Criminal Appeals of Texas

No. 18-9674. Decided June 15, 2020

Per Curiam.

Death-sentenced petitioner Terence Andrus was six years old when his mother began selling drugs out of the apartment where Andrus and his four siblings lived. To fund a spiraling drug addiction, Andrus' mother also turned to prostitution. By the time Andrus

was 12, his mother regularly spent entire weekends, at times weeks, away from her five children to binge on drugs. When she did spend time around her children, she often was high and brought with her a revolving door of drug-addicted, sometimes physically violent, boyfriends. Before he reached adolescence, Andrus took on the role of caretaker for his four siblings.

When Andrus was 16, he allegedly served as a lookout while his friends robbed a woman. He was sent to a juvenile detention facility where, for 18 months, he was steeped in gang culture, dosed on high quantities of psychotropic drugs, and frequently relegated to extended stints of solitary confinement. The ordeal left an already traumatized Andrus all but suicidal. Those suicidal urges resurfaced later in Andrus' adult life.

During Andrus' capital trial, however, nearly none of this mitigating evidence reached the jury. That is because Andrus' defense counsel not only neglected to present it; he failed even to look for it. Indeed, counsel performed virtually no investigation of the relevant evidence. Those failures also fettered the defense's capacity to contextualize or counter the State's evidence of Andrus' alleged incidences of past violence.

Only years later, during an 8-day evidentiary hearing in Andrus' state habeas proceeding, did the grim facts of Andrus' life history come to light. And when pressed at the hearing to provide his reasons for failing to investigate Andrus' history, Andrus' counsel offered none.

The Texas trial court that heard the evidence recommended that Andrus be granted habeas relief and receive a new sentencing proceeding. The court found the abundant mitigating evidence so compelling, and so readily available, that counsel's failure to investigate it was constitutionally deficient performance that prejudiced Andrus during the punishment phase of his trial. The Texas Court of Criminal Appeals disagreed. It concluded without explanation that Andrus had failed to satisfy his burden of showing ineffective assistance under *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984).

We conclude that the record makes clear that Andrus has demonstrated counsel's deficient performance under *Strickland*, but that the Court of Criminal Appeals may have failed properly to engage with the follow-on question whether Andrus has shown that counsel's deficient performance prejudiced him. We thus grant Andrus' petition for a writ of certiorari, vacate the judgment of the Texas Court of Criminal Appeals, and remand the case for further proceedings not inconsistent with this opinion.

I

A

In 2008, 20-year-old Terence Andrus unsuccessfully attempted a carjacking in a grocery-store parking lot while under the influence of PCP-laced marijuana. During the bungled attempt, Andrus fired multiple shots, killing car owner Avelino Diaz and bystander Kim-Phuong Vu Bui. The State charged Andrus with capital murder.

At the guilt phase of trial, Andrus' defense counsel declined to present an opening statement. After the State rested its case, the defense immediately rested as well. In his closing argument, defense counsel conceded Andrus' guilt and informed the jury that the trial would "boil down to the punishment phase," emphasizing that "that's where we are going to be fighting." 45 Tr. 18. The jury found Andrus guilty of capital murder.

Trial then turned to the punishment phase. Once again, Andrus' counsel presented no opening statement. In its 3-day case in aggravation, the State put forth evidence that Andrus had displayed aggressive and hostile behavior while confined in a juvenile detention center; that Andrus had tattoos indicating gang affiliations; and that Andrus had hit, kicked, and thrown excrement at prison officials while awaiting trial. The State also presented evidence tying Andrus to an aggravated robbery of a dry-cleaning business. Counsel raised no material objections to the State's evidence and cross-examined the State's witnesses only briefly.

When it came to the defense's case in mitigation, counsel first called Andrus' mother to testify. The direct examination focused on Andrus' basic biographical information and did not reveal any difficult circumstances in Andrus' childhood. Andrus' mother testified that Andrus had an "excellent" relationship with his siblings and grandparents. 49 id., at 52, 71. She also insisted that Andrus "didn't have access to" "drugs or pills in [her] household," and that she would have "counsel[ed] him" had she found out that he was using drugs. Id., at 67, 79.

The second witness was Andrus' biological father, Michael Davis, with whom Andrus had lived for about a year when Andrus was around 15 years old. Davis had been in and out of prison for much of Andrus' life and, before he appeared to testify, had not seen Andrus in more than six years. The bulk of Davis' direct examination explored such topics as Davis' criminal history and his relationship with Andrus' mother. Toward the end of the direct examination, counsel elicited testimony that Andrus had been "good around

[Davis]" during the 1-year period he had lived with Davis. 50 id., at 8.

Once Davis stepped down, Andrus' counsel informed the court that the defense rested its case and did not intend to call any more witnesses. After the court questioned counsel about this choice during a sidebar discussion, however, counsel changed his mind and decided to call additional witnesses.

Following a court recess, Andrus' counsel called Dr. John Roache as the defense's only expert witness. Counsel's terse direct examination focused on the general effects of drug use on developing adolescent brains. On cross-examination, the State quizzed Dr. Roache about the relevance and purpose of his testimony, probing pointedly whether Dr. Roache "drove three hours from San Antonio to tell the jury . . . that people change their behavior when they use drugs." 51 id., at 21.

Counsel next called James Martins, a prison counselor who had worked with Andrus. Martins testified that Andrus "started having remorse" in the past two months and was "making progress." Id., at 35. On cross-examination, the State emphasized that Andrus' feelings of remorse had manifested only recently, around the time trial began.

Finally, Andrus himself testified. Contrary to his mother's depiction of his upbringing, he stated that his mother had started selling drugs when he was around six years old, and that he and his siblings were often home alone when they were growing up. He also explained that he first started using drugs regularly around the time he was 15. All told, counsel's questioning about Andrus' childhood comprised four pages of the trial transcript. The State on cross declared, "I have not heard one mitigating circumstance in your life." Id., at 60.

The jury sentenced Andrus to death.

B

After an unsuccessful direct appeal, Andrus filed a state habeas application, principally alleging that his trial counsel was ineffective for failing to investigate or present available mitigation evidence. During an 8-day evidentiary hearing, Andrus presented what the Texas trial court characterized as a "tidal wave of information . . . with regard to mitigation." 7 Habeas Tr. 101.

The evidence revealed a childhood marked by extreme neglect and privation, a family environment filled with violence and abuse. Andrus was born into a neighborhood of Houston, Texas, known for its frequent shootings, gang fights, and drug overdoses. An-

drus' mother had Andrus, her second of five children, when she was 17. The children's fathers never stayed as part of the family. One of them raped Andrus' younger half sister when she was a child. The others—some physically abusive toward Andrus' mother, all addicted to drugs and carrying criminal histories—constantly flitted in and out of the picture.

Starting when Andrus was young, his mother sold drugs and engaged in prostitution. She often made her drug sales at home, in view of Andrus and his siblings. She also habitually used drugs in front of them, and was high more often than not. In her frequently disoriented state, she would leave her children to fend for themselves. Many times, there was not enough food to eat.

After her boyfriend was killed in a shooting, Andrus' mother became increasingly dependent on drugs and neglectful of her children. As a close family friend attested, Andrus' mother "would occasionally just take a week or a weekend and binge [on drugs]. She would get a room somewhere and just go at it." 13 Habeas Tr., Def. Exh. 13, p. 2.

With the children often left on their own, Andrus assumed responsibility as the head of the household for his four siblings, including his older brother with special needs. Andrus was around 12 years old at the time. He cleaned for his siblings, put them to bed, cooked breakfast for them, made sure they got ready for school, helped them with their homework, and made them dinner. According to his siblings, Andrus was "a protective older brother" who "kept on to [them] to stay out of trouble." Id., Def. Exh. 18, p. 1. Andrus, by their account, was "very caring and very loving," "liked to make people laugh," and "never liked to see people cry." Ibid.; id., Def. Exh. 9, p. 1. While attempting to care for his siblings, Andrus struggled with mental-health issues: When he was only 10 or 11, he was diagnosed with affective psychosis.

At age 16, Andrus was sentenced to a juvenile detention center run by the Texas Youth Commission (TYC), for allegedly "serv[ing] as the 'lookout'" while he and his friends robbed a woman of her purse. 10 Habeas Tr., State Exh. 16, p. 9; 13 id., Def. Exh. 4, p. 4 ("[R]ecords indicate[d] that] Andrus served as the lookout"); 3 id., at 273-274; 5 id., at 206. While in TYC custody, Andrus was prescribed high doses of psychotropic drugs carrying serious adverse side effects. He also spent extended periods in isolation, often for purported infractions like reporting that he had heard voices telling him to do bad things. TYC records on Andrus noted multiple instances of self-harm and threats of suicide.

After 18 months in TYC custody, Andrus was transferred to an adult prison facility.

Not long after Andrus' release from prison at age 18, Andrus attempted the fatal carjacking that resulted in his capital convictions. While incarcerated awaiting trial, Andrus tried to commit suicide. He slashed his wrist with a razorblade and used his blood to smear messages on the walls, beseeching the world to "[j]ust let [him] die." 31 id., Def. Exh. 122-A, ANDRUS-SH 4522.

After considering all the evidence at the hearing, the Texas trial court concluded that Andrus' counsel had been ineffective for "failing to investigate and present mitigating evidence regarding [Andrus'] abusive and neglectful childhood." App. to Pet. for Cert. 36. The court observed that the reason Andrus' jury did not hear "relevant, available, and persuasive mitigating evidence" was that trial counsel had "fail[ed] to investigate and present all other mitigating evidence." Id., at 36-37. The court explained that "there [is] ample mitigating evidence which could have, and should have, been presented at the punishment phase of [Andrus'] trial." Id., at 36. For that reason, the court concluded that counsel had been constitutionally ineffective, and that habeas relief, in the form of a new punishment trial, was warranted. Id., at 37, 42.

## C

The Texas Court of Criminal Appeals rejected the trial court's recommendation to grant habeas relief. In an unpublished per curiam order, the Court of Criminal Appeals concluded without elaboration that Andrus had "fail[ed] to meet his burden under Strickland v. Washington, 466 U. S. 668 (1984), to show by a preponderance of the evidence that his counsel's representation fell below an objective standard of reasonableness and that there was a reasonable probability that the result of the proceedings would have been different but for counsel's deficient performance." App. to Pet. for Cert. 7-8. A concurring opinion reasoned that, even if counsel had provided deficient performance under Strickland, Andrus could not show that counsel's deficient performance prejudiced him.

Andrus petitioned for a writ of certiorari. We grant the petition, vacate the judgment of the Texas Court of Criminal Appeals, and remand for further proceedings not inconsistent with this opinion. The evidence makes clear that Andrus' counsel provided constitutionally deficient performance under Strickland. But we remand so that the Court of Criminal Appeals may address the prejudice prong of Strickland in the first instance.

## II

To prevail on a Sixth Amendment claim alleging ineffective assistance of counsel, a defendant must show that his counsel's performance was deficient and that

his counsel's deficient performance prejudiced him. Strickland, 466 U. S., at 688, 694. To show deficiency, a defendant must show that "counsel's representation fell below an objective standard of reasonableness." Id., at 688. And to establish prejudice, a defendant must show "that there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different." Id., at 694.

A

"It is unquestioned that under prevailing professional norms at the time of [Andrus'] trial, counsel had an 'obligation to conduct a thorough investigation of the defendant's background.' *Porter v. McCollum*, 558 U. S. 30, 39 (2009) (per curiam) (quoting *Williams v. Taylor*, 529 U. S. 362, 396 (2000)). Counsel in a death-penalty case has "a duty to make reasonable investigations or to make a reasonable decision that makes particular investigations unnecessary." *Wiggins v. Smith*, 539 U. S. 510, 521 (2003) (quoting Strickland, 466 U. S., at 691). 'In any ineffectiveness case, a particular decision not to investigate must be directly assessed for reasonableness in all the circumstances, applying a heavy measure of deference to counsel's judgments.' *Wiggins*, 539 U. S., at 521-522.

Here, the habeas record reveals that Andrus' counsel fell short of his obligation in multiple ways: First, counsel performed almost no mitigation investigation, overlooking vast tranches of mitigating evidence. Second, due to counsel's failure to investigate compelling mitigating evidence, what little evidence counsel did present backfired by bolstering the State's aggravation case. Third, counsel failed adequately to investigate the State's aggravating evidence, thereby forgoing critical opportunities to rebut the case in aggravation. Taken together, those deficiencies effected an unconstitutional abnegation of prevailing professional norms.

1

To assess whether counsel exercised objectively reasonable judgment under prevailing professional standards, we first ask "whether the investigation supporting counsel's decision not to introduce mitigating evidence of [Andrus'] background was itself reasonable." Id., at 523 (emphasis deleted); see also id., at 528 (considering whether "the scope of counsel's investigation into petitioner's background" was reasonable); *Porter*, 558 U. S., at 39. Here, plainly not. Although counsel nominally put on a case in mitigation in that counsel in fact called witnesses to the stand after the prosecution rested, the record leaves no doubt that counsel's investigation to support that case was an empty exercise.

To start, counsel was, by his own admissions at the habeas hearing, barely acquainted with the witnesses who testified during the case in mitigation. Counsel acknowledged that the first time he met Andrus' mother was when she was subpoenaed to testify, and the first time he met Andrus' biological father was when he showed up at the courthouse to take the stand. Counsel also admitted that he did not get in touch with the third witness (Dr. Roache) until just before voir dire, and became aware of the final witness (Martins) only partway through trial. Apart from some brief pretrial discussion with Dr. Roache, who averred that he was "struck by the extent to which [counsel] appeared unfamiliar" with pertinent issues, counsel did not prepare the witnesses or go over their testimony before calling them to the stand. 13 Habeas Tr., Def. Exh. 6, p. 3.

Over and over during the habeas hearing, counsel acknowledged that he did not look into or present the myriad tragic circumstances that marked Andrus' life. For instance, he did not know that Andrus had attempted suicide in prison, or that Andrus' experience in the custody of the TYC left him badly traumatized. Aside from Andrus' mother and biological father, counsel did not meet with any of Andrus' close family members, all of whom had disturbing stories about Andrus' upbringing. As a clinical psychologist testified at the habeas hearing, Andrus suffered "very pronounced trauma" and posttraumatic stress disorder symptoms from, among other things, "severe neglect" and exposure to domestic violence, substance abuse, and death in his childhood. 6 id., at 168-169, 180; 7 id., at 52. Counsel uncovered none of that evidence. Instead, he "abandoned [his] investigation of [Andrus'] background after having acquired only rudimentary knowledge of his history from a narrow set of sources." *Wiggins*, 539 U. S., at 524.

On top of that, counsel "ignored pertinent avenues for investigation of which he should have been aware," and indeed was aware. *Porter*, 558 U. S., at 40. At trial, counsel averred that his review did not reveal that Andrus had any mental-health issues. But materials prepared by a mitigation expert well before trial had pointed out that Andrus had been "diagnosed with affective psychosis," a mental-health condition marked by symptoms such as depression, mood lability, and emotional dysregulation. 3 id., at 70. At the habeas hearing, counsel admitted that he "recall[ed] noting," based on the mitigation expert's materials, that Andrus had been "diagnosed with this seemingly serious mental health issue." Id., at 71. He also acknowledged that a clinical psychologist briefly retained to examine a limited sample of Andrus' files had informed him that Andrus may have schizophrenia. Clearly, "the known evidence would [have] le[d] a reasonable attorney to investigate further." *Wiggins*,

539 U. S., at 527. Yet counsel disregarded, rather than explored, the multiple red flags.

In short, counsel performed virtually no investigation, either of the few witnesses he called during the case in mitigation, or of the many circumstances in Andrus' life that could have served as powerful mitigating evidence. The untapped body of mitigating evidence was, as the habeas hearing revealed, simply vast.

"[C]ounsel's failure to uncover and present [the] voluminous mitigating evidence," moreover, cannot "be justified as a tactical decision." *Id.*, at 522; see also *Williams*, 529 U. S., at 396. Despite repeated questioning, counsel never offered, and no evidence supports, any tactical rationale for the pervasive oversights and lapses here. Instead, the overwhelming weight of the record shows that counsel's "failure to investigate thoroughly resulted from inattention, not reasoned strategic judgment." *Wiggins*, 539 U. S., at 526. That failure is all the more alarming given that counsel's purported strategy was to concede guilt and focus on mitigation. Indeed, counsel justified his decision to present "basically" "no defense" during the guilt phase by stressing that he intended to train his efforts on the case in mitigation. 3 *Habeas* Tr. 57. As the habeas hearing laid bare, that representation blinked reality. Simply put, "the scope of counsel's [mitigation] investigation" approached nonexistent. *Wiggins*, 539 U. S., at 528 (emphasis deleted).

## 2

No doubt due to counsel's failure to investigate the case in mitigation, much of the so-called mitigating evidence he offered unwittingly aided the State's case in aggravation.

Counsel's introduction of seemingly aggravating evidence confirms the gaping distance between his performance at trial and objectively reasonable professional judgment.

The testimony elicited from Andrus' mother best illustrates this deficiency. First to testify during the case in mitigation, Andrus' mother sketched a portrait of a tranquil upbringing, during which Andrus got himself into trouble despite his family's best efforts. On her account, Andrus fell into drugs entirely on his own: Drugs were not available at home, Andrus did not use them at home, and she would have intervened had she known about Andrus' drug habits. Andrus, his mother related to the jury, "[k]ind of" "just decided he didn't want to do what [she] told him to do." 49 Tr. 83.

Even though counsel called Andrus' mother as a defense witness, he was ill-prepared for her testi-

mony. Andrus told counsel that his mother was being untruthful on the stand, but counsel made no real attempt to probe the accuracy of her testimony. Later, at the habeas hearing, counsel conceded that Andrus' mother had been a "hostile" witness. 3 *Habeas* Tr. 94. He further admitted that he " [did not] know if [Andrus' mother] was telling the truth," *id.*, at 96, and could not even say that he had known what Andrus' mother would say on the stand, because he had not "done any independent investigation" of her, *id.*, at 95.

None of that inaction was for want of warning. During the habeas proceedings, a mitigation specialist averred that she had alerted Andrus' counsel to her concerns about Andrus' mother well before trial. In a short interview with the mitigation specialist, Andrus' mother had stated that she "had too many kids," and had taken out a \$10,000 life-insurance policy on Andrus on which she would be able to collect were Andrus executed. 13 *id.*, Def. Exh. 28, p. 5. Troubled by these comments, the mitigation specialist "specifically discussed with [Andrus' counsel] the fact that [Andrus' mother] was not being a cooperative witness and might not have Andrus' best interests motivating her behavior." *Id.*, at 6. But Andrus' counsel did not heed the caution.

Turning a bad situation worse, counsel's uninformed decision to call Andrus' mother ultimately undermined Andrus' own testimony. After Andrus testified that his mother had sold drugs from home when he was a child, counsel promptly pointed out that Andrus "heard [his] mama testify," and that she "didn't say anything about selling drugs." 51 Tr. 48. Whether counsel merely intended to provide Andrus an opportunity to explain the discrepancy (or, far worse, sought to signal that his client was being deceitful) the jury could have understood counsel's statements to insinuate that Andrus was lying. Counsel did nothing to dislodge that suggestion, and the damaging exchange occurred only because defense counsel had called a hostile witness in the first place. Plainly, these offerings of seemingly aggravating evidence further demonstrate counsel's constitutionally deficient performance.

## 3

Counsel also failed to conduct any independent investigation of the State's case in aggravation, despite ample opportunity to do so. He thus could not, and did not, rebut critical aggravating evidence. This failure, too, reinforces counsel's deficient performance. See *Rompilla v. Beard*, 545 U. S. 374, 385 (2005) ("counsel ha[s] a duty to make all reasonable efforts to learn what they c[an] about the offense[s]" the prosecution intends to present as aggravating evidence).

During the case in aggravation, the State's task was to prove to the jury that Andrus presented a future danger to society. Tex. Code Crim. Proc. Ann., Art. 37.071, §2(b)

(Vernon 2006). To that end, the State emphasized that Andrus had acted aggressively in TYC facilities and in prison while awaiting trial. This evidence principally comprised verbal threats, but also included instances of Andrus' kicking, hitting, and throwing excrement at prison officials when they tried to control him. See App. to Pet. for Cert. 10-13. Had counsel genuinely investigated Andrus' experiences in TYC custody, counsel would have learned that Andrus' behavioral problems there were notably mild, and the harms he sustained severe. Or, with sufficient understanding of the violent environments Andrus inhabited his entire life, counsel could have provided a counternarrative of Andrus' later episodes in prison. But instead, counsel left all of that aggravating evidence untouched at trial—even going so far as to inform the jury that the evidence made it “probabl[e]” that Andrus was “a violent kind of guy.” 52 Tr. 35.

The State's case in aggravation also highlighted Andrus' alleged commission of a knifepoint robbery at a dry-cleaning business. At the time of the offense, “all [that] the crime victim . . . told the police . . . was that he had been the victim of an assault by a black man.” 3 Habeas Tr. 65. Although Andrus stressed to counsel his innocence of the offense, and although the State had not proceeded with charges, Andrus' counsel did not attempt to exclude or rebut the State's evidence. That, too, is because Andrus' counsel concededly had not independently investigated the incident. In fact, at the habeas hearing, counsel did not even recall Andrus' denying responsibility for the offense.

Had he looked, counsel would have discovered that the only evidence originally tying Andrus to the incident was a lone witness statement, later recanted by the witness, that led to the inclusion of Andrus' photograph in a belated photo array, which the police admitted gave rise to numerous reliability concerns. The dissent thus reinforces Andrus' claim of deficient performance by recounting and emphasizing the details of the dry-cleaning offense as if Andrus were undoubtedly the perpetrator. See *post*, at 6 (opinion of ALITO, J.). The very problem here is that the jury indeed heard that account, but not any of the significant evidence that would have cast doubt on Andrus' involvement in the offense at all: significant evidence that counsel concededly failed to investigate.

That is hardly the work of reasonable counsel. In Texas, a jury cannot recommend a death sentence without unanimously finding that a defendant presents a future danger to society (i.e., that the State

has made a sufficient showing of aggravation). Tex. Code Crim. Proc. Ann., Art. 37.071, §2(b). Only after a jury makes a finding of future dangerousness can it consider any mitigating evidence. *Ibid.* Thus, by failing to conduct even a marginally adequate investigation, counsel not only “seriously compromis[ed] his opportunity to respond to a case for aggravation,” Rompilla, 545 U. S., at 385, but also relinquished the first of only two procedural pathways for opposing the State's pursuit of the death penalty. There is no squaring that conduct, certainly when examined alongside counsel's other shortfalls, with objectively reasonable judgment.

## B

Having found deficient performance, the question remains whether counsel's deficient performance prejudiced Andrus. See *Strickland*, 466 U. S., at 692. Here, prejudice exists if there is a reasonable probability that, but for his counsel's ineffectiveness, the jury would have made a different judgment about whether Andrus deserved the death penalty as opposed to a lesser sentence. See *Wiggins*, 539 U. S., at 536; see also Tex. Code Crim. Proc. Ann., Art. 37.071, §2(e). In assessing whether Andrus has made that showing, the reviewing court must consider “the totality of the available mitigation evidence—both that adduced at trial, and the evidence adduced in the habeas proceeding”—and “reweig[h] it against the evidence in aggravation.” *Williams*, 529 U. S., at 397–398; see also *Sears v. Upton*, 561 U. S. 945, 956 (2010) (per curiam) (“A proper analysis of prejudice under *Strickland* would have taken into account the newly uncovered [mitigation] evidence . . . , along with the mitigation evidence introduced during [the defendant's] penalty phase trial, to assess whether there is a reasonable probability that [the defendant] would have received a different sentence after a constitutionally sufficient mitigation investigation” (citing cases)). And because Andrus' death sentence required a unanimous jury recommendation, Tex. Code Crim. Proc. Ann., Art. 37.071, prejudice here requires only “a reasonable probability that at least one juror would have struck a different balance” regarding Andrus' “moral culpability,” *Wiggins*, 539 U. S., at 537–538; see also Tex. Code Crim. Proc. Ann., Art. 37.071, §2(e).

According to Andrus, effective counsel would have painted a vividly different tableau of aggravating and mitigating evidence than that presented at trial. See Pet. for Cert. 18. But despite powerful and readily available mitigating evidence, Andrus argues, the Texas Court of Criminal Appeals failed to engage in any meaningful prejudice inquiry. See *ibid.*

It is unclear whether the Court of Criminal Appeals considered *Strickland* prejudice at all. Its one-sen-

tence denial of Andrus' Strickland claim, see *supra*, at 7, does not conclusively reveal whether it determined that Andrus had failed to demonstrate deficient performance under Strickland's first prong, that Andrus had failed to demonstrate prejudice under Strickland's second prong, or that Andrus had failed to satisfy both prongs of Strickland.

Unlike the concurring opinion, however, the brief order of the Court of Criminal Appeals did not analyze Strickland prejudice or engage with the effect the additional mitigating evidence highlighted by Andrus would have had on the jury. What little is evident from the proceeding below is that the concurring opinion's analysis of or conclusion regarding prejudice did not garner a majority of the Court of Criminal Appeals. Given that, the court may have concluded simply that Andrus failed to demonstrate deficient performance under the first prong of Strickland (without even reaching the second prong). For the reasons explained above, any such conclusion is erroneous as a matter of law. See *supra*, at 8-16.

The record before us raises a significant question whether the apparent "tidal wave,"<sup>7</sup> *Habeas* Tr. 101, of "available mitigating evidence taken as a whole" might have sufficiently "'influenced the jury's appraisal' of [Andrus'] moral culpability" as to establish Strickland prejudice, *Wiggins*, 539 U. S., at 538 (quoting *Williams*, 529 U. S., at 398). (That is, at the very least, whether there is a reasonable probability that "at least one juror would have struck a different balance." *Wiggins*, 539 U. S., at 537.) That prejudice inquiry "necessarily require[s] a court to 'speculate' as to the effect of the new evidence" on the trial evidence, "regardless of how much or little mitigation evidence was presented during the initial penalty phase," *Sears*, 561 U. S., at 956; see also *id.*, at 954 ("We have never limited the prejudice inquiry under Strickland to cases in which there was 'little or no mitigation evidence' presented"). Given the uncertainty as to whether the Texas Court of Criminal Appeals adequately conducted that weighty and record-intensive analysis in the first instance, we remand for the Court of Criminal Appeals to address Strickland prejudice in light of the correct legal principles articulated above. See *Cutter v. Wilkinson*, 544 U. S. 709, 718, n. 7 (2005).

\*\*\*

We conclude that Andrus has shown deficient performance under the first prong of Strickland, and that there is a significant question whether the Court of Criminal Appeals properly considered prejudice under the second prong of Strickland. We thus grant Andrus' petition for a writ of certiorari and his motion for leave to proceed in forma pauperis, vacate the

judgment of the Texas Court of Criminal Appeals, and remand the case for the court to address the prejudice prong of Strickland in a manner not inconsistent with this opinion.

It is so ordered.

The dissent states that the victim identified Andrus as the individual holding the gun, *post*, at 5 (opinion of ALITO, J.), but in fact, the victim testified at Andrus' trial that she did not and could not identify faces or individuals, see 4 *Tr.* 17, 19-20. The dissent also claims that "the victim matched Andrus's clothing to the gunman's," *post*, at 5, n. 1, but neglects to mention that the victim described at least two individuals as wearing such clothing, see 46 *Tr.* 25-27.

See, e.g., 5 *Habeas* Tr. 189 (TYC ombudsman testifying that it was "surpris[ing] how few" citations Andrus received, "particularly in the dorms where [Andrus] was" housed); *ibid.* (TYC ombudsman finding "nothing uncommon" about Andrus' altercations because "sometimes you . . . have to fight to get by" in the "violent atmosphere" and "savage environment"); *id.*, at 169 (TYC ombudsman testifying that Andrus' isolation periods in TCY custody, for 90 days at a time when Andrus was 16 or 17 years old, "would horrify most current professionals in our justice field today"); *id.*, at 246 (TYC ombudsman testifying that Andrus' "experience at TYC" "damaged him" and "further traumatized" him).

The dissent maintains that this witness, Andrus' ex-girlfriend, "linked [Andrus] to the robbery," *post*, at 6, n. 4, even though she testified at the habeas hearing that she thought "it was impossible" that Andrus had committed the offense, 8 *Habeas* Tr. 57.

The dissent does not mention that Andrus' image was conspicuously placed in a central position in the photo array, as the "[o]nly one . . . looking directly up and out." 8 *Habeas* Tr. 35; see also *id.*, at 32. Nor does the dissent acknowledge that there was an approximately 3-month interval between the incident (after which the victim provided little identifying information about the assailant) and the police's presentation of the photo array to the victim. See *id.*, at 37; 46 *Tr.* 65. When asked about the delay, the detective who prepared the photo array admitted that memory can "deca[y] within a matter of days after a traumatizing incident like a crime" and that an "eyewitness identificatio[n]" "can be" "more exponentially problematic" "the greater the time interval between the incident and the identification." 8 *Habeas* Tr. 31; see also *ibid.* (detective confirming that there can be "real problems with reliability" if an "identification [was] made several months" after).

The Court of Criminal Appeals did briefly observe that the trial court's order recommending relief had omitted the "reasonable probability" language when reciting the Strickland prejudice standard. App. to Pet. for Cert. 8, n. 2; cf. *Strickland*, 466 U. S., at 694 (a defendant "must show that there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different"). Even were there reason to set aside that "[t]rial judges are presumed to know the law," *Lambrix v. Singletary*, 520 U. S. 518, 532, n. 4 (1997) (internal quotation marks omitted), the trial court's omission of the "reasonable probability" language would at most suggest that it held Andrus to (and found that Andrus had satisfied) a stricter standard of prejudice than that set forth in *Strickland*.

The concurring opinion, moreover, seemed to assume that the prejudice inquiry here turns principally on how the facts of this case compare to the facts in *Wiggins*. We note that we have never before equated what was sufficient in *Wiggins* with what is necessary to establish prejudice. Cf. *Wiggins*, 539 U. S., at 537–538 ("[T]he mitigating evidence in this case is stronger, and the State's evidence in support of the death penalty far weaker, than in *Williams*, where we found prejudice as the result of counsel's failure to investigate and present mitigating evidence"); *Williams*, 529 U. S., at 399 (finding such prejudice after applying AEDPA deference).

The dissent trains its attention on the aggravating evidence actually presented at trial. Post, at 4–7; but see *Sears*, 561 U. S., at 956 (Strickland prejudice inquiry "will necessarily require a court to 'speculate' as to the effect of the new evidence" on the trial evidence); 561 U. S., at 956 ("A proper analysis of prejudice under Strickland would have taken into account the newly uncovered evidence . . . , along with the mitigation evidence introduced during [the] penalty phase trial").

*Justice Alito, with whom Justice Thomas and Justice Gorsuch join, dissenting.*

The Court clears this case off the docket, but it does so on a ground that is hard to take seriously. According to the Court, "[i]t is unclear whether the Court of Criminal Appeals considered Strickland prejudice at all." Ante, at 17; see *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984). But that reading is squarely contradicted by the opinion of the Court of Criminal Appeals (CCA), which said explicitly that Andrus failed to show prejudice:

"[Andrus] fails to meet his burden under *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984), to show by a preponderance of the evidence that his counsel's repre-

sentation fell below an objective standard of reasonableness and that there was a reasonable probability that the result of the proceedings would have been different, but for counsel's deficient performance." App. to Pet. for Cert. 7–8 (emphasis added).

Not only does the CCA opinion contain this express statement, but it adds that the trial court did not heed Strickland's test for prejudice. See App. to Pet. for Cert. 8, n. 2 ("[T]hroughout its findings, the trial court misstates the Strickland prejudice standard by omitting the standard's 'reasonable probability' language"). And the record clearly shows that the trial court did not apply that test to Andrus's claim. See App. to Pet. for Cert. 36–37. A majority of this Court cannot seriously think that the CCA pointed this out and then declined to reach the issue of prejudice.

How, then, can the Court get around the unmistakable evidence that the CCA decided the issue of prejudice? It begins by expressing doubt about the meaning of the critical sentence reproduced above. According to the Court, that sentence "does not conclusively reveal whether [the CCA] determined . . . that Andrus had failed to demonstrate prejudice under Strickland's second prong." Ante, at 17. It is hard to write a more conclusive sentence than "[Andrus] fails to meet his burden under *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984), to show by a preponderance of the evidence . . . that there was a reasonable probability that the result of the proceedings would have been different, but for counsel's deficient performance." App. to Pet. for Cert. 7–8. Perhaps the Court thinks the CCA should have used CAPITAL LETTERS or bold type. Or maybe it should have added: "And we really mean it!!"

Not only does the Court express doubt that the CCA reached the prejudice prong of Strickland, but the Court is not sure that the CCA decided even the performance prong. See ante, at 17 ("Its one-sentence denial of Andrus' Strickland claim . . . does not conclusively reveal whether it determined that Andrus had failed to demonstrate deficient performance under Strickland's first prong"). The Court may feel it necessary to make that statement because the CCA disposed of both prongs in the sentence quoted above. So if that sentence is not sufficient to show that the CCA reached the prejudice prong, there is no better reason for thinking that it decided the performance prong. But if the Court really thinks that the CCA did not decide the performance issue, why does it treat that issue differently from the prejudice issue? Why does it decide the performance question in the first instance? Are we now a court of "first view" and not, as we have often stressed, a "court of review"? See, e.g., *McLane Co., Inc. v. EEOC*, 581 U. S., (2017) (slip op., at 11). The Court's disparate treatment of the two

parts of the CCA's dispositive sentence shows that the Court is only selectively skeptical.

The Court gives two reasons for doubting that the CCA reached the issue of prejudice, but both are patent makeweights. First, the Court notes that the CCA's per curiam opinion, unlike the concurring opinion, did not provide reasons for finding that prejudice had not been shown. But the failure to explain is not the same as failure to decide. Today's "tutelary remand" is a misuse of our supervisory authority and a waste of our and the CCA's time. *Lawrence v. Chater*, 516 U. S. 163, 185 (1996) (Scalia, J., dissenting).

Second, the Court observes that the concurring opinion, which discussed the question of prejudice at some length, was joined by only four of the CCA's nine judges. See App. to Pet. for Cert. 9-21 (opinion of Richardson, J., joined by Keller, P. J., and Hervey and Slaughter, JJ.). But that does not show that the other five declined to decide the question of prejudice. The most that one might possibly infer is that these judges might not have agreed with everything in the concurrence, but even that is by no means a certainty. So the Court's reading of the decision below is contrary to the plain language of the decision and is not supported by any reason worth mentioning.

If that were not enough, the Court's reading is belied by Andrus's interpretation of the CCA decision. Andrus nowhere claims that the CCA failed to decide the issue of prejudice. On the contrary, the petition faults the CCA for providing "a truncated 'no prejudice' analysis," not for failing to decide the prejudice issue at all. Pet. for Cert. ii (emphasis added). Indeed, the main argument in the petition is that we should modify Strickland because courts are too often rejecting ineffective-assistance claims for lack of prejudice. That argument would make no sense if the CCA had not decided the prejudice issue, something that is never even implied by Andrus's counsel in either the 40-page petition or the 11-page reply.

Not only did the CCA clearly hold that Andrus failed to show prejudice, but there was strong support for that holding in the record. To establish prejudice, Andrus must show "a substantial, not just conceivable, likelihood" that one of the jurors who unanimously agreed on his sentence would not have done so if his trial counsel had presented more mitigation evidence. *Cullen v. Pinholster*, 563 U. S. 170, 189 (2011) (internal quotation marks omitted). This inquiry focuses not just on the newly offered mitigation evidence, but on the likelihood that this evidence would have overcome the State's aggravation evidence. See, e.g., *Sears v. Upton*, 561 U. S. 945, 955-956 (2010) (per curiam). While providing a lengthy (and one-sided) discussion

of Andrus's mitigation evidence, the Court never acknowledges the volume of evidence that Andrus is prone to brutal and senseless violence and presents a serious danger to those he encounters whether in or out of prison. Instead, the Court says as little as possible about Andrus's violent record.

For example, here is what the Court says about the crimes for which he was sentenced to death: "Not long after Andrus' release from prison at age 18, Andrus attempted the fatal carjacking that resulted in his capital convictions." *Ante*, at 6.

Here is what the record shows. According to Andrus's confession, he left his apartment one evening, "amped up' on embalming fluid [PCP] mixed with marijuana, cocaine, and beer" and looked for a car to "go joyriding." No. AP- 76,936, p. 5 (CCA, Mar. 23, 2016) (Reh'g Op.); see also 54 Tr., Pl. Exh. 147 (Andrus's confession). In the parking lot of a supermarket, he saw Avelino Diaz drop off his wife, Patty, in front of the store. By his own admission, Andrus approached Diaz's car with a gun drawn, but he abandoned the carjacking attempt when he saw that the car had a stick shift, which he could not drive. Alerted by a store employee, Patty Diaz ran out of the store and found her husband lying by the side of the car with a bullet wound in the back of his head. He was subsequently pronounced dead.

After killing Avelino Diaz, Andrus approached a car with two occupants, whom Andrus described as an "old man and old wom[a]n." *Id.*, at 2. Andrus fired three shots into the car. The first went through the open driver's side window and hit the passenger, Kim-Phuong Vu Bui, in the head. As the car sped away, Andrus fired a second shot, which entered the back driver's side window, and a third shot, which "entered at an angle indicating that the shot originated from a farther distance." *Reh'g Op.* 3. One of these bullets hit the driver, Steve Bui, in the back. Seeing that blood was coming out of his wife's mouth, Steve drove her to a hospital and carried her inside, where she died.

These senseless murders in October 2008 were not Andrus's first crimes. In 2004, he was placed on probation for a drug offense, but just two weeks later, he committed an armed robbery. Andrus and two others followed a woman to her parents' home, where they held her at gunpoint and took her purse and gym bag. The woman identified Andrus as the perpetrator who held the gun. *Id.*, at 7.

For this offense, Andrus was sent to a juvenile facility where he showed such "significant assaultive behavior" toward other youths and staff" that he was eventually transferred to an adult facility. App. to Pet. for Cert. 11 Shortly after his release, he again violated

his supervisory conditions and was returned to the adult facility. *Ibid.*

When he was released again, he committed an armed robbery of a dry-cleaning establishment. Around 7 a.m. one morning, he entered the business and chased the owner, Tuan Tran, to the back. He beat Tran and threatened him with a knife until Tran gave him money. *Reh'g Op. 7-8.* Andrus's ex-girlfriend told the police that he confessed to this robbery. *8 Habeas Tr. 14.* In addition, Tran picked Andrus out of a photo array, *46 Tr. 66, 69-70*, and testified at trial that the robber was in the courtroom, *id.*, at 59-60, but he was too afraid to point at Andrus, *ibid.* Less than two months after this crime, Andrus murdered Avelino Diaz and Kim-Phuong Vu Bui. *App. to Pet. for Cert. 11.*

While awaiting trial for those murders, Andrus carried out a reign of terror in jail. He assaulted another detainee, attacked and injured corrections officers, threw urine in an officer's face, repeatedly made explicit threats to kill officers and staff, flooded his cell and threw excrement on the walls, and engaged in other disruptive acts. *Id.*, at 11-13. Also while awaiting trial for murder, he had the words "murder weapon" tattooed on his hands and a smoking gun tattooed on his forearm. *51 Tr. 65-66, 68.*

In sum, the CCA assessed the issue of prejudice in light of more than the potentially mitigating evidence that the Court marshals for Andrus. The CCA had before it strong aggravating evidence that Andrus wantonly killed two innocent victims and shot a third; that he committed other violent crimes; that he has a violent, dangerous, and unstable character; and that he is a threat to those he encounters.

The CCA has already held once that Andrus failed to establish prejudice. I see no good reason why it should be required to revisit the issue.

(1) The Court credits Andrus's version of the event and repeats his allegation that he merely served as a "lookout." *Ante, at 1, 6.* As the CCA explained on direct review, however, the victim matched Andrus's

clothing to the gunman's. See *Reh'g Op. 7; see also 46 Tr. 23-25* (arresting officer explaining that only Andrus's clothing matched the suspect description).

(2) Just as the Court provides a one-sided summary of Andrus's mitigation evidence, it quibbles at every possible turn with the aggravation evidence. Thus, the Court states that Andrus's behavioral problems at this facility "were notably mild." *Ante, at 14.* But the witness on whose testimony the Court relies admitted that Andrus's record included multiple threats and assaults against staff and other youths. *4 Habeas Tr. 202-204.* And the record shows that Andrus had needed to be removed from general population 77 times. *10 id., Pl. Exh. 28.* The responsible corrections officials obviously did not think this record was "notably mild," because it prompted them to transfer him to an adult facility.

(3) Although Andrus's ex-girlfriend later signed an affidavit contradicting herself, *41 id., Def. Exh. 139, pp. 1-2*, she admitted at the habeas hearing—after learning that she had been recorded—that she indeed relayed this information, *8 id., at 48-49.* Andrus's counsel tried to withdraw her affidavit from evidence, having "learned information that caused [them] to doubt [her] reliability." *Id., at 5.*

(4) The Court again credits Andrus's allegation that he did not commit this robbery. See *ante, at 14-15.* In support, the Court points to what Tran told police shortly after being beaten and to supposed problems with the photo array from which Tran first identified Andrus. But the Court cannot dispute that Andrus's ex-girlfriend linked him to the robbery or that Tran identified him twice. Nor did the detective to whom the Court refers in fact testify that "the inclusion of Andrus' photograph in a belated photo array . . . gave rise to numerous reliability concerns." *Ante, at 15; see 8 Habeas Tr. 31* (testifying, in response to habeas counsel's repeated questions whether delays affect the reliability of identifications, only that they "can"); *id., at 42-44* (affirming the bases for Andrus's inclusion).

# La última petición de un condenado a muerte (\*)

Yanina Di Blasio (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Sobre la pena de muerte en los Estados Unidos.— III. El caso.— IV. Los argumentos de la Corte.— V. El derecho a una defensa eficaz.— VI. *Habeas corpus* y revisión de condenas firmes.— VII. Conclusiones.

“¿Qué derecho pueden atribuirse los hombres  
para despedazar a sus semejantes?

*Por cierto, no el que resulta de la soberanía y de las leyes.*

*Ellas no son sino una suma de mínimas porciones  
de la libertad privada de cada uno.*

*Ellas representan la voluntad general,  
que es el agregado de las particulares.*

*¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres  
el arbitrio de hacerlo morir?”*

Cesare Beccaría. De los delitos y de las penas.

## I. Introducción

No borra el mal que dio origen a su imposición, sino que lo reproduce; no está probado que disuada a quien está dispuesto a cometer un delito grave ni tampoco a la sociedad en general; no es reversible, por lo que no permite la reinserción social del condenado y termina poniendo en peligro a comunidad entera frente a los errores judiciales; ocasiona daños colaterales al perjudicar a personas inocentes que pudieran depender económica o afectivamente del penado, (además de estigmatizas) y, final-

mente, no fortalece el respeto por la vida, sino que lo debilita, por lo que perfectamente puede ser sustituida por penas menos graves y más útiles a la sociedad (1); la pena de muerte es

(\*) El título que escogí para este trabajo es un homenaje a la obra de Víctor Hugo intitulada *El último día de un condenado*, publicado en el año 1829 (*Le dernier jour d'un condamné*). Ferviente detractor de la pena de muerte y enrolado en los postulados de Cesare Beccaría, Víctor Hugo describió en primera persona los últimos días de un hombre condenado a la pena capital.

(\*) Abogada especialista en derecho penal Universidad de Buenos Aires. Miembro titular del Instituto de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados de la Capital Federal y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

(1) NINO, Carlos S., “Pena de muerte, consentimiento y protección social”, LA LEY 1981-A, 708. Cita online AR/DOC/15645/2001. En la República Argentina, la pena de muerte por causas políticas se encuentra expresamente prohibida en el art. 18 de la CN (1863), habiendo sido formalmente excluida del código penal por la Ley 23.077 del año 1984, aunque cuadra recordar que había sido suprimida en el Código Penal de Moreno (1921) y luego incorporada por leyes de facto. Además, mediante la ley 23.054 del año 1984, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, CADH— cuyo art. 4.3 dispone que no se establecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, con lo que la prohibición ostenta carácter progresivo e irreversible, por conducto de lo normado en el art. 75, inc. 22 de la CN. Estados Unidos firmó dicho instrumento en el año 1977, pero nunca adhirió a sus términos, ni tampoco aceptó la competencia de la Corte ni de la Comisión. Asimismo, el mismo año rubricó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual ratificó en el año 1992, pero bajo ciertas reservas, entre las cuales se encuentra la administración de la pena capital. Sin embargo, como miembro de la

una atrocidad que debiera ser inmediatamente proscripta (2).

Ningún Estado que se jacte de perseguir la justicia, la paz social, el bien común y la libertad, debiera mancharse las manos con la sangre de sus habitantes y, menos aún, con la de aquellos a quienes dio la espalda cuando eran niños.

Según el informe anual de *Amnesty International*, durante el año 2019, se produjeron 657 ejecuciones en 20 países, mientras que 2307 personas fueron condenadas a la pena capital en 56 países (3).

Específicamente en Estados Unidos, el año pasado, 22 personas recibieron la pena capital, 9 de las cuales fueron ejecutadas en el estado de Texas. El promedio de tiempo de espera en el corredor de la muerte fue, para esas personas, de 21 años (4). La única buena noticia es que el estado de New Hampshire abolió la pena de muerte, sumándose a los 20 estados que ya habían adoptado esa decisión.

Como ya lo he anticipado, uno de los argumentos más contundentes que se esgrimen contra esta barbarie, es la probabilidad de error judicial, situación que bien puede ser producto

OEA, se encuentra sujeto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyos arts. I y XXVI establecen respectivamente el derecho a la vida y la prohibición de las penas crueles, infamantes o inusitadas. Así ha sido interpretado por la CIDH, según lo explica Savioli, con cita de diversos fallos de ese tribunal. SAVIOLI, Fabián Omar, El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-savioli.pdf> (Consultado en fecha 1/9/2020).

(2) Recordemos que “[e]l derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 62/2002, caso 12.285. Fondo. Michael Domingues, Estados Unidos, 22 de octubre de 2002, párrafo 38.

(3) Death penalty in 2019: Facts and figures, publicado en la página web [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org).

(4) Ello surge del informe publicado por Death Penalty Information Center en la página web [www.deathpenaltyinfo.org](http://www.deathpenaltyinfo.org).

de una defensa ineficaz. Y, precisamente, el caso que comentaré en esta oportunidad se vincula con este supuesto.

Se trata del proceso de un hombre que, en el año 2016, fue condenado a muerte por un tribunal de juicio (*trial court*) del estado de Texas. A través de la presentación de un *habeas corpus*, él logró demostrar la ineficacia de su defensa técnica y, función de ello, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ordenó, por el voto mayoritario de sus miembros y *per curiam*, la revisión de su condena. Es el caso *Terence Tramaine Andrus v. Texas*, 590 U.S. (2020) (5).

Dicho esto, el itinerario.

Primero formularé una breve reseña en torno a la lucha promovida por el movimiento abolicionista en los Estados Unidos, sin pasar por alto la posición actual de su Corte Suprema. Porque considero que no es posible abordar un caso de pena capital omitiendo la discusión de fondo en torno a *indecencia* de esa pena.

Seguidamente, describiré las notas más sobresalientes del proceso del Sr. Andrus, el trámite de *habeas corpus* y la sentencia de la Corte. Luego, y desde una perspectiva crítica, abordaré el derecho del inculpado a contar con una defensa eficaz en el ámbito estadounidense y lo compararé con los principios que rigen en nuestro medio. En el último tramo, estudiaré los alcances del instituto del *habeas corpus* en Norteamérica y las dimensiones que pudiera cobrar en nuestro sistema, para finalmente dedicarme a las conclusiones.

## II. Sobre la pena de muerte en los Estados Unidos

La pena capital fue instaurada en la primera sesión del Congreso norteamericano del año 1790, para los casos de homicidio doloso.

Por fortuna, no son pocos los detractores de ese cruel castigo, ni escasas las razones que fundamentan la necesidad de su total abolición. Ya Beccaría afirmaba en el año 1764 que la pena de muerte es *una guerra de la nación contra un ciu-*

---

(5) La sentencia se emitió el día 15 de junio de 2020.

*dadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser*(6).

Las ideas del marqués cruzarían el Océano Atlántico de la mano del doctor Benjamin Rush, uno de los firmantes del Acta de la Independencia de Estados Unidos, y a quien luego se lo conocería como “el padre de la psiquiatría”(7).

Así es, en efecto, pues en el año 1787, Rush produjo una investigación acerca de los efectos de los castigos públicos sobre los delincuentes y la sociedad, remarcando que las leyes que regulan la pena de muerte son *contrarias al cristianismo, absurdas y crueles*(8).

Por el año 1793, el Procurador General de Pennsylvania, William Bradford, quien más tarde ocuparía el cargo de Procurador General de Estados Unidos, realizó una investigación acerca de la pena de muerte en el estado de Pennsylvania concluyendo que dicho castigo debía ser eliminado inmediatamente, excepto para los delitos de homicidio y alta traición (9).

A pedido de la Legislatura de Louisiana, en el año 1824 el jurista Edward Livingston diseñó un nuevo código penal para dicho estado. Firmemente convencido que debía abolirse por completo la pena de muerte, Livingston se dedicó a refutar todos y cada uno de los argumentos a favor de este castigo. Si bien su código no fue promulgado por la legislatura de Louisiana,

(6) BECCARÍA, Cesare, “Tratado de los delitos y de las penas” (Dei delitti e delle pene, 1764, Livorno), Ed. Universidad Carlos III de Madrid, año 2015 p. 57.

(7) Sobre la biografía de Rush, se consultó la siguiente página web: <https://www.biography.com/political-figure/benjamin-rush>. (Consultada durante el mes de julio de 2020).

(8) RUSH, Benjamin, *An enquiry into the effects of public punishments upon criminals, and upon society. Read in the society for promoting political enquiries, convened at the house of his excellency Benjamin Franklin, Esquire, in Philadelphia, 1787*. La obra se encuentra disponible en la página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos: <https://collections.nlm.nih.gov/bookviewer?PID=nlm:nlmuid-2569014R-bk#page/18/mode/2up>. (Consultada en el mes de julio de 2020).

(9) Citado por el Juez Marshall en el caso *Furman v. Georgia*, 408 U.S: 238 (1972).

se lo tradujo a diversos idiomas y fue considerado por muchos como el motor del movimiento abolicionista (10) que, según Moore, inspiraría a Víctor Hugo y a Charles Dickens (11).

Es bueno rememorar que en el año 1897 se facultó a los jurados a evitar la imposición de dicho castigo, al adicionar al veredicto la frase “sin pena capital”(12). La reforma, *fruto del movimiento abolicionista del siglo diecinueve, legitimaba al jurado a evitar las ejecuciones que, a la luz de la evidencia recopilada y más allá de la existencia de circunstancias mitigadoras, resultaren, a su juicio, injustas o imprudentes*(13).

Naturalmente, la Corte Suprema estadounidense no se mantuvo ajena al debate, pues en el difundido caso *Furman v. Georgia* (1972) (14) declaró la inconstitucionalidad de la pena de muerte, por violación de la octava enmienda, que prohíbe la aplicación de castigos crueles e inusuales (15), y de la catorceava enmienda, que prescribe el debido proceso (16).

(10) ROBERTS, Ginger, “Edward Livingston and American Penology”, *Louisiana Law Review*, Volume 37, Number 5, 1977. Disponible en <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4280&context=lairev>. (Consultada en julio de 2020).

(11) MOORE, Elon H., “Livingston Code”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 19, Issue 3 November, Article 4, 1928. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2103&context=jclc>. (Consultada en julio de 2020).

(12) De la concurrencia del juez Frankfurter en el caso *Andres v. United States*, 333 U.S. 740 (1948). Aquí la Corte dijo que los propósitos humanitarios que impulsaron la reforma del año 1897 permiten aseverar que la pena capital solo puede ser aplicada por el veredicto unánime del jurado, pero que la unanimidad no es exigida para aplicar una pena más leve.

(13) Ibídem. A la hora de decidir salvar al acusado de la ejecución, los jurados tienen derecho a ponderar un sinnúmero de cuestiones, tales como la edad, el sexo, la ignorancia, las enfermedades o adicciones, las pasiones humanas o las debilidades, la empatía o la clemencia, la irrevocabilidad de la sentencia, el miedo a que luego de la ejecución salgan a la luz hechos nuevos, etc.

(14) “*Furman v. Georgia*”, op. cit. en la cita 11.

(15) “...nor cruel and unusual punishments inflicted.”

(16) “...nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...”

Entre los argumentos más sobresalientes de esta emblemática sentencia puede citarse lo expresado en la concurrencia del juez Douglas, en punto a que vulnera la octava enmienda la aplicación selectiva e irregular de la pena capital, por razones de raza, religión, posición económica o social, clase, o prejuicios contra el acusado.

Por su parte, el juez Brennan explicó que la pena capital no sirve a ningún propósito penal más efectivo que las penas menos severas; que degrada la dignidad humana, pues importa para la persona a quien se la impone perder “el derecho a tener derechos”; que existe una fuerte probabilidad de que sea aplicada arbitrariamente y que es rechazada casi totalmente por la sociedad contemporánea.

A su turno, el juez Marshall efectuó una reseña histórica acerca del movimiento abolicionista, citando la obra de todos y cada uno de los personajes a los que hemos hecho referencia más arriba. A ello adicionó que el fenómeno del *jury nullification* fue un gran éxito del citado movimiento pues, aún antes de que se regulara el instituto que, como se sabe, faculta a los jurados a poner en crisis las normas que tipifican y punen conductas, ya estos se habían rehusado a aplicar la pena de muerte, en aquellos casos en que lo consideraban inapropiado (17).

En consonancia con estas ideas, en *Woodson vs. North Carolina* (18), se afirmó que los *standards de decencia* que deben envolver la imposición del castigo repudian la aplicación automática de la pena capital, pues la octava enmienda exige que el poder del Estado sea ejercido civilizadamente y respetando la dignidad humana, razón por la cual, se debe tratar a todos los acusados como seres humanos únicos y no como miembros de una masa indiferenciada y sin rostro que se encuentra sujeta a la ciega imposición de la pena capital.

---

(17) De la concurrencia del juez Marshall en el caso *Furman v. Georgia*, op. cit. en la cita 11, con cita del caso *McGautha v. California*, 402 US 199 (1971). Ver nota 17.

(18) 428 US 280 (1976). Aquí se analizó la situación particular de North Carolina, estado en el cual se había producido una reforma legislativa que impedía a los jurados evitar la ejecución del acusado.

Más cercano a nuestro tiempo, el caso *Glossip v. Gross* (19), giró en torno a la constitucionalidad del protocolo de administración de la inyección letal en el estado de Oklahoma. Allí, la mayoría de la Corte sostuvo que la pena de muerte no vulnera la octava enmienda y que es una carga del condenado: 1) probar la existencia del riesgo de padecer sufrimientos físicos a causa del método de ejecución y 2) acreditar que ese riesgo puede conjurarse con otras alternativas disponibles; argumento que, con toda razón, fue duramente cuestionado por la jueza Sotomayor (a quien adhirieron Ginsburg, Kagan y Breyer).

A su vez, el juez Breyer, a quien adhirió la jueza Ginsburg, señaló que la pena capital es una pena cruel y, por ende, inconstitucional, en razón que la experiencia y la investigación han demostrado los siguientes defectos: 1) ausencia de confianza (numerosos inocentes han sido ejecutados por error judicial), 2) arbitrariedad en su aplicación y 3) excesivas demoras en el corredor de la muerte, en el cual los prisioneros pasan más de 22 horas en confinamiento solitario, motivo por el cual, en ocasiones prefieren desistir de apelar la sentencia, a fin de no prolongar más su agonía, con lo que también queda demostrada la inefectividad punitiva de este castigo. Y, posiblemente, como resultado de estas razones (20) muchos de los estados han dejado de emplearla, al igual que otros países, por lo que ha comenzado a tornarse inusual (21).

Mientras elaboraba este trabajo, la Corte habilitó, por el voto mayoritario de sus miembros, la

---

(19) 576 U.S. (2015).

(20) Ello surge del informe publicado por Death Penalty Information Center en la página web [www.deathpenaltyinfo.org](http://www.deathpenaltyinfo.org).

(21) *Ibidem*. También, véase la disidencia del juez Breyer (a quien adhirieron las Juezas Ginsburg, Sotomayor y Kagan) en el caso *Bucklew v. Precythe*, Director, Missouri Department of Corrections, 587 U.S. (2019), donde explicó que la octava enmienda no constituye una prohibición estática que proscribe las modalidades de ejecución de la época en la que fue creada -ya nadie cuestiona que quemar a una persona en una plaza pública es un castigo cruel-, sino que prohíbe los castigos que hoy son considerados crueles e inusuales por ocasionar sufrimientos excesivos. (En este caso el condenado padecía de una rara enfermedad congénita que le generaba un riesgo cierto de sufrir excesivamente al momento de ser ejecutado).

reanudación de las ejecuciones en el ámbito federal, las cuales habían estado suspendidas durante diecisiete años, a causa de los horribles sufrimientos físicos que la inyección letal genera al condenado durante sus últimos minutos de vida (22). Una vez más, la discusión giró en torno a la vulneración de la octava enmienda.

Lamentablemente, la mayoría del tribunal accedió a tratar el caso, a pesar de que no se había conferido intervención previa a la corte de apelaciones, y lo hizo en función de la urgencia alegada por el gobierno, quien presentó informes técnicos según los cuales solo en casos excepcionales se producen padecimientos físicos previos al deceso.

En cambio, el juez Breyer, acompañado por la jueza Ginsburg, además de señalar que al truncarse la participación que hubiera correspondido a las cortes de apelaciones, se vulneró el derecho a un proceso limpio (23), postuló que la pena de muerte vulnera la octava enmienda, y lo hizo, no solo en mérito al sufrimiento de los últimos minutos de vida, sino también en función del deterioro psicológico que origina el tránsito por el corredor de la muerte (24).

Asimismo, la jueza Sotomayor, acompañada por las juezas Ginsburg y Kagan, señaló que la decisión se adoptó de un modo por demás acelerado y obedeciendo a la emergencia alegada por el gobierno, siendo que la cuestión ameritaba un desarrollo más profundo.

Nótese que, en este caso, las propias víctimas se habían mostrado contrarias a la aplicación de la pena capital contra el condenado y expresamente pidieron que no se lo ejecutara en su nombre (25).

(22) William P. Barr, Attorney General, et al. v. Daniel Lewis Lee, et al. 591 U.S. Sentencia de fecha 14 de julio de 2020.

(23) La Corte Suprema anuló una decisión de la corte de distrito que era favorable a los reclamos de los condenados, con lo que se les impidió el proceso ordinario de revisión y, en definitiva, el derecho a un proceso limpio.

(24) En abono de su postura, citó la disidencia por él encabezada (y acompañada por la jueza Ginsburg) en el caso *Glossip v. Gross*, op. cit. en la cita 21.

(25) La información surge de una nota periodística publicada en *The Sun* y se encuentra disponible

Con esta breve reseña he querido reflejar la profundidad del debate en torno a la inconstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos, y muy especialmente, la controversia que se suscita entre los miembros de su Corte Suprema. Cuatro contra cinco es casi un empate, por lo que no se comprende, cómo es posible que el veredicto del jurado deba ser unánime para condenar a muerte a una persona (26), mientras que una simple mayoría baste para determinar si la administración de esa pena es cruel y, por tanto, vulnera la octava enmienda.

Ningún proceso judicial que envuelva la destrucción de una vida debiera ser indiferente a la regla de la unanimidad. Así lo exige la decencia, entendida como respeto hacia la dignidad humana.

Dicho esto, ahora sí, el caso.

### III. El caso

Un tribunal de juicio de Texas determinó que, en el año 2008, con apenas veinte años de edad y bajo la influencia de estupefacientes, el Sr. Andrus dio muerte a dos personas.

En la fase de determinación de la responsabilidad, el defensor renunció a exponer su teoría del caso (*opening statement*) y no rebatió la teoría del caso de la acusación, alegando que daría batalla en la fase de determinación de la pena, sin embargo, ello no ocurrió.

Durante la etapa de cesura del juicio, el Estado presentó evidencia orientada a acreditar el comportamiento agresivo y hostil demostrado por el acusado como, por ejemplo, que había golpeado a los guardias de la prisión, que portaba tatuajes indicadores de su afiliación a la criminalidad y que en el pasado se le había imputado su participación en un robo agravado

en el siguiente link: <https://www.thesun.co.uk/news/12118130/daniel-lewis-lee-victim-families-plead-killer-not-be-executed/> (consultada en fecha 6/08/2020).

(26) Así lo ha determinado recientemente la corte estadounidense en el caso *Evangelisto Ramos v. Louisiana* 590 U.S. (2020), con importantes consecuencias en nuestro medio. Véase, a su respecto, DI BLASIO, Yanina, El veredicto del jurado debe ser unánime, publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología de LA LEY, Año X, Nº 7, agosto de 2020, p. 197.

do (aunque no fue condenado por ello). Pero, lejos de controvertir tales alegaciones, el defensor simplemente efectuó un lacónico contrainterrogatorio de los testigos de cargo. Y, cuando llegó el momento de probar la existencia de atenuantes (*mitigating evidence*), convocó a testigos a ciegas.

Primero citó a la madre del acusado, focalizando el interrogatorio en la información biográfica básica de Andrus, pasando por alto los penosos traumas que atravesó durante su niñez.

El segundo testigo fue el padre biológico de Andrus, quien estuvo privado de su libertad durante casi toda la niñez y adolescencia de su hijo, a lo que se añade que, al momento de la declaración, habían transcurrido más de seis años sin verse.

Una vez finalizada la declaración de este último, el defensor expresó que no tenía intenciones de convocar a nuevos testigos, actitud que fue cuestionada por el tribunal, motivo por el cual convocó a un perito médico, quien se expidió en términos generales acerca de los efectos de las drogas en el desarrollo del cerebro de los adolescentes.

En el contrainterrogatorio, el acusador puso en tela de juicio la relevancia de este testimonio, al afirmar que el galeno había conducido tres horas desde San Antonio para decirle al jurado que las personas modifican sus conductas cuando usan drogas.

Seguidamente, la defensa convocó a un funcionario de la prisión, quien afirmó que Andrus había comenzado a evidenciar sentimientos de culpa durante los últimos dos meses y que estaba progresando. En el contrainterrogatorio, el Estado enfatizó que el acusado había comenzado a sentir remordimientos recién al momento del juicio.

Finalmente, Andrus brindó su declaración, controvirtiendo lo dicho por su madre, al explicar que ella había comenzado a vender drogas cuando él tenía tan solo seis años de edad, que a menudo se marchaba dejando a los niños solos en la casa, y que él se inició en las drogas a los 15 años de edad. En el contrainterrogatorio, el acusador afirmó no haber escuchado ningu-

na circunstancia mitigadora originada en la vida del acusado.

El jurado condenó a Andrus a la pena de muerte.

Tras una infructuosa apelación, Andrus presentó un *habeas corpus in forma pauperis*, alegando que la actuación de su defensa técnica había sido negligente en la investigación y en la presentación de evidencia mitigadora.

Durante las audiencias de prueba, Andrus acreditó todas las privaciones a las que se vio sometido durante su infancia, la cual había transcurrido en un barrio de Houston, Texas, conocido por sus frecuentes balaceras, disputas entre delincuentes y excesos en el uso de drogas.

Andrus es el segundo de cinco hermanos, su madre lo dio a luz cuando tenía 17 años de edad. Los padres de los niños nunca formaron parte de la familia, de hecho, uno de ellos violó a una de las hermanitas de Andrus. Los otros se caracterizaban por maltratar psicológicamente a la madre. Además, eran adictos a las drogas y acarreaban con un historial delictivo.

La madre de los niños usaba drogas y también las vendía dentro de su casa, a la vista de ellos.

En no pocas ocasiones los niños pasaron hambre.

Luego que uno de sus novios perdiera la vida en una balacera, la madre de Andrus se tornó aún más dependiente de las drogas y, en consecuencia, más descuidada en relación con la crianza de sus hijos. Para ese entonces, era común que se ausentara de su casa por varios días.

Más tarde, Andrus asumiría la responsabilidad de cuidar al resto de sus hermanitos, incluyendo a su hermano mayor con necesidades especiales. Les preparaba el desayuno y la cena, los ayudaba con sus deberes y se ocupaba de que fueran a la escuela. Fue durante ese período, cuando comenzó a padecer problemas mentales, habiendo sido diagnosticado con psicosis afectiva.

A los diecisésis años, fue condenado por robo y terminó privado de su libertad en un centro de

detención juvenil. Allí se inició en la cultura criminal y en la adicción a los psicotrópicos.

Atravesó largos períodos de confinamiento solitario y protagonizó diferentes intentos de suicidio.

Después de dieciocho meses de detención, fue transferido a una prisión para adultos. Obtuvo su libertad a los dieciocho años y dos años más tarde, se produjeron los hechos que motivaron el proceso penal que nos ocupa.

Mientras aguardaba el desarrollo del juicio, una vez más, Andrus intentó suicidarse.

Pero, ninguna de estas evidencias mitigadoras fue presentada ante el jurado, y ello desencadenó la incapacidad de la defensa de controvertir la teoría del caso del acusador y obtener una pena menos grave.

Así lo entendió el tribunal de juicio de Texas, al considerar que Andrus tenía derecho a que se revisara el procedimiento de determinación de la pena, pues se encontraba acreditado que la ineeficacia de la defensa le había ocasionado un perjuicio concreto. Máxime considerando que se trataba de evidencia por demás relevante, accesible y persuasiva.

Por el contrario, la Corte de Apelaciones en lo Criminal de Texas (*Texas Court of Criminal Appeals*) (27) concluyó, sin mayores explicaciones, que Andrus no había logrado demostrar la ineeficacia de su defensa bajo los parámetros del caso *Strickland v. Washington* (28), por lo que revocó el pronunciamiento del tribunal de juicio. La concurrencia consideró que, si bien la defensa había sido ineeficaz, el acusado no había acreditado un perjuicio.

Fue entonces cuando Andrus acudió en forma directa a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (*writ of certiorari*).

(27) Si bien la Supreme Court of Texas es la máxima instancia de apelación en dicho estado, lo es solo en materia civil y juvenil, en tanto el tribunal superior en materia criminal es la Court of Criminal Appeals, a quien se derivan automáticamente todos aquellos casos en los que se dispone la pena de muerte.

(28) 466 U.S. 668 (1984).

#### IV. Los argumentos de la Corte

La Corte explicó que, según la doctrina del caso *Strickland*, el triunfo en una alegación de vulneración del derecho de defensa (29), se encuentra supeditado a que el acusado demuestre dos extremos: 1º) que la performance de su defensor fue ineficaz y 2º) que esa ineeficacia le ocasionó un perjuicio.

El primer extremo se acredita demostrando que la actuación del letrado se mantuvo por debajo de un *standard* objetivo de razonabilidad. Según el alto tribunal, era incuestionable que las normas vigentes, que regían la actuación profesional de los defensores, los obligaban a llevar a cabo una investigación acerca de los antecedentes del enjuiciado o, en su caso, a ponderar con cuidado la decisión acerca de la ineffectividad de tal investigación, de modo tal que esta fuera fruto de una razonada decisión estratégica; máxime, tratándose de un caso en que se investigaban hechos punibles con pena capital (30).

En cambio, para acreditar el perjuicio, debe demostrarse que, ante una actuación profesional eficaz, hubiera existido una probabilidad razonable de haberse arribado a un resultado procesal diferente, en este caso, a una condena a prisión perpetua.

A continuación, los miembros de la Corte explicaron cuáles fueron las fallas en las que in-

(29) El derecho de defensa se encuentra normado en la sexta enmienda de la constitución estadounidense que dispone, en su idioma original y en lo que aquí interesa, lo siguiente: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to (...) be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense."

(30) El Código Procesal de Texas establece que, en los procedimientos de pena capital, el jurado debe ponderar toda la evidencia, incluyendo las circunstancias del hecho, la personalidad del acusado, sus antecedentes y su moral pues, una de las preguntas a las que deberá responder por "sí" o por "no" es si considera que existe una o varias evidencias mitigadoras suficientes que permitan garantizarle al acusado la imposición de la prisión perpetua, sin libertad condicional, en vez de la pena de muerte. En caso de que la respuesta sea negativa, debe ser unánime. Tex Code Crim. Proc. Ann., art. 37.071 § 2 (b), (c) y (d).

currió la defensa técnica: 1) no investigó los antecedentes de vida de su defendido y restó relevancia a la evidencia mitigadora con la que ya contaba; 2) las pocas pruebas que presentó sirvieron de soporte a la teoría del caso de la acusación; y 3) no rebatió la evidencia incriminadora presentada por el Estado.

También resaltó que no hubo una buena comunicación entre el defensor y su representado, pues Andrus le había explicado al letrado que su madre no era una persona confiable, pero este último de todos modos la citó y luego quedó demostrado que la señora le había dicho al especialista en mitigación que tenía muchos hijos y que contaba con los diez mil dólares estadounidenses que le pagarían por el seguro de vida de su hijo, tras ser ejecutado.

Reparó, además, en que el profesional no se entrevistó con ninguno de los miembros de la familia de su defendido y que aun sabiendo que este último era esquizofrénico, no invocó dicha circunstancia.

Durante la presentación de los agravantes, el Estado hizo referencia a un suceso previo, el robo de una tintorería en el cual, si bien se había involucrado a Andrus, no se habían levantado cargos en su contra (31). No pasó desapercibido a los ojos de la Corte que el defensor no objetó esa prueba.

Fueron muchas las banderas rojas que, según el máximo tribunal, desatendió la defensa y que hubieran posibilitado desarrollar una explicación razonable acerca del comportamiento del acusado. En verdad, los episodios de violencia protagonizados por Andrus durante su detención fueron fruto del deterioro mental producido por una infancia inmersa en la violencia y el abandono.

Seguidamente, el alto tribunal recordó que, en Texas, el jurado no puede recomendar una sentencia de muerte si no es por el voto unánime de sus integrantes, quienes deben encontrar

---

(31) No había certeza de que Andrus hubiera perpetrado dicho episodio, pues había sido identificado por un solo testigo luego de tres meses de ocurrido el hecho, a través de una exhibición de fotografías montada de un modo tal, que su imagen adquiría más preponderancia que las otras.

al acusado como un futuro riesgo para la sociedad (32).

La Corte dio por probada la deficiente performance de la defensa técnica y afirmó que, sin lugar a duda, existía una probabilidad razonable de que Andrus hubiera sido condenado a prisión si hubiera contado con una asistencia técnica adecuada. Una sola disidencia hubiera bastado para evitar su condena a muerte, con lo que quedó claramente acreditado el perjuicio.

En función de ello, resolvió, por el voto mayoritario de seis de sus miembros, hacer lugar a la presentación directa formulada *informa pauperis* y anular la sentencia del tribunal precitado, por falta de fundamentación; ordenando una nueva intervención para que aborde la cuestión relativa al perjuicio sufrido por Andrus, de un modo consistente con su opinión (33).

Contrariamente a lo postulado por la mayoría, la disidencia (representada por el juez Alito, a quien acompañaron los jueces Thomas y Gorsuch) sostuvo que la Corte de Apelaciones dijo explícitamente que Andrus no había logrado demostrar el perjuicio ocasionado por la defensa ineficaz (34).

---

(32) Texas Code Crim. Proc. Ann., art. 37.071 § 2 (b) .

(33) Existen otros casos en los cuales la corte anuló sentencias capitales en función de no haberse garantizado al acusado la presentación de prueba mitigadora. En *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978), se anuló la condena a muerte del acusado por no habersele permitido presentar como evidencias mitigadoras, aspectos relativos a su personalidad y registros que daban cuenta de sus vivencias, así como circunstancias relativas al hecho, que hubieran habilitado la imposición de una pena menos lesiva. Años más tarde, en *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104 (1982) la corte dijo que la Constitución estadounidense requiere que se permita al condenado presentar cualquier tipo de factor atenuante de relevancia. En *Porter v. Mc Collum*, 558 U.S. 30, 39 (2009, *per curiam*) y en *Sears v. Upton*, 561 U.S., 954 (2010) la Corte sostuvo que, para determinar la existencia del perjuicio, debe ponderarse la evidencia mitigadora presentada en el juicio, juntamente con la ofrecida en el procedimiento de habeas corpus y contrastarla con la evidencia agravante arrimada por el Estado.

(34) Pero, ocurre que, del pasaje transcripto por la disidencia en abono de su postura, no surge una explicación concreta acerca de los motivos sobre los cuales se basó el tribunal de apelaciones para adoptar tal temperamento, sino que solo aparece como una

Afirmó también que los errores cometidos en una fundamentación no se asimilan a una decisión errónea, algo así como sostener que una sentencia puede carecer de fundamentos y, al mismo tiempo, contener una decisión acertada.

Sostuvo que la existencia del perjuicio queda supeditada a la demostración sustancial o real, no solo imaginaria o probable, de que uno de los jurados hubiera disentido si el defensor hubiera presentado más evidencia mitigadora y que ello implica no solo ponderar los resultados que hubiera provocado la incorporación de nueva evidencia, sino también, la posibilidad de controvertir exitosamente la evidencia agravante del Estado.

Consideró que la frondosa evidencia presentada por el Estado demuestra una tendencia violenta en Andrus, quien presenta un serio riesgo para todos aquellos que deban vérselas con él, dentro o fuera de prisión, tras lo cual se dedicó a describir pormenorizadamente los hechos que fueron objeto del proceso, los antecedentes delictivos de Andrus, y los sucesos en los que se lo involucró pero por los cuales no se lo condenó, así como también, los hechos de violencia por él protagonizados durante su encarcelamiento, sin olvidar sus tatuajes (35). En función de ello, concluyó que no existían buenas razones que habilitaran la revisión de la sentencia.

## V. El derecho a una defensa eficaz

El debido proceso exige que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas (36),

afirmación carente de fundamentación: “[Andrus] fails to meet his burden under *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984), to show by a preponderance of the evidence that his counsel’s representation fell below an objective standard of reasonableness and that there was a reasonable probability that the result of the proceedings would have been different, but for counsel’s deficient performance.” App. to Pet. for Cert. 7–8 (emphasis added).

(35) He decidido obviar las descripciones que la disidencia formuló porque considero que no tienen vinculación con lo que aquí se debate, que no es precisamente la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito gravísimo, sino el derecho que esa persona tiene a acceder a una defensa eficaz y a recibir una condena justa y no cruel, una condena que no importe la comisión de un homicidio de parte del Estado.

(36) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, año 2004, sexta

razón por la cual es preciso que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación (y que) se admite su papel contradictor en todo momento (37)

En Norteamérica, la garantía de la defensa en juicio ha encontrado su consagración en el difundido caso *Powell v. Alabama* (38). Allí, la Corte le dio una inyección de adrenalina al derecho del acusado a contar con la efectiva asistencia de un defensor, al explicar que se trata de uno de los derechos fundamentales garantizados por el debido proceso, que abarca al derecho a contar con tiempo suficiente para preparar la defensa y que debe ser asegurado íntegramente a los acusados indigentes (39).

edición, p. 614.

(37) *Ibidem*.

(38) 287 U.S. 45 (1932). Se trata del famoso caso de los jóvenes de Scottsboro. Nueve hombres afroamericanos, pobres y analfabetos, de los cuales siete eran adolescentes, fueron acusados de la violación de dos jovencitas blancas que viajaban en el mismo tren. Todo el proceso se desarrolló en escasas dos semanas a contar desde el presunto hecho. Había una inocultable atmósfera de hostilidad contra los acusados, quienes fueron alojados en dependencias militares y siempre conducidos a las audiencias por personal militar. Los letrados asignados por el tribunal no se encontraban preparados para ejercer la defensa, de hecho, uno de ellos reconoció que no estaba familiarizado con la práctica en Alabama. Tampoco contaron con tiempo suficiente para preparar el caso, más que escasos treinta minutos. Y, como si ello fuera poco, el jurado que los condenó (a la pena capital) estaba compuesto enteramente por hombres blancos, pues los candidatos a jurado afroamericanos habían sido sistemáticamente excluidos.

(39) Conforme lo señala Mayeux, no se trató precisamente del primer caso de defensa ineficaz, sino de la culminación de más de cincuenta años de desarrollo en las cortes estatales. Dentro de los casos previos, la autora cita a *People v. Nitti* (Illinois, 1924), el famoso caso de la mujer italiana, analfabeta, de escasos recursos, que hablaba un dialecto del sur de Italia que ni su abogado ni los intérpretes comprendían y que fue acusada de matar a su marido; caso que luego inspiraría la obra de Broadway “Chicago”. Otro caso relevante fue *Sanchez v. State* (Indiana, 1927), se trató del proceso de un inmigrante mexicano de 18 años acusado de homicidio, quien, en verdad, había actuado en legítima defensa. Ambos casos, caracterizados por una defensa incompetente, fueron revertidos por las cortes estatales y se constituyeron en soporte de la argumentación del ilustre abogado Walter Pollak, quien condujo el caso Powell ante la Corte Suprema. MAYEUX, Sara, “Ineffective Assistance of Counsel Before ‘Powell v.

Años más tarde, en *Gideon v. Wainwright* (40), la Corte sostuvo que el derecho a contar con un defensor integral al derecho a un juicio limpio y que debe ser garantizado por el Estado a *todos* aquellos que no puedan costear los servicios de dicho profesional por sus propios medios pues, de lo contrario, se vulnera la catorceava enmienda (41).

Pero, el balance entre acusación y defensa no se alcanza con la mera presencia del defensor (42), sino que reclama una actuación eficaz (43), por lo que el profesional se encuentra obligado a *llevar a cabo acciones que, conforme a una estrategia defensiva predeterminada, contribuyan a excluir o aminorar la imputación y su reproche* (44).

Consecuentemente con ello, la *American Bar Association* (45), en adelante ABA, diseñó, en

Alabama': Lessons from History for the Future of the Right to Counsel", 99 Iowa Law Review, 2161 (2014). Disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/751> (Consultado en fecha 9/08/2020).

(40) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.A. 335 (1963).

(41) En este caso, Gideon había sido acusado de un delito menor, pero debió defenderse solo durante todo el proceso, pues era indigente y, dado que no se trataba de un caso capital, el estado de Florida le denegó la posibilidad de contar con un defensor de oficio. La Corte hizo lugar a su pedido de revisión *in pauperis* y anuló la doctrina emanada del precedente *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942) según la cual la catorceava enmienda no obligaba a los estados a proporcionar un defensor a todos los indigentes.

(42) D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, Tomo II, p. 855.

(43) Es cierto que la persona involucrada en un proceso penal es quien tiene la última palabra y que, en nuestro sistema jurídico bien puede asumir su propia representación, pero ello será factible, siempre y cuando no perjudique la eficacia de su defensa. De allí que podamos afirmar que el control queda en manos del tribunal. Así se desprende de lo normado en el primer párrafo del art. 104 del Cód. Proc. Penal; cuarto párrafo del art. 75 del Cód. Proc. Penal Federal y segundo párrafo del art. 29 del Cód. Proc. Penal de la Ciudad.

(44) MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal II. Parte General". Sujetos procesales, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2011, ps. 274 y 275.

(45) Es la asociación de abogados de afiliación voluntaria más importante de Estados Unidos. Fue fundada en el año 1878.

el año 1989, las *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in death Penalty Cases* —en adelante *guidelines*—, que no son otra cosa que una serie de parámetros de actuación que deben respetar los defensores, en casos capitales.

A guisa de ejemplo, según las *guidelines* 5.1 y 8.1, no cualquier profesional puede asumir la defensa de un caso capital, sino que debe demostrar conocimientos específicos en la materia, además de una preparación adecuada a esos fines, la cual incluye, entre muchas otras cosas, capacitarse para investigar, preparar y presentar evidencia mitigadora (46).

Además, la *guideline* 10.7 establece que, en todos los estadios del proceso, el defensor tiene la obligación de conducir una investigación independiente acerca de las dos fases del juicio: responsabilidad y pena. En relación con la fase punitiva, se explica que los aspectos positivos de la persona, su buena conducta en prisión, así como también las consecuencias negativas que su fallecimiento pudieran generar en otros como, por ejemplo, sus familiares y amigos, son circunstancias que deben ser ponderadas, pues tienen la capacidad de desvanecer las proyecciones de peligrosidad de los jurados.

En *Wiggins v. Smith* (47) la Corte Suprema adoptó las *guidelines* para analizar la *performance* de los defensores en procesos capitales, volviéndolo a hacer dos años más tarde, en *Rompilla v. Beard* (48)

---

(46) En consonancia con ello, las *guidelines* 4.1 y 10.4 establecen que la defensa de casos capitales debe ser abordada por un equipo de abogados, nunca menos de dos, debiendo incluir por lo menos un especialista en mitigación; un investigador; un especialista en enfermedades mentales, desórdenes psicológicos o discapacidades; así como otros especialistas que resultaren necesarios para proporcionar una defensa de alto nivel.

(47) 539 U.S. 510 (2003).

(48) 545 U.S. 374 (2005). En este caso, se probó que el acusado padecía de daño cerebral ocasionado en la etapa de desarrollo fetal, a causa de la ingesta de alcohol de su madre durante el embarazo; información que solo puede salir a la luz si el defensor se entrevista con su cliente y con su familia, en procura de obtener elementos de juicio que le permitan orientar una investigación.

Y, en el caso particular de Texas, en el año 2006 se establecieron reglas específicas de *performance* y actuación de los letrados en procesos capitales. Se trata de las *Guidelines and Standards for Texas Capital Counsel*, las cuales reflejan los principios contenidos en las *guidelines* de la ABA y las perfeccionan con mayores especificaciones (49).

Todos estos lineamientos se complementan con las reglas modelo regulatorias de la conducta profesional “The Model Rules of Professional Conduct”(50) que, entre muchas otras cosas, prescriben que los profesionales calificados debieran abstenerse de rechazar la representación de las personas sin recursos que la justicia le encomienda, salvo que opongan una buena razón para su rechazo (51).

Pero, sospecho que estos nobles principios asemejan a figuras de cristal que pueden tambalearse y terminar hechas añicos, debido a dos cuestiones de suma relevancia. De un lado, porque las evidencias mitigadoras suelen constituir recuerdos por demás dolorosos del cliente. A nadie le gusta hablar de su intimidad con extraños, y menos aún de los abusos que pudo haber sufrido durante su infancia; por ello, es necesario que, tanto el profesional, como su equipo, asuman una posición de apertura, predisposición (y paciencia) con su defendido, a la vez que se despojen de estereotipos y prejuicios, comenzando por el racismo. Inmediatamente, la segunda cuestión: los honorarios. ¿Son adecuados los valores que perciben quienes se ocupan de la defensa pública en los Estados Unidos?

Para responder el interrogante, primero debemos tener en cuenta que en ese ámbito existen tres modelos de defensa pública: 1) el sistema

(49) A guisa de ejemplo, la guideline 12.2.B.1 establece que los profesionales deben estar entrenados para actuar en el proceso de habeas corpus de un caso capital y, de no ser así, no deben tomar el caso. Tampoco debe asumir la representación el letrado que actuó en el juicio previo o en la apelación directa.

(50) Adoptadas en el año 1983.

(51) Constituye una buena razón el hecho que el caso le resulte altamente repugnante, pues se da por descontado que ello obstará a una defensa eficaz. Rule 6.2: Accepting Appointments.

administrado por funcionarios públicos, como funciona en Argentina; 2) el sistema de contrato de servicios, que es proporcionado por profesionales individuales o estudios jurídicos; y 3) el sistema de designación de letrados particulares (52).

Sucede que, en el último caso, la paga es paupérrima y las designaciones se efectúan sin demasiadas exigencias en cuanto a los antecedentes y experiencia de los profesionales. Y, para colmo de males, estos profesionales suelen recibir incentivos económicos por arribar a juicios abreviados. En consecuencia, nos es infrecuente que exhiban bajos índices de compromiso con sus defensas, con lo que se explica que sus clientes tengan mayores chances de resultar condenados y más probabilidades de recibir largas condenas (53).

Semejante situación nos conduce inexorablemente a otro interrogante: ¿cómo puede asegurarse el derecho de defensa en estos casos?

Claramente, la solución no la proporciona *Strickland* (54) porque, como bien lo señala Geimer, *Strickland* coloca sobre el condenado (usualmente lego) la pesada carga de demostrar los dos extremos: la ineficacia de su defensor y el perjuicio que esa ineficacia le ocasionó (55); y es aquí donde comienzan los problemas.

(52) WILLIAMS, Lisa D., *Careers in Indigent Defense. A Guide to Public Defender Programs*, Harvard Law School, 2012, disponible en <https://hls.harvard.edu/content/uploads/2008/07/2012pdguide.pdf>. (Consultado en fecha 1/09/2020). La autora señala que en algunos estados existe una combinación de los tres modelos.

(53) AGAN, Amanda, FREEDMAN Matthew - OWENS, Emily, *Is Your Lawyer a Lemon? Incentives and Selection in the Public Provision of Criminal Defense*, Working Paper 24579, National Bureau of Economic Research, 2018, disponible en <http://www.nber.org/papers/w24579>. (Consultado en fecha 1/09/2020) Es de destacar que este trabajo responde a una exhaustiva investigación llevada a cabo respecto de la situación de la defensa pública en el estado de Texas.

(54) Op. cit. cita 31.

(55) GEIMER, William S., *A decade of Strickland's Tin Horn: Doctrinal and Practical Undermining of the Right to Counsel*, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Volume 4 (1995-1996), Issue 1, Article 3, September 1995. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/wmboj/vol4/iss1/3>. Consultado en fecha 9/08/2020.

Sobre el primero de los requisitos y, más allá de los casos extremos, como el de Andrus, es muy difícil para quien no posee conocimientos de derecho, diferenciar el abandono parcial de su defensa, de una decisión estratégica. Pensemos en un caso en que el profesional cumple con su función de un modo aceptable, pero renuncia llevar a cabo el contrainterrogatorio de los testigos de cargo, e imaginemos diferentes escenarios: el abogado 1) no se preparó previamente para ello, 2) está bajo los efectos del alcohol o de psicofármacos o lleva varias noches sin dormir o padece un desorden mental que, en ocasiones, le genera "lagunas" (56), 3) uno de sus socios atiende la defensa de otro de los imputados y hay intereses contrapuestos 4) considera que su defendido es culpable; a lo mejor, aceptó la asignación del caso solo porque necesita dinero 5) sabe que los testigos mienten, por lo que decide no formular preguntas (57).

(56) Son numerosas las situaciones que pueden dar lugar al accionar deficiente del defensor y, aunque cueste creerlo, según surge de los trabajos que consulté, en Estados Unidos no son pocos los casos de profesionales que se han quedado dormidos en la sala de audiencias, que han concurrido al juicio alcoholizados o bajo los efectos de estupefacientes o que padecían desórdenes mentales. En este sentido, ver CUNNINGHAM-PARMETER Keith, Dreaming of Effective Assistance: The Awakening of Cronic's Call to Presume Prejudice from Representative Absence, *Temple Law Review*, Vol 76, p. 827, 2003 disponible en <https://ssrn.com/abstract=964238> consultado en fecha 9/8/2020; PERLIN Michael L. Baby, Look inside your Mirror: The Legal Profession's Willful and Sanist Blindness to Lawyers with Mental Disabilities, *University of Pittsburg Law Review*, Forthcoming NYLS Legal Studies Research paper No. 07/2008, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1111596>, consultado en fecha 9/08/2020 y GEIMER, William S. op. cit. nota anterior. En nuestro medio no se han hecho notorios casos de esa índole, aunque se sabe que algún que otro integrante de un tribunal colegiado se ha quedado dormido en la sala de audiencias.

(57) Geimer sostiene que el difundido caso Powell v. Alabama, no hubiera aprobado el test de Strickland, porque los letrados que actuaron en el juicio, más allá de su poca preparación, ejecutaron correctamente su labor en ciertos aspectos; por ejemplo, condujeron un riguroso contrainterrogatorio de los testigos de cargo, se entrevistaron con sus clientes antes del juicio, argumentaron y soportaron con evidencia un planteo de incompetencia, efectuaron objeciones a ciertos testimonios de cargo y, de hecho, uno de los acusados fue absuelto, entre otras cosas. Además, postula que hubiera sido muy difícil que los condenados lograran probar el perjuicio, en función del peso de la evidencia en su

Si no existe una buena comunicación entre el letrado y su defendido, será muy difícil para este último comprender los motivos por los cuales su defensor omitió emplear las herramientas procesales a su disposición.

Y, con respecto al perjuicio, es virtualmente imposible que el condenado logre demostrarlo por sí mismo, por la sencilla razón que este elemento se encuentra en el plano de lo subjetivo y no deja de ser una especulación (58). A ciencia cierta, jamás podrá saberse si los miembros de un jurado hubieran cambiado de parecer en cuanto a la pena si hubieran conocido ciertos elementos de la biografía del acusado.

*Strickland* exige un esfuerzo descomunal al condenado y, con ello, termina desvirtuando la operatividad del derecho a una defensa eficaz, una defensa que enmarca su actuación dentro de los lineamientos previamente desarrollado (59). Por este motivo, es más acertada la posición adoptada en nuestro medio, en el cual es una carga del tribunal y no del acusado, controlar que la defensa actúe adecuadamente durante todo el proceso.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que *la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz* (60). Con cita expresa de dos fa-

---

contra, de hecho, hubo acusaciones cruzadas entre ellos. GEIMER, William S. op. cit. nota 58.

(58) GEIMER, William S. op. cit. nota 58. En este sentido, ver también la disidencia del juez Marshall en el caso Strickland.

(59) Dripps sugiere que el análisis acerca de la efectividad de la defensa se formule ex ante. Con carácter previo al inicio del juicio, el profesional asignado debiera poner de resalto todos los impedimentos que obstan a su función, como, por ejemplo, la falta de tiempo suficiente para preparar la defensa o la carencia de recursos para contratar colaboradores y especialistas, de modo tal que tales problemas pudieran resolverse adecuadamente. DRIPPS, Donald A. Ineffective Assistance of Counsel: The Case for an Ex Ante Parity Standard, 88 J. Crim. L. & Criminology 242 (Fall 1997), disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6946&context=jclc>. Consultado en fecha 9/8/2020.

(60) Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 5/10/2015,

llos de nuestro máximo tribunal, agregó que las transgresiones a la garantía de la defensa en juicio afectan la validez del proceso *pues constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional de (la Corte) el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público* (61).

Es que, desde antaño, la efectividad de la defensa en juicio ha sido entendida por nuestra Corte como presupuesto de operatividad de la garantía normada en el art. 18 de la CN (62), razón por la cual, *el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio* (63).

En palabras del ilustre juez Orgaz: usar todos los recursos legales y agotar todas las instancias (64); de eso se trata una defensa eficaz, de emplear todas las herramientas que las normas procesales preveen, para evitar que una persona inocente sea penada injustamente.

## VI. *Habeas corpus* y revisión de condenas firmes

Principiaremos por recordar que, en Norteamérica, el procedimiento de *habeas corpus* permite revisar sentencias firmes, siempre y cuando se alegue la vulneración de normas constitucionales, federales o tratados firmados por ese país (65).

párrafo 168.

(61) Ibídem, párrafo 169, con cita de Fallos 189:34 y 320:854.

(62) Así lo ha afirmado nuestra Corte en una prolífica familia de precedentes, pudiéndose citar a guisa de ejemplo Fallos 237:158; 255:91; 279:27; 296:65; 302:1669; 303:1929; 310:1934, 311:2502; 315:1043; 319:192 y 320:1824, entre muchos otros.

(63) Fallos 330:3526; 332:1095 y 333:1671, entre otros.

(64) Fallos 243:306.

(65) U.S. Code, Title 28. Judiciary and Judicial Procedure. Part VI Particular Proceedings. §2254. State custody; remedies in Federal courts.

Si bien los orígenes del instituto se remontan al derecho romano (66), en el sistema anglosajón el principal antecedente es la *Magna Charta* inglesa de 1215, que disponía lo que sigue: “Ningún hombre libre será detenido o preso o desposeído de sus bienes o declarado fuera de la ley, o exiliado, o arruinado de ninguna manera y no procederemos contra él, ni enviaremos a otros en su contra, salvo a causa de un juicio legal de sus iguales, o en virtud la ley del país”.

En el territorio estadunidense, el *writ of habeas corpus* se plasmó por vez primera en la Declaración formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia del año 1776, cuyo texto proclamaba que todos los hombres son, por naturaleza, libres e independientes, así como también que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino de acuerdo con las leyes del país o al juicio de sus pares (67). Más tarde, este postulado encontraría anclaje normativo en el art. 1º, Sección 9, segundo párrafo, de la Constitución norteamericana.

Ya por el año 1830, el juez Marshall aclamó que el grandioso objetivo del *writ of habeas corpus* consistía en la liberación de aquellos que pudieron haber sido privados de su libertad sin causa suficiente (68).

Ciento doce años más tarde, la Corte declaró que el mandato podía ser empleado para impugnar sentencias dictadas en violación de derechos constitucionales, en la medida que no existieran otros remedios disponibles (69); y en

(66) Su consagración en ese medio, se produjo a través del Interdicto de Homine Libero Exhibendo: “Dice el Pretor: Exhibe al hombre libre que con dolo malo retienes”. Por supuesto que, este interdicto no aplicaba a los esclavos. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Los orígenes del *habeas corpus*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 31, 1973, p. 49. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5144010>, consultado en fecha 16/08/2020.

(67) Ibídem p. 56.

(68) Ex Parte Watkins, 28 U.S. 193 (1830). Aunque debe destacarse que en este caso no se hizo lugar al planteo del acusado, quien alegaba haber sido condenado injustamente por actos que no eran punibles.

(69) Waley v. Johnson, 316 U.S. 101 (1942). Aquí el acusado había firmado un reconocimiento de culpabilidad bajo coacción de un agente del FBI.

el año 1963, aclaró que aún en aquellos casos en que la defensa no hubiera hecho uso de los remedios procesales disponibles, la acción de *habeas corpus* constituía el remedio apropiado para cuestionar una condena emitida sobre la base de una confesión arrancada bajo coerción y en violación de la catorceava enmienda (70).

Lamentablemente, estos principios encontraron su ocaso en el año 1996, cuando el Congreso norteamericano aprobó una ley antiterrorista denominada “Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act” (conocida como ADEPA), que vino a restringir el acceso de los condenados al proceso de *habeas corpus*, pues, entre otras cosas, estableció plazos estrictos para efectuar la petición (un año) (71), dispuso límites a la revisión de las decisiones de las cortes estatales; prohibió sucesivas peticiones de *habeas corpus*, a menos que una corte estatal lo aprobase; impuso restricciones a las audiencias de prueba; etc. (72)

Por este motivo, se ha señalado que ADEPA es una decisión política que se interesa más por los resultados (las ejecuciones), que por determinar si las sentencias fueron impuestas con justicia, con lo que se debilita la confianza y credibilidad en la administración de justicia (73).

Más aún, durante los años 2005 y 2006 se sancionaron dos leyes que profundizaron las limitaciones dispuestas por ADEPA, en relación con los prisioneros alojados en *Guantánamo*

---

(70) *Fay v. Noia*, 372 U.S.391 (1963). En este caso, el acusado, a diferencia de sus consortes de causa, no habíaapelado la condena.

(71) Antes de la reforma el plazo era ilimitado.

(72) U.S. Code, Part VI, Particular Proceedings, Chapter 153, Hábeas Corpus, sections §2244- 2255, Chapter 154, Special Hábeas Corpus Procedures in Capital Cases, sections §2261-2266.

(73) BRIGHT, Stephen B. Casualties of the War on Crime; Fairness, Reability and the Credibility of Criminal Justice Systems, 51 University of Miami Law School. Institutional Repository, 413 (1997). Disponible en <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol51/iss2/5>. Consultado en fecha 9/08/2020. El autor afirma que las cortes criminales de los Estados Unidos son cortes de venganza y no de justicia.

*Bay Naval Base (The Detainee Treatment Act y The Military Commissions Act*, respectivamente) al no permitirles el acceso a las cortes federales (74). Afortunadamente, en el año 2008, la Corte Suprema corrigió esta situación al afirmar que aún los combatientes extranjeros considerados *enemigos*(75), que se encontraren detenidos fuera del territorio de Estados Unidos, gozan del derecho constitucional al *habeas corpus* (76).

De igual manera, no deja de resultarnos atractiva la idea de expandir los alcances del *habeas corpus* en nuestro medio, máxime considerando que el recurso de revisión que prevé la legislación argentina es sumamente restrictivo pues no permite la impugnación de sentencias condenatorias dictadas en violación de los principios que dimanan de nuestra ley primera (77).

Por cierto, esta idea ya ha sido planteada por el profesor Miguel Ángel Almeyra quien, sobre la base de la constitucionalización del instituto y de la dimensión que cobró la libertad ambulatoria, a partir de la reforma del año 1994, propuso su aplicación a los *casos de detenciones arbitrarias, de demoras en el procedimiento, de dilaciones en la resolución*

---

(74) Guantánamo es un territorio que pertenece a Cuba y que fue arrendado a perpetuidad por los Estados Unidos en el año 1903, luego que este último lograra imponer la incorporación de la una ley emitida por su Congreso a la Constitución cubana. Se trata de la famosa Enmienda Platt, que fue derogada en el año 1934.

(75) A esta altura del desarrollo de los derechos humanos, ya no es posible sostener que ciertas personas no merecen ser tratadas como tales. Una crítica al “derecho penal del enemigo” puede verse en DI BLASIO, Yanina, “El debido proceso del ‘enemigo’”, Revista de derecho penal y criminología, LA LEY, marzo de 2020.

(76) *Boumediene v. Bush*, 533 U.S. 723 (2008). Unos años antes, la Corte había determinado que el presidente George W. Bush no tenía legitimidad para constituir tribunales de guerra y que las comisiones especiales militares creadas a esos fines eran ilegales. En consecuencia, los prisioneros de Guantánamo tenían derecho a interponer un *habeas corpus* para cuestionar su detención y su juzgamiento. *Hamdi v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

(77) El recurso de revisión se encuentra normado en los arts. 479 Cód. Proc. Penal, 366 Cód. Proc. Penal Federal y 297 Cód. Proc. Penal de la Ciudad Autónoma de Bs. As.

ción de excarcelaciones, e incluso en aquellas otras situaciones en que se haya llegado a una condenación en violación a las reglas del debido proceso legal, acordando la competencia —como enseña la mejor doctrina— al tribunal superior del magistrado de que se trate (78).

Almeyra recuerda que el debate ya había sido impulsado por Tomás Jofré en su proyecto de Código Procesal para la Provincia de Buenos Aires, al acordar al habeas corpus una inteligencia que superaba su perfil clásico, pues permitía obtener la excarcelación bajo fianza de manera expeditiva, para evitar que la morosidad del proceso perjudicara a quien se encontraba privado de su libertad (79).

Como bien lo explica el distinguido jurista, si bien la Corte Suprema tiene establecido desde antiguo que el *habeas corpus* no procede si la privación de la libertad se originó en una causa seguida ante el juez competente (80), no pueden pasarse por alto ciertas ilustres disidencias como, por ejemplo, la del ministro Bacqué en el caso Pucheta (81), quien propi-

(78) ALMEYRA, Miguel Ángel, “El *habeas corpus* frente a las decisiones judiciales”, Derecho Procesal Constitucional. Fragmentos y testimonios a 25 años de la reforma de la Carta Magna, Editores Argentina, Legister.com, publicado en fecha 15/12/2019, disponible online en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=87ac7919df857246cb2db8cc43b557c4> Consultado en fecha 15/8/2020.

(79) Ibídem.

(80) Fallos 233:103 y 237: 8, entre otros. Sagüés recuerda que el derogado art. 621 del Cód. Proc. Penal establecía que no hay derecho para pedir el auto de *habeas corpus* cuando la privación de la libertad fuese impuesta como pena por autoridad competente. SAGÜES, Néstor P., “El *habeas corpus* contra resoluciones judiciales”, LA LEY, 1988-D, 227, cita online AR/DOC/7086/2001.

(81) Fallos 311: 133 (año 1988). Aquí, luego de agotarse la vía recursiva, la defensa interpuso un recurso de revisión contra la condena, sin embargo, el doctor Bacqué interpretó que, más allá del *nomen juris* empleado, la petición resultaba equiparable a un recurso de *habeas corpus*, ya que lo que se pretendía era el cese de la privación de la libertad fundada en una confesión inválida obtenida a partir de violaciones de derechos humanos fundamentales. Disidencia del doctor Bacqué, Consid. 4º (con cita del fallo “Cardozo, Miguel Oscar s/interpone recurso de *habeas corpus* a su favor” de fecha 8/1/1987;

ció la aplicación del instituto a la manera de un recurso de revisión en favor de quien fuera condenado por sentencia firme (82).

En el decir del juez Bacqué: “(...) [E]xisten circunstancias excepcionales en las que la necesidad de corregir graves violaciones al principio constitucional del debido proceso, autorizan a reconocer la validez de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme, ya que lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia (...)” (83).

En verdad, no existen óbices que impidan dotar al mandato de la facultad de revisar condenas firmes de cumplimiento efectivo, dictadas en franca violación de las garantías constitucionales que hacen al debido proceso, sino todo lo contrario, todavía estamos a tiempo de replantearnos los alcances del instituto, para proteger acabadamente la libertad de los habitantes de este país y, al mismo tiempo, garantizar la justicia de las decisiones jurisdiccionales.

## VII. Conclusiones

**I.** La ausencia de una defensa eficaz deja a todas las garantías que conforman el *fair trial* vacías de contenido (84), motivo por el cual es hora de que Estados Unidos reformule su

la disidencia del doctor Orgaz en Fallos 243:306; el voto del juez Brennan en *Fay v. Noia* (ver cita 49) y de doctrina especializada).

(82) Almeyra también señala que esa fue la doctrina de la Corte, aún durante la vigencia de la Constitución del año 1949, que como es sabido, había incorporado al instituto por conducto del art. 29. ALMEYRA, Miguel Ángel, op. cit., nota 81.

(83) Fallos 311: 133, disidencia del doctor Bacqué, consid. 7º.

(84) Without the help of a lawyer all the other safeguards of a fair trial may be empty, dijo el juez Brennan en la Universidad de Nueva York. Citado por DOUGLAS, William O. *The Right to Counsel*, Minnesota Law Review, Volume 45 (1961), disponible en <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2553>, consultado en fecha 18/08/2020. Este artículo fue citado, a su vez, por nuestra Corte, en Fallos 255:91.

sistema de defensa pública y adopte las medidas necesarias para que realmente se garantice lo normado en las enmiendas sexta y catorceava.

A partir del momento en que la Corte adoptó las *guidelines* de la ABA como modelo de performance profesional, las defensas penales de casos capitales solo debieran ser asignadas a quienes cuenten con la preparación, experiencia y estructura que ellas reclaman, pudiendo quedar en manos de los colegios de abogados la verificación de esos extremos. Como contrapartida, los honorarios a percibir por los profesionales y su equipo debieran ser acordes a los valores de mercado y jamás inferiores a los que percibe el acusador (85).

Desde otro mirador, conviene señalar que la doctrina del caso Strickland amerita una profunda revisión porque, a excepción de ciertos casos extremos como el de Andrus, termina actuando como una barrera que obsta a que personas que no pudieron defenderse acabadamente accedan a la revisión de sus casos. El control sobre la defensa debiera dejar de ser una pesada carga del acusado, para transformarse en una obligación de supervisión del tribunal actuante, como lo postula la CIDH.

Las miserias procesales expuestas, si se me permite parafrasear a Carnelutti, no hacen otra cosa que probar las altísimas probabilidades de que se ejecute por error a personas inocentes que ni siquiera han podido defenderse, algo absolutamente inadmisible, bajo todo punto de vista.

II. Resulta por demás interesante la capacidad de acción que los estadounidenses le han conferido al instituto del *habeas corpus*, aunque al día de hoy, lamentablemente, se encuentre por demás restringido, en función de decisiones políticas emparentadas con la

(85) DRIPPS, Donald A., Ineffective Assistance of Counsel: The Case for an Ex Ante Parity Standard, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 88, Issue 1, 1997, disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6946&context=jclc>. (Consultado en fecha 9/08/2020).

infame teoría del derecho penal del enemigo. Pero, aun así, su versión original no deja de ser un modelo a seguir, que bien pudieramos adoptar en nuestro sistema, porque una detención ordenada por un tribunal competente bien puede ser ilegal, si se encuentra divorciada de los principios que infunden a la ley primordial.

Ya es tiempo de liberar al mandato de las cadenas de cristal que le impiden impugnar condenas firmes, dictadas en violación de normas constitucionales y convencionales, pues con ello se garantizaría la justicia de la cosa juzgada y se protegería más acabadamente la libertad de los habitantes de este país. Pero la liberación dependerá de la audacia de los defensores y de la buena predisposición de los magistrados a despojarse de anticuadas teorías roídas por el tiempo.

III. Tarde o temprano, Estados Unidos abolirá en todo su territorio la pena de muerte, porque desde hace más de doscientos años ha iniciado el camino hacia esa meta. Hoy la decisión está en poder de la Corte Suprema y no es posible que de un solo voto pendan las vidas de cientos de personas. Por ello, la exigencia de unanimidad en todos los procesos que envuelvan la destrucción de un ser humano se convierte en una cuestión de *decencia*.

Es primordial que los estados se ocupen seriamente de los niños en situación de vulnerabilidad, garantizándoles una infancia sana y libre de abusos y violencia, con lo que prevenirán ese “riesgo para la sociedad” que anhelan conjurar a través de la pena capital. En vez de preocuparse por eliminar a los monstruos debieran ocuparse de no crearlos. La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño es una deuda pendiente.

Mientras terminaba este trabajo, lamentablemente falleció la jueza Ruth Bader Ginsburg, un maravilloso ejemplo de lucha por la igualdad que encumbraba a la Corte estadounidense. Se abre, entonces, una incógnita en el devenir del tribunal, pues, en caso de que el gobierno actual designe en su lugar a un con-

servador, costará más tiempo arribar a la abolición total de la pena capital.

Pero ese día llegará. La minoría se convertirá en la opinión dominante que estampará con su firma la categórica declaración de inconstitucionalidad de esa pena y, más tarde, el Congreso de los Estados Unidos hará lo propio. Porque la pena de muerte vulnera el derecho a la vida de los habitantes de ese país, porque es una pena cruel (**86**) y porque es re-

---

(86) "Cualquier cosa que haga, está siempre presente ese pensamiento infernal, como un espectro de plomo a mis costados, solo y celoso, eliminando toda distracción, frente al miserable de mí, sacudiéndome con sus dos manos de hielo cuando quiero volver la cabeza o cerrar los ojos. Se desliza bajo todas las formas con que mi mente desearía eludirlo, se mezcla como un estribillo terrible con

pugnante a los principios internacionales de derechos humanos que guían el desarrollo de la sociedad moderna (**87**).

---

todas las palabras que me dirigen, se pega conmigo a las rejas horrendas de mi calabozo, Me obsede cuando estoy despierto, espía mi sueño convulsivo, y reaparece en mis sueños en la forma de un cuchillo". Víctor Hugo, "El último día de un condenado", Ed. Losada, Buenos Aires, 1998, p. 64.

(87) Acerca del valor de la jurisprudencia extranjera como parámetro a considerar en las decisiones de las cortes estadounidenses que envuelven derechos esenciales, en consonancia con una interpretación dinámica de la constitución de ese país, ver GINSBURG, Ruth Bader, "A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication. 1 FIO L- Rev. 27 (2006). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.1.1.7>. (Consultado en fecha 25/08/2020).

## DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

**Instalación y uso por los agentes de policía de dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo utilizado por el acusado. Tráfico de drogas. Nulidad.**

*Con nota de Santiago Plou*

1. — Una confidencia anónima, a la que sigue la simple constatación de unos viajes en automóvil desde un lugar a otro y la existencia de antecedentes policiales, no puede justificar una invasión estatal de la intimidad —en el caso, mediante la utilización de dispositivos de localización y seguimiento—, ni siquiera con la precipitada cobertura de una resolución judicial. Se vulnera así el círculo de derechos que el sistema constitucional reconoce a todo ciudadano y se incurre en la prohibición de valorar prueba ilícita, en los términos que proclama el art. 11 de la LOPJ (España). El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba impide sostener el juicio de autoría.
2. — La utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 (España) descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.
3. — No se puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado.
4. — No se puede aceptar como norma general que tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos.

5. — Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmisor no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no solo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle.

**T Supremo de Madrid, (Sala 2 Penal), 13/05/2020. - Sentencia N° 141/2020**

**[Cita on line: TR LALEY ES/JUR/20/2020]**

Madrid, mayo 13 de 2020.

Esta sala ha visto de casación con el N° 2749/2018, interpuesto por la representación procesal de D. Balbino, contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2018, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el Rollo de Sala N° 15/2018, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 dictada en el procedimiento abreviado N° 27/2017 por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de León, en la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Jesús Manuel Morán Martínez; y defendido por el letrado D. Ricardo Rodiño Vázquez, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### Antecedentes de hecho

Primero.- El Juzgado de instrucción N° 7 de Ponferrada, tramitó procedimiento abreviado núm. 227/2016 por delito de tráfico de drogas, que causan grave daño a la salud, contra D. Balbino; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de León, Sección 3<sup>a</sup>, (proc. abreviado N° 27/2017) y dictó Sentencia en fecha 29 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes hechos probados: “Único.- Se declara probado que “el día 7 de junio de 2016, sobre las 12:55 horas, el acusado Balbino salió de Villagarcía de Arosa a bordo del vehículo matrícula ... propiedad de Damaso en dirección a la provincia de León con la sola finalidad de distribuir, a cambio de abundantes beneficios económicos y causando un evidente me-

noscabo a la salud de terceras personas, cocaína entre terceras personas.

En el momento de su detención sobre las 17:00 horas estando ya en el partido judicial de Ponferrada, Balbino portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza de 76,36%.

Las sustancias incautadas estaban destinadas a la distribución y venta a terceras personas y tienen un valor estimado en el mercado ilícito de 5.763,84 euros."

En la tarea de traficar con dicha droga Eleuterio era ayudado por Enrique, mayor de edad, con DNI ..., sirviéndole de conductor y conociendo que Eleuterio, en esos viajes se dedicaba a traficar con droga (sic)

Segundo.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Balbino, como autor responsable de un tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud de los art. 368.1 del C.P. sin concurrencia de circunstancias modificativas de a responsabilidad penal a la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y a la multa de 10.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y el abono de la mitad de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Balbino abonará el tiempo que estuvo en prisión provisional desde el 08/06/2016 hasta el 02/08/2016.

Que debemos condenar y condenamos a Félix, como cómplice responsable de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud del art. 368.1 del C.P. sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la multa de 5.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y al abono de la mitad de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de las sustancias, efectos, bienes y ganancias aprehendidas con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 y 374 del CP vigentes al tiempo de cometer los hechos.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del TSJ de Castilla y León.

Una vez firme la presente sentencia procederá la destrucción de las substancias intervenidas, incluyéndose las muestras reservadas para el acto del jui-

cio oral, para el caso de que no haberse llevado a cabo con anterioridad su destrucción."

Tercero.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 20/2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos en fecha 25 de junio de 2018, en el rollo de apelación núm. 15/2016, cuyo Fallo es el siguiente: "Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por los condenados contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con costas por mitad a los apelantes."

Cuarto.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Balbino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim., y 5.4. LOPJ, por vulneración del derecho fundamental del art. 18.1 C.E., y art. 24.2 C.E., en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, por vulneración del derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 368 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el art. 66.1, apartado 6º, del Código Penal, respecto de la individualización de la pena.

Sexto.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 5 de noviembre de 2018, interesó la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de marzo de 2020.

#### Fundamentos de derecho

1.- La sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por

el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, condenó al acusado Balbino, como autor responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de 4 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 10.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 100 euros impagados.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan dos motivos, impugnados ambos por el Ministerio Fiscal. Ya anticipamos que la estimación del primero de ellos, por vulneración de derechos fundamentales, hará innecesario el examen del segundo, que se apoya, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en la indebida aplicación del art. 368, en relación con el art. 66.1, apartado 6 del Código Penal, que debería haber conducido —se razona— a una pena inferior a la finalmente impuesta en la instancia, en una interpretación proporcionada a la real gravedad de los hechos.

2.- El primero de los motivos sostiene, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE.

Razona la defensa que el auto de fecha 24 de mayo de 2016, que autorizó la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo habitualmente utilizado por el acusado, es nulo de pleno derecho. Argumenta el recurrente que el oficio de fecha 20 de mayo de 2016 de la Guardia Civil de Ponferrada, dirigido al Juzgado de instrucción núm. 7 de esa localidad, era manifiestamente insuficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de Balbino. La información obtenida por los agentes, que luego permitió interceptar y detener al acusado cuando éste portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza del 76,36%, sólo fue posible —se aduce— a partir de una violación del espacio de intimidad que nuestro sistema constitucional reconoce y reserva a cada ciudadano. Esa contaminación de la fuente probatoria habría proyectado sus perjudiciales efectos al resto de las pruebas ponderadas por el órgano decisorio. Su clara conexión de antijuridicidad impediría la producción de efectos desde el punto de vista probatorio (art. 11 LOPJ).

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

2.1.- La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 quinqueies, apartados b) y c)

de la LECrim. La reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, quiso así dar respuesta a una necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por los investigadores del lugar exacto —presente, pasado o futuro— en el que podía hallarse una persona, podía resultar absolutamente decisivo para el esclarecimiento del hecho imputado.

El legislador consideró necesario someter a autorización judicial la instalación de ese tipo de dispositivos, pese a que la jurisprudencia de esta Sala no caminaba de forma decidida en esa misma dirección. El debate acerca de la conveniencia de la habilitación judicial no era exclusivo de la dogmática ni de la jurisprudencia españolas. Puede ser suficiente en tal sentido la cita de la conocida sentencia del Tribunal Supremo americano de 23 de enero de 2012 —caso United States c. Antoine Jones, 565 US—, en la que, después de intensos debates que llevaron a lo que algún jurista ha llamado un esfuerzo argumental agónico, los Magistrados pudieron liberarse de la rígida singularidad del sistema constitucional americano que asocia la defensa de la privacidad a la del derecho de propiedad. Con una vocación eminentemente rupturista, el Tribunal Supremo americano consideró nula la prueba que había llevado a los agentes a la instalación de un GPS en el vehículo usado por el sospechoso. Se declaró que esa diligencia de investigación menoscababa la privacidad del sospechoso y, por consiguiente, vulneraba la cuarta enmienda.

La jurisprudencia del TEDH —sentencia 2 de septiembre de 2010, caso Uzun v. Alemania—, incluyó en el contenido material del art. 8.1 del CEDH el derecho de todo ciudadano a mantener contacto con cualesquiera otras personas y a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada. Pese a ello, consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de esos dispositivos, no vulneraba los principios del Convenio de Roma, siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias oportunidades acerca de la legitimidad del empleo por los investigadores de este tipo de dispositivos. La ausencia de una cobertura normativa precisa, paralela de ordinario a su utilización en procedimientos penales para la investigación de delitos de especial gravedad ha venido condicionando nuestra respuesta. La STS 798/2013, 5 de noviembre, ante la alegada quiebra del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por parte del recurrente —que invocaba en su favor la STEDH 2 de septiembre de 2010 (caso Uzun c. Alemania)—, descartó cualquier vulneración constitucional. Se trataba de la utilización de este tipo

de instrumentos adoptada por iniciativa del Servicio de Vigilancia Aduanera para conocer la ubicación geográfica de un barco que portaba un importante cargamento de droga. La sentencia subraya la normalidad de la utilización de esas balizas y concluye: "... siendo así no se aprecia violación alguna del derecho a la intimidad. El uso de radiotransmisores (balizas de seguimiento GPS), para la localización de embarcaciones en alta mar por la policía no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o supone una injerencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo y una ponderación sobre dicha afectación constitucional. Para esta Sala Segunda Tribunal Supremo la ausencia de relevancia constitucional se deriva de que se trata de "diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial" (SSTS 22.6.2007, 11.7.2008, 19/12/2008), e incluso la sentencia TEDH citada en el recurso, caso Uzun c. Alemania de 02/09/2010, en un caso de intervención de una cabina telefónica habitualmente usada por un supuesto terrorista, si bien consideró que tal vigilancia a través del sistema GPS, y procesamiento de los datos obtenidos constituyía una injerencia en la vida privada, art. 8 Convenio, también precisó que la vigilancia GPS, por su propia naturaleza debe distinguirse de otros métodos de seguimiento acústico o visual que, por regla general son más susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos".

La STS 523/2008, 11 de julio, avaló la utilización de este tipo de dispositivos que, en el caso enjuiciado, habían sido adosados por agentes de policía a una embarcación. La equívoca invocación por la defensa del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE), facilitó el argumento mediante el que la Sala desestimó la alegada vulneración de derechos fundamentales: "...el submotivo 2 b) concierne a la vulneración del derecho a la "intimidad de domicilio", reconocido en el art. 18.2 CE. Para lo que se aduce que en el puente del (buque) fue colocado por el SVA una baliza de seguimiento y localización. En primer lugar, no consta que para situar el artificio fuera necesario entrar en algún recinto que constituyera un domicilio de los previstos en los arts. 554 o 561 LECrim. (...) Atendidos los documentos de los folios 3510 a 3515 y las declaraciones en el juicio oral de los funcionarios del SVA con números terminados en... y ... respecto a la colocación exterior de la baliza en la magistral. Por otra parte, nada permite afirmar que la baliza fuera utilizada para clase alguna de injerencia en las conversaciones o mensajes de los investigados".

Similar desenfoque está en la base del discurso argumental mediante el que la defensa del recurrente intentó obtener la nulidad probatoria por la utilización de una baliza. En la STS 55/2007, 23 de enero, se alegaba la vulneración del derecho a la libertad ambulatoria por la utilización de una baliza —dato, por otra parte, no acreditado— sin el debido control judicial: "...al margen de lo discutible que pudiera resultar el que, en efecto, esa instalación de un dispositivo localizador en un buque, deba de ser tenida como una verdadera injerencia en el derecho a la libertad ambulatoria y, por ello, precisando del requisito de autorización judicial, lo cierto es que, como con tanto acierto señala la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico Cuarto, ni tan siquiera ha quedado acreditado en el presente caso que se hubiera llevado a cabo esa operación de balizamiento de cuya práctica intentan deducirse consecuencias anulatorias para las pruebas obtenidas y, en concreto, para la ocupación de la sustancia de tráfico prohibido".

No han faltado precedentes que han desconectado el valor intrusivo de este tipo de dispositivos respecto del contenido material del derecho constitucional a la intimidad. Es el caso de la STS 562/2007, 22 de junio: "...en el segundo de los motivos de su oposición denuncian la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido y a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial. La sentencia impugnada da respuesta a la pretensión deducida como motivo de casación con una argumentación que ha de ser reproducida para la desestimación del motivo. El artificio colocado permitió a los agentes de investigación el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial".

La misma desconexión entre el uso de una baliza y el derecho a la intimidad, late en la argumentación de la STS 906/2008, 19 de diciembre. Esta resolución enfatiza el margen de error propio del sistema de localización a partir de los datos electrónicos asociados a una llamada telefónica. En su FJ 1º puede leerse lo siguiente:

“...respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado,

al permitir, entre otras utilidades, que fuera espacialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia".

La STS 439/2014, 10 de julio, no abordó el problema que estamos contemplando, al haber mediado autorización judicial para la aplicación de una baliza de geolocalización en el vehículo del investigado.

Ya bajo la vigencia del art. 588 quinque b), la STS 475/2018, 17 de octubre, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación de un dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, ésta fue dispensada con posterioridad.

2.2.- El hecho de que nuestro sistema jurídico, hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, 5 de octubre, no haya venido exigiendo autorización judicial para la utilización de este tipo de dispositivos, ha suscitado las dudas propias de todo cambio normativo que obliga a rectificar pautas de actuación policial, hasta ahora validadas por la jurisprudencia de esta Sala. El aval otorgado por el TEDH a aquellos modelos constitucionales que no condicionan la validez de la injerencia a la obtención de autorización judicial, alienta la controversia y refuerza la argumentación de quienes ven en la utilización de este tipo de dispositivos una injerencia de menor intensidad en el ámbito de la intimidad protegida constitucionalmente.

Sea como fuere, que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que, conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.

Es cierto que el conocimiento por los poderes públicos, en el marco de una investigación penal, de la ubicación espacio-temporal del sospechoso, encierra una injerencia de menor intensidad que otros actos de investigación perfectamente imaginables. La intimidad como valor constitucional adquiere importantes matices axiológicos en función del alcance y la intensidad de la intromisión que cada uno de esos instrumentos tecnológicos permita. Sin embargo, tal forma de razonar no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente neutralidad para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia.

La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia —cfr. arts. 588 ter a) o 588 quater b)—, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitido.

En cualquier caso, el propio legislador ha incorporado para los supuestos acreditados de urgencia, frente a la vía ordinaria de autorización judicial (art. 588 quinque b, apartado 1º), una vía alternativa de con-

validación de lo ya resuelto por la Policía Judicial (art. 588 quinques b, apartado 4). Se concede así al intérprete un margen de flexibilidad para dar respuesta a aquellos casos fronterizos en los que, ya sea por razones de urgencia, ya por un déficit de motivación, la reivindicación de ilicitud probatoria constituya el objeto principal del recurso.

2.3.- Nada de esto, sin embargo, sucedió en el supuesto de hecho que nos ocupa. Ni el dictamen del Fiscal ni el auto del Juez de instrucción incluyen una detenida ponderación de los derechos y valores en conflicto, cuando los agentes de policía pidieron el sacrificio de la intimidad del investigado.

Los elementos ofrecidos por la Guardia Civil de Ponferrada a la consideración del Juez y del Fiscal, en su oficio de 20 de mayo de 2016, fueron los siguientes: a) una confidencia anónima en la que se decía que el acusado, con domicilio en Villagarcía de Arosa estaba realizando viajes desde esa localidad a Ponferrada (León), transportando cocaína para ser suministrada a varias personas; b) la existencia de antecedentes policiales por delito de tráfico de drogas en la base policial del Ministerio del Interior; c) la constatación, a través del sistema de cámaras de la Dirección General del Tráfico, de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada.

No podemos aceptar como norma general que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos.

Las suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima —decíamos en la STS 318/2013, 11 de abril— están históricamente justificadas. La Nótima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal.

Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera

culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigar. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo.

Esta idea está presente en la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS 11/2011, 1 de febrero; 1047/2007, 17 de diciembre; 534/2009, 1 de junio; 834/2009, 16 de julio; 1183/2009, 1 de febrero y 1335/2001, 19 de julio). También en la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

La propia Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 3/1993, 16 de marzo, tras recomendar a los Fiscales la indispensable prudencia concluía que “...la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innombradas”.

Todo apunta, por consiguiente, a que una confidencia anónima, a la que sigue la simple constatación de unos viajes en automóvil desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada y la existencia de antecedentes policiales, no puede justificar una invasión estatal de la intimidad, ni siquiera con la precipitada cobertura de una resolución judicial. Se vulnera así el círculo de derechos que nuestro sistema constitucional reconoce a todo ciudadano y se incurre en la prohibición de valorar prueba ilícita, en los términos que proclama el art. 11 de la LOPJ. El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba, impide sostener el juicio de autoría.

Procede la estimación del recurso, con la siguiente absolución del acusado.

## DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

---

3.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

### Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación promovido por la representación legal de Balbino, contra la sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *Manuel Marchena Gómez. — Antonio del Moral García. — Pablo Llarena Conde. — Susana Polo García. — Carmen Lamela Díaz.*

Recurso Casación N° 2749/2018

Segunda Sentencia

Madrid, mayo 13 de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación N° 2749/2018 y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León se dictó sentencia de fecha núm. 539/2017, 29 de noviembre, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018. Esta última

ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### Antecedentes de hecho

Único.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### Fundamentos de derecho

Único.- Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados, declarando que la resolución dictada por el Juez de instrucción núm. 7 de Ponferrada, por la que se acordó, sin la debida motivación, la instalación de un dispositivo de seguimiento y localización del acusado Balbino, fue contraria al derecho a la intimidad y ha de ser declarada nula (art. 11 LOPJ).

### Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Que estimando el recurso de casación promovido por su representación legal, debemos absolver y absolvemos al acusado Balbino del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *Manuel Marchena Gómez. — Antonio del Moral García. — Pablo Llarena Conde. — Susana Polo García. — Carmen Lamela Díaz.*

# Los dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal

## Comentario al fallo del Tribunal Supremo de España sobre medios tecnológicos de seguimiento y localización en la investigación penal y su injerencia en el derecho a la intimidad

Santiago Plou <sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Fundamentos de derecho.— IV. Tratamiento jurisprudencial.— V. Algunos parámetros orientadores.— VI. Cuestiones a considerar.— VII. Conclusiones.

### I. Introducción

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, con sentencia del 13 de mayo pasado, no solo reafirmó lo normado por la Ley Orgánica 13/2015 en materia de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, sino que limitó aún más la discrecionalidad jurisdiccional para ordenar su utilización. Ello, toda vez que delimitó las exigencias de fundamentación que requiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal para ordenar el uso de medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal.

El Tribunal Supremo de España (TSE), en un breve pero valioso fallo en la materia fijó un criterio de interpretación restrictivo para la fundamentación de la orden judicial habilitante para la utilización de dispositivos de seguimiento y localización en la investigación penal. Para así proceder, hizo lugar al recurso de la defensa del

Sr. Balbino y anuló la resolución dictada por el juez de instrucción Nº 7 de Ponferrada. Ello por haber acordado, sin la debida motivación, la instalación de un dispositivo de seguimiento y localización en el vehículo del acusado.

El fallo en cuestión, con un sucido repaso jurisprudencial, analiza dos cuestiones centrales: por un lado, la utilización de balizas (localizadores) como medios de investigación policial y su capacidad de intromisión o vulneración del derecho a la intimidad de los sujetos investigados. Por el otro, se analiza si los elementos indicarios ofrecidos por la Guardia Civil de Ponferrada a consideración del juez fueron suficientes para fundar la orden y, de esa forma, romper el inicial blindaje que proporciona el derecho a la intimidad.

### II. Antecedentes

El Sr. Balbino fue condenado por la Sección 3ra. de la Audiencia Provincial de León a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo y multa de 10.000 euros por considerarlo autor del delito de tráfico de drogas (art. 368.1 del Cód. Penal).

(\*) Abogado por la Universidad Abierta Interamericana. Maestando en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y cumpliendo funciones en la Defensoría General de la Nación.

Contra dicha condena la defensa interpuso el recurso de apelación pertinente, el cual fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. Nuevamente la representación del Sr. Balbino recurre la decisión e interpone recurso de casación ante el máximo tribunal español.

La defensa, en su argumento central, alegó la vulneración del derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia (arts. 18.1 y 24.2 de la Constitución de España). Sostuvo para ello que el auto ordenado por el juez instructor que autorizó la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) era nulo por haberse dictado sin la debida fundamentación.

Alega la defensa que la información obtenida por los agentes policiales a partir de las balizas de geolocalización, que luego permitiera interceptar y detener al acusado cuando este portaba 99.98 gramos de cocaína, solo fue posible a partir de una vulneración del derecho a la intimidad del acusado. En consecuencia, esa contaminación inicial de la fuente probatoria habría proyectado sus perjudiciales efectos al resto de las pruebas cuya conexión antijurídica impidió la producción de efectos (regla de exclusión).

### III. Fundamentos de derecho

Respecto de los fundamentos, debemos comenzar señalando —tal como referencia la sentencia— que la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización cuentan con la cobertura jurídica del art. 588 *quinquies*, apartado b) y c) de la LECrim. La reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre, vino así a dar respuesta a la necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por parte de los investigadores del lugar exacto en el que podía hallarse el investigado podía resultar decisivo para el éxito de la investigación.

La reforma, que establece la necesidad de autorización judicial previa para la colocación de los dispositivos de seguimiento y localización, puso fin a la discusión de la dogmática y la jurisprudencia española acerca de si la policía judicial estaba facultada para su utilización sin control judicial previo. Ello debido a que con

anterioridad la jurisprudencia de la Sala no caminaba de forma decidida en esa dirección.

El juez Marchena Gómez, ponente en la sentencia, comienza su análisis del caso citando la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso “U.S. v. Antoine Jones”<sup>(1)</sup>. Allí el máximo tribunal norteamericano consideró que sí se afecta la expectativa razonable de privacidad <sup>(2)</sup> cuando se instala un sistema GPS (Global Positioning System) <sup>(3)</sup> en un vehículo utilizado por el individuo investigado. Por lo tanto, se declaró nula la colocación y utilización del dispositivo sin orden judicial (o por fuera de los límites por ella fijados) por haber menoscabado el derecho a la privacidad del sospechoso y, en consecuencia, vulnerado lo normado por la Cuarta Enmienda.

Seguidamente, el TSE recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Uzun v. Alemania”<sup>(4)</sup> (2010), en el cual se reconoce que el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incluye el derecho de todo ciudadano a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a injerencias innecesarias en su vida privada. No obstante,

---

(1) SC de Estado Unidos, caso “United States v. Antoine Jones”, 565 US del 23/01/2012.

(2) La teoría de la “Expectativa razonable de privacidad” fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en “Katz vs. United States”, 389 U.S. 347 (1967). Allí la SC estableció que para determinar si cierta injerencia en el ámbito de la persona supera lo tolerable en un Estado de Derecho se debía hacer un doble análisis Subjetivo-Objetivo: 1) Verificar si el propio sujeto tenía una real expectativa de que se encontraba en una situación dentro del ámbito de su privacidad; 2) si la sociedad está dispuesta a reconocer tal expectativa como razonable.

(3) Sistema de localización de alta precisión cuya fuente son los datos que arrojan los satélites en órbita. No solo existen balizas que utilizan sistema GPS, también se utiliza el sistema de módulos de satélites independientes (sistema Alpha), el sistema de radiofrecuencia, el sistema de comunicación de GSM (telefonía móvil) y los dispositivos de descarga de localización (Qlog). Sobre los diversos sistemas de posicionamiento y localización ver: CABELLO GIL, L. M., “Datos de Geolocalización como medida de investigación. Avances en el sistema jurídico procesal penal”, tesis doctoral en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2017, ps. 10, 30 y ss.

(4) TEDH, caso “Uzun v. Alemania”, 2 de septiembre de 2010.

se consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de los dispositivos en cuestión, no vulnera los principios del Convenio de Roma. Ello será así siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y que su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Luego, señala el juez Marchena Gómez, la Sala ha tenido oportunidad de expedirse sobre la utilización de este tipo de dispositivos en varias ocasiones. Destaca que —con anterioridad al año 2015— la ausencia de una cobertura normativa precisa, sumado a que su utilización ha sido —de ordinario— para la investigación de delitos de especial gravedad, ha ido condicionando la respuesta del Tribunal.

Realizado el exordio, la Sala de lo Penal de la máxima instancia española pasa a efectuar un repaso jurisprudencial de su propia doctrina, la que consistió en el análisis de siete precedentes. Cinco de ellos en los cuales se avaló la utilización de balizas de geolocalización por parte de la policía judicial sin contar con orden judicial previa (5). Luego, el sexto precedente enumerado, al mediar orden judicial previa y motivada, avaló su utilización (6). Finalmente, el último y más reciente precedente sobre la cuestión, ya bajo la vigencia de la reforma e introducción del art. 588 *quinquies* de la LECrim, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación del dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, esta fue dispensada con posterioridad (7).

No obstante, respecto de los primeros cinco precedentes cabe efectuar algunas consideraciones. Por un lado, en cuatro de ellos se dio la circunstancia en la cual fueron colocadas balizas de localización en buques o embarcaciones para su seguimiento en alta mar. Por otro lado, tal como señaló el TS, tres de los recurrentes incurrieron en ciertos desenfoques al encaminar sus recursos en la pretendida vulneración de sus derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, del domicilio o la libertad ambulatoria. Fi-

(5) STSE 798/13; STSE 523/08; STSE 55/07; STSE 562/07 y STSE 906/08.

(6) STSE 439/14.

(7) STSE 475/18.

nalmente, el quinto precedente mencionado se trató de una geolocalización a través del sistema SITEL (Sistema de Intervención Telefónica), en el cual se enfatiza el margen de error propio que solo permitiría una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la estación repetidora que capta la señal.

Continuando con el análisis, el máximo tribunal español sostiene que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión del ciudadano y que la afectación al ámbito de la intimidad resulta incuestionable. Ello sin perjuicio que —conforme a la jurisprudencia constitucional y de la Sala del TS— existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, puedan ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo.

A su vez, una diferenciación importante fincó en el menor nivel de intromisión en la privacidad que implicaría el conocimiento por los poderes públicos de la ubicación espaciotemporal del investigado respecto de otros medios o actos de investigación más invasivos. Sin embargo, señaló el juez Marchena Gómez, dicho razonamiento no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión que supone la utilización de un dispositivo GPS, ya que —de utilizarse prolongadamente— podría significar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. Así, por ejemplo, la asistencia a actos políticos o de culto, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual o de la realización de determinado tratamiento médico, son datos personales dignos de afectar el núcleo duro de la intimidad del investigado.

Llegando al final, el ponente de la Sala se pronuncia sobre una cuestión central que hace en parte a la relevancia del presente caso. Si bien reconoce que, a diferencia de la regulación de otras medidas, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad, ello no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales. Aun cuando no se hayan previsto los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que harían viable la medida, los principios de proporcionalidad, necesidad y

excepcionalidad deben actuar como presupuestos de legitimidad de la resolución judicial habilitante.

Se concede igualmente, sostiene el juez Marchena Gómez, un supuesto de urgencia frente a la vía ordinaria de autorización judicial, que es la alternativa de convalidación judicial posterior de lo ya resuelto por la Policía Judicial en casos de fronterizos de urgencia o déficit de motivación.

Por otro lado, el TSE realiza un análisis del mérito de los elementos con los que contaba el juez instructor al realizar la ponderación de los derechos y valores en conflicto. Concluye así, que el solo oficio de la Guardia Civil de Ponferrada que mencionaba una confidencia anónima, la existencia de antecedentes policiales por el delito investigado y la constatación de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada, no son elementos suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona el derecho a la intimidad.

Finalmente, el Máximo Tribunal español señaló la valoración que merece la confidencia anónima (8) según la extensa doctrina sentada por la propia Sala. Al respecto, indicó que debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado. En tal sentido, recordó que su destinatario debe merituar su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Recordó a su vez, las instrucciones de la Fiscalía

(8) Al respecto sostuvo el TSE: “(...) [L]a información confidencial, aquella cuyo transmisor no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no solo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”.

General del Estado en las que se recomendó a los Fiscales la indispensable prudencia en la valoración de la denuncia anónima.

Podemos concluir entonces, que de forma previa a la LO 13/2015 la jurisprudencia del TSE ha validado la utilización de este tipo de dispositivos sin autorización judicial. Sin embargo, dicha tendencia fue rectificada a partir del presente fallo, el cual obliga reevaluar las pautas de actuación policial y restringir el ámbito de discrecionalidad en la investigación penal.

#### **IV. Tratamiento jurisprudencial**

Respecto de la valiosa jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de España, por haber sido detalladamente expuesta por la Sala al emitir la sentencia que nos convoca, nos dispensa de profundizar al respecto, pues cualquier aditamento sería sobreabundante y reiterativo.

En el derecho continental el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) nos brinda un importante aporte en la materia, puesto que en el año 2005 se pronunció sobre la legitimación de la colocación de balizas de seguimiento GPS por parte de la policía sin contar con orden judicial habilitante. Varios son los señalamientos que cabe realizar al respecto. En primer lugar, tal como lo remarcó el TSE en la sentencia aquí estudiada, el sujeto era sospechoso por hechos relacionados al terrorismo, por lo que sin duda alguna se trataba de un delito de gravedad. En segundo lugar, la medida ordenada por el Fiscal estaba prevista en el Código Procesal Penal alemán y no requería autorización judicial previa. En tercer lugar, lejos de subestimar la posibilidad lesiva de la injerencia, el TCF advirtió especialmente sobre los peligros que surgen de la utilización de los modernos métodos de investigación penal en relación con la posible afectación de los derechos fundamentales. Finalmente, y a consecuencia de lo anterior, también alertó al parlamento sobre la necesidad de verificar si las previsiones procesales resultaban idóneas en vista a futuras evoluciones tecnológicas.

De esta manera, el TCF estimó que el uso de tecnología GPS para controlar los movimientos, seguir y localizar a una persona investigada, aun cuando efectivamente signifique una injerencia

en la vida privada, su alcance e intensidad no llega a una afectación tal que invalide lo actuado. Recordemos que la decisión luego fue convalidada por el TEDH en el citado caso “Uzun c. Alemania” (2010), en el cual se sostuvo que la medida fue proporcional a la gravedad de los hechos investigados y que la injerencia no fue excesiva al punto vulnerar el art. 8 del CEDH (9).

Ya en el *common law* la Suprema Corte de Estado Unidos (SC) nos brinda diversos precedentes que, por su relevancia y temática, vale la pena y resulta oportuno recordar. En el caso “Knotts” (1983), se legitimó la instalación de un radiotransmisor en una lata de cloroformo que la policía vendió al sospechoso y que este colocó en el interior de su vehículo, lo que permitió ser seguido por la policía. En su decisión, la SC reconoció la validez de lo actuado al equiparar la geolocalización con el seguimiento policial tradicional. Para ello sostuvo que una persona que se desplaza por las carreteras y la vía pública no tiene una expectativa razonable de privacidad. Concluyó así que la Cuarta Enmienda en nada obsta que la policía pueda aumentar sus capacidades de vigilancia valiéndose para ello de la ciencia y tecnología. (10)

De forma contraria, en el caso “Karo” (1984), el máximo tribunal estadounidense estimó que la utilización de un radiotransmisor para conocer los movimientos de un sujeto dentro de su residencia requería de orden judicial previa. Se reconoció así, que las residencias o domicilios particulares son lugares reservados a la intimidad individual y que todo individuo espera una intimidad libre de injerencia estatal no autorizada (11).

(9) Ver BOUZZA ARIÑO, O., “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista de Administración Pública, Madrid, 2011, ps. 195-6. Ver también PÉREZ GIL, J., “Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal. Protección de datos y proceso penal”, Editorial LA LEY, Madrid, junio 2010, 1ra edición, p. 309.

(10) SC de Estados Unidos, caso “United States v. Knotts”, 460 U.S. 276 (1983), citado en ORTIZ PRADILLO, J. C., “La investigación del delito en la era digital”, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, Madrid (España), 2013, p. 20.

(11) Ver SC de Estados Unidos, caso “United States v. Karo”, 468 U.S. 705 (1984), citado en ORTIZ PRADILLO, ob.

Nuevamente llegamos al citado caso “Jones” (2012), en el cual la CS estadounidense se pronunció considerando que sí se afecta la expectativa razonable de privacidad cuando se instala un sistema GPS en el vehículo utilizado por el individuo investigado. Aquí, sin embargo, se valoró la prolongación temporal de la invasión a la privacidad del sujeto. Mientras en el primer caso (Knotts) el dispositivo se empleó durante varias horas, en el presente caso los movimientos del vehículo fueron controlados las 24 horas durante 28 días ininterrumpidos (12).

Ahora bien, llegados hasta aquí, debemos mencionar un precedente que, si bien no consiste en la colocación de dispositivos de seguimiento y localización, resulta relevante por dos cuestiones. En primer lugar, porque la temática reside en el seguimiento a través dispositivos móviles, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con la colocación de los dispositivos de seguimiento que nos ocupa. En segundo lugar, porque varios años después tuvo una incipiente recepción en nuestro derecho interno.

Nos referimos al caso “Carpenter v. United States” (13), en el cual la CS estadounidense estableció la necesidad de un *warrant* (orden judicial con estándar de causa probable) para acceder a la localización de dispositivos móviles. Señaló así la necesidad de proteger la vida privada de las consecuencias del mal uso de las nuevas tecnologías, puesto que ello podría afectar espacios reservados de la vida íntima de las personas. Es la primera vez, y por ello también su importancia, que el máximo tribunal estadounidense se pronuncia sobre el uso de los datos de geolocalización de los dispositivos móviles en relación con el derecho a la privacidad (14).

cit., p. 20.

(12) Ver SC de Estados Unidos, caso “United States v. Jones”, 565 U.S. (2012), citado en ORTIZ PRADILLO, ob. cit., p. 20.

(13) SC de Estados Unidos, “Carpenter v. United States”, 585 U.S. (2018).

(14) Ver en FERNÁNDEZ, D. - O’FARREL, I., “Privacidad en el contexto digital: la geolocalización de dispositivos móviles”, Suplemento Especial Legal Tech, Ed. Thomson Reuters, Bs. As. 2018, p. 2 y ss.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien no encontramos pronunciamiento sobre el tópico en cuestión, sí se ha advertido sobre la necesidad de que los Estados reparen en el mayor riesgo que generan las nuevas tecnologías en relación con la vida privada de las personas. De esta forma, se insta a ampliar los esfuerzos para una mayor protección de los ámbitos reservados a la privacidad de la persona frente a las nuevas tecnologías (15).

Llegados a la esfera nacional, aunque no contamos con jurisprudencia en la materia, podemos señalar dos recientes resoluciones judiciales interlocutorias que resultan de particular interés por su vinculación temática. Con recepción del mencionado caso “Carpenter”, el Juzgado Penal Contravencional y de Faltas N° 10 (16) resolvió en dos oportunidades anular las medidas dispuestas por los fiscales, en virtud de las cuales se requería a las empresas de telecomunicaciones que —sin previa autorización judicial— informaran el listado de las celdas de conexión en las que habría impacto las señales de determinadas líneas telefónicas. Sostuvo así el juez, que una medida orientada a conocer la ubicación geográfica de los titulares de la línea excede a las facultades del Ministerio Público y requiere de una orden fundada del órgano jurisdiccional.

Respecto de las resoluciones mencionadas debemos hacer algunos señalamientos. Por un lado, lo que resulta evidente, ambas pertenecen a un universo jurídico más amplio y respecto del cual pueden hallarse fácilmente mayores lineamientos. Pero por el otro, remarcamos su importancia porque creemos que el enfoque allí adoptado y orientado a la autodeterminación informativa (17) como derivación de la ga-

---

(15) CIDH, caso “Escher c. Brasil”, 220, 6 de junio de 2009.

(16) Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 10 de la Ciudad de Buenos Aires, expediente 24452/2018, registro interno 1429, 3 de septiembre de 2018; y expediente 25380/2018, registro interno 1435, 4 de septiembre de 2018.

(17) El concepto de autodeterminación informativa fue reconocido por primera vez como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el año

rantía de intimidad es el camino acertado para comenzar a abordar una temática largamente postergada en nuestro país. De esta manera, entendemos que resultará conveniente que las medidas de investigación tecnológicas se aborden de forma conjunta y sistematizada, fijando diversos criterios acordes al nivel de injerencia de cada medida. Sumado a ello, su relevancia también se encuentra en el desarrollo resolutivo, pues recorre precedentes e instrumentos internacionales en la materia que, sin lugar a duda, serán las bases sobre las cuales deberá trabajar tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país.

## V. Algunos parámetros orientadores

La falta de previsión local nos lleva a buscar ciertos parámetros dentro de los cuales el legislador deberá iniciar la trabajosa y postergada tarea de regular la utilización de estos dispositivos de localización. Dicho trabajo legislativo, junto con las restantes medidas de investigación no reguladas, no admite demasiada demora si consideramos los presurosos y constantes avances tecnológicos y su imprescindible utilización en la investigación penal. De lo contrario, los jueces se verán forzados —una vez más— a forjar interpretaciones amplias y flexibles de otros preceptos legales a fin de sortear las lagunas legales existentes.

Ahora bien, además de la jurisprudencia, otros parámetros orientadores surgen de las recomendaciones de organismos internacionales y ordenamientos extranjeros que nos brindan los principios básicos y las exigencias legales necesarias para legitimar la utilización de estas medidas. Por supuesto, la regulación deberá ser sumamente respetuosa de las garantías y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, especialmente el derecho a la intimidad y privacidad (18).

---

1983 (Ref. BvR 209/1983) como respuesta a la posibilidad del tratamiento masivo de datos. Allí se reconoció la facultad del individuo a decidir por sí mismo y dentro de qué límites procede a revelar situaciones referentes a su propia vida.

(18) Recordemos que la privacidad personal se encuentra protegida por los art. 18, CN, 11 CADH y 17 PIDCyP.

En esta línea, encontramos un valiosísimo instrumento en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), el cual constituye una “Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación.”<sup>(19)</sup> Este instrumento tiene como finalidad lograr que su utilización sea acorde con el orden constitucional y legal de los Estados, así como de las Convenciones y Tratados Internacionales.

Allí encontramos nueve principios rectores de las Técnicas Especiales de Investigación (TEI), entre las que se encuentra la vigilancia electrónica. A continuación, entonces, haremos una breve mención de cada uno de los principios que fundamentan el empleo de las TEI:

- *Principio de legalidad*: se debe respetar la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales, la legislación interna, así como las normas y disposiciones que regulen su empleo.

- *Principio de excepcionalidad*: deben emplearse de manera excepcional, en casos de ausencia o insuficiencia de otros medios de prueba menos invasivos.

- *Principio de subsidiariedad* : deben aplicarse cuando los mecanismos habituales de investigación no resulten idóneos en el procedimiento investigativo, generalmente en supuestos de criminalidad organizada o delitos complejos. Esto no implica el agotamiento previo de todas las alternativas para luego acudir a las TEI, sino que la autoridad evalúe primero si cuenta con otras técnicas idóneas.

- *Principio del debido procedimiento*: implica que solo la autoridad competente puede autorizar el empleo de una TEI, así como los alcances, límites y ámbito de aplicación.

- *Principio de reserva*: se deben desarrollar en estricta reserva y confidencialidad para el logro de sus fines y salvaguarda de quienes las ejecuten.

- *Principio de pertinencia*: se debe evaluar el costo-beneficio de su utilización y la complejidad

dad de la investigación. Optimización de recursos y probabilidad de éxito.

- *Principio de especialidad*: las instituciones involucradas deben contar con el personal especializado para su utilización.

- *Principio de celeridad*: debe tenerse en cuenta que el éxito de su empleo radica en la oportunidad de sus actuaciones, pero siempre dentro del ámbito de aplicación de la ley.

- *Principio de proporcionalidad*: su empleo debe ser proporcional a la naturaleza de la investigación, y sus plazos de duración, tendientes a no conculcar el derecho de las personas que se verán afectadas por su uso. El juez debe establecer la debida ponderación caso por caso, a través de una decisión debidamente motivada.

Otro parámetro importante lo hallamos, como mencionamos con anterioridad, en la legislación española modificada según la reforma introducida a la LECrim en el año 2015, la cual vino a actualizar el catálogo de medidas investigativas. Para ello, con estricto reconocimiento de los principios y estándares internacionales en la materia, se previó con adecuada precisión tanto la utilización de las medidas investigación en cuestión como los supuestos de procedencia y su limitación.

Así, observamos que en el art. 588 bis, referido las disposiciones comunes, se establece como requisito para la procedencia de la autorización judicial habilitante que esta se libre con arreglo a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Con respecto a este último en particular, cabe señalar que se regula expresamente la necesidad de valorar las circunstancias del caso y la estimación del sacrificio de los derechos e intereses afectados en relación con el beneficio que resulte para el interés público. A su vez, esta valoración del interés público se debe basar en la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido.

Asimismo, se regula el contenido que deberá tener la solicitud tanto del Ministerio Fiscal como de la Policía Judicial para requerir la uti-

(19) OEA, “Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación en casos de Delincuencia Organizada Transnacional”, Artec, Washington D.C., 2019, p. 18 y ss.

lización de las medidas allí previstas. De esta forma, se requiere —en lo posible— la especificación de la descripción del hecho e identidad del investigado, las razones que justifiquen tal medida, los medios a emplear, la extensión, duración, forma de ejecución y el sujeto obligado a cumplirla.

De igual forma, se regulan seguidamente los términos de la resolución judicial consecuente, la cual deberá estar debidamente fundada, con vista previa al Ministerio Fiscal y en un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. Se prevé también la posibilidad por parte del juez de solicitar una ampliación o aclaración de la solicitud recibida.

A continuación, se determina la necesidad del secreto de las actuaciones, la delimitación de su duración, las posibles prórrogas y la posibilidad de su procedencia aun cuando afecte a terceras personas. También establece la necesidad del cese cuando desaparezcan las circunstancias que le dieron origen y la destrucción de los registros una vez concluido el proceso o cuando sean ajenos al interés de la investigación.

Llegados al art. 558 *quinquies*, incs. b) y c), se detalla específicamente los supuestos de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Para ello se exige la concurrencia de acreditadas razones de necesidad y proporcionalidad, así como también la necesidad de especificar el medio técnico que será utilizado y el deber de colaboración de los prestadores de servicios de comunicación en caso de ser solicitados. Además, se regula el supuesto de urgencia, por el cual la Policía Judicial puede proceder sin orden judicial cuando concurran fundadas razones que hagan temer que, de no actuarse de inmediato, se frustrará éxito de la investigación. Asimismo, debe darse cuenta a la mayor brevedad posible y en un máximo de veinticuatro horas a la autoridad judicial, la que podrá ratificar la medida u ordenar su inmediato cese, en cuyo caso la información obtenida carecerá de efectos en el proceso.

Finalmente, se establece el límite máximo de tres meses para la duración de la medida con posibilidad de efectuar prórrogas excepcionales hasta un máximo de dieciocho meses. Ello siempre que estuviera justificado a la luz de los

resultados obtenidos. Se prevé también la obligación de la Policía Judicial de entregar los soportes originales o copias auténticas con la información obtenida cuando se le solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones. Por último, se regula la necesidad de custodiar el material obtenido a fin de evitar su utilización indebida.

Otra referencia sumamente relevante la encontramos en los proyectos legislativos presentados en los años 2016 y 2018 tanto en el Congreso Nacional como en la legislatura de Ciudad de Buenos Aires. Dichos proyectos contemplaban, entre las distintas medidas investigativas previstas, la posibilidad localizar y seguir a los investigados mediante dispositivos remotos. Sin embargo, las técnicas aludidas no tuvieron acogida favorable, por lo que no han sido sancionadas ni, por supuesto, implementadas.

De esta forma, observamos que en el año 2016 se presentó un primer proyecto de ley destinado a reformar el Código Procesal Penal (aprobado por ley 27.063), con el fin de acentuar el sistema acusatorio y reforzar las herramientas con las que cuenta el sistema judicial para combatir la delincuencia organizada, compleja o transnacional.

En la remisión del texto legislativo del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional para su tratamiento, se destaca que —en todos los casos— se han respetado los estándares internacionales recomendados por la ONU, el Consejo de Europa, la Corte IDH y el TEDH. Así las cosas, vemos que se incluye la posibilidad de vigilar al investigado mediante dispositivos de localización y seguimiento.

En consecuencia, se prevé la necesidad de realizar una audiencia unilateral en la que el fiscal solicite la autorización pertinente para la utilización de la medida. Luego, se regula el deber del juez de librar la orden con estricto arreglo a los parámetros de razonabilidad específicamente normados: idoneidad, gravedad del delito, subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Se establece también una duración máxima de tres meses prorrogables, con la posibilidad de exigirle al Ministerio Público Fiscal (MPF) que especifique el medio técnico a utilizar. Asimismo, se regula la prohi-

bición de proceder respecto de terceros no investigados salvo cuando la medida llevada a cabo sobre el investigado tenga efectos inevitables sobre terceros ajenos. Finalmente, se prevé la forma de registro y cadena de custodia de la información obtenida a cargo del Ministerio Público y la obligación de guardar secreto de todo aquél que tomare contacto con elementos aun no incorporados al legajo de prueba (20).

Luego, en el año 2018 se presentó un nuevo proyecto legislativo en el Congreso que, entre otras modificaciones al mencionado Código, preveía la implementación de medios de vigilancia a través de dispositivos de seguimiento y localización. El texto es similar al presentado en el año 2016 con algunas particularidades que resulta oportuno señalar. En primer lugar, en las disposiciones generales se especifica que las técnicas serán aplicables únicamente atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad (regulación más rigurosa que la anterior). En segundo lugar, se prevé la necesidad de que el MPF —en la audiencia unilateral— presente la prueba que dé sustento a la petición. Luego, se establece la posibilidad de que la medida sea solicitada por el querellante en los supuestos de conversión de la acción penal conforme el art. 33 del Código Procesal Penal Federal. A su vez, se elimina el límite genérico de tres meses en la duración de las medidas y se estable que, transcurrido un año del otorgamiento, el juez deberá controlar los motivos que fundan la continuidad. Finalmente, se establece el catálogo de delitos que harán procedentes las medidas (21).

De forma similar, también en el año 2018 se presentó un proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el cual también se preveía la me-

(20) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), expediente PE-7-16 remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación el día 27 de septiembre de 2016. Disponible en el sitio web de acceso libre del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), dependiente del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación.

(21) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), expediente S.-18/18., con ingreso a la Cámara de Senadores con dictamen de comisión el día 11 de abril de 2018, Orden del Día Nro. 35.

dida investigativa aquí estudiada. La primera particularidad que presenta respecto de los anteriores reside en la posibilidad de que el fiscal solicite fundamentalmente y en entrevista personal, medidas de investigación que impliquen una intromisión en la intimidad del imputado sin estar expresamente contempladas en dicho Código. En el caso, se establece que el juez actuará atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad con criterio restrictivo y resolverá por escrito de forma fundada. A su vez, deberá consignar la duración de la medida, los límites y condiciones bajo las que se desarrollará. Finalmente, se establece que el fiscal podrá solicitar, también en entrevista personal y de forma fundada, la ampliación y prórroga de las medidas requeridas (22).

Un último parámetro para tomar en consideración resulta de la concreción y determinación legal precisa de qué se entiende por *delito grave* a los efectos de justificar la utilización de tales medidas de investigación que restringen o limitan los derechos fundamentales. En ese sentido, recordemos que España ha sido condenada dos veces por el TEDH en materia de escuchas telefónicas por no precisar con exactitud qué personas y por qué delitos pueden intervenirse las comunicaciones. A partir de allí, los tribunales españoles han exigido como requisito previo a efectuar cualquier intervención telefónica, la necesidad de hallarse ante un delito de gravedad (23).

No obstante, a la hora de buscar referencias internacionales para la determinación de los delitos de gravedad nos encontramos con criterios muy disímiles que dificultan la distinción y precisión. Además, ello se complejiza si tenemos en cuenta que no solo se basan en un criterio penológico, sino también en la naturaleza del delito en concreto y otras referencias y términos genéricos como “organizaciones complejas” o “tecnologías de la información”.

Así, por ejemplo, una referencia la podemos encontrar en el art. 2.b de la “Convención de Na-

(22) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal presentado en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 18 de junio de 2018, bajo el número PDLEY-2018-21-AJG, referencia EX -2018-17115138-MGEYA-SSJUS.

(23) Ver PRADILLO ORTIZ, ob. cit., p. 41 y ss.

ciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (24)', la cual define el *delito grave* como "la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave."

Por otro lado, en la legislación española, en el art. 33.2 del Código Penal se encuentra la tipificación de *delito grave* atendiendo a aquellos delitos que llevan aparejada una pena de prisión superior a cinco años. No obstante, en el ámbito procesal encontramos otra referencia, la LECrim utiliza un criterio distinto para la determinación de los parámetros para acordar la prisión provisional de un sospechoso, pues el art. 503 exige que el delito esté castigado con pena igual o superior a dos años de prisión (incluso menos cuando contara con antecedentes penales de delitos dolosos no cancelados). A su vez, para legitimar la utilización del agente encubierto como medida excepcional de investigación, el art. 282 bis LECrim enumera un catálogo de delitos que pueden ser cometidos por delincuencia organizada, lo que constituye un parámetro importante a tener en cuenta. Mas aun si consideramos que ha sido utilizado como referencia por la jurisprudencia española a la hora de disponer las intervenciones telefónicas. Finalmente, para proceder a la inclusión de muestras de ADN de una persona en las bases de datos policiales, se establece una enumeración distinta y tan variada que va desde los delitos que afecten el derecho a la vida hasta aquellos que afecten el patrimonio (25).

Nos advierte al respecto y con mucha claridad Juan Carlos Ortiz Pradillo, al señalar que la ausencia de criterios legislativos claros ha llevado a la jurisprudencia española a valorar la gravedad del delito no solo en relación con la escala punitiva, sino también atendiendo otros criterios muy diversos. Menciona, por ejemplo, criterios basados en el bien jurídico protegido, la trascendencia y repercusión social de los hechos, la existencia de organizaciones complejas

---

(24) Ver Organización de Naciones Unidas, "Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos", Oficina de Naciones Unidas con la Drogas y el Delito, Viena, 2004, p. 5.

(25) Ver ORTIZ PRADILLO, ob. cit., p. 42.

o la utilización de las tecnologías de la información para la comisión del delito.

Luego, observamos que en las Directivas y Decisiones Marco europeas la exigencia en la punibilidad para la determinación del delito de gravedad es incluso menor. Así, vemos que el art. 2.1 de la Decisión Marco de 2002 para autorizar la orden de detención y entrega de personas entre los Estados miembros exige que se trate de un delito cuya pena o medida de seguridad sea al menos de doce meses. O bien, cuando tuviere por objeto el cumplimiento de una condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de prisión. Similar regulación establece la Directiva 2005, la cual se refiere a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo (26).

La disparidad continúa si observamos, por ejemplo, el Código Procesal Penal alemán, el cual establece un amplio catálogo de delitos considerados "graves" o de "especial trascendencia" en virtud de los cuales se podría autorizar la utilización diversas medidas de investigación. Luego, el Código francés también autoriza la utilización de determinadas medidas de gran injerencia sobre la intimidad personal para aquellos delitos cuya pena prevista fuera igual o superior a dos años de prisión. Finalmente, también podemos señalar el Código italiano, el cual establece un sistema mixto para autorizar la interceptación telefónica. Por un lado, establece un catálogo de delitos taxativamente enumerados. Por el otro, establece que es igualmente admisible la medida cuando se trate de delitos en los que la pena prevista sea igual o mayor a cinco años de prisión (27).

Llegados al ámbito local podemos encontrar al menos cuatro referencias. En primer lugar, la principal referencia respecto a la naturaleza del delito la encontramos en el catálogo detallado en el art. 2º de la ley 27.319 (28), por el cual se enumera taxativamente los delitos por los cuá-

---

(26) *Ibidem*, p. 42.

(27) *Ibidem* p. 43, nota al pie.

(28) Ley 27.319, "Ley para la Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades." Dicho catálogo ha pasado a integrar el art. 182

les será procedente la utilización de técnicas especiales de investigación. Luego, del art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación que regula los supuestos de exención de prisión podemos deducir al menos dos parámetros punitivos que hacen a la gravedad del delito: cuando el mínimo penal sea superior a los tres años de prisión (29) o cuando su máximo supere los ocho años de prisión. Finalmente, el art. 56 bis de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14 del Código Penal nos brindan otra referencia respecto de la naturaleza delictual que hace a la gravedad del ilícito. Establecen un catálogo taxativo de figuras delictivas por las cuales no podrá concederse la libertad condicional ni otros beneficios liberatorios anticipados, quedando configurado así un régimen especial y más gravoso en la ejecución de la pena (30).

En consecuencia, vistas las diversas previsões legales y criterios jurisprudenciales para definir lo que se considerará *delito grave*, resultará conveniente entonces legislar con detallada precisión los supuestos de procedencia. Ello, aun cuando pueda dejarse cierto ámbito de discrecionalidad para la actuación jurisdiccional en el caso concreto, pues la propia técnica legislativa imposibilita prever de forma genérica la multiplicidad de circunstancias fácticas.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración la existencia de aquellos delitos que, por su propia naturaleza, requieren necesariamente la utilización de determinadas medidas tecnológicas de investigación. Así, por ejemplo, Ortiz Pradillo menciona el caso de las injurias graves o amenazas efectuadas a través de redes sociales, en la cual la identificación del autor, y, por ende, del titular de la IP desde la cual se cometió el

de Código Procesal Penal Federal cuya implementación rige parcialmente.

(29) Dicho parámetro surge al confrontar el art. 26 del Código Penal al que remite el art. 316 del CPPN. A su vez, la referencia ha sido reafirmada por el art. 277, apartado 2, inc. a) del Código Penal.

(30) Corroborados los antecedentes parlamentarios de las leyes modificatorias que introdujeron dichas prohibiciones a los arts. 56 bis de la ley 24.660 y 14 del Código Penal (leyes nro. 25.892, 25.948 y 27.375), podemos afirmar la intención del legislador de prohibir los beneficios mencionados para quienes fueren condenados por aquellos delitos considerados especialmente graves.

hecho, exigirá inevitablemente la utilización de determinadas medidas tecnológicas de investigación (en el caso, la solicitud de determinados datos a las operadoras de servicios de internet). Ello puede ocurrir en ciertos delitos aun cuando no sean considerados de especial gravedad.

## VI. Cuestiones a considerar

Llegados hasta aquí, con la guía jurisprudencial citada y los parámetros señalados, podemos realizar algunas consideraciones y mencionar ciertas inquietudes surgidas durante la investigación que pueden resultar útiles para el debate que se avecina.

Para comenzar, debemos tener en cuenta que la ubicación geográfica y desplazamiento de un objeto, siempre que pueda ser vinculado a una persona física identificable, integra el concepto de dato de carácter personal. Así se desprende de la Ley de Protección de Datos Personales (31) y también así lo ha entendido la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en sus informes referidos a los datos emitidos por GPS instalados en vehículos. (32) Ello resulta relevante ya que al momento de legislar deberá tenerse en vista no solo la legislación nacional en materia de tratamiento y protección de datos personales, sino también los compromisos internacionales asumidos.

Otra cuestión para considerar, si lo que se pretende es dar el debate de los distintos medios de investigación tecnológicos de forma conjunta como aquí se propicia, es el extenso y riquísimo material jurisprudencial que surge del dualismo intimidad vs. tecnología. Especialmente el que emana de la Suprema Corte de Estados Unidos en el *common law* y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el derecho continental, así como también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A su vez, ya no en el ámbito de los tribunales sino en el de las convenciones, declaraciones e informes de organismos internacionales, encontramos similar dualismo entre intimidad y tecnología. Así, vemos que las organiza-

(31) Ley de Protección de Datos Personales 25.326.

(32) Ver AEPD Informe 193/2008, citado en CABELO GIL, ob. cit., p. 98.

ciones internacionales como la ONU, la UE o la OEA han realizado conferencias y declaraciones exhortando a los países a que extremen los recaudos en la protección de la intimidad de sus ciudadanos frente al avance tecnológico. Incluso se han pronunciado a favor de moratorias en la utilización de nuevas técnicas de vigilancia (como es el caso de la Declaración de Madrid 2009). En simultáneo, y en lo que en algún punto podría llegar a considerarse contradictorio, también han tenido un rol preponderante impulsando reformas y actualizaciones en las legislaciones nacionales para adaptarlas a los tiempos e implementar técnicas especiales de investigación en la lucha contra organizaciones complejas y la delincuencia transnacional (33).

En definitiva, advertimos que se trata de la vieja antinomia fundamental entre garantías y eficacia en la persecución del delito (tutela judicial efectiva) pero trasladada al contexto digital (34). Pues la puja de intereses ahora será entre la privacidad como derecho fundamental y los medios tecnológicos de investigación como herramienta imprescindible para la persecución de delito en el actual contexto digital. El desafío estará, entonces, en alcanzar el equilibrio de tensiones e intereses contradictorios a través de preceptos normativos claros y precisos, así como también a través de la valoración judicial en la proporcionalidad de las medidas dispuestas en el caso concreto.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, si bien la posibilidad de localización y seguimiento de individuos investigados puede darse por múltiples medios tecnológicos, en lo que aquí respecta, es decir la colocación de balizas, deberá tenerse especialmente en cuenta el objeto en el cual se coloca. Y ello es así porque no tendrá

---

(33) En este sentido podemos mencionar, entre otras, la Conferencia Internacional de Comisionados de Intimidad y Protección de Datos (Declaración de Madrid 2009), la Declaración Ministerial Relativa a la Protección de la Intimidad en las Redes Globales de la OEA (Ottawa 1998), la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la ONU (Viena 1988), Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU (Palermo 2000) y la Convención contra la Corrupción ONU (Mérida 2003).

(34) Ver BINDER A. M., “Elogio de la audiencia oral y otros ensayos”, Coordinación Editorial, Nueva León (México), 2014, p. 98.

la misma injerencia la colocación de balizas sobre un buque o aeronave que la que podría tener respecto de un vehículo particular (35).

Tampoco desconocemos que los avances tecnológicos hacen posible la colocación de forma subrepticia de rastreadores o localizadores de pequeñas dimensiones en prendas u otros objetos aún más personales que un vehículo. De admitirse estas medidas, que son notoriamente más invasivas, deberá ejercerse un juicio de proporcionalidad aún más restrictivo en favor de las garantías, pues se lesionan además otros derechos constitucionalmente protegidos. En el caso, la posible invasión al ámbito privado vulneraría la inviolabilidad del domicilio de quien porta el transmisor en su prenda.

Por otro lado, observamos que parte de la doctrina equipara los seguimientos a través de balizas o dispositivos remotos con los tradicionales seguimientos policiales. Sostienen así, que la utilización de dichas técnicas tan solo mejoraría las capacidades humanas valiéndose para ello de la ciencia y tecnología. A su vez, ello contribuiría a optimizar los recursos utilizados, significando solo una forma cualificada de seguimiento policial. Sin embargo, aquí debemos distanciarnos, puesto que no parece tener fundamento lógico que la posibilidad de seguir los movimientos de forma permanente y continua durante días, con modalidad remota y con una precisión rayana a la certeza pueda equipararse a los seguimientos tradicionales. Especialmente si consideramos que estos suelen realizarse durante períodos de tiempo y espacio acotados, lo que implica necesariamente la delimitación de la injerencia.

En esta inteligencia, resulta claro que las balizas o dispositivos de seguimiento remoto aumentarían la efectividad de la investigación, pero con ello se aumenta la inevitable injerencia en la vida privada del sujeto, la que —de utilizarse de forma prolongada— puede llegar a crear verdaderos perfiles de personalidad. Así, como bien se dijo con anterioridad, pueden conocerse los aspectos más privados del sujeto:

---

(35) Mas aún, si consideramos las medidas de investigación tecnológicas de forma amplia, tampoco resultará la misma injerencia y lesividad del seguimiento a través de la telefonía celular que de una tablet.

datos relativos a la salud, religión, afecciones personales, orientaciones o preferencias sexuales, afiliación sindical o política, etc. En consecuencia, la equiparación pretendida nos llevaría a banalizar la práctica de seguimiento remoto y su potencial lesivo y exigir los mismos estándares de proporcionalidad, lo cual resulta irrazonable.

En tal sentido, se expide Julio Pérez Gil al sostener: "Los dispositivos de seguimiento o localización geográfica pueden además obtener información que tiene su origen a una enorme distancia de quien la recibe, que puede referirse a un lapso temporal amplio y que inevitablemente irán más allá del ámbito abarcado por la investigación" (36).

En sentido contrario, se ha sostenido: "[E]l uso de balizas reduce los períodos de exposición de los vigilados a aquellos sucesos ajenos al interés del proceso penal y, consiguientemente, presentan unas ratios muy bajas, incluso irrelevantes si se comparan con otros medios de investigación, de penetración en el derecho a la intimidad" (37). Debemos advertir al respecto, que dicha selección del material útil para el proceso penal se realiza únicamente con posterioridad, una vez obtenida la información y cuando la injerencia sobre la intimidad y privacidad del sujeto ya ha tenido lugar, no siendo susceptible de reparación ulterior.

Otro punto para valorar lo hallamos en que el carácter automatizado que implica la propia naturaleza del dispositivo, lo cual provoca la imposibilidad de especificar en cada momento el objeto de investigación y, en todo caso, variarlo en atención a las circunstancias. Ello puede conducir a una captación indiscriminada de información toda vez que se dificulta la delimitación de la vigilancia al sujeto investigado, pudiendo afectar a terceros que se hallen cercanos a él (38).

(36) Ver PÉREZ GIL, ob. cit., p. 300.

(37) Ver VALLÉS CAUSADA, L. M., "La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal", Tesis Doctoral, (Dtor.) DÍAZ MARTÍNEZ, M., UNED, Madrid, diciembre 2012, p. 404. Citado en CABELLO GIL, ob. cit. nota al pie p. 272.

(38) Ver PÉREZ GIL, ob. cit. p. 300 y ss.

En esa línea, creemos atinado evaluar la posibilidad de controlar los seguimientos remotos con seguimientos convencionales y tradicionales alternados, a fin de corroborar —entre otras cuestiones— que el objeto sobre el que se instaló el rastreador continúe siendo utilizado por el investigado y no haya sido transferido a un tercer sujeto. Ello a su vez, tendrá el beneficio de la prueba testifical del agente en el caso de que el investigado negare los movimientos.

Sin embargo, tampoco escapa a nuestra consideración que los seguimientos remotos también implican ciertas desventajas de mayor o menor significancia según el carácter de la investigación y el delito investigado. Y ello puesto que el localizador tan solo indicará el espacio y tiempo en que se encuentra el sujeto, siendo imposible, por ejemplo, conocer determinados aspectos relativos a la compañía con la que cuenta, qué acciones realiza, qué objetos o sustancias transporta, etc.

Otro tópico importante es aquel relativo a la posibilidad de actuación policial para colocar localizadores en supuestos de urgencia sin contar con orden previa de autoridad competente. Este supuesto, previsto en la legislación española, luce razonable ante circunstancias excepcionales que no admitan demora sin poner en riesgo el éxito de la investigación. No obstante, se deberá actuar con particular prudencia a fin de que no implique una puerta de acceso a la arbitrariedad policial. Para ello, cumple especial relevancia el inmediato control posterior por parte de la autoridad judicial, que deberá sopesar las circunstancias y su procedencia. En caso de arbitrariedad policial manifiesta y grave, además de descartar la información obtenida, se deberá meritar la posible responsabilidad penal de los agentes.

Finalmente, otro punto importante a destacar se encuentra en la necesidad de regular los parámetros legales para la duración de la medida, estableciendo un máximo con posibilidades de prórrogas y un límite terminal infranqueable. La importancia de establecer límites a la duración de la medida en el tiempo es evidente, pues cuanto más se prolongue la medida mayor será la injerencia sobre el ámbito personal del sujeto. Para ello, resultará central el control judicial permanente y periódico, requiriendo el material

recabado a fin de ejercer el debido control de proporcionalidad acorde al nivel de injerencia, la duración de la medida, la posible afectación de terceros y la pertinencia del material obtenido para los fines la investigación.

## VII. Conclusiones

Parece claro, a la luz del estudio realizado, que la intervención del legislador en el ámbito trabajado se presenta como ineludible e imposible, puesto que los presurosos avances tecnológicos y las legislaciones atrasadas conducen a la inevitable dificultad judicial de proceder sobre ámbitos no regulados. El desfasaje entre los modernos medios técnicos de investigación y la ajada legislación procesal penal redonda en claro perjuicio para la persecución del delito.

Siendo este el camino, creemos que los proyectos legislativos infructuosos deben retomarse para generar un debate más amplio que abarque la totalidad del universo tecnológico disponible al servicio de la investigación penal. Ello no implica legitimar todas las medidas, puesto que las hay de diverso nivel de injerencia, por lo que habrá que evaluarse en cada caso si se está dispuesto a legitimar su uso y en su caso, en qué medida.

En esa línea, el debate debe ser tan amplio como sea posible, con la participación no solo de los juristas destacados del derecho procesal penal sino también de los jóvenes profesionales especializados en las nuevas tecnologías. A su vez, la previsión legal de las medidas debe ser de forma particular e individualizada acorde a la naturaleza jurídica y la capacidad lesiva de cada una respecto de los derechos fundamentales. Debe atenderse así, los estándares de claridad, previsibilidad y calidad de las normas recomendados por el TEDH.

En esta dirección, entendemos que el debate debe ser abarcativo de la pluridimensionalidad de las técnicas de investigación, sin desconocer ni evitar el tratamiento de medidas como los registros remotos en sistemas informáticos, la vigilancia acústica, los dispositivos de captación de voz e imágenes; e incluso las medidas de vigilancia masiva como el reconocimiento facial o los identificadores biométricos.

Inclusive, en vista de los rápidos avances y desarrollos tecnológicos, resulta atinada la formación de una comisión permanente relativa a la implementación de las técnicas de investigación en su totalidad. Allí se generará el ámbito propicio capaz de analizar, evaluar y recomendar de forma continua la actualización legislativa, teniendo en cuenta los lineamientos que surjan de su implementación práctica jurisprudencial, sus conveniencias o desavenencias. Creemos que esta es una interesante opción para avanzar en el campo tecnológico digital e insertar un sistema tan enraizado en la cultura del papel.

Aunado a ello, la previsión legal acorde a los principios y criterios ya enunciados redundará en la tan necesaria seguridad jurídica, no solo para los ciudadanos sino también para los operadores judiciales y fuerzas de seguridad. No obstante, la jurisprudencia —tal como nos enseña el TSE— irá forjando los estándares de fundamentación acorde a la naturaleza jurídica de cada medida en relación con las circunstancias del caso y los derechos y garantías comprometidos.

A su vez, dentro del múltiple campo de la geolocalización, en el cual existen diversas medidas para su procedencia (dispositivos rastreadores satelitales, antenas telefónicas, GPS de móviles y tablets, etc.), resulta conveniente proceder al debate legislativo en forma conjunta, sin perjuicio de su regulación individual y precisa acorde a su intensidad. Debemos advertir en este punto, relativo a la precisión, que el exceso de minuciosidad también puede obstaculizar de forma notoria la práctica judicial, que puede verse paralizada o demorada, por ejemplo, al exigirse que se individualice el rastreador a utilizar en cada caso.

Es evidente, por todo lo expuesto, que la postura que aquí se propicia es aquella en beneficio de la regulación legal expresa con la exigencia de orden judicial previa y debidamente motivada. Esta inclinación personal se funda en la creencia de que la tesis opuesta, facultad policial autónoma (como es el caso de Alemania convalidado por el TEDH), puede dar lugar a arbitrariedades que socaven las garantías constitucionales, especialmente el derecho a la intimidad y a la vida privada.

Siguiendo esta línea, con la previsión legal en cuanto a requisitos y límites y la motivación tanto del requerimiento como de la orden judicial, atendiendo al criterio restrictivo sujeto al examen de razonabilidad, necesidad, excepcionalidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, creemos que debe legitimarse su utilización para delitos que así lo ameriten.

De forma contraria, mientras tanto y ante la ausencia de previsión legal, estimamos que ampararse en la amplitud probatoria y la genérica facultad de las fuerzas de seguridad para prevenir y perseguir el delito e investigar en materia penal, aun con orden judicial, no reúne los recaudos mínimos de previsión y precisión necesarios para legitimar tal injerencia.

## ABUSO SEXUAL

**Víctima de doce años de edad. Sector vulnerable. Titular de una doble protección jurídica por ser mujer y niña. Investigación criminal como garantía del derecho a la verdad. Enfoque de género. Valoración de la prueba. Confirmación de sentencia condenatoria.**

*Con nota de Luis Ceserani*

1. — La condena impuesta por el delito de abuso sexual con acceso carnal a un hombre que introdujo sus dedos en el interior de la vagina de una niña de doce años sin su consentimiento debe confirmarse, en tanto no puede predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio *in dubio pro-reo*.
2. — Una niña de doce años que fue víctima de abuso sexual por parte del imputado es titular de una doble protección jurídica, por ser mujer y niña, por cuanto se trata de una doble condición de vulnerabilidad y porque cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de los agentes estatales, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género.
3. — Los casos en que se juzgan conductas encuadrables como violencia contra las mujeres presentan matices que son absolutamente propios y que hacen a la especificidad de las conductas positivas o negativas que afectan la amplia gama de derechos que les son reconocidos a ese colectivo social, pero ello no debe ser entendido en el sentido de que nos encontramos ante una nueva modalidad de valoración probatoria, distinta a aquella que debe practicarse ante los demás tipos de delitos penales, en los que siempre la prueba debe ser interpretada de acuerdo al contexto (del voto del Dr. Valerio).

**SC Mendoza, sala II, 22/08/2019. - F. c. O. P., J. C. s/ abuso sexual con acceso carnal - casación.**

**[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27438/2019]**

Mendoza, agosto 22 de 2019.

1<sup>a</sup> ¿Es procedente el recurso interpuesto? 2<sup>a</sup> En su caso, ¿qué solución corresponde? 3<sup>a</sup> Pronunciamiento sobre costas.

1<sup>a</sup> cuestión. — El doctor *Adaro* dijo:

### I. Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que “[e]n fecha 6 de marzo de 2018, en horas de la tarde, entre las 15:30 y las 16:00 hs., en momentos en que la menor C. C. C., de 12 años de edad, acudió a la propiedad de O. P., sita en calle ... de General Alvear, Mendoza, con el objetivo de devolverle la bicicleta que le había prestado, procedió a tomarla con fuerza por los brazos, llevándola a una habitación ubicada en el interior de su vivienda, comenzando a tocar a la menor en su ano y vagina, para luego introducir, sin su consentimiento, sus dedos en el interior de la vagina de la niña, lo que provocó un sangrado activo y flujo sanguinolento, diagnosticándosele posteriormente un desgarro hímenal en hora tres y erosiones en paredes vaginales.”

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima C. C. C., A. C. C., hermana de la víctima, las licenciadas I. P. y V. D. C., A. N., M. L. V., A. M., el informe psicológico sobre la declaración testimonial de C. C., el examen físico practicado a la víctima, y demás elementos de juicio incorporados debidamente al debate.

### II. Recurso de casación

La queja del recurrente se basa en el inc. 2º del art. 474 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios *in procedendo*.

En primer orden, la defensa impetró la nulidad absoluta de la sentencia por entender que su asistido no fue debidamente identificado. Alega en tal sentido, que de los fundamentos del dictum cuestionado se advierte que el sentenciante ha errado en la identificación del imputado, en tanto en la primera parte de sus fundamentos identifica al imputado como J. C. P. O., pero inmediatamente después y al tratar la primera cuestión, expresa que “[...] vino la presente causa a conocimiento del Tribunal mediante Requerimiento de Citación a juicio [...] por el cual se le atribuye al encartado N. F. S. C.”

En virtud de ello, entiende que no solo no hay una correcta individualización del imputado, sino que la persona condenada resulta ser otra, razón por la cual sostiene que la sentencia es nula de nulidad absoluta en virtud del art. 416 inc. 1º del CPP.

Agrega que otro motivo de nulidad absoluta es que —según entiende— los fundamentos que integran la sentencia cuestionada, en realidad corresponden a otro juicio oral y no al de su asistido. Precisa en este sentido, que las pruebas que supuestamente sirvieron de fundamento condenatorio de su asistido, no fue-

ron valoradas acabadamente sino que corresponden a fundamentos condenatorios dispuestos en formularios preimpresos, y por un hecho ya juzgado por el sentenciante.

En segundo orden, sostiene que el *a quo* incurre en vicios de falta de motivación y de arbitrariedad por contrariar las reglas que rigen la sana crítica racional.

En este sentido, sostiene que el análisis realizado por el juez de sentencia en torno al tiempo en que se habrían desarrollado los hechos, no se condice con las normas de la lógica y el sentido común. Así, alega que el *a quo* consideró —erróneamente a su criterio— que su asistido en exactamente media hora tuvo tiempo de caminar diez cuadras, cinco desde la casa de su hija hasta su domicilio (donde habría acontecido el hecho) y desde su domicilio hasta su lugar de trabajo.

Expresa que resulta fácticamente imposible que una persona recorra estas cuadras en media hora y realice todos los hechos que se le endilgan a su asistido. Agrega que el sentenciante introduce un elemento fáctico consistente en una bicicleta, circunstancia que es ajena al relato del propio imputado y ningún testigo refirió su presencia, por lo que solamente estuvo presente en la mente del juzgador.

En relación a los testigos, cuestiona que el sentenciante apoyó los fundamentos condenatorios sobre las exposiciones de testigos amigos de la víctima y de los peritos que concurrieron al debate oral.

En este sentido, refiere que el *a quo* en un verdadero esfuerzo de interpretación, pretendió fundar los extremos de la imputación en pruebas periciales. Así, destaca que el juez sentenciante meritió como relevante lo manifestado por los peritos en audiencia de debate, en tanto sostuvieron que el relato de la niña C. C. y su hermana, A. C., cumplen con un porcentaje alto de los puntos exigidos (27 de 29). Critica que los profesionales no dijeron ni supieron explicar cuáles eran los puntos que no cumplían. Aclara que durante el desarrollo del debate no pudo dilucidar tal extremo, ya que fue permanentemente interrumpido por el juez.

Así, valora que la licenciada V. D. C., psicóloga que entrevistó a la hermana de la víctima, A. C., sostuvo que resultaba creíble el testimonio de la niña. Sin embargo entiende que este testimonio no fue considerado por el representante del Ministerio Público Fiscal, por ser incongruente y contradictorio con el prestado en audiencia de debate por la testigo. Del mismo modo, afirma que tampoco se valoró la desgrabación primaria de la Cámara Gesell de la hermana, en tanto sostuvo la testigo que la víctima fue a pedirle la bicicleta al imputado y este no se la prestó.

En el mismo sentido, cuestiona la declaración brindada por la licenciada I. P., por ser un testimonio que no se condice con lo declarado por la asistente social. Entiende que la testigo pretendió “maquillar de verosímil” el relato de la niña con una prolijia aunque vaga exposición técnica sobre los pormenores y fundamentos técnicos que gobiernan la psicología.

Por otro lado, el recurrente entiende que el sentenciante soslayó deliberadamente el testimonio de A. N. A., el que fue valorado en forma parcial y arbitraria. Alega en este sentido, que el referido testigo declaró que: “yo escuche que O., le decía a esta niña, ándate de acá no quiero saber nada con vos ni con tu familia”. Por tal motivo, concluye que es mendaz lo sostenido por el sentenciante, en cuanto consideró que los testigos ofrecidos por la defensa no aportaron circunstancias relevantes sobre el hecho.

Cuestiona también el informe del facultativo forense, en cuanto se concentra —según entiende— en las lesiones genitales de la víctima sin reparar en otro tipo de lesiones, tales como desgarros en la zona de entrepierna, hematomas y/o laceraciones en el cuelpo, brazos, muñecas y antebrazos, tanto de la víctima como del supuesto victimario.

Finalmente, refiere que no fueron tomados como probables los dichos de la defensa sobre un posible ataque sexual a C. C. por parte de una persona conocida, padre o hermano. Alega que esta hipótesis fue desechada por el *a quo*, quien se concentró de plano en informes tan contradictorios y vagos como el de las peritos.

En este sentido, y en relación a la posibilidad de otro agresor distinto a su asistido, entiende que debió considerarse como datos relevantes que la víctima no quería ver a su padre, o que concurrió a la policía para contarle lo sucedido, o apoyarse afectivamente en su madre, persona que no había visto por el término de diez años.

En virtud de todo ello, solicita se declare la nulidad total o parcial de la sentencia y el correspondiente reenvío de las presentes actuaciones a fin de que se realice un nuevo juicio.

Hace reserva del caso federal.

### III. Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por el imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad.

En primer orden, refiere que la persona del imputado se encuentra debidamente identificada tanto en la sentencia como en sus fundamentos, y que la consignación de otra persona en un párrafo de la resolución, debe entenderse como un evidente error material que no puede constituir una causal de nulidad.

En segundo orden, destaca que el *a quo* analizó el plexo probatorio en su conjunto contando con pruebas de naturaleza objetiva que respaldan el testimonio de la víctima. Sostiene que —contrariamente a lo que argumenta la defensa— se tuvieron en cuenta los dichos del imputado, de su hija, del yerno y del dueño del lugar donde trabaja O., los cuales intentaron ubicar al encartado en el taller que trabajaba y no en su vivienda, extremo que quedó desvanecido con el examen psicológico realizado a la niña, del que surge que su testimonio es creíble y que no existía una relación conflictiva con el encartado.

Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

#### IV. La solución del caso

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

A modo de aclaración previa, debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento. De esta manera, en primer lugar se abordará la cuestión relativa al error en la identidad del imputado J. O. P. en la sentencia cuestionada. En segundo lugar, y en caso de que aquel planteo fuera rechazado, se ingresará en el análisis nuclear del recurso, mediante la revisión sobre la valoración del plexo probatorio.

La defensa plantea que se ha vulnerado el art. 416 inc. 1º del CPP, en tanto estima que el sentenciante ha errado en la identificación del imputado, al referir como imputado a N. F. S. C.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar desde que, de la lectura de la sentencia objeto de impugnación, se avizora que tanto en su parte resolutiva, como en el desarrollo de sus fundamentos —a excepción del párrafo indicado por el recurrente—, como así también, en la descripción del hecho que constituye la hipótesis fiscal, se individuализa correctamente a J. O. P. como el autor del hecho.

Ahora bien, la conclusión arribada supra no puede ser alterada por la ocurrencia que, en el párrafo señalado por el recurrente, por un error material se haya consignado un nombre distinto al del imputado, desde que ninguna duda cabe que J. C. P. O. es quien estuvo sindicado desde los primeros momentos de la investigación como autor del hecho. Ello surge de la simple compulsa de las presentes actuaciones y, en especial, del dictum cuestionado en el que, no obstante el error en el que se ha incurrido en uno de los párrafos, puede apreciarse de su contenido y de las pruebas incorporadas al debate la correcta individualización del autor del hecho.

Por otro lado, no debe soslayarse la contradicción en la que incurre el recurrente quien, por un lado, y con el fin de reforzar sus argumentos para impetrar la nulidad de la sentencia cuestionada, alega que se valoró elementos de prueba pertenecientes a otro proceso y, al mismo tiempo, cuestiona la valoración que realiza el sentenciante del acerbo probatorio que —en forma indiscutible— dan sustento a la responsabilidad de O. P. en el hecho que se le endilga.

A continuación, y como adelanté, abordaré los vi-*cios in procedendo* denunciados por el recurrente —lo que constituye el aspecto nuclear del recurso—, mediante el análisis de los cuestionamientos sobre la valoración del plexo probatorio.

Al advertir que la víctima en autos, C. C., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto—; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que C. C., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han

sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no solo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (“Concha, J. y otros.”).

La Corte IDH en el “Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que “[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuve también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas

de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 78). ”

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso *sub examine* debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 commina a los operadores judiciales a que

ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, Caso del penal C. C. vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN *in re* "Leiva, M. C.", entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional. Así, para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima C. C. y la sindicación que realizó del imputado J. O. P. como autor del hecho, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

En efecto, el *a quo* merituó que la versión de los hechos brindada por C. C. en Cámara Gesell fueron concordantes con lo manifestado por la niña en forma inmediata al acontecimiento del hecho a distintas personas y en distintos contextos, lo que constituyó para el juzgador —acertadamente a mi criterio— indicios de credibilidad del relato de la víctima C. C.

En este sentido, el sentenciante destacó que C. C. le relató lo sucedido a la enfermera que acudió a su domicilio debido al sangrado que presentaba apenas acontecido el hecho, reiterando sus dichos al enfermero mientras era trasladada en la ambulancia hacia el hospital. Ponderó también que le manifestó lo acontecido en los mismos términos a su madre, M. L., mientras se encontraba en el hospital.

Además, el sentenciante merituó que mientras la niña estaba internada en el hogar "Virgen Niña", reñió en una de las intervenciones grupales que había sido víctima de tocamientos por parte de una persona mayor. Al respecto, preciso que su abusador era veci-

no del barrio y mecánico de un taller, ello conforme lo declaró la encargada de la niña en el hogar, M. S. S.. Finalmente, la víctima reiteró la misma versión de los hechos en el marco del proceso judicial.

Del mismo modo, el juez *a quo* ponderó que lo acontecido resultó congruente con el estado emocional que la niña presentaba en forma inmediata y posterior al hecho, circunstancia que —a criterio del sentenciante— también le otorgó credibilidad al relato de C. C. (fundamentos de fs. 282 y vta.).

Entiendo que los elementos de juicio precedentemente detallados —a mi entender relevantes y que no fueron objeto de crítica por parte de la defensa— fueron debidamente analizadas por el sentenciante y constituyen indicios de credibilidad del testimonio brindado por la víctima C. C.

Ahora bien, el censurante cuestiona que las licenciadas I. P. y V. D. C. sostuvieron que el testimonio prestado por C. C. y su hermana A. C. cumplían con un porcentaje alto de credibilidad, pero no explicaron en qué consistían estas exigencias. Agrega que durante el desarrollo del debate no pudo dilucidar tal extremo, ya que fue permanentemente interrumpido por el juez *a quo*, lo que afectó su derecho de defensa.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. En primer lugar, se desprende del audio de la audiencia de debate, que el juez *a quo* en ningún momento impidió al recurrente ejercer en forma plena su labor defensista. Las intervenciones del sentenciante fueron realizadas en ejercicio de sus facultades como director del debate, y con el fin de moderar la discusión (art. 384 del CPP).

En segundo orden, se desprende del referido audio que el recurrente no dirigió sus preguntas a dilucidar los puntos que constituyen objeto de impugnación en el presente recurso (min. 55'37") y, por otro lado, se advierte que las profesionales explicaron los criterios de credibilidad del testimonio de las niñas, como así también, contestaron las preguntas formuladas por el censurante (min. 51'49").

Ello se advierte de los fundamentos del dictum cuestionado, en donde el sentenciante explica los criterios de credibilidad del testimonio de la víctima C. C., aclarando que "[t]ales indicadores fueron relevados en el informe de fs. 185 vta., y muy solventemente explicados por la Licenciada I. P. en la audiencia de debate [...]" (v. fundamentos de fs. 283 y vta.).

Por otro lado, el censurante cuestiona que la licenciada V. D. C., consideró creíble el testimonio de la niña A. C. prestado en Cámara Gesell, pero, sin embargo, la fiscal en sus alegatos no consideró este tes-

timonio por ser contradictorio con el prestado por A. en audiencia de debate.

Al respecto, me interesa destacar que no resulta admisible que el impugnante dirija su crítica a los argumentos considerados por el titular de la acción pública para sostener su acusación, por no constituir objeto de censura del presente recurso. Así, conforme se ha señalado en otras oportunidades, la función de este Cuerpo consiste en verificar que, efectivamente, el juez de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en la misma le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que aquella resolución se encuentra motivada de una manera lógica y convincente —según se deriva de lo dispuesto por el art. 8.2.h. de la CADH— (*in re “Batalla Mattolini, Fernando David”*).

A lo señalado debe sumarse que el recurrente no explica en qué consistieron las contradicciones de A. C. en ambas testimoniales y de qué manera estas desvirtúan el plexo probatorio analizado por el sentenciante. No obstante ello, se advierte de la sentencia impugnada que el juez *a quo* valoró adecuadamente el testimonio brindado por A. C. Al respecto, indicó que la falta de precisión acerca de cómo había tomado conocimiento del hecho —lo que se lo atribuyó a situaciones de abuso que habría sufrido la propia testigo, conforme lo informado por la licenciada D. C.— no obstaba a considerar los datos incuestionables aportados por la testigo, tales como los comportamientos que tuvo C. en forma inmediata al acontecer crriminoso.

Por las mismas razones, no pueden prosperar los agravios referidos a las contradicciones que existirían entre el testimonio de la licenciada I. P. y la asistente social, en tanto no explica el recurrente en qué consistieron tales contradicciones y su impacto en la parte resolutiva.

Tampoco puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar el tiempo en que habrían acontecido los hechos. Entiendo que el sentenciante valoró adecuadamente este extremo. Así, ponderó que era perfectamente posible que C. C. haya salido de la clase de apoyo escolar a las 15:30 hs., exactamente el mismo horario en que el imputado se retiró de la casa de su hija. Refirió que ambos se encontraron en el domicilio de O., el que queda a escasas cuadras del colegio, aproximadamente a las 15:40 o 15:45 hs. A ello agregó que el hecho se produjo en ese momento y, por su dinámica, debió insumir poco tiempo, apenas unos minutos. Por tal razón, consideró que era absoluta-

mente factible que el encartado luego del hecho, haya recorrido el corto trayecto que lo separaba del taller donde trabajaba, al que arribó aproximadamente a las 16:00 hs., todo ello considerando— tal como surge de la descripción de los hechos que conforman la hipótesis fáctica— que los horarios son aproximados.

Tampoco puede prosperar el agravio referido a la declaración del testigo aportado por la defensa, A. N. A., en tanto el quejoso no precisa de qué modo el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad al merituar este elemento de juicio en el contexto valorativo.

No obstante ello, de la lectura de la sentencia cuestionada se desprende que el juez de grado valoró suficientemente el testimonio referido por la defensa, en tanto sostuvo que A. N., al igual que los testigos O. Z. y O. C., aseguraron no saber nada del hecho. Aclaró que el testigo N. solo declaró que estuvo en el taller donde trabajó J. O. P. en horas de la mañana, tal como lo reconoció el propio imputado en oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Por ello, y contrariamente a lo que sostiene el recurrente, entiendo que el testimonio brindado por N. no resulta relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación (fundamentos de fs. 290).

Por otro lado, tampoco puede tener acogida favorable el agravio dirigido a criticar la falta de constatación de lesiones en otras partes del cuerpo de la víctima, tales como las entrepiernas y los brazos, en tanto el recurrente omitió toda consideración a los argumentos desarrollados por el *a quo* en relación a este punto.

En efecto, el sentenciante concluyó que “[...] la prueba objetiva de carácter científica, respalda y abona la dinámica del hecho relatada por la niña, sobre todo al resultar compatible con la introducción digital en la vagina, y al presentar el sangrado activo [...] y ser este proveniente del desgarro, lo que a su turno habla de la fuerza empleada por el imputado” (fundamentos de fs. 284 vta.).

Del mismo modo, el sentenciante relacionó el sangrado activo, con la versión brindada por la hermana de la víctima, A. C., quien sostuvo —tal como quedó acreditado— que tuvo que acudir a su vecina ante tal circunstancia, lo que motivó que llamaran a la ambulancia.

Finalmente, entiendo que tampoco puede tener acogida favorable el cuestionamiento realizado por el censurante, en tanto sostiene que el juez de sentencia no consideró la hipótesis de que el autor del abuso sexual a la niña haya sido su padre, un hermano o una persona conocida.

Así, surge del dictum cuestionado que el *a quo* en el punto cinco de la primera cuestión, y bajo el título “hipótesis defensiva no proveniente del imputado”, analizó en forma pormenorizada la hipótesis sostenida por el recurrente en la etapa de los alegatos.

Al respecto, el *a quo* sostuvo que esta versión de los hechos no encontraba sustento probatorio en las pruebas incorporadas al debate. Así, precisó que “[...] aunque probable, tal versión, insisto, no surge de la prueba rendida y ni siquiera su mentor —el abogado defensor— interrogó a los testigos ni ofreció ni produjo prueba alguna a lo largo de todo el proceso, enderezada a acreditar tal especie” (v. fundamentos de fs. 287 vta.).

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos *ut supra* por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal —sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio *in dubio pro reo*— para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de O. P. en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

Así voto.

El doctor *Palermo* adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

El doctor *Valerio* dijo:

Si bien comparto las conclusiones a las que arriba el Ministro preopinante en el tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo oportuno realizar algunas breves consideraciones en orden al método de valoración probatoria en los supuestos de violencia de género.

En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (ver al respecto: “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lazza”, entre otros). En

dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encauados dentro de la violencia de género, destaque la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”.

En segundo lugar, debe señalarse que comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no solo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En ese sentido, debo mencionar que la interpretación que aquí propongo, resulta idéntica a la posición que vengo sosteniendo ya desde el ejercicio de mi magistratura como integrante de la entonces Segunda Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial.

A modo de ejemplo, cabe la pena replicar aquí lo que ya expresado por quien aquí suscribe, en los fundamentos de la sentencia recaída en el marco de los autos N° P-58.001/15 caratulados “F. c. c. D. C., D. A. p/ abuso sexual con acceso carnal agravado...”, cuando, en relación a la valoración de la prueba y la aplicación de la ley 26.485, sostuve que “[l]a reclamada aplicación de “la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, establecida en el inc. i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición

procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la república, que sin perjuicio del acierto que entendemos de la misma, la realidad es que no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto en el art. 205 del CPP que “todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes”. Y agregué que “Esta libertad probatoria para ser correctamente aplicada requiere indiscutiblemente hacerlo teniendo en cuenta en una interpretación armónica del principio de igualdad, no como principio de igualdad formal que nació de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789...sino como principio de igualdad real, ya que al disponer nuestra Constitución Nacional la abolición de la esclavitud y no admitir prerrogativas de sangre, ni nacimiento, ni permitir fueros personales ni títulos de nobleza dispuso en el art. 16 que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley” (que según la CSJN es la igualdad de los iguales en iguales circunstancias) y el art. 7 de la Constitución de Mendoza, que establece “Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y esta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniforme”. De esta manera nuestro Ordenamiento Jurídico ha puesto el centro en el ser humano que debe ser igual ante la ley. Es nuestra Constitución Nacional la primera en el mundo en establecer el principio de igualdad con esta característica, luego lo hizo la de EE.UU. cuando en 1870 incorporaron las enmiendas decimotercera a decimoquinta. Y en Europa la primera es la Ley Fundamental Alemana de 1919, al proclamar en el art. 109.1 que “todos los alemanes son iguales ante la ley” (M. Marta Didier; “El principio de igualdad en las normas jurídicas”; Marcial Pons; Buenos Aires, República Argentina; 2012; ps. 34/35).-Después de la segunda guerra mundial, se universaliza en los diversos tratados, entre los que podemos destacar los que tienen jerarquía constitucional: art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”); art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otro alguna”); art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”); art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este

respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”); inc. a) del art. 5º de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (“El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”); la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que enaltece la igualdad entre hombres y mujeres y adopta disposiciones para garantizar la igualdad en el goce de ellos y eliminar la discriminación contra la mujer. Ello, sin dejar de tener presente la Convención sobre los Derechos del Niño....”

Debo destacar, asimismo, dos cuestiones: por un lado, que aquella sentencia fue confirmada por la Suprema Corte de Justicia, como consecuencia del rechazo del recurso de casación promovido por la defensa técnica del imputado Díaz Castro. Por otro, que esa interpretación la he mantenido en pronunciamientos en los que, ya como integrante de este Cuerpo, he tenido oportunidad de manifestarme al respecto (*in re “Morales Quiroga”*).

En tercer lugar entiendo oportuno destacar que en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art. 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Ahora bien, en estricta relación con sus postulados, y en lo que aquí interesa, considero que ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento.

Obviamente que ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que “[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]” (art. 16).

Pero además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de “amplia libertad probatoria” para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art. 31).

De este modo, al amparo de los dispositivos normativos mencionados, estimo que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas.

Es que, según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba —objetivos y subjetivos— a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no solo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En el mismo antecedente mencionado (“Morales Quiroga”) también me pronuncié en orden a las condiciones de vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria, cuando sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en “situación de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, los que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad” aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.

Digo esto por cuanto no puede obviarse que los casos en que se juzgan conductas encuadrables como violencia contra las mujeres, claramente presentan matices que son absolutamente propios, y que hacen a la especificidad de las conductas positivas o negativas —acciones y omisiones— que afectan la amplia gama de derechos que les son reconocidos a ese colectivo social. Pero ello no debe ser entendido en el sentido de que nos encontramos ante una nueva modalidad de valoración probatoria, distinta per se a aquella que debe practicarse ante los demás tipos de delitos penales, en los que siempre la prueba debe ser interpretada de acuerdo al contexto. Dicho de otro modo, es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor funda-

mental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo.

Desde esta perspectiva, estimo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer —ley N° 26.485—, resulta precisamente del establecimiento de aquél deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Por todas estas consideraciones, estimo que debe contestarse en forma negativa la primera cuestión planteada.

Así voto

2<sup>a</sup> cuestión. — El doctor *Adaro* dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Los doctores *Valerio* y *Palermo* adhieren al voto que antecede.

3<sup>a</sup> cuestión. — El doctor *Adaro* dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Así voto.

Los doctores *Valerio* y *Palermo* adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, resuelve: 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 296/305 vta. por la defensa técnica de J. C. O. P. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 232 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado. 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. — *Mario D. Adaro*. — *Omar A. Palermo*. — *José V. Valerio*.

# La vulnerabilidad de la víctima y la perspectiva de género vinculados a los delitos sexuales

Luis Ceserani (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La vulnerabilidad de la víctima.— III. La prueba y la perspectiva de género aplicada a la misma.— IV. La nulidad procesal.— V. El deber jurídico contenido en la ley 24.485 (del voto minoritario)

## I. Introducción.

La Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia de Mendoza en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04621693-2/1, caratulada “F c. O. P, J. C. s/ abuso sexual con acceso carnal - casación”, el cual analizaremos.

El presente comentario, surge a raíz de la necesidad de dar trascendencia a diversos aspectos calificados que aparecen en el fallo. En una primigenia idea debemos señalar que el abuso sexual es, quizás, una de las figuras penales que cuenta con mayor movilidad legislativa. De un simple vistazo del Código Penal puede corroborarse, en principio, que se trata de una de las figuras que más modificaciones ha sufrido; ello ha sido en pos de abarcar la mayor cantidad de supuestos facticos pretendiendo que los mismos reciban pena. En tal sentido, resulta algo llamativo en aras de los principios elementales del derecho penal la admisión en el tercer párrafo del art. 119 de los vocablos “actos análogos”; especialmente cuando se lo vincula con los lineamientos ontológicos de la tipificación penal y en definitiva con la propia dogmática penal. No obstante, esta idea el foco de la atención en la praxis judicial está enfocado en el aspecto probatorio y en la inclusión o no, depende del caso, de una serie de supuestos que rodean al hecho delictivo tal como acontece con la cuestión de género. El elemento probatorio

constituye un elemento ríspido, de difícil tratamiento y cualificación especialmente por entroncarse con la propia intimidad de la víctima y su revictimización; de allí que se procura que el delito sexual no constituya un estigma para la propia víctima y deje la menor secuela posible.

Por otra parte, el Estado Argentino ha firmado innumerables Pactos y Tratados Internacionales a los cuales les ha dado, en virtud del art. 75, inc. 22 de la CN, jerarquía constitucional. Es por ello que el plexo garantista constitucional se amplió considerablemente. Va de suyo que la ratificación de cada uno de estos instrumentos internacionales por parte del Estado implica el deber de observar la letra de estos, asegurar que las garantías allí contempladas sean efectivizadas y realice todos los actos indispensables para eliminar los obstáculos que impidan el acceso a las mismas. El Estado debe realizar acciones positivas, no siendo viable que el instrumento quede solo en una declaración o aspiración de derechos.

Gestionadas estas consideraciones preliminares, mencionaremos los aspectos que destacaremos en el presente fallo a saber: 1. La vulnerabilidad de la víctima. 2. La prueba y la perspectiva de género aplicada a la misma. 3. La nulidad procesal. 4. El deber jurídico contenido en la ley 24.485 (del voto minoritario)

## II. La vulnerabilidad de la víctima

Debemos partir de que el fallo resulta un sólido ejemplo de la perpetración de conceptos

---

(\*) Doctor en Derecho. Doctorando, Universidad Carlos III. Máster en Derecho Penal y Justicia Penal Internacional.

supranacionales en la praxis judicial cotidiana. En concreto hacemos alusión a aquellos derechos e institutos que proceden de Tratados y Pactos Internacionales, firmados por el Estado Argentino, y que por sus dimensiones parecían ser inaplicables en el ejercicio diario de la profesión. Entre ellos se encuentra el concepto de vulnerabilidad el cual daba la sensación de que rara vez, o jamás, sería de aplicación en las sentencias de un tribunal nacional. Sin embargo, esto no ha sucedido y puede observarse el ahínco con el que ha sido recibido el mismo; lo cual no debemos dejar de celebrar. Ab inicio, surge un interrogante insoslayable, ¿Qué es la vulnerabilidad? Básicamente la vulnerabilidad debe ser entendida como una connotación negativa que ostentan algunas personas que las erige como fácilmente accesibles de ser perjudicadas o dañadas. Ello es producto de diversos y variados factores, pudiendo ser una connotación que aparezca solo en un momento determinado, o bien que se prolongue por un lapso de tiempo. Un claro ejemplo de ello es el analfabetismo, que hace a la persona que lo padece realmente vulnerable pero esta cualidad puede ser revertida si el sujeto se alfabetiza. Lo cierto es que, gracias a esta vulnerabilidad el sujeto es tomado como "victima-objeto" del accionar del sujeto activo; en otras palabras, es víctima porque es vulnerable. Posiblemente, sin vulnerabilidad la víctima no sería objeto del accionar del sujeto activo. En un ejercicio hipotético, y a los fines de observar la posibilidad de que una persona sea víctima por vulnerabilidad, deberíamos pensar si la víctima sin esa cualidad igualmente hubiese sido objeto del accionar del sujeto activo; solo en el caso de que nuestra respuesta sea afirmativa podríamos decir que no existe vulnerabilidad. Pero arrojemos un poco más de luz sobre lo dicho; ¿por qué aludimos precedentemente al término "objeto"? ello es así porque de una simple lectura de los diversos hechos que han sido sentenciados se evidencia que las personas en condición de vulnerabilidad prácticamente han dejado de ser tratadas como seres humanos para ser tratadas como "objetos o cosas" ya sea laborales, sexuales, etc. Existe en la condición de vulnerabilidad una cosificación de la víctima que va incita en la misma condición. Nos atrevemos a decir que la persona vulnerable es el esclavo del siglo XXI, implicaría un cambio de paradigma parafraseando con T Kuhn.

Ahora bien, sentadas las bases conceptuales conviene preguntarse ¿Qué implicancias tiene la existencia de vulnerabilidad en torno a los delitos sexuales? En primer lugar, se evidencia, claramente, la presencia de una arista que funcionalmente opera tanto en la comisión, como el momento *ex post facto* del delito sexual. La vulnerabilidad está presente en el momento en que el autor del delito sexual selecciona a su víctima; aquella es un factor que incide en la selectividad del sujeto pasivo. Sencillamente debe pensarse entre una víctima vulnerable y una que no lo es para tomar razón de la diferencia cuantitativa y cualitativa de las características comisivas. En la comisión del delito las víctimas con vulnerabilidad opondrán menor resistencia sea por su situación de desprotección, la ausencia de un núcleo familiar, el analfabetismo, bajo nivel de instrucción, desconocimiento del acto sexual, la desolación de la víctima, la carencia de medios, etc. Por otra parte, sobre la base de esa vulnerabilidad el sujeto activo procura impunidad una vez perpetrado el delito sexual. La vulnerabilidad generalmente puede ser tomada como un elemento que obstaculiza el acceso a la justicia por parte de la víctima. Debe pensarse que, si la víctima no logra acceder a la justicia, se produce la impunidad del autor y además se beneficia ya que la no intervención de la justicia le permite perpetrar el hecho durante un mayor lapso. La jurisprudencia es infinita en los cuales se evidencia que las víctimas han sido desoídas, maltratadas por su propia familia, precisamente por denunciar un delito sexual.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad no solo define expresamente las personas en situación de vulnerabilidad, sino que además contempla expresamente como víctimas en situación de vulnerabilidad a las personas que han sufrido delitos sexuales, así lo determina el art. 5º. Ello nos lleva a sostener que las víctimas de los delitos sexuales son efectivamente personas vulnerables.

El fallo que comentamos precisamente rescata este aspecto de la legislación. Es decir, en los considerandos entiende que la condición de vulnerabilidad de la víctima es un elemento que debe ser tenido en cuenta en los delitos sexuales y que en virtud de los tratados internacionales el Estado debe garantizar el acceso a la justicia de

las víctimas de abuso sexual. Expresamente el fallo entiende que la víctima, consistente en una menor de 12 años, es doblemente vulnerable: por ser mujer y ser menor de edad; de ahí que el decisorio sostiene la necesidad de aplicar las políticas de género a los fines de dar una solución ajustada al caso de abuso sexual. Además, claramente establece que la niña por el hecho de ser víctima de este tipo de delito el Estado debe garantizarle el acceso a la justicia, fundamentalmente con los alcances estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, si bien el fallo alude que, sobre la base de este instrumento supranacional, el Estado debe asegurar un efectivo acceso a la justicia y una investigación penal seria respecto del delito cometido, no es menos cierto que el Estado debe garantizar a la víctima la doble instancia en todo proceso; con lo cual la garantía de la menor no se reduce solo al acceso a la justicia y a una investigación penal.

Hemos de concluir que el tribunal trató con calidad doctrinal la temática de la vulnerabilidad, dando cabal abarcamiento del tema con los distintos instrumentos internacionales aplicables a la materia.

No obstante, lo cual, plantearemos una inquietud intelectual que anida a partir de la frase del primer párrafo del art. 119 la cual reza: "aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción". En tal sentido decimos, ¿Es posible que la vulnerabilidad sea una causa que impida consentir libremente la acción? En principio decimos que se trata de una fórmula de carácter residual, estratégicamente ubicada al final del párrafo con lo cual la inventiva legislativa fue la de establecer un supuesto amplio en el cual pudiese incluirse todo otro tipo de casuística que no fuese ninguno de los supuestos previos enumerados en el primer párrafo del artículo.

La cuestión pasa por dilucidar si la vulnerabilidad puede ser tomada como causa, es decir si es una condición necesaria y suficiente que impida consentir la acción de manera libre. De ser así podríamos interpretar que, ante un supuesto de vulnerabilidad de la víctima, la cuestión pueda ser incluida dentro de esta frase. El interrogante queda planteado, y abierto a la posibi-

lidad de que futuros precedentes puedan tratar esta inquietud intelectual.

### **III. La prueba y la perspectiva de género aplicada a la misma**

La prueba en todo proceso penal constituye el elemento nuclear del mismo; el desiderátum condenatorio, o no, se centrará en la producción de las pruebas dispuestas previamente por la fiscalía. Sin embargo, y tal como se adelantó previamente, las pruebas en los delitos sexuales se tornan arduas, no siempre son de accesible producción y por lo general conllevan el riesgo de afectar aún más a la víctima del delito sexual. Extremo que debe ser evitado por todos los medios.

De allí que jurisprudencialmente en esta especie de delitos se ha desarrollado exitosamente la doctrina de las pruebas periféricas, con los estrictos estándares considerativos y de admisión de estas. Va de suyo que sin este tipo de pruebas los acusados por delitos sexuales serían prácticamente incondensables. Sin embargo, la temática probatoria tiene ribetes infranqueables como es la propia doctrina de los frutos del árbol venenoso. Hay una coexistencia de cuestiones probatorias, en el sentido de que se admiten las pruebas periféricas en los delitos sexuales, con el límite invencible de la teoría de los frutos del árbol venenoso. En otras palabras, una prueba periférica no sería válida en el proceso si ha sido obtenida por medios ilegales que afecten las garantías constitucionales.

El fallo que tratamos parte de una premisa distinta, ya que alude a las pruebas desde el punto de vista de la perspectiva de género; cuestión no menor. La perspectiva de género aplicada a la prueba implica un cambio de paradigma; el nuevo paradigma deberá tomar como eje central la eliminación del fenómeno del patriarcado y direccionarse a que las pruebas no sean consideradas y valoradas como tradicionalmente se hizo. La reafirmación del patriarcado se gesta a través de la no admisión de la perspectiva de género en la apreciación probatoria y ello implica un elemento negativo, disfuncional a los estándares sociales que actualmente imperan. En definitiva, el meollo de la cuestión reside en que el patriarcado, como forma ancestral de vivencia social, se encuentra arraigado en el derecho.

Que, por otra parte, vale agregar; el derecho, siguiendo los criterios de Luhmann, consiste en un subsistema de la sociedad.

Otra de las virtudes del precedente aludido reside en que se enmarca en la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; la cual establece criterios en la interpretación de la prueba con perspectiva de género. Es decir, pretende que se realice una mirada integral del problema y no solo una visión simplista, unidireccional, que permita la tergiversación de la efectiva realidad por la que atraviesa la víctima, que en este caso es una menor de 12 años. Además de ello, en el fallo se evidencia que las pruebas han sido exhaustivamente valoradas no solo desde la perspectiva de género sino además desde el marco en el cual se produjo cada una de ellas; la Cámara Gesell, los dichos de la menor mientras permaneció internada en el hogar Virgen Niña, todos coincidentes y reiterativos en el accionar del acusado. Nada ha quedado librado a su suerte, sino que por el contrario han sido concatenados unos a otros produciendo la condena del imputado.

El derecho sancionador debe ser utilizado como una herramienta, que permita la eliminación de los estereotipos de género, que tanto daño producen en el seno de la sociedad.

#### IV. La nulidad procesal

En relación con este punto no pretendemos extendernos demasiado porque respecto de la nulidad nada nuevo hay bajo el sol; pero en este caso existen algunos aspectos dignos de mencionar; al menos para colmar la curiosidad intelectual.

Es sabido que las nulidades procesales, deben estar basadas en la afectación de principios constitucionales o cuestiones de procedimientos, que afecten el debido proceso y que impidan realmente un el ejercicio del principio de defensa en juicio. Que la sanción de nulidad es el último remedio al que se debe recurrir y que no existe nulidad por nulidad misma o que la misma sea impetrada solo para eliminar pruritos meramente formales.

Sentadas estas consideraciones, vemos que en el fallo aparece una cuestión vinculada a la identidad del imputado que es utilizada por la defensa para el planteo de la nulidad. La defensa del imputado sostiene que se ha vulnerado el art. 416, inc. 1º del Cód. Proc. Penal al errar el sentenciante en la identificación del imputado. El artículo reza: “la sentencia será nula si el imputado no estuviere suficientemente individualizado”.

Resulta un poco sugestivo pensar que todo un proceso se haya desarrollado con la errónea identificación de un imputado, cuanto más que la sentencia se haya dictado con este defecto. En realidad, sucede que tal como consigna el fallo, solo en un párrafo se tipeó erróneamente los datos del imputado pero que, tanto en la parte resolutiva como en el fundamento del fallo, el imputado se encontraba perfectamente identificado. Es más, agrega que también se produce una correcta descripción del hecho imputado. En definitiva, este error de tipeo es argumentado defensivamente como un vicio del procedimiento que afecta la validez del acto procesal emanado del tribunal. Extremo que, con total claridad, como es expuesto en el fallo, no puede de prosperar. En otras palabras, el fallo distingue un error no esencial de uno que verdaderamente afecte garantías constitucionales como el derecho de defensa. Debemos considerar que la defensa en el ejercicio de su claro rol, lo cual entendemos, lo argumenta, pero sin éxito.

El comentario precedente puede ser entendido como sustento de una breve consideración sobre el sistema de nulidad establecido en el Código Procesal Penal Federal (ex Código Procesal Penal de la Nación) que a la luz de su consagración resulta novedoso. Para comenzar el referido instrumento no denomina a la nulidad como tal, sino que titula: “Invalidez de los actos procesales”, con ello se marca un cambio significativo enmarcado en las nuevas concepciones procesales de los sistemas acusatorios predominantes. Se observa que la invalidez no es la respuesta inmediata sino más bien se erige como una solución final a la que se arriba luego de que el instituto del saneamiento no ha podido reparar y siempre que no se tratase de un acto de convalidación. Lo cierto es que el saneamiento como herramienta procesal apunta a reparar o restablecer el principio constitucional

afectado sin llegar a la declaración invalidante; en tal sentido el código prevé tres supuestos: a) renovación del acto; b) rectificación del error; c) cumplimiento del acto omitido de oficio o a petición de parte. A la vez se consigna el saneamiento “automático”, tal como aparece en el último párrafo del art. 130, consistente en el logro del fin respecto de todos los interesados, a pesar de la irregularidad del acto.

Finalmente, el proceso nulificante se articula a través de una audiencia, lo que permite la inmediación de las partes, la celeridad, el enlace de propuestas y el hallazgo de soluciones eficaces en el marco del proceso penal. El dinamismo se hace evidente, por lo que el antiguo proceso escritural e inquisitorio se aparta de la búsqueda de soluciones.

Creemos que este sistema instaurado en el Código Procesal Penal Federal debe ser tomado como un modelo a seguir, como un arquetipo procesal que permitirá la solución de los procesos afectados por actos invalidantes de una manera rápida y sencilla.

#### **V. El deber jurídico contenido en la ley 24.485 (del voto minoritario)**

Para concluir el presente comentario, referiremos al deber jurídico de la ley 24.485 según lo expresa el voto minoritario del Dr. Valerio.

El votante entiende que en el art. 16, inc. i), de la mencionada ley, reside un deber jurídico. En tal sentido, agrega que este deber rige para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia relativo a la metodología del abordaje de cuestiones vinculadas al género y a la protección integral de las mujeres. Por su

parte, el voto minoritario considera que dicho artículo es un marco normativo que debe ser considerado en todos los decisarios que emanan de un órgano de administración de justicia y a la vez que modifica el sistema procesal mendocino especialmente en lo que concierne al art. 205, Cód. Proc. Penal. Considera que este deber jurídico será garantizador de la igualdad de mujeres entendida como un valor supremo.

La consagración legislativa de una disposición tal como está contemplada en el art. 16, significa el establecimiento de un piso mínimo, procesalmente hablando, que debe ser respetado como una garantía de la mujer en el desarrollo de un proceso penal. Ahora bien, ¿Qué implicancias tiene consagrar una amplitud probatoria tal como se haya en el inc. i)? Evidentemente, que la misma implica considerar el marco referencial en el cual se llevan a cabo los actos delictivos, es decir hacer una consideración global, contextual de todos y cada uno de los elementos que se dan en el contexto del injusto. Lo cual implica abarcar aquel contexto de violencia de género en el cual la mujer se desplaza en el momento de producirse el injusto. Por tal motivo cobran especial importancia aquellas denuncias previas reiteradamente formuladas, las prohibiciones de acercamientos dictadas, las amenazas sufridas, y todo otro elemento referencial que permita comprender las cuestiones vinculadas al momento comisivo del delito. No obstante, y para concluir, en un futuro cercano los tribunales deberán empezar no solo a aplicar este deber jurídico, sino que además deberán a sentenciar cuales son las consecuencias de la inobservancia de este. Precisamente, y tal como se explicó, la sola circunstancia de estar consagrado como un deber jurídico, conlleva que frente a la inobservancia se establezca una sanción.

## DEBIDO PROCESO PENAL

**Agravación de la calificación penal. Límites. Doble conformidad judicial. Acceso a la jurisdicción.**

*Con nota de Gustavo A. Herbel y Ricardo S. Favarotto*

1. — Si ya se ha garantizado la doble conformidad judicial del imputado en los términos del art. 8.2.h de la CADH sea por la confirmación del temperamento del tribunal de mérito sea por el control horizontal del órgano superior —Casación o Cámara— ante el supuesto de que la primera sentencia de condena sea el corolario de la intervención de un órgano de similar jerarquía, y si luego de ese tránsito recursivo debiera garantizarse uno similar del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado, la función del tribunal quedaría desnaturalizada con la consiguiente afectación de la garantía de la sustanciación del proceso sin dilaciones indebidas.
2. — El particular damnificado podrá hacer valer su derecho a la jurisdicción, para procurar una decisión que provoque la revocación de una sentencia absolutoria o la modificación de una sentencia condenatoria que no le satisface siempre y cuando con lo actuado en la instancia de juicio y la de revisión no se encuentre satisfecha la doble conformidad judicial.
3. — Debe rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley articulado por la representación técnica del particular damnificado y mantener la calificación y la pena impuesta al imputado de acuerdo con los parámetros de la revisión efectuada por el Tribunal de Casación.
4. — El límite de la calificación y de la pena es la impuesta por la instancia intermedia una vez satisfecha la doble conformidad judicial.
5. — El derecho a la doble conformidad judicial del imputado posee mayor intensidad protectoria que el de acceso a la jurisdicción.

**SC Buenos Aires, 21/05/2020. - Orlando, Marcelo Julián y Martiello, Liliana Mabel - Apoderados de particular damnificado s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34443 y acum.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/18796/2020]



### JURISPRUDENCIA VINCULADA

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 05/08/2014, Fallos: 337:901, AR/JUR/37336/2014.

Causa P. 117.199

La Plata, mayo 20 de 2020.

*Considerando:*

I. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, merced al pronunciamiento dictado el 1º de octubre de 2019, en el entendimiento de que resulta aplicable *mutatis mutandi* las consideraciones desarrolladas en las causas CSJ 416/2012 (48-c)/ CS1 “Chambla, Nicolás G. y otros s/ homicidio —causa N° 242/2009—”, resuelta el 5 de agosto de 2014, y “Duarte, Felicia” (Fallos: 337:901), hizo lugar a la queja, declaró procedentes los recursos extraordinarios y revocó la sentencia apelada con los alcances dados en los citados fallos, devolviendo las actuaciones a esta sede para que en la forma en que se disponga se asegure respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el art. 8.2. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v. fs. 132 y vta.).

II. A fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el Máximo Tribunal de la Nación cabe señalar que esta Suprema Corte hizo lugar a un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por los particulares damnificados, calificó los hechos en el tipo de homicidio criminis causa y le impuso a Ricardo Luis Colman y a Walter David Colman la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sanción que en el caso del primero de los nombrados concurre con el delito de portación ilegal de arma de guerra por el que también viene condenado (v. fs. 54/66 vta.).

Tanto la calificación legal como la pena indivisible fueron impuestas por primera vez por este Tribunal al declarar procedente la impugnación de la mentada parte eventual del proceso penal.

III. Si bien es cierto que el fallo recaído en el *sub lite* dispone que se apliquen los precedentes “Chambla” y “Duarte”, existen diferencias entre la doctrina que emerge de estos (que, incluso, tampoco son idénticos) y la situación que se presenta en estos obrados.

En “Felicia Duarte” la Corte Suprema procuró garantizar la revisión de la condena dictada por la Cámara Federal de Casación Penal que había revocado la absolución que, por mayoría, dispuso el Tribunal Oral Federal de Formosa, mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, que asegure el art. 8.2.h Convención Americana Sobre Derechos Humanos y los

precedentes de Fallos: 328: 3399 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Mohamed c. Argentina” del 23 de noviembre de 2012 (ver Consid. 5º y 10º especialmente).

En “Chambla” se dispuso la aplicación de la misma doctrina; sin embargo, el dictamen de la Procuración General pone de relieve que la sentencia condenatoria de la Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén dictada en orden al delito de homicidio en riña fue modificada por la calificación de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, por parte de la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, lo que repercutió en la pena divisible impuesta. En este antecedente, entonces, se adoptó la misma decisión que en “Felicia Duarte” aunque difería la situación de hecho, en tanto la sentencia del superior tribunal de la causa mutó la calificación y la pena en base a la aplicación de una figura más onerosa que la tenida en cuenta en la instancia de mérito.

En la causa en juzgamiento, en cambio, es esta Suprema Corte la que recalificó los hechos e impuso una pena indivisible, a pesar de que el órgano de juicio y el tribunal de casación habían adoptado una subsunción típica más beneficiosa para los imputados.

Bajo ese piso de marcha se debería aplicar la doctrina de “Felicia Duarte” y “Chambla” a una situación fáctica muy distinta, que pudo producirse por la actividad recursiva sucesiva que permiten las reglas constitucionales y legales de la Provincia de Buenos Aires (la coexistencia de un recurso para controvertir la decisión del órgano de juicio —Cámara de Apelación y Garantías en los supuestos de sentencias dictadas por un juez Correccional y Tribunal de Casación Penal en los casos de decisiones de los Tribunales de Juicio en pleno o como juez unipersonal— con los recursos extraordinarios previstos en la Constitución para impugnar los fallos de los órganos de revisión).

IV. A lo expuesto cabe sumar que la fórmula empleada en el dispositivo es sustancialmente diversa a las adoptadas en los antecedentes a los que remite aplicar.

En efecto, el fallo textualmente señala se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances dados en los citados fallos...”; en cambio, en “Felicia Duarte” y “Chambla”, se ordenó la remisión de las actuaciones al superior tribunal de la causa para asegurar la garantía del art. 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos pero no se revocó la decisión objetada ante el Máximo Tribunal de la Nación.

Además, la parte dispositiva - a pesar de haber revocado la sentencia apelada— devuelve las actuaciones para que en la forma que se disponga se asegure respecto de los imputados el aludido derecho convencional.

V. A la luz de lo expuesto esta Suprema Corte debe resolver de qué manera puede cumplir este intrincado pronunciamiento.

Es del caso recordar que la agravación de la calificación legal y de la pena que se efectuara en el fallo revocado fue el fruto de una impugnación concedida a la representación técnica del particular damnificado.

Sin embargo, en el fallo del Máximo Tribunal federal no se ha efectuado ninguna consideración sobre la legitimación para recurrir que posee dicha parte, en tanto “todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (CSJN, S. 1009. XXXII. Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación. Buenos Aires, 13 de agosto de 1998); tampoco se ha abordado ni resuelto si aquella garantía debe ser resguardada de algún modo.

VI. Efectuadas las precisiones que anteceden este Tribunal ha de obrar con arreglo a los estándares que surgen del fallo, dando una respuesta que ponga fin a la cuestión de la calificación legal en la que debe subsumirse el hecho atribuido a los encausados.

Por eso, para cumplir con lo ordenado, cabe interpretar que al revocar la sentencia emitida por este Tribunal, la Corte federal implícitamente estimó: a) que no resulta procesalmente idóneo efectuar una agravación en esta instancia extraordinaria provincial de la calificación legal y de la pena; b) que el derecho contenido en el art. 8.1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos para el particular damnificado no posee la misma intensidad que el otorgado a los imputados en el art. 8.2.h Convención Americana Sobre Derechos Humanos y c) que —por ende— la calificación y la pena tiene como límite máximo la

impuesta en la instancia casatoria en caso que exista doble conformidad judicial.

Entonces, más allá de las apreciaciones que estos lineamientos pudieran merecer, resultan válidos para dar un cauce resolutivo a lo fallado a fs. 132/133, en tanto es necesario recordar el carácter no declarativo de los pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación, lo que torna imperativo no desoir sus conclusiones.

VII. Del primero de esos basamentos subyace que la agravación en esta sede no sería procedente al no contar el ordenamiento constitucional y legal de la provincia con medios de contralor horizontal de la decisión a la manera de los casos antes expuestos y del precedente “Mohamed” de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Es que el esquema recursivo bonaerense presenta una particularidad en el ámbito penal. Incluso una vez satisfecha la doble conformidad judicial por la intervención del Tribunal de Casación Penal o la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal para revisar la sentencia de grado o una vez que se satisfaga el contralor horizontal de la primer sentencia de condena emanada del órgano revisor, las partes poseen legitimación recursiva para interponer alguno de los medios establecidos en el art. 479 del Código Procesal Penal.

Esa legitimación sólo está limitada por las disposiciones procesales generales y particulares, más — como vía de principio — tanto el imputado y su defensa, como el Ministerio Público Fiscal o el particular damnificado, cuentan con la posibilidad de arribar a esta Suprema Corte para revocar, modificar o anular la sentencia recurrida.

Si esto es así, en el caso que nos ocupa, la forma de instrumentar una solución compatible a la adoptada es entender que no es dable que el Ministerio Público Fiscal y el particular damnificado cuenten con legitimación recursiva una vez que las personas sometidas a proceso hayan alcanzado la doble conformidad judicial respecto de la calificación legal y la pena.

VIII. De ello emerge el segundo de las implicancias del fallo en cuestión; el derecho consagrado en el art. 8.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos tiene menor intensidad que el previsto en el 8.2.h. Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Ello es así en tanto el particular damnificado podrá hacer valer su derecho a la jurisdicción, para procurar una decisión que provoque la revocación de una sentencia absolutoria o la modificación de una sentencia condenatoria que no le satisface siempre y cuando

con lo actuado en la instancia de juicio y la de revisión no se encuentre satisfecha la doble conformidad judicial.

Es que el derecho a la doble conformidad judicial del imputado posee mayor intensidad protectoria que el de acceso a la jurisdicción, pudiendo graduarse en su aplicación con distintas jerarquías al no resultar de la misma entidad.

IX. Ello genera la tercera consecuencia adelantada: el límite de la calificación y de la pena es la impuesta por la instancia intermedia una vez satisfecha la doble conformidad judicial.

X. En suma, la revocación de la sentencia importó la revocación de la calificación legal allí sustentada.

XI. Aunque no resulte estrictamente el caso a resolver, deben efectuarse dos consideraciones adicionales de alguna manera emparentadas a la situación de hecho en tratamiento:

XI.1. En caso que no se hubiere revocado la sentencia de este Corte, el eventual control horizontal de la misma tampoco habría podido efectuarse por una integración distinta de este supremo tribunal.

De un lado, no existen previsiones constitucionales que posibiliten ese mecanismo de contralor de las sentencias de la Suprema Corte, siendo que el origen de los medios de impugnación es de dicha naturaleza (art. 161 y conc. Const. provincial). De otro lado, es doctrina recibida que no es posible asegurar el derecho consagrado en el art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por los medios de impugnación extraordinarios (conf. P. 108.199, “Carrascosa”, res. 24/06/2015).

XI.2. Tampoco resulta razonable diagramar un control horizontal cuando existan recursos del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado que pretendan agravar la calificación como en el caso de autos mediante la intervención previa del Tribunal de Casación Penal o, eventualmente, de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal en la materia correctional.

Es que se parte del supuesto que ya se ha garantizado la doble conformidad judicial del imputado en los términos del art. 8.2.h. de la CADH sea por la confirmación del temperamento del tribunal de mérito sea por el control horizontal del órgano superior (Casación o Cámara) ante el supuesto de que la primera sentencia de condena sea el corolario de la intervención de un órgano de similar jerarquía.

Si luego de ese tránsito recursivo debiera garantizarse uno similar respecto de un recurso del Minis-

terio Público Fiscal o del particular damnificado la función del tribunal intermedio quedaría desnaturizada con la consiguiente afectación de la garantía de la sustanciación del proceso sin dilaciones indebidas (art. 2 CPP).

XII. A la luz de lo expuesto, debe rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la representación técnica del particular damnificado y mantener la calificación y la pena impuesta a Walter David Colman y a Ricardo Luis Colman, de acuerdo a los parámetros de la revisión efectuada por la Sala II del Tribunal de Casación Penal.

XIII. En cuanto a la presentación efectuada por el señor defensor oficial ante el Tribunal de Casación, doctor Mario Luis Coriolano, a fs. 145/174 vta., como corolario del escrito de Walter David Colman de fs. 138/140 vta., debe señalarse:

XIII.1. Los argumentos desarrollados en torno a la inocencia del nombrado que se detallan en el acápite III (v. fs. 157/162 vta.) no pueden ser atendidos.

En efecto, esta Suprema Corte rechazó los agravios llevados por la defensa oficial contra la sentencia de condena que en función de lo descripto en el numeral VI. es la que rige la situación jurídica del reclamante.

La remisión efectuada por la Corte Suprema de Justicia tuvo el objeto que ya fue descripto y resuelto, más en modo alguno permite incorporar por vía elíptica planteos paralelos, alternativos o ampliatorios de los llevados en la instancia de revisión ya efectuada.

En consecuencia, cabe desestimar por improcedente ese agravio.

XIII.2. Respecto de los planteos esgrimidos en los puntos II (v. fs. 155 vta./156 vta.) y IV (v. fs. 162 vta./173

vta., debe estarse a lo resuelto por la presente (ver, especialmente, acápite VI).

XIII.3. En cuanto a la alegación de violación del plazo razonable de duración del proceso en los términos del art. 8.1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que surge del punto I del escrito promotor (v. fs. 145/155), cabe señalar que tampoco será atendido.

Es que la pretensión ha sido articulada como el producto de una reflexión tardía que obsta a su atendibilidad.

En efecto, al menos debió articularse como agravio al momento de incoar la queja ante el Máximo Tribunal federal, en tanto en la fecha de su presentación el proceso ya llevaba un importante tiempo de desarrollo, incluso desde la perspectiva del plazo razonable de la etapa recursiva.

Sin embargo, no se esbozó planteo alguno en el escrito de fs. 126-130 vta.

Por tales argumentos debe desestimarse también este agravio.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la representación técnica del particular damnificado al entender que esta decisión es la única posible para cumplir lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su pronunciamiento de fs. 132 y vta. II. Desestimar la presentación efectuada por la Defensa Oficial a fs. 145/174 vta. vta. por las razones expuestas en el Considerando VII. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. —Eduardo J. Pettigiani. —Luis E. Genoud. —Hilda Kogan. —Sergio G. Torres.

# Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme

## La Suprema Corte bonaerense en su laberinto

Gustavo A. Herbel <sup>(\*)</sup>

Ricardo S. Favarotto <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Antecedentes del caso.— II. El fallo de la Corte bonaerense.— III. Conflicto normativo entre cláusulas convencionales.— IV. La enrevesada articulación de los medios impugnativos, en el sistema penal bonaerense.— V. La víctima, el particular damnificado y los recursos extraordinarios.— VI. Alcance convencional de los derechos de la víctima.— VII. Resumen conclusivo.— VIII. Referencias bibliográficas.

### I. Antecedentes del caso

El día 23 de abril de 2008, tras la realización del juicio penal, el Tribunal en lo Criminal nro. 2 del Departamento Judicial San Martín condenó: *i)* a Walter David Colman a la pena de once años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, imponiéndole la pena única de doce años, ocho meses y quince días de prisión, accesorias legales y costas (comprensiva de la anterior y de la de tres años de prisión y costas, aplicada en la causa nro. 1367 del T. C. nro. 2 de Morón, el 5 de diciembre de 2005, por ser coautor de tenencia ilegal de arma de guerra); y *ii)* a Ricardo Luis Colman a la pena de catorce años y un mes de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, y autor del delito de portación ilegal de arma de guerra,

(\*) Doctor en Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho, UBA y en la Universidad de San Isidro. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de San Isidro.

(\*\*) Magíster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona (UB). Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la UNMdP. Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Mar del Plata.

ambos en concurso ideal entre sí, imponiéndole la pena única de dieciséis años y un mes de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia (comprensiva de la anterior y del remanente incumplido de la pena única de catorce años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, a la que se lo condenara en la causa nro. 34 del T. C. nro. 4 de Morón, el 6 de septiembre de 2004, revocando la libertad condicional allí concedida).

Contra esa sentencia definitiva interpusieron recursos de casación tanto el apoderado del particular damnificado, como la defensa pública de los enjuiciados. Con fecha 15 de noviembre de 2012, la sala 2<sup>a</sup> del Tribunal de Casación Penal bonaerense resolvió: *i)* desestimar, por improcedente, el recurso deducido por el particular damnificado; y *ii)* rechazar, por improcedente, el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar en todos sus términos las condenas impuestas en la sede originaria a los procesados Walter David Colman y Ricardo Luis Colman.

Las partes litigantes dedujeron, entonces, recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Justicia (SCBA, P. 117.199, “Orlando, Marcelo Julián y Martiello, Liliana Mabel —Apoderados de Particular Damnificado—

Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 34.443 y acum. 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II”, y acum. P. 119.888, “Colman, Ricardo Luis y Colman, Walter David. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley causas nº 34.443 y acum. nº 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II”), el 4 de noviembre de 2015, hizo lugar al recurso interpuesto por los particulares damnificados, y al casar la sentencia, recalificó el hecho ilícito como homicidio calificado *criminis causa*, e impuso a Ricardo Luis Colman y Walter David Colman la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sanción que en el caso del primero de los nombrados concurre con el delito de portación ilegal de arma de guerra (arts. 12, 29, inc. 3º; 40, 41, 45, 55, 80, inc. 7º y 189 inc. 2º, 4º párr., Cód. Penal y art. 496, Cód. Proc. Penal); en cambio, rechazó, el recurso extraordinario interpuesto por la defensa en favor de los nombrados, con costas (art. 496, Cód. Proc. Penal).

Contra ese decisorio, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, donde denunció la violación al derecho a la revisión del fallo (art. 8.2.h, CADH). Explicó que recién en la instancia de la Suprema Corte local se produjo la condena por el delito de homicidio calificado y se impuso la pena de prisión perpetua, por lo cual, al resultar esta una primera decisión adversa al imputado en relación con dicha figura por la que había sido absuelto nace el derecho a la revisión de dicho fallo, en los términos del art. 8.2.h., CADH. Dicho recurso fue declarado inadmisible por el tribunal cimero bonaerense, el 27 de diciembre de 2017.

A raíz de ese resolutorio adverso, una vez agotada la jurisdicción provincial, la defensa ocurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), quien acogió de modo favorable la pretensión defensista y considerando, escuetamente, “Que al caso resultan aplicables mutatis mutandis las consideraciones desarrolladas en las causas CSJ 416/2012 (48-C)/CS1 ‘Chambla, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio —causa nº 242/2009—, resuelta por el Tribunal el 5 de agosto de 2014 y ‘Duarte, Felicia’ (Fs. CS 337:901), a cuyos argumentos y conclusiones corresponde remitir, en razón de brevedad”, por lo que resolvió

hacer lugar a la queja, declarando procedentes los recursos extraordinarios, revocar la sentencia apelada con los alcances emergentes de los fallos citados y remitir la queja al tribunal de origen con el fin de que se agregue a los autos principales y que en la forma en que lo disponga, se asegure, respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el art. 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CSJ 386/2018/RH1, “Colman, Ricardo Luis y otro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 34.443 del Trib. de Casación Penal, Sala II”, sent. del 01/10/2019).

En sustancia, Walter David y Ricardo Luis Colman habían sido condenado por el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Cód. Penal), luego confirmado por el Tribunal de Casación local (doble conforme). Sin embargo, la SCBA abrió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en favor del particular damnificado, para agravar la calificación típica (y las penas), subsumiendo la conducta de los procesados en el homicidio agravado del art. 80.7 del Cód. Penal.

Para ello, la Suprema Corte tuvo por acreditada la ultraintencionalidad de la figura que aplica, lo cual, como es sabido, representa una modificación de la *questio facti* (en el caso, las circunstancias que sustentan el elemento subjetivo del art. 80.7 del Cód. Penal). Tal ingreso a la valoración probatoria se practica sin inmediación ni posibilidad de confrontación por parte del acusado; es decir, sin cumplimiento a una de las condiciones del conocimiento impuesto en el proceso oral (inmediación del tribunal con la prueba), ni el cabal ejercicio de la defensa en juicio (posibilidad de confrontar con la prueba, frente a los jueces que condenan) (1).

Pero lo paradójico es que tal amplitud de la revisión, por parte de la SCBA, ya había sido desechada por ella, al entender que el recurso extraordinario no permitía un control integral del fallo, conforme lo exige el art. 8.2.h, CADH; y es bajo esta premisa que en “Carrascosa” (2), el Superior Tribunal bonaerense, aplica la solu-

---

(1) Sobre el punto, Herbel (2013:288 y ss.).

(2) SCBA, P. 108.199, “Carrascosa, Carlos A.”

ción del precedente “Duarte”<sup>(3)</sup> al ámbito provincial.

En otras palabras, su propia doctrina fijaba que la Suprema Corte no era el órgano a cargo de la doble instancia por las restricciones de su competencia. De allí que el periplo del precedente “Colman” emerge de una contravención a la propia doctrina que vedaba su ingreso al control de la valoración probatoria de los fallos impugnados ante sus estrados. Al arrogarse competencia positiva y afirmar hechos que las dos instancias anteriores entendieron no acreditados, dictó una “*primera condena*” atribuyendo circunstancias fácticas novedosas; y consecuentemente obligó a la Corte federal a revocar la sanción basada en ellas, por incumplir en jurisdicción local, con el doble conforme respecto de tales elementos fácticos (ultraintención en el homicidio *criminis causa* del art. 80.7, Cód. Penal).

## II. El fallo de la Corte bonaerense

En la sentencia comentada, del 21 de mayo de 2020, la SCBA comienza admitiendo: “[T]anto la calificación legal como la pena indivisible fueron impuestas por primera vez por este Tribunal al declarar procedente la impugnación de la mentada parte eventual del proceso penal”, para luego señalar que la CS al resolver como lo hizo invocó la aplicabilidad de los precedentes “Chambla” y “Duarte”, no obstante que estos no son idénticos el uno con el otro (<sup>4</sup>) y que, además, existen disonancias entre la doctrina emergente de esos casos y la situación que se presenta en este proceso.

En efecto, según la Corte Bonaerense las reglas constitucionales y legales estaduales prescriben dos modalidades recursivas para controvertir las sentencias dictadas por los jueces correccionales y los tribunales en lo criminal

(3) CS, D.429.XLVIII, sent. del 05/11/2014. Aquí la Corte Federal entendió que cuando existe primera condena en la instancia casatoria, corresponde a otros jueces de dicho tribunal revisar ese fallo, en la inteligencia que el recurso extraordinario no tiene la amplitud revisora suficiente para satisfacer la garantía del art. 8.2.h CADH.

(4) FREIRE y MARTÍNEZ (2020) hacen un exhaustivo estudio sobre las diferencias entre estos conocidos precedentes de la CS.

(en pleno o unipersonales), a saber: *i*) los recursos ordinarios ante las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal departamentales, encargadas del control exhaustivo de los fallos recaídos en los juicios del fuero correccional, y ante el Tribunal de Casación Penal Bonaerense, para la revisión integral de los decisarios definitivos del fuero criminal; y *ii*) los recursos extraordinarios previstos en el texto constitucional, y reglamentados en el código procesal, para impugnar los fallos de estos órganos revisores.

Por otro lado, la SCBA también indica que la fórmula utilizada en el segmento dispositivo de la CS resulta disímil de la adoptada en los precedentes mencionados en el considerando. En efecto, mientras en “Duarte” y “Chambla” la Corte Federal ordenó “*remisión*” de las actuaciones al superior tribunal de la causa, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la garantía del art. 8º, nº 2, “h” de la CADH, en la especie “se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada con los alcances dados en los citados fallos”, sin perjuicio de remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, finalmente, “en la forma en que lo disponga, se asegure respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el art. 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En virtud de lo expuesto, agrega, la SCBA “debe resolver de qué manera puede cumplir este intrincado pronunciamiento”.

Después de asentar lo que emerge evidente de la lectura del fallo revocado, es decir, que tanto la agravación en el encuadre jurídico del delito —de la hipótesis del art. 165, mutó a la tipicidad del art. 80 nro. 7º del Cód. Penal—, como la mayor severidad sancionatoria —de las penas de once años y nueve meses de prisión para Walter David Colman y catorce años y un mes de prisión para Ricardo Luis Colman, se impuso la pena de prisión perpetua para ambos—, fueron las consecuencias del recurso extraordinario deducido por la representación del particular damnificado, la SCBA, en definitiva, parece lamentar que el Máximo Tribunal no hiciese ninguna aclaración acerca de la legitimidad procesal acordada al acusador privado, según la doctrina del precedente “Santillán”<sup>(5)</sup>,

(5) CS, “Santillán, Francisco Agustín”, sent. del 13/08/1998 (CS, Fallos 321:2021).

ni que se haya abordado, ni resuelto, “si aquella garantía debe ser resguardada de algún modo”.

Formuladas esas precisiones, en el fallo se realizan tres interpretaciones adicionales acerca del decisorio revocante al expresar que este, de modo implícito, conceptuó: *i) que “no resulta procesalmente idóneo efectuar una agravación en esta instancia extraordinaria provincial de la calificación legal y de la pena”*; *ii) que “el derecho contenido en el art. 8.1 CADH para el particular damnificado no posee la misma intensidad que el otorgado a los imputados en el art. 8.2 h CADH”*; y *iii) que, en consecuencia, “la calificación y la pena tiene como límite máximo la impuesta en la instancia casatoria en caso que exista doble conformidad judicial”*. Sin desmedro de ello, reafirma su deber de actuar conforme las directrices del precedente de la Corte federal.

A continuación, el Tribunal Provincial extrae las tres consecuencias forzosas que, según sostiene, subyacen en la sentencia de la CS: *i) que “la agravación en esta sede no sería procedente al no contar el ordenamiento constitucional y legal de la provincia con medios de contralor horizontal de la decisión a la manera de los casos antes expuestos y del precedente ‘Mohamed’* (6) de la Corte IDH”; *ii) que “el derecho consagrado en el art. 8.1 de la CADH tiene menor intensidad que el previsto en el art. 8.2.h, CADH”*; y *iii) que “el límite de la calificación y de la pena es la impuesta por la instancia intermedia una vez satisfecha la doble conformidad judicial”*.

*Asimismo, y más allá del dictum del Máximo Tribunal, la SCBA introduce dos puntualizaciones más, al señalar: i) “en caso que no se hubiere revocado la sentencia de esta Corte, el eventual control horizontal de la misma tampoco habría podido efectuarse por una integración distinta de este supremo tribunal”; y ii) “tampoco resulta razonable diagramar un control horizontal cuando existen recursos del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado que pretendan agravar la calificación como en el caso de autos, mediante la intervención previa del Tribunal de Casación Penal o, eventualmente, de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal en materia correccional”*.

---

(6) Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina” sent. del 23/11/2012.

Finalmente, resuelve desestimar todos los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley oportunamente interpuestos, manteniendo la adecuación típica y las cuantías punitivas establecidas en el fallo casatorio.

### **III. Conflicto normativo entre cláusulas convencionales**

La Corte Bonaerense resalta la existencia de una antinomia entre lo normado en el art. 8.1 y 8.2.h de la CADH, expresando que la Corte Federal privilegió la facultad prevista en el segundo inciso —letra hache— en desmedro de la del primero. En realidad, son dos dispositivos que, interpretados de buena fe, conforme lo reglado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (7), no deberían dar lugar a fricciones. En la sistemática de la legislación internacional, no se presenta tal conflicto entre el derecho de acceso a la justicia (en el caso, la víctima investida como particular damnificado en el proceso penal provincial), incluso si a esta última se le acopla el derecho a la protección judicial (art. 25.1 de la CADH, no invocado en fallo), y el derecho “de toda persona inculpada de delito” al doble conforme sancionatorio (art. 8.2.h, CADH).

Se trata, desde el marco convencional, de un conflicto normativo aparente; las regulaciones internacionales relativas no solo al derecho de “toda persona a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, labo-

---

(7) Suscripta el 23/05/1969 y ratificada por Argentina mediante el dec.-ley 19.865 del PEN, del 05/12/1972 (en vigor, desde el 27/01/1980). ZAFFARONI, ALAGIA y SOKAR (2000:127/8) lo confirman al exponer: “[L]os textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe y, en caso de duda, conforme a la cláusula ‘pro homine’... La buena fe se impone como criterio interpretativo de cualquier tratado, en función del art. 31 de la Convención de Viena... El principio ‘pro homine’ es propio del derecho internacional de los derechos humanos e impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate. En realidad, es una aplicación particular del principio de buena fe en una rama especializada del derecho internacional”.

ral, fiscal o de cualquier otro carácter" (art. 8.1), sino también al derecho que tiene toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (art. 25.1, CADH), pueden coexistir en plena armonía con el derecho de "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8.2, CADH).

En suma, dos normas de protección genérica (art. 8.1 y 25.1, CADH) no colisionan con otra de protección específica (art. 8.2.h, CADH), toda vez que, más allá del criterio rector de la buena fe, la hermenéutica jurídica también reconoce el principio de especialidad, según el cual *lex specialis derogat legi generali*.

Si es posible que las atribuciones concedidas a la víctima en un proceso penal determinado —por caso, el bonaerense— generen una contrariedad entre ese derecho infraconstitucional (fruto de una simetría recursiva entre acusador e imputado, impuesta por la ley local) y aquellos asignados a la persona sometida a juicio penal, como garantía constitucional (v.gr. *ne bis in idem* y derecho al *doble conforme*). Aquí el conflicto solo sería posible, si la Corte local entiende a la víctima como sujeto beneficiario de las garantías del derecho internacional de los derechos humanos (8) y que, consecuentemente, le son asignables los principios de *progresividad, irretroactividad e interacción* entre el derecho interno y el internacional (9).

(8) La Comisión IDH tiene dicho: "[E]l acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito (...) deviene un derecho fundamental del ciudadano" (informe "Herrera, Alicia Consuelo y otros", del 02/10/1992).

(9) La "progresividad" implica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fija un "piso", que en lo referido a los derechos inherentes a la persona humana, debe ser garantizado y susceptible de ser elevado por el derecho interno de los Estados partes; en tanto la

Si la víctima es protegida por los pactos, y el derecho interno le otorgó una garantía considerada inherente a la persona (aquí, el derecho al recurso), esta potestad pasa a formar parte de los irreversiblemente adquiridos y garantizados por el Estado parte, con jerarquía constitucional. Bajo esta perspectiva sí existiría un conflicto entre el derecho de la víctima y el del imputado.

La SCBA resuelve el problema indicando que fue la CS, la que, al revocar el fallo de la primera, priorizó el derecho del imputado al doble conforme, por sobre el derecho al recurso del acusador. Se limita a decir que, como no existe en el sistema bonaerense posibilidad de revisión horizontal de sus decisiones (10), la única posibilidad de interpretar la postura de la Corte federal es restringiendo la tercera instancia al acusador, cuando el fallo ya hubiera adquirido doble conforme. Pero no funda cuáles son los argumentos que legitiman tal prioridad.

Para resolver jurídicamente este dilema una aclaración parece oportuna. Si bien el art. 25.1 de la CADH, al enunciar la garantía de "tutela judicial efectiva" que beneficia a la víctima, prevé un "recurso sencillo y rápido", dicho giro no refiere al recurso contra la sentencia, sino que es empleado en el sentido de remedio o reclamo expedito ante la autoridad judicial, para que se declaren hechos o derechos aplicables a la situación denunciada (11). La cuestión ya había sido tratada por la Corte IDH, al mencionar que esta norma "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial

"irretroactividad" importa que los derechos de esta índole que hayan sido formalmente reconocidos, son definitiva e irrevocablemente integrados a la categoría de derechos cuya irrevocabilidad debe ser asegurada (FAPPIANO, 1997:45 y ss.). La "interacción" del derecho interno con el internacional, es, por un lado, de "prelación" del segundo respecto de las normas infraconstitucionales del primero y, por otro, de "complementariedad" de los derechos constitucionales con los internacionales (BIDART CAMPOS, 2004:83 y ss.).

(10) Puede discutirse esta afirmación de la SCBA ya que se encuentra establecida la posibilidad de integrar el tribunal supremo local mediante conjueces. Desde ya que esta alternativa no resulta simpática; los ministros podrían ser desautorizados por jueces accidentales que, por esta misma razón, no generarían doctrina.

(11) PASTOR (2001:99).

sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados parte y por la Convención”<sup>(12)</sup>.

El instituto encuentra sintonía con el art. 8.1 de la CADH que garantiza a “Toda persona (...) a ser oída (...) por un juez o tribunal (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En tanto el art. 8.2 —que contiene en su punto h, el derecho al recurso—, inicia su texto mencionando a “(t)oda persona inculpada de delito”; y es desde esta perspectiva que la CS entiende al recurso como garantía exclusiva del imputado [“Giroldi” (13), “Arce” (14) y “Juri” (15)].

El “derecho a ser oída” y la “tutela judicial efectiva” (arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, respectivamente) expresan la obligación de los Estados de resguardar judicialmente los derechos de todas las personas y entre ellas, las víctimas; pero no tiene correlación directa con un presunto derecho a recurrir fallos penales. De otro modo, carecería de sentido que la misma convención disponga una norma independiente que específicamente así lo establece para el imputado (art. 8.2.h., CADH).

Tomemos ahora la facultad recursiva del querellante como un derecho inherente a la persona, que al ser establecido por ley se le asigna carácter de garantía irreversible; tal acepción con facilidad podría entrar en conflicto con el principio *ne bis in idem* [dada la extensión que otorga la CS (16)]. El hipotético derecho constitucional del querellante de atacar una absolución y promover un nuevo juicio, colisionaría

---

(12) Corte IDH, opinión consultiva OC-8/87, 03/01/1987, párr. 32.

(13) CS, Fallos 318:514, sent. del 07/04/1995.

(14) CS, Fallos 320:2145, sent. del 14/10/1997.

(15) CS, “Juri, Carlos A.”, sent. del 27/12/2006 (CS, Fallos 329:5994).

(16) Cabe señalar al respecto que también estamos ante una garantía que el derecho interno dio un alcance más amplio que los pactos y por tanto se trona irreversible, en la medida que los sistemas procesales prohíben la doble persecución penal (v.gr.: arts. 1º *in fine* Cód. Proc. Penal; *idem* Cód. Proc. Penal Buenos Aires, e/o).

con la garantía del imputado a no ser sometido a riesgo de condena por segunda vez; aquí, se prioriza uno u otro derecho, estamos ante una dicotomía irreductible, donde la expansión de una garantía opera en detrimento de otra (17).

Analizar un caso puede esclarecer. Tomemos una sentencia absolutoria arbitraria por omitir, en sus fundamentos, prueba dirimente de cargo; el tribunal revisor debería anular el fallo, pero si para renovar la decisión es imprescindible otro debate, y tal práctica supone someter a un nuevo plenario al imputado ya juzgado y absuelto, es posible entender violado el principio *ne bis in idem*, al menos, con la extensión dada por la CS (18). En este supuesto, la víctima, aun si la entendemos portadora de un derecho constitucional al recurso, no podría obtener la condena que pretende, pese a demostrar el error estatal (por ej. sentencia arbitraria); salvo demostrar que el imputado se benefició con una sentencia determinada por su actividad irregular, en cuyo caso, la sentencia se habría dictado sin respeto por las formas esenciales del proceso, y ese juicio previo en favor del imputado devendría inoponible a la víctima.

El sistema jurídico resuelve este dilema al igual que lo hace con otras situaciones problemáticas. Del mismo modo que no puede utilizarse prueba de cargo ilegítimamente obtenida contra el imputado cuya garantía es afectada (exclusiones probatorias), tampoco es posible obtener condena, violando el principio *ne bis in idem* (cf. doctrina CS, “Kang”, “Lagos Rodas”, “Sandoval” y “Kang”—2011—), aunque el fallo absolutorio sea arbitrario por errores en la valoración probatoria no asignables a la persona sometida a juicio. En ambos casos, el derecho que posee la víctima cede ante las garantías del imputado, pues no hay proceso legítimo

---

(17) Una colisión de reglas se soluciona declarando su invalidez o bien introduciendo una cláusula de excepción; distinto ocurre en el conflicto de principios, donde la prevalencia de uno sobre el otro no significa invalidar el principio relegado. Los principios son mandatos de optimización cuyo cumplimiento es determinado por las posibilidades reales y jurídicas del caso. La pugna entre principios de igual rango, se resuelve por la ponderación de las circunstancias concretas, lo que permite establecer una relación de precedencia condicionada (ALEXY, 1997:83 y ss.).

(18) HERBEL (2013:174).

que pueda erigirse violando las garantías pre-dispuestas para su realización. Condenar en violación al *ne bis in idem*, sería tanto como validar prueba ilegítima para obtener una sanción penal.

Esta imposibilidad de retrogradar el proceso a etapas superadas (p. ej., una nueva audiencia plenaria al imputado), fue resuelto en algunos fallos de tribunales revisores, manteniendo el recurso acusatorio mediante la casación positiva (esto es, revocar absoluciones condenando por primera vez en la instancia revisora o aplicar tipificaciones más graves teniendo por acreditadas circunstancias ausentes en el fallo del tribunal de juicio); una alternativa que, como se indicara, opera contra el derecho del imputado a defenderse ante los jueces que presencian con inmediación la prueba (19). Este último derecho aún no ha logrado categórica acogida en nuestra jurisprudencia, pero sí el doble conforme que, en el caso analizado, dio pie a que la SCBA interprete que su recurso no puede operar en favor del acusador, una vez confirmada la sentencia por la instancia intermedia (ya sea el Tribunal de Casación Penal bonaerense, en los casos criminales; o bien las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal departamentales, en las causas correccionales).

Ello no significa dejar a la víctima inerme. Bien sería posible atender a su reclamo y revocar el fallo absolutorio arbitrario, siendo insusceptible de ser reputado como una decisión judicial válida (respondiendo a un "*derecho a la verdad*"), y aun cuando se negare la realización de un nuevo juicio que legitime la eventual condena, siempre será factible la reparación civil a favor de la víctima por la vía correspondiente (20).

(19) MAIER (2004:798) sintetiza este principio designándolo como "identidad física del juzgador", según el cual los jueces que dictan la sentencia deben ser los mismos que presenciaron el debate, quienes con inmediación apreciaron los elementos de prueba que fundan su decisión.

(20) La garantía que la Corte IDH asigna a la víctima de identificación, castigo y publicación de los nombres de los culpables, como cualquier otro derecho debe ser razonablemente ejercido; si existe una garantía del imputado que la obstaculiza, la reparación integral a la que debe acceder por la violación de sus derechos deberá

Diverso es el caso en que se demuestre que la arbitrariedad del fallo provino de la inexistencia de condiciones para cumplir válidamente las etapas esenciales del proceso (por ej., parcialidad del juez a favor del imputado o irregularidades generadas directamente por este); aquí resultaría inválido el propio juicio y la víctima tiene derecho a reclamarlo (21).

#### IV. La enrevesada articulación de los medios impugnativos, en el sistema penal bonaerense

La legislación procesal penal bonaerense tiene desde su génesis (ley 11.922), un sistema recursivo abstruso, donde coexiste una pluralidad de controles casatorios; a saber: *i)* la casación ordinaria desdoblada según el fuero, donde el conocimiento en la apelación en materia correccional está a cargo de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal departamentales (art. 21.4, Cód. Proc. Penal, t.o. ley 13.943), mientras que la casación criminal es ejercida por el Tribunal de Casación Penal provincial (art. 20.1, Cód. Proc. Penal, t.o. ley 14.543); y *ii)* la casación extraordinaria, a través del recurso de inaplicabilidad de ley, queda a cargo de la Suprema Corte de Justicia (art. 161.3.a, C. Pcial.; art. 494, Cód. Proc. Penal; t.o. ley 13.812), pero solo respecto de sentencias que revoquen una absolución, impongan pena mayor a diez años o el acusador haya pedido tal monto de pena o más. En otras palabras, existe una diáspora jurisprudencial que impide una función *nomofílactica* (unificar la interpretación de las normas) por parte de los distintos tribunales de recurso, pues habrá doctrina penal con diversas fuentes, es decir, del TCPBA; de las CAYGP; y de la SCBA para sus restringidas intervenciones.

En realidad, la función actual de estos tribunales es *dikelógica* (proveer justicia en el caso individual), de allí que el sistema recursivo tiene como principal finalidad garantizar el debido

efectuarse por la vía civil y no la penal, cuando esta se vea jurídicamente impedida (NAMER, 2009:347).

(21) La Corte IDH revocó una sentencia absolutoria al considerar que no fue respetado el debido proceso, de modo que la víctima pudiera tener acceso a la justicia, conocer la verdad y comprender las razones del veredicto (Corte IDH, "V.R.P. vs. Nicaragua", sent. del 08/03/2018, párr. 218 y 263).

proceso al imputado (aquí, el doble conforme) y solo secundariamente servir de referencia para la interpretación del derecho. La CS establece este principio al afirmar: “[E]l objetivo político del recurso de casación (...) es irrealizable en el paradigma constitucional vigente”, en la medida que nuestro sistema federal carece de un tribunal que unifique la interpretación del derecho común (v. gr., de fondo) en las diversas jurisdicciones (fallos “Casal”<sup>(22)</sup>, párr. 13); para sostener luego que, “nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias (...) para imponer una única voluntad interpretativa de la ley” (ídem, párr. 14).

Por estas razones, aun cuando la SCBA pudiera haber acertado en que la adecuación típica correcta, para el caso *sub examine*, era diversa a la impuesta por las dos instancias anteriores; en la medida que su nuevo encuadramiento jurídico determinó un perjuicio para los imputados (considerable incremento de las penas), ello obligó a la Corte Federal a revocar la decisión del Supremo tribunal bonaerense. Este último, al agravar la calificación del injusto y, por ende, las penas impuestas a los acusados, no solo actuó como tribunal revisor del tribunal revisor (es decir, un tercer grado de mérito que vino a reparar un hipotético error de subsunción de las instancias previas), sino, además, como un tribunal de *primera condena*, en cuanto modificó la base fáctica y las consecuencias jurídicas aplicables a los enjuiciados, impidiendo una instancia revisora respecto de esa modificación, en violación al doble conforme (art. 8.2.h, CADH, según interpretan la Corte IDH, en “Mohamed” y la CS, en “Duarte” y “Chamblá”, e/o).

En algún sentido, cabría inferir, la disconformidad que trasluce el fallo de la SCBA, respecto de lo decidido por el Superior Nacional, en definitiva, no hace más que evidenciar la falta de adecuación del proceso local (tres instancias recursivas para el acusador), con las constitucionalizadas normas de la CADH (y del PIDCP).

La doble instancia igualitaria para todas las partes (arts. 79.7, 481 y 494, Cód. Proc. Penal) y el doble conforme sancionatorio (art. 8.2.h, CADH), colisionan cuando no se reconozca al

---

(22) CS, “Casal”, sent. del 20/04/2005 (CS, Fallos 328:3399).

imputado “una instancia más”, con amplitud revisora de las cuestiones fácticas y jurídicas, incluida la magnitud sancionatoria [Corte IDH, “Herrera Ulloa”<sup>(23)</sup> y CS, “Casal”<sup>(24)</sup>]. Ahí finca, justamente, el punto vulnerable de la revocada sentencia de la SCBA, que por recurso del particular damnificado, “casó el fallo casatorio” y condenó a los enjuiciados por un delito y a unas penas significativamente más graves que los contenidos en las dos instancias de mérito, pasando a constituirse en una “primera condena” que, por cierto, los imputados tenían derecho a recurrir ante un tribunal superior [o igual, aunque con otra integración, con arreglo a la doctrina de la revisión horizontal<sup>(25)</sup>].

Una instancia adicional, acorde lo prescripto en el art. 8.2.h de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP, donde se hiciese un reexamen integral del fallo, maximizando las potencialidades de verificación (la revisión de lo revisable, el *leistungsfähigkeit* de la doctrina germánica), hasta donde lo permita el principio de inmediación, es decir, controlando tanto los presupuestos de hecho y prueba (juicios fáctico y probatorio), como las consecuencias jurídicas (juicios de subsunción y punibilidad).

## V. La víctima, el particular damnificado y los recursos extraordinarios

Durante mucho tiempo la víctima fue sistemáticamente marginada del sistema penal. Maier (2003:582-3) expuso: “[L]a víctima fue desalojada de su pedestal, abruptamente, por la Inquisición, que expropió sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos... El conflicto se reducía

---

(23) Corte IDH, “Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica”, sent. del 02/07/2004.

(24) CS, “Casal, Matías Eugenio”, sent. del 20/09/2005 (CS, Fallos 328:3399).

(25) En ocasiones excepcionales, cuando resulta materialmente imposible encontrar un tribunal superior, tanto la Corte IDH (“Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela”, sent. del 17/11/2009), como la CS (“Duarte Felicia s/ recurso de casación”, D.429.XLVIII, sent. del 05/08/2014), admitieron que pueda tratarse de un tribunal distinto, aunque del mismo nivel jerárquico.

a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado". Por su parte, tomando como punto de partida del análisis las disposiciones del bloque de constitucionalidad, Cafferata Nores (2000:69) sostuvo "el derecho a la tutela jurídica de la víctima, de fuente convencional y constitucional, impone no solo el deber de proveer protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino también que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable (v.gr., delitos que solo afectan intereses disponibles por su titular). Ello lleva implícita la aceptación de que, para una mejor protección de la víctima, 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 de los delitos".

El reingreso de la víctima al proceso hace que funcionarios y magistrados deban posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, interpretando con amplitud las leyes procesales destinadas a proveerles la información necesaria acerca de las vicisitudes del proceso (art. 83, Cód. Proc. Penal Buenos Aires; arts. 79 Cód. Proc. Penal; 5º, ley 27.372 para el ámbito nacional), pues una hermenéutica restrictiva o rigurosamente ritualista importaría una vulneración al derecho a ser oído por un juez (8.1, CADH) y a la tutela judicial continua y efectiva (art. 25.1, CADH; art. 15, C. Pcial.).

Esta rediviva identidad procesal de quienes por siglos fueron marginados de toda intervención, convirtiéndolos en unos auténticos convividos de piedra del sistema penal (26), resulta más compatible con la matriz acusatoria-adversarial y, en definitiva, con las directrices del ordenamiento jurídico superior (art. 75.22, CN; art. 25.1, CADH).

La propia codificación procesal penal, cuando la víctima decide asumir el rol de particular damnificado, le acuerda un conjunto de atribuciones, entre las que destaca la de "recurrir en los

casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público Fiscal, aun cuando dicho representante no recurra" (art. 79.7 y 423, Cód. Proc. Penal). Luego, toda vez que los fiscales están legitimados para recurrir a la vía extraordinaria (arts. 422 y 481/2, Cód. Proc. Penal), contra las sentencias de revisión dictadas por las CAyGP y por el TCPBA, en sus respectivas funciones de órganos revisores de las sentencias definitivas del fuero correccional y criminal, el representante técnico de particular damnificado también tiene habilitada la vía para ocurrir ante el Máximo Tribunal provincial, aun cuando el fiscal del proceso no lo haga.

Esta extensión de atribuciones legales, reglamentaria no solo del derecho de acceso a la justicia (art. 8.1, CADH), sino también del derecho a la tutela judicial continua y efectiva (art. 25.1, CADH; art. 15, C. Pcial.), debe tener un límite, acorde al principio de razonabilidad (art. 28, CN), para evitar las fricciones con otros derechos y garantías de orden constitucional.

Un ejemplo es el comentado caso "Colman", donde una vez obtenido un fallo condenatorio en dos instancias de mérito, legitimar al particular damnificado para interponer un recurso extraordinario, con la pretensión de una tipificación más grave (aún) y de penas más severas (todavía) para los acusados, al conseguir su objetivo a través de la sentencia que así lo reconoce, termina por frustrar el ejercicio del derecho al doble conforme (art. 8.2.h, CADH), desde que el decisorio de la SCBA, resulta *primera condena* —tanto en el juicio de subsunción, como en el de punibilidad—, y por tanto, requerida de un reexamen amplio de todos sus extremos, es decir, de una revisión integral que el sistema jurídico provincial no prevé y una SCBA no dispuesta a suplirlo con el mecanismo pretoriano de la revisión horizontal (integración mediante conjueces).

La Suprema Corte bonaerense, encerrada en su laberinto, sentenció el caso "Colman" sin armonizar las facultades recursivas del particular damnificado con el derecho al doble conforme de los acusados. Esto determinó su revocatoria por la Corte Federal, y la consecuente revisión de su propio fallo. Esta contradicción entre el derecho de la víctima y el del imputado, no podía resolverse con el principio *pro homine* que

(26) FAVAROTTO (2016:79/85).

beneficia a ambos, sino partiendo del *favor rei* que brinda inteligencia al conjunto del sistema penal local e internacional (27).

Debe quedar claro que el proceso penal no puede asegurar la simetría absoluta en cada etapa del proceso (así, en la investigación hay mayores facultades para el acusador; en tanto son más amplios los derechos del imputado en el juicio y la etapa recursiva). Siendo el recurso una garantía constitucional instituida exclusivamente para el condenado, es inevitable que aparezca una cierta divergencia entre los principios de bilateralidad e igualdad de armas, por un lado, y el derecho al reexamen integral del fallo condenatorio, por otro (28). Solo a título ejemplificativo, lo propio ocurre con el precepto sobre la duda en materia probatoria (*in dubio pro-reo*) y con el recurso (o acción) de revisión de la cosa juzgada, que solo operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden. Binder (2014:525) concluye: “[E]l proceso penal tiene, en definitiva, una opción de favorabilidad al imputado que se manifiesta en la carga de la prueba para el acusador y las distintas manifestaciones del *in dubio pro-reo*...”

## VI. Alcance convencional de los derechos de la víctima

Para evitar cualquier confusión acerca del derecho al recurso de las víctimas, resulta necesaria

(27) Binder (2013:198/9) expresa, con acierto: “[E]ntre las normas de un mismo nivel jerárquico existen herramientas de política criminal y normas de garantía, que pueden presentar colisiones en un caso, por lo cual necesitamos otro principio que funcione ‘ad intra’ de normas de similar nivel. Este principio no puede ser el principio ‘pro homine’ que regula toda la interpretación de derechos humanos (Pinto, 1997:163), porque dejaría subsistente la discusión sobre el principio que debe resolver las contradicciones entre las garantías judiciales y los derechos de tutela judicial de las víctimas. El principio básico de solución de contradicciones en el ámbito del sistema normativo penal y procesal penal es el de ‘favor rei’. Según ese principio, en caso de incompatibilidad entre una herramienta de política criminal y una garantía (límite a esa herramienta) debe primar la norma que establece una garantía... Precisamente, el principio de ‘última ratio’ y de ‘favor rei’ son los dos principios cardinales para resolver todos los conflictos entre normas, respecto de las cuales existen argumentaciones plausibles con distinto sentido”.

(28) FAVAROTTO (2017:96).

rio conocer su alcance convencional. La Corte IDH estableció como derecho de las víctimas, que se investigue, juzgue y, eventualmente, sancione a los responsables de violar derechos humanos (29). También hizo extensión de este derecho, cuando la violación haya sido perpetrada por terceros, aun sin participación o tolerancia del estado (30). Como forma de ejercer estas prerrogativas se impone a los Estados parte, la obligación de conceder a las víctimas, acceso y capacidad de actuar en las diversas instancias de los procesos locales, en función de leyes internas interpretadas a la luz de la Convención Americana (31). La Corte estipuló que las víctimas puedan formular sus pretensiones y producir prueba; aportes que deben ser analizados de modo completo y serio por las instancias gubernamentales, previo a resolver hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (32).

Hasta aquí puede colegirse que, en primer lugar, la Corte IDH no construye una matriz procesal mediante la cual deban ser atendidos estos derechos; nada impide que los reclamos sean mediatisados por el acusador público, y de existir un conflicto entre este y la víctima, habilita a la última a formular planteamientos directos ante la jurisdicción (alegar una postura divergente a la del fiscal, privatizar la acción promoviendo en forma directa el proceso, promover la sustitución del agente estatal por otro, etc.). En segundo término, queda claro que la víctima no cuenta con un derecho a la condena, sino a una investigación seria y diligente, y al legal enjuiciamiento del imputado. La Corte IDH remarca que los Estados están sometidos a una obligación de medio y no de resultado (33).

(29) Corte IDH, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. del 15/09/2005, párr. 238; “Campillo algodonero vs. México”, sent. del 16/11/2009, párr. 290-292; “Kawas Fernández vs. Honduras”, sent. del 03/04/2009, párr. 75; “Radilla Pacheco vs. México”, sent. del 23/11/2009, párr. 178/179; e/o.

(30) Corte IDH, “Kawas Fernández vs. Honduras”, sent. del 03/04/2009, párr. 78.

(31) Corte IDH, “Baldeón García vs. Perú”, sent. del 06/04/2006, párr. 199.

(32) Corte IDH, “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. del 11/05/2007, párr. 195.

(33) Corte IDH, “García Ibarra y otros vs Ecuador”, sent. del 17/11/2015, párr. 136.

La víctima legitimada como querellante tiene derecho a *ser oída* y sus planteos tratados ante las instancias que la ley le otorga. Ser legitimada en una contienda penal, le garantiza su derecho al debido proceso (34). Y aún si el derecho interno no hubiera reglamentado facultades para la víctima, igualmente sus reclamos deben ser atendidos (*oídos*, en palabras de la CADH), sea por el fiscal que estaría obligado a responderle cuando realiza un requerimiento desincriminatorio (35), sea por la jurisdicción que dispone el sobreseimiento o la absolución (36). La garantía de la víctima a *ser oída* y acogida por la jurisdicción (arts. 8.1 y 25, CADH), no puede traducirse en una simple deferencia procesal, sin consecuencias jurídicas ante su incumplimiento.

Pero es asaz discutible que tal derecho a la jurisdicción incluya revisar absoluciones; lo cual, en principio, no se establece en la Constitución Nacional ni en los Pactos Multilaterales de Derechos Humanos, ni tiene base en la doctrina de la Corte o en los pronunciamientos de los organismos internacionales (37). Y aun si interpretásemos que el derecho al recurso es una garantía inherente a la persona, y extensible a la víctima, por los principios de *irretroactividad y progresividad* del derecho internacional de los derechos humanos (38), de todos modos, ello no facilita a violar la prohibición del *bis in idem*,

(34) La Comisión IDH sostuvo que “en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal” (según informe 29/92, caso nro. 10.029 e/o, Uruguay, 02/10/1992; el destacado no es del original). En términos diversos, la víctima tiene derecho a ser oída (art. 8.1, CADH), pero la extensión de su legitimidad para actuar en causa penal, se supedita a lo que “autoriza” cada derecho interno.

(35) La obligación fiscal de responder a los reclamos de la víctima cuando esta no tenga posibilidad de ser sujeto del proceso es sustancial, ya que el acusador público en el sistema acusatorio tiene la llave para dejar caer la acción penal por falta de pretensión punitiva.

(36) En igual sentido, NAMER (2009:339).

(37) En este sentido, PASTOR (2009:959/970). Sobre el punto, con una exhaustiva motivación, ver el voto del Dr. Magariños (causa nro. 3418, “Paternóster, Marcelo G.”, sent. del 05/11/2012, TOC nro. 23).

(38) SOLIMINE y PIROZZO (2008:33).

sometiendo a nuevo debate, imputados ya absueltos (CS, “Kang”, “Lagos Rodas”, “Sandoval” y “Kang”). Tampoco, en rigor, a cercenar el constitucionalizado derecho a la doble conformidad sancionatoria, que todo enjuiciado tiene contra los argumentos fácticos o jurídicos que fundan el aumento de su pena [CS, “Duarte”, Chamblá”(39), “Colman”, e/o].

En definitiva, a nivel convencional, la víctima solo dispone del derecho a participar de una investigación objetiva y de un juicio justo, de lo que se desprende que no existe un derecho a la persecución privada (como sucede en materia civil), ni a obtener un nuevo juicio contra el imputado, si fuera favorecido por la absolución. De allí que el derecho a recurrir el fallo adverso a la víctima sea un derecho infraconstitucional, ya que la CADH solo lo garantiza contra la absolución que violenta el debido proceso legal (40).

Para sintetizar. Si la absolución se enmarca dentro del debido proceso, aun cuando exista divergencia sobre la valoración probatoria del juzgador, la CADH no le acuerda recurso alguno

(39) Para la doctrina, el alcance de este precedente no es pacífico. Un detallado estudio de la jurisprudencia de la CS, concluyó que “podría afirmarse que en la medida en que la cuestión debatida sea puramente jurídica, es decir, no se modifique el relato fáctico de la sentencia de la anterior instancia, sería posible que el acusador (público o particular) logre —incluso en la última instancia local— una corrección de la subsunción jurídica que en definitiva sea más perjudicial para el imputado sin que ello implique afectación a la doble conformidad”; condicionado a que “no exista una modificación drástica de la calificación legal y de la pena” (FREIRE y MARTÍNEZ, 2020).

(40) Adviértase que la Corte IDH no entiende que las garantías de la víctima tengan un alcance que incluya el recurso contra la absolución; por el contrario, cuando reprobó una desincriminación, fundó su intervención en que no es oponible a la víctima un juicio por jurado que “no contenía una regulación expresa sobre las instrucciones (...) tampoco contemplaba preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto, ni incorporaba (...) prueba contraintuitiva” (párr. 267). Y no existía garantía de que no fue arbitrario, cuando el fallo “... no mostraba correlato con los hechos, los elementos de prueba descriptos en la acusación y la evidencia recibida en el proceso interno” (párr. 269). Para terminar afirmando que “por ende, el procedimiento (...) no aseguró a las víctimas que pudieran comprender las razones por las cuales H.R.A. fue absuelto, en violación al art. 8.1 de la Convención” (párr. 270) (Corte IDH, “V.R.P. vs. Nicaragua”, sent. del 08/03/2018).

a la víctima (41), quien solo cuenta con el derecho a una investigación objetiva y a un juicio justo. La garantía del acusado es de un alcance mayor: tiene derecho a pedir la revisión integral de su condena (42) y, por ello, a la enmienda de todo error (fáctico o jurídico), aun cuando estuviera precedido de un juicio justo (43). No obstante, las diversas reglamentaciones estatales podrían otorgar mejores derechos a las víctimas, aunque siempre con la latente posibilidad —aquí comentada— de que puedan colisionar con los convencionalizados derechos del imputado.

## VII. Resumen conclusivo

*Uno.* La duplicidad de instancias no debe confundirse con la doble conformidad. Entre una y otra hay una relación de género a especie, según la cual no todo reexamen de la sentencia final satisface la revisión amplia exigida por la garantía, pero esta supone, cuanto menos, dualidad de instancias. El derecho al doble conforme condenatorio implica la facultad del imputado a que el Estado realice dos veces la operación racional con la que concluye el juicio penal; si tanto el procedimiento originario como el de revisión arrojan el mismo resultado, es porque existe (si no certeza apodíctica) al menos una certidumbre con altísima probabilidad de acierto en la solución. Estándar necesario para imponer, ante la resistencia del enjuiciado, una condena penal; máxima expresión del ejercicio del poder punitivo del Estado.

---

(41) El tribunal de casación bonaerense tuvo oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de la limitación recursiva del acusador frente al veredicto absolutorio en el juicio por jurado; allí con voto de los Dres. Cecilia y Ordoqui, estableció que no hay un derecho constitucional al recurso de la víctima y, por tanto, las limitaciones legislativas que se le impongan en este sentido son válidas (TCPBA, sala 2a, “Bray”, sent. del 12/08/2017).

(42) Entendiendo por tal, tanto la condena originaria como cualquiera posterior que aumente su pena, pues más allá de la instancia que la dicte, para el imputado será, a este respecto, primera condena.

(43) En este sentido, HERBEL (2013:166) y GOMARA (2020:8). Por su parte, DE LUCA (2002) y MARTÍN (2010) también coinciden en que la víctima carece de la garantía del recurso. En sentido contrario, SOLIMINE (2004).

*Dos.* Dos normas convencionales de protección genérica (arts. 8.1 y 25.1, CADH) no colisionan con una norma de protección específica (art. 8.2.h, CADH), pues más allá del principio rector de la buena fe (art. 31, Convención de Viena), la hermenéutica jurídica reconoce el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). La colisión se presenta si a la garantía de la víctima se le otorga la extensión que le brinda alguna normativa infraconstitucional (en el caso “Colman”, el sistema recursivo penal provincial).

*Tres.* La CADH prescribe el doble conforme en favor del imputado, entendido como la revisión integral del caso, acorde a la doctrina “Herrera Ulloa” y “Casal”. Sin importar mediante qué tipo de recurso se efectiviza, lo decisivo es el derecho al contralor de todos los presupuestos (fácticos y probatorios) y las consecuencias (jurídicas) de la sentencia condenatoria, tarea jurisdiccional a cargo de un tribunal superior (*in extremis*, de un tribunal del mismo grado con distinta integración).

*Cuarto.* La CADH no instituye la simetría en materia recursiva. El derecho del condenado al doble conforme es una garantía procesal prevenida exclusivamente en su favor [art. 75.22, CN: art. 8.2.h, CADH y art. 14.5, PIDCP; CS, “Juri”(44)]; del mismo modo que la duda en materia probatoria (*in dubio pro-reo*) y el recurso (o acción) de revisión de la cosa juzgada solo operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden.

*Quinto.* Cuando el codificador de la provincia de Buenos Aires reguló el módulo recursivo (Libro Cuarto del Cód. Proc. Penal Buenos Aires), no solo lo hizo de un modo enrevesado, que (*de lege ferenda*) será preciso simplificar para optimizar su funcionalidad y asegurar el derecho de los justiciables a una rápida conclusión del proceso (art. 14.3.c, PIDCP), sino también, sin reparar en la significación y alcance del art. 8.2.h de la CADH.

*Sexto.* La Corte Federal acertadamente revocó las condenas impuestas en la sentencia de la Corte Bonaerense, estableciendo que toda

---

(44) CS, “Recurso de hecho deducido por la querella en la causa Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo —causa Nº 1140—”, sent. 27/12/2006 (CS, Fallos 329:5994).

modificación de la condena en perjuicio del imputado (45) —aun la dictada por el Superior Tribunal de un estado local— debe respetar la garantía del doble conforme (art. 75.22, CN: art. 8.2.h, CADH; art. 14.5, PIDCP).

### VIII. Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert (1997), “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BIDART CAMPOS, Germán J. (2004), “El art. 75, inc. 22 de la CN”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

BINDER, Alberto M. (2013), “Derecho Procesal Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I.

— (2014), “Derecho Procesal Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II.

CAFFERATA NORES, José I. (2000), “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires.

DE LUCA, Javier A. (2002), “Los recursos de la parte acusadora (casación y extraordinario federal)”, LA LEY, t. D, La Ley, Buenos Aires.

FAPPIANO, Oscar L. (1997), “El derecho de los derechos humanos”, Ábaco, Buenos Aires.

FAVAROTTO, Ricardo S. (2016), “La hora de las víctimas. Hacia una nueva identidad procesal de la víctima y del particular damnificado, en el enjuiciamiento penal bonaerense”, *Revista*

(45) En el comentado fallo “Colman” fue una mutación de valoración probatoria —se acreditó una ultraintencionalidad negada en las instancias anteriores— y jurídica, con agravamiento de la pena. Podría discutirse si la instancia ulterior puede modificar la valoración probatoria cambiando la calificación legal o directamente realizar un nuevo encuadramiento legal de una base fáctica invariada, en tanto ello no determine un aumento de pena (sería una suerte de ajuste del error jurídico incurrido por las instancias anteriores, con el fin de mantener una doctrina judicial, pero inocuas para el imputado: ausencia de perjuicio jurídico concreto); pero en la medida que tales variaciones funden una pena más grave, se activa la garantía del doble conforme para el imputado, más allá de la instancia que imponga la sanción.

de *Derecho Penal y Criminología*, año VI, nro. 9, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires.

— (2017), “Las asimetrías del derecho al recurso”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año VII, nro. 2, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires.

FERRAJOLI, Luigi (1996), “Los valores de la doble instancia y de la nomofiliaquia”, *Revista Nueva Doctrina Penal* (NDP, B), Editores del Puerto, Buenos Aires.

FREIRE, Manuel A. - MARTÍNEZ, Marcela A. (2020), “El derecho al recurso del imputado frente a las condenas impuestas o agravadas por un tribunal revisor”, Erreius, Buenos Aires.

GOMARA, Juan Pablo (2020), “La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador”, *Revista de la Asociación Pensamiento Penal*, nro. 365, del 21 al 31 de mayo.

HERBEL, Gustavo A. (2013), “Derecho del imputado a revisar su condena”, Hammurabi, Buenos Aires.

HERBEL, Gustavo A. - FAVAROTTO, Ricardo S. (2019), “La Corte IDH vuelve a sancionar las restricciones al doble conforme. Los límites formales y la inmediación son inoponibles al derecho del imputado”, LA LEY del 6/11/2019, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires.

MAIER, Julio B. J. (1989), “Derecho Procesal Penal argentino”, Hammurabi, Buenos Aires, t. 1b, “Fundamentos”.

— (2003), “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, t. II, “Parte general. Sujetos procesales”.

— (2004), “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, t. I, “Fundamentos”.

MARTÍN, Adrián N. (2010), “¿Posee la víctima de un delito un derecho constitucional al recurso contra la sentencia penal absolutoria?”, disponible en el portal de la *Asociación Pensamiento Penal* (<http://www.pensamientopenal.com.ar/01072010/revista01.pdf>).

NAMER, Sabrina E. (2009), "La autonomía del querellante y el derecho a la jurisdicción", en AA.VV., *Sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

PASTOR, Daniel R. (2001), "La nueva imagen de la casación penal", Ad-Hoc, Buenos Aires.

— (2009), "Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública", publicado en el libro de ponencias del *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, celebrado de 11 al 13 de noviembre.

SOLIMINE, Marcelo A. (2004), "El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su

facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de DD.HH. y de las garantías de «tutela judicial efectiva» y «doble instancia», disponible en el portal del Colegio de Abogados de La Plata (<http://www.calp.org.ar/Instituc.Institutos/Ppenal/COMISION1/Solimine%20-%20der%20fund%20del%20ciud.doc>).

SOLIMINE, Marcelo A. - PIROZZO, Jorge D. (2008), "Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales", Ad-Hoc, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W. (2000), "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires.

## PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO MUNDIAL DE PANDEMIA SANITARIA

**Imputado por delito de cohecho y negociaciones incompatibles con la función pública. Ponderación de los riesgos que la emergencia sanitaria por pandemia COVID-19 incrementa en relación con su núcleo familiar conviviente. Falta de firmeza de la condena. Sistema de Monitoreo Electrónico. Procedencia del beneficio.**

*Con nota de Carlos E. Llera*

1. — Corresponde conceder el arresto domiciliario al imputado, en tanto se ha demostrado de qué modo y manera la emergencia sanitaria de pandemia COVID-19 incrementa los riesgos personales en relación con su núcleo familiar conviviente, sumado a que la pena oportunamente adjudicada a aquel no llega a la cuarta parte de la pena de encierro máxima de la legislación penal argentina y de que el encausado ya estuvo detenido, fue excarcelado, se le revocó tal beneficio y retornó al encierro penitenciario, lo que demuestra que viene cumpliendo con las pautas procesales que se le han impuesto y también registra Conducta 10 y Concepto 6 (lo cual surge del reciente Informe Socio Ambiental).
2. — La falta de firmeza de la pretendida condena impuesta al encausado y el contexto de emergencia sanitaria mundial por la Pandemia del COVID-19, aconsejan morigerar el encierro dispuesto, en función del concepto de provisорiedad sustantiva del mismo (medida cautelar), toda vez que en el caso aún no se alcanzó la sustentabilidad del encierro que otorga la pena.
3. — El actual contexto mundial de emergencia sanitaria a causa del COVID-19, ciertamente trastoca prácticamente todas las pautas de las relaciones interpersonales, afectando entonces la implementación de los objetivos conductuales asumidos por el plexo normativo de la ejecución de las penas (ley 24.660), que en definitiva logren con éxito la inserción social de quien resulte condenado, una vez recuperada su plena libertad.
4. — El principio de provisорiedad implica que la prisión preventiva debe ser considerada una medida cautelar llamada a regir solo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. Esta medida cautelar,

una vez definida y aplicada, no se enmascara en términos oscurantistas de manera perpetua.

5. — El Sistema de Monitoreo Electrónico dependiente del Ministerio de Justicia Nacional se viene mostrado como una alternativa legítima y confiable para conciliar las necesidades procesales del encierro cautelar, con el debido respeto de los derechos y garantías constitucionales (trato digno, inocencia, alimentación, salud, derecho a la protección familiar, etcétera).
6. — Las morigeraciones al encierro deben — necesariamente — analizarse, también, en relación con la pena oportunamente adjudicada al condenado. Así, en este caso, una sanción de cinco años y diez meses que no llega a la cuarta parte de la pena de encierro máxima de la legislación penal argentina no resulta óbice para viabilizar aquella posibilidad.

**TOral Crim. Fed. Nro. 4, 06/04/2020. - Boudou, Amado y otros s/ cohecho (arts. 256 y 258 del Cód. Penal) y negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265. Cód. Penal).**

**[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8248/2020]**

Causa N° 2504 (1302/2012/TO1)

Buenos Aires, abril 06 de 2020.

*Considerando:*

I. Que el día 19 de marzo del corriente año se recibió proveniente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un escrito de la defensa del encartado A. B., suscripto por los defensores Alejandro Rúa y Graciana Peñafort, en el que solicitaron “la habilitación de días y horas para tramitar y hacer lugar a la queja promovida en la incidencia CFP 1302/2012/TO1/21/1/1, para que, con pronto despacho, se lo excarcele, más allá de que en la instancia de origen puedan disponerse otras medidas de resguardo en consonancia con las previsiones del artículo 210 del Cód. Proc. Penal Federal ya implementado”, esto, fundado “en orden a la pandemia de Covid-19, la emergencia sanitaria dispuesta por DNU 260/2020, la emergencia penitenciaria dispuesta por Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y la reciente Acordada 4/20 CSJN, y que esa Corte ha tenido que recordar recientemente ‘que cuando en su artículo 18 la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo

contrario mediante una sentencia firme (CSJN, Fallos: 321:3630)..."

Como ya es conocido por las partes, de conformidad con lo dictaminado en su oportunidad por el Fiscal General, Marcelo Colombo, rechacé la pretensión excarcelatoria de la defensa con fecha 25 de marzo del corriente año.

II. Ahora bien, en el marco del presente legajo de ejecución, conforme lo instara la defensa del encartado en los términos del art. 210 del CPPF (ley 27.063), dispuse con fecha 30 de marzo próximo pasado: "Por lo tanto, entiendo que en los términos del art. 210 del CPPF, deviene necesario a los fines de considerar eventualmente la adopción de alguna medida de morigeración, librar oficio al Servicio Penitenciario Federal ordenando la confección con carácter urgente, de un amplio informe socio ambiental del nombrado".

Así las cosas, fue recibido de la Unidad 31 de Ezeiza del SPF un amplio informe socio— ambiental del encausado —practicado el día 1ero. de abril de 2020—, como asimismo, un escrito de sus letrados particulares titulado "Informa", en el que, con mayor abundancia, reiteraba los argumentos oportunamente vertidos en sus presentaciones incoadas por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (actuaciones que se agregaron digitalmente al presente mediante Sistema Lex 100).

Advierto que serán analizadas ambas en mayor detalle a continuación, pero cabe aquí adelantar que, el domicilio propuesto por la defensa y que luego fuera constatado por personal del S. P. F. al mantener una entrevista en tal locación con la concubina y madre de los dos hijos del encartado, señora M. G. de la F., es el de la calle ..., Barracas, de esta ciudad.

Huelga recordar que, sin perjuicio de no haberse pasado una nueva vista en esta ocasión al Ministerio Público Fiscal, su representante, el Dr. Marcelo Colombo, en su dictamen previo indicó "Por último, la circulación de este virus como pandemia y el peligro que ello representa para cualquier detenido resulta si un factor que estamos llamados a considerar para dictaminar en relación a excarcelaciones o ceses de prisión preventiva, previendo si fuera el caso la adopción de alguna modalidad cautelar alternativa de las estipuladas en el artículo 210 del CPPF, pero ello siempre al servicio de morigerar una situación preexistente, cuanto menos encuadrable en los denominados grupos de riesgo respecto de aquel virus, conforme los criterios determinados por las autoridades sanitarias nacionales, y cuya situación particular, evaluada caso por caso, amerite la modificación en su forma de detención."

III. Encontrándome en condición ahora sí de resolver, considero oportuno a los fines de otorgar un orden a la exposición, dividir la presente resolución en distintos acápite para luego pasar a la parte dispositiva.

A) Respecto de la sentencia recaída en autos y la formación del presente legajo de ejecución.

En primer término, quiero remarcar que si bien con fecha 16 de septiembre de 2019 resolví que se practicara el cómputo de pena respecto de la condena impuesta por este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 a A. B. y en consecuencia el 21 de noviembre de 2019 la formación del correspondiente legajo de ejecución de pena tomando en parte lo resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal en el Plenario N° 8 "Agüero, Irma D. s/ recurso de casación" del 12 de junio de 2002, lo cierto es que dicha decisión respondió a la necesidad de hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la ley 24.660 en torno a los distintos planteos efectuados por las partes; ello, sin que implique la necesidad de afirmar válidamente que la sentencia recaída en la presente se encuentre firme y haya adquirido calidad de cosa juzgada como explicaré detalladamente en el considerando siguiente, teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Al respecto, cabe señalar que en relación a la firmeza de las sentencias, la doctrina emanada por el fallo plenario mencionado, ha sido superada por el precedente dictado en la causa "Olariaga" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 26 de junio de 2007 (CSJN, Fallos: 330:2826), doctrina que desarrollaré a continuación.

Debo consignar que A. B., en una primera oportunidad, fue detenido a disposición de este Tribunal con fecha 7 de agosto de 2018 —por decisión de la mayoría integrada en su oportunidad por los camaristas Dres. Bertuzzi y Costabel, con el voto en disidencia de la Dra. López Iñiguez—, al momento de dictarse el veredicto condenatorio a su respecto.

En tal situación permaneció hasta el día 12 de diciembre de 2018, en que se concedió su excarcelación (ver resolución a fs. 149/163 del Incidente 1302/2013/TO1/21 y acta de libertad de fs. 180). Asimismo, tal disposición fue recurrida ante la Cámara Federal de Casación Penal por la querella a cargo de la Unidad de Información Financiera, y conforme lo dispuesto por la Alzada, con fecha 18 de febrero de 2019, el encartado reingresó a la unidad en calidad de detenido a disposición de este Tribunal (ver acta de detención de fs. 250/251 vta. del Incidente antes mencionado), situación en la que permanece hasta la presente fecha.

B) Respecto del carácter de cosa juzgada de la sentencia y el principio de inocencia.

La defensa sostiene que el encierro penitenciario de su asistido carece de fundamento en tanto recibió una condena que aun no se encuentra firme ante la interposición de un recurso de queja por rechazo del recurso extraordinario federal, lo cual, oportunamente decidió la CFCP.

Sin embargo, ciertamente no se encuentra controvertido que el encausado, al tiempo de notificársele su veredicto condenatorio, fue detenido mediante una medida cautelar, y no en aplicación de la propia condena.

En esa inteligencia, la CFCP, confirmó dicha prisión preventiva en previsión de una hipotética fuga (ver resolución del 18/02/2019, causa CFP 1302/2012/TO1/21/CFC10, “Boudou”, Sala IV).

En punto a la firmeza de la sentencia condenatoria, es claro que la misma no lo está, lo cual ocasiona que aun el estado-situación de inocencia que resulta inherente a toda persona, no se ha destruido, lo cual solo ocurrirá, precisamente, en el instante que aquella devenga firme.

Se sustenta lo afirmado en los siguientes anátemas constitucionales: principio de inocencia (CSJN, Fallos: 10:338; 240:160; 300:1102; 237:193; 314:1091; 316:942; 317:1985; 319:2395; 319:2741; 320:277; 320:1395; 321:3630; 324:3788; 328:3127; 328:4343; 329:2367; 329:5628; 329:6019; 339:1493. CIDH causos: Zegarra Marín c. Perú (15/02/2017); Pollo Rivera c. Perú (21/10/2016); Argüelles c. Argentina (20/11/2014); Norín Catrimán c. Chile (29/05/14). Arts. 11.1 DUDH, 8.2 CADH, 14.2 PIDCP); principio defensa en juicio (CSJN, Fallos: 212:473; 255:91; 318:1269; 318:1711. Arts. 18.3 CN, 8.2 CADH, 14.3 PIDCP); principio de debido proceso (CSJN, Fallos: 236:271; 268:266; 306:2101; 308:117; 311:2045. Art. 18 CN; Enmienda V y XIV Constitución de Filadelfia); principio de interpretación restrictiva (CSJN, Fallos: 311:948 —entre otros— Art. 18 CN).

Por eso entonces la importancia de precisar cuándo una sentencia adquiere firmeza. Y en esto coinciden la mayoría de la doctrina y los precedentes jurisprudenciales; involucrando en ello a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, la Corte Federal inició el abordaje de la problemática de la firmeza de la sentencia penal en el caso “López”, del 14/09/1987 (CSJN, Fallos: 310:1797) y lo precisó en el caso “Olariaga”, del 26/06/2007, (CSJN, Fallos: 330:2826).

De allí se desprende la siguiente doctrina: La expresa indicación del procesado de recurrir ante el Tribunal impide considerar firme al pronunciamiento, lo cual recién ocurre con la desestimación de la queja dispuesta por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cons. VII, Olariaga).

Por demás, la propia Corte Federal admitió la suspensión de los trámites ante los jueces de la causa en la que se había interpuesto el recurso de queja (Fallos: 170:266; 193:138) y posteriormente dicha suspensión se ordenó con invocación del interés público o institucional (Fallos: 236:670; 247:460; 294:327; 308:249; 295:658; 297:558; 308:2127).

Este criterio se vio reflejado en sendos fallos de tribunales inferiores entre los que cuenta mi propia jurisprudencia desde que fui juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires (2000/2007) y las causas “Donda” (ESMA, c. 1270, 23/12/2015), por reenvío de la Sala II de la CFCP ante absoluciones de Manuel Jacinto García Tallada, Juan Carlos Rolón y Pablo García Velasco; “Viollaz” (c. 2083/ N° inst. 12127/2013) y “Lavia” (c.9769/1988). Todas ellas del Tribunal Oral Federal N° 5 de la Capital Federal.

También de distintas competencias, —entre otras— causas “Fontanet” (c. 247, TOC N° 24, Cap. Fed., 18/11/2015), “Grajales López” (Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, Cap. Fed., 26/02/2016), “Acosta” y los precedentes allí invocados (CNCCC, Sala I, 07/03/2016; con voto coincidente de los jueces Garrigós de Rébori, Magariños, Morín).

El criterio opuesto pretende encontrar apoyatura en la norma del art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que sí autoriza la ejecutabilidad de la sentencia de condena (siendo esta la postura de la jueza Argibay en su disidencia en el caso “Chacoma” (CSJN, Fallos: 332:700). Allí destaca que esa habilitación nos estaba diciendo que la sentencia se encontraba firme, dado que ejecutabilidad y firmeza debían, pues, coincidir. En esa misma sentencia la jueza Argibay llegó a sostener que el recurso de queja por extraordinario denegado debía ser entendido como una suerte de acción de revisión dirigida en contra de sentencias firmes.

En este aspecto autorizada doctrina se ha pronunciado señalando que si partimos de la base de que el principio de inocencia (arts. 18 CN; 8.2 CADH; 14.2 PIDCP), exige que no se imponga pena al imputado que no haya sido declarado culpable por una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal, adelantar la ejecución de la pena resulta insostenible, ya que, como natural derivación de aquel principio, se encuentra vedada la afectación de su libertad ambu-

latoria (arts. 7.1 y 3 CADH); ello a título de pena anticipada, y antes de que adquiera firmeza una sentencia condenatoria que, dictada en su contra, declare su culpabilidad.

También se ha precisado que el art. 285 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, fue previsto para cualquier rama del derecho en un ámbito ajeno al derecho penal; que resulta ser anterior a la reforma constitucional del año 1994; y que deviene inconciliable con el principio de inocencia, ya que aplicar tal norma implicaría ejecutar la pena antes que la condena adquiera firmeza (Por todos, José Ignacio Cafferata Nores y Nicolás D'Albora).

Como bien lo precisa Guastavino, la ejecución prematura de la sentencia penal resulta irreparable, ya que no habría contra cautela posible para evitar los daños producidos, a diferencia de las sentencias civiles donde, en efecto, se puede prestar aquella contra cautela que garantice los eventuales daños y perjuicios (cfr. Elias P. Guastavino, "Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad", Ed. La Rocca, T. II, Bs. As., 1992, ps. 1045 y ss.).

Como dijimos al inicio de este acápite, la cuestión de la ausencia de firmeza no se encuentra en este asunto controvertida, por lo cual no sería preciso ahondar aun más. Queda claro entonces que el encausado todavía no ha comenzado a desarrollar la sanción que se le pretende imponer. Y ello así hasta que la Corte Federal se pronuncie sobre el recurso de queja que se encuentra a su consideración.

C) Respecto del instituto de la prisión domiciliaria en el contexto actual y las singularidades del caso a estudio.

El actual contexto mundial de emergencia sanitaria a causa del Covid 19, ciertamente trastoca prácticamente todas las pautas de las relaciones interpersonales, afectando entonces la implementación de los objetivos conductuales asumidos por el plexo normativo de la ejecución de las penas (ley 24.660), que en definitiva logren con éxito la inserción social de quien resulte condenado, una vez recuperada su plena libertad.

En el caso que nos ocupa, su grupo social primario de referencia se compone de su compañera y los dos pequeños hijos de ambos, de dos años cada uno (mellizos).

Siendo que el grupo familiar de la compañera del encausado reside en México, y tiene dificultades para viajar por la enfermedad de su padre, a lo cual, ahora, cabría adicionar la prácticamente mundial prohibición de viajar.

B., a su vez, tiene dos hermanos, pero uno reside en el interior y con el otro no mantiene vínculo (lo cual surge del informe socio ambiental).

En estas condiciones, el único sostén económico y emocional para los niños de dos años, resulta ser su madre.

Estas dos circunstancias rectoras:1) la falta de firmeza de la pretendida condena impuesta a B.; y 2) el contexto de emergencia sanitaria mundial por la Pandemia del Covid 19, aconsejan morigerar el encierro dispuesto, en función del concepto de provisoriedad sustantiva del mismo (medida cautelar), toda vez que en el caso, aun, no se alcanzó la sustentabilidad del encierro que otorga la pena.

Por demás, los tribunales de superintendencia (CFCP, 02/04/2020) se hacen eco de las recomendaciones de la CIDH (puntos 1 y 2) y en tal sentido propician considerar, precisamente, las morigeraciones al encierro penitenciario.

D) Respecto de la legislación actual y su acogida en la jurisprudencia.

1) En lo que se refiere a las previsiones contenidas en el texto del art. 210 de la ley 27.063, la defensa de B. sostuvo que: [...]on fecha 13/11/2019 la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal dictó la Resolución N° 2/2019 en la que se expresó "Que desde el comienzo de esa implementación se han verificado numerosos planteos judiciales en diversas jurisdicciones del país, tendientes a la aplicación a los procesos en trámite bajo la Ley N° 23.984 de diversos institutos previstos en el Cód. Proc. Penal Federal, que permiten un mayor resguardo de las garantías constitucionales que protegen los derechos de los justiciables...]. Además que [...]y a fin de evitar... se consoliden interpretaciones disímiles y contradictorias que provoquen situaciones de desigualdad ante la ley en relación con el goce de las garantías constitucionales...]. Por tal motivo, [...]r]esulta indispensable implementar aquellos institutos procesales y/o artículos previstos en el Código Procesal Penal Federal que no resulten incompatibles con el sistema procesal establecido en la Ley N° 23.984, y que permiten un mayor goce de las garantías constitucionales para todos los justiciables...].

En prieta síntesis y siguiendo con las indicaciones oportunamente brindadas por el Honorable Congreso de la Nación, los defensores aseveraron que [...]el Código Procesal Penal Federal —titulado "Principios y garantías procesales"—, fijó pautas concretas para regular las restricciones a la libertad... y...Adicionalmente se fijó en el artículo 210 un minucioso y detallado catálogo de medidas de coerción personal a

las que se puede recurrir para el aseguramiento del proceso ante los supuestos descriptos en los artículos 221 y 222... estableciendo normativamente un grado de progresividad y jerarquía de estas medidas que el juzgador debe contemplar en todos los casos...]. Que [...]fijan en qué supuestos concretos la ley...fija el catálogo de medidas de coerción a las que puede recurrirse frente a aquellos y el grado de progresividad y jerarquía existente entre ellas —artículo 210—, evitará situaciones de desigualdad entre los justiciables en las jurisdicciones en las que se aplica el Código Procesal Penal Federal...].

2) Frente al tópico planteado, cabe adelantar —según mi criterio— que la aplicación de estas pautas a los procesos en trámite bajo la ley 23.984 no encuentra impedimento alguno, pues no afecta de ningún modo el análisis político criminal que impone el conflicto puntualmente traído a estudio, ni el orden de las fases o etapas que hacen al proceso de conocimiento penal incluidos en aquella; todo lo cual permitirá alcanzar así una decisión definitiva, sin alterar tampoco la distribución de roles y funciones que esa ley le asigna a cada uno de los órganos que transitan las etapas.

Sobraditas explicaciones he dado sobre el concepto de interpretación de la ley y, para el caso, ello coadyuvará para la comprensión de las extensiones conceptuales que he querido precisar en el denominado ítem de la “singularidad del caso”. Ahora bien, sin hacer análisis inversos, haremos comentarios aclaratorios sobre la norma receptada en el texto del art. 210 del texto adjetivo mencionado más arriba, dado que esas líneas asumen meridiana claridad al establecer: [...]M] edidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a) La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e) La retención de documentos de viaje; f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g) El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h) La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i) La vigilancia del

imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j) El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

A todas luces, puede colegirse que la norma impone una valoración global aplicando la supremacía constitucional que se incrusta en las ideas centrales del derecho procesal contemporáneo y, en ese sentido, el marco normativo en análisis está dado por los instrumentos internacionales (CADH, PIDCyP, Reglas de Tokio, etcétera), y los documentos elaborados por órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en su calidad de intérpretes de aquellos. Particularmente resulta útil en esta tarea el Informe 35/07 de la CIDH (ratificado por el 86/09), que debe ser puerta de ingreso para el control de convencionalidad en este ámbito de conocimiento.

Conforme lo ha resuelto la CSJN en los fallos “Giroldi” (Fallos: 318:514), “Bramajo” (Fallos: 319:1840) y, recientemente, en “Carranza Latrubesse” (Fallos: 336:1024), tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como los informes de la Comisión, deben ser parámetros para la interpretación de la normativa internacional, tan útiles aquí, mientras que las recomendaciones efectuadas en esos informes deben ser consideradas vinculantes para el Estado.

Pero antes de continuar, me referiré al concepto de supremacía al que me debo para que se deduzca el análisis del art. 210 del rito que pretendo luego abordar.

3) Ese axioma, tiene que ver con la idea “rígida” de que la tesis de la Supremacía Constitucional aplica no solo sobre todo el sistema federal —como es nuestro caso— sino también, respecto de las realidades cotidianas e institucionales de las provincias y ciudades que componen el Estado tanto sean ellas normales o excepcionales. La rigidez a la que me refiero, es la que distingue a la Carta Magna de las reformas —por ejemplo— que pueden ser realizadas en materia de las leyes comunes, por ello y en ese sentido, en el marco de un ordenamiento constitucional rígido; la Constitución es la ley suprema y todas las demás —leyes inferiores o comunes— deben adecuarse a ella. Y la doctrina se ha referido a la supremacía de la constitución y a su innegable preeminencia [...]p]or significar la estructura constitucional la base del ordenamiento jurídico que se deriva de la misma y al cual le comunica juridicidad...] (Cfr.: Marcelo E. Riquert y Eduardo P. Jiménez, “Teoría de la pena y Derechos Humanos. Nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional”, Ed. Ediar, Bs. As., 1998, p. 61 y ss.).

Tuve oportunidad de decir que: [...]P]ara evitar el quebranto de la supremacía, debe darse cabida a

principios que permitan internalizar la lógica y método al que remite el concepto de conflicto jurídico —el que se trate—, para poder predecir y explicar la garantía que se encuentra en juego. En esa senda, es la garantía del debido proceso legal y constitucional (art. 18 CN) la que establece el rumbo a seguir por todo el mundo jurídico colocado por debajo de ella, siendo así una obligación que impregna cualquiera de nuestras realidades jurídicas; un deber o necesidad que —implícita o expresamente, directa o indirectamente— emana de la ley de leyes porque es ley suprema, lo cual implica —al decir de Bidart Campos— [...]os derechos que la Constitución reconoce alcanzan el nivel máximo de ella (por ende) las obligaciones que impone, tienen idéntico rango...) (Teoría de la pena..., "ob. cit." p. 63, nota 42...) (en causa unipersonal N° 2677 —TOCF 5—, por el delito de supresión del estado civil y falsedad ideológica, art. 139 inc. 2 y 293 del CP ambos en concurso ideal entre sí, imputada Victoria López Rébora, en resolución alternativa de conflicto de fecha 23/10/2019).

Un principio muy útil para decodificar estas ideas provenientes del iluminismo del Siglo XVIII, y en las que se resata el concepto de dignidad humana, resulta ser el de *pro homine*, a mi juicio determinante y clave en la solución del pedido de fondo formulado por la defensa del imputado.

Esta explicación de un principio tan versátil y adaptable a las realidades a las que me vengo refiriendo a lo largo de la presente, y aún más, al ámbito jurídico penal; no es caprichosa dado que me es útil para afirmar, como es de esperar, que al omitir el cumplimiento del deber u obligación impuesto por la interpretación de la carta federal en la que subyace la idea de dar al caso la solución más justa, o se resuelve o decide sobre un marco constitucionalmente prohibido; se estará violando el texto reglamentario que ella impone y con todo, su supremacía.

Cabe agregar que esas normas y su producción dogmática, casi sin retroceso hoy día, justamente, nos muestra que esa creación no permanece encerrada e inalterable en el tiempo. Su retroalimentación es sociológica —rasgo que es preexistente a la disciplina en si misma considerada—, puesto que los fenómenos colectivos producidos por la actividad social de nuestros conciudadanos y que cohabitan dentro del contexto histórico-cultural (y también diría, sanitarios) en el que se encuentran inmersos, es de suma importancia para que las normas sean programáticas y estén de algún modo destinadas a cobrar vigencia y actualización sociológica; y no permanecer negadas a la evolución que sin dudas demanda la garantía —ya mencionada— del debido proceso legal (art. 18 CN).

Por eso, dar la espalda a la actividad propia tendiente a operativizar los derechos humanos a partir de la intervención de los poderes públicos, y negar además la actividad tendiente a no reconocer la inercia de los propios mandatos constitucionales en la órbita penal; no hacen más que negar la existencia de esa operatividad a la que me debo.

Estos mandatos, si bien serán útiles para establecer la definición de ilicitud, también tendrán un valor incommensurable e interesarán sobre todo y antes que nada, para: no dar lugar a la tesis de la inconstitucionalidad por omisión.

Esta tesis tendría su razón de ser, entonces, si se avanza en la lógica del reproche jurídico penal violentando esos límites autoimpuestos y que ofrece la Constitución Nacional desde su propio seno. Ciertamente, como el principio al que vengo aludiendo es adjetivo dado que implica el cumplimiento de ciertos recaudos de forma, trámite y procedimiento para llevar adelante una definición del conflicto traído a estudio, al decir *pragma adjetivo*, se está diciendo que todo el concepto aumenta y amplía la idea propia del Debido Proceso Constitucional, bien entendido, sin que importe la posibilidad de favorecer —bajo determinados parámetros— la existencia de medidas alternativas o sustitutas —en el caso, de la cautelar física— que cumplan con los estándares más modernos de política criminal sobre la materia.

Y esto no puede estar separado del ajuste permanente que impone el control de constitucionalidad inmanente y que emana de la Corte Interamericana de DDHH y la tradición legislativa que se impone a partir del texto del art. 75 inc. 22 de la CN. Pues [...]odos los alcances, oportunidades, vigencias y campos posibles de actuación receptados en estas normas y a partir de la interpretación más ajustada que propone el principio *pro homine*; dan luz verde a la razón constitucional que cubre hasta no solo la garantía de defensa en juicio (18 y 75 inc. 22). En ese sentido se sostuvo que [...]aso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"...entre las normas internas y la Convención Americana..."

En el mismo sentido: 1) Caso Heliodoro Portugal c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Repara-

ciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 1806; 2) Caso Radilla Pacheco c. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; 3) Caso Fernández Ortega y otros. c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368; 4) Caso Rosendo Cantú y otra c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 2199; 5) Caso Liakat Ali Alibux c. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 15...]. (Ver, en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, p. 6...) (causa N° 2677 —TOCF 5— imputada Victoria López Rébora, en resolución alternativa de conflicto de fecha 23/10/2019, ya citada precedentemente).

Por eso, una cuestión de eminente importancia y que también hace al trasfondo del tema, tiene que ver con internalizar la norma de origen que habilita al juez para dotarlo de instrumentos para los que esté en condiciones de identificar el conflicto originario y en efecto resolverlo o descomprimirlo. Por lo tanto, el énfasis no estará colocado en la corrección o insuficiencia de la regulación legal, sino en la capacidad y rol de los jueces para intervenir en el conflicto que se trate a través del litigio.

4) En términos rituales debe decirse, entonces, que el principio de provisoriedad implica que la prisión preventiva debe ser considerada una medida cautelar llamada a regir solo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. Esta medida cautelar, una vez definida y aplicada, no se enmascara en términos oscurantistas de manera perpetua. Con legitimidad la Corte Interamericana señaló en “López Álvarez” (considerandos 73,78 y 81), —justamente— la necesidad que el juzgador evalúe periódicamente si se mantienen las condiciones que justificaron el dictado y mantenimiento de la medida cautelar.

Acoplada a esa idea central, que pone énfasis en el aspecto temporal, surge otra que se ubica en un círculo concéntrico del mismo radio que pone igual interés pero en otra exigencia, que hace a la excepcionalidad justificada solo en razones procesales o; dicho de otro modo, subsiste siempre que sea razonable. Cabría recordar el principio de inocencia al cual ya me referí; aunque solo insistiré en la concepción binaria de la idea: o se es inocente o no, y por lo menos este último estado se mantiene inalterable ante una sentencia aún no firme.

Este argumento, no puede quedarse solo en la aspiración universal de los derechos humanos intangibles, dado que la interpretación no puede volverse un

juego en el que se filtre la arbitrariedad y el abuso de poder.

Es que esta medida restrictiva de derechos, la cautelar, tiende, por naturaleza, a consumirse. El peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento suelen diluirse con el paso del tiempo.

Es esto entonces, lo que ha llevado a la Comisión Interamericana a sostener que debe analizarse la persistencia de los motivos que la justifican y su razonabilidad de modo periódico. Por eso es que la prueba objetiva de los peligros procesales que justificarían la cautelar, no pueden ser presumidos ni reemplazados por valoraciones subjetivas, intuiciones o consideraciones de tipo general y abstracto.

En esa senda, no puede dejar de valorarse —dado que la experiencia tribunalicia así lo asegura— que el Sistema de Monitoreo Electrónico dependiente del Ministerio de Justicia Nacional, se viene mostrado como una alternativa legítima y confiable para conciliar las necesidades procesales del encierro cautelar, con el debido respeto de los derechos y garantías constitucionales (trato digno, inocencia, alimentación, salud, derecho a la protección familiar, etcétera).

Son ambos círculos concéntricos los que imponen aplicar el rasgo de análisis más íntimo posible en materia de cautelas personales, con clara propensión a disminuir su intensidad afflictiva recurriendo a medios menos lesivos que permitan igualmente asegurar estos fines del proceso de conocimiento que se trate.

Una evaluación que toca hacer aquí en el sentido antedicho, determina que en principio todas las salas de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (conforme consigna la Sala 2 de dicho Tribunal revisor) —en CCC 61.537/2014/TO1/4/CNCP, Reg. N° 489/2015, se han expedido al respecto, fijando con matices y distintas precisiones los criterios que regulan el encierro cautelar (cfr. causa N° 71.238/2014, “Nievas, José A.”, del 10/04/2015, Reg. N° 13/15; causa N° 66.111/2014, “Roa, Hugo O.”, del 10/04/2015, Reg. N° 11/15; causa N° 78.522/2014, “Silvero Verón, Librado O.”, del 01/06/2015, Reg. N° 108/15; causa N° 21.116/2015, “Reyes, Rodrigo”, del 16/06/2015, Reg. N° 158/15; causa N° 42.531/2012, “Martín, Alejandro S.”, del 17/07/2015, Reg. N° 256/15; causa N° 25.968/2014, “Castillo, Adrián M.”, del 17/07/2015, Reg. N° 263/15).

Esa mirada introspectiva sale al encuentro de un conglomerado de principios constitucionales garantizados, los cuales, frente al resguardo de los fines del proceso, la excepcionalidad de la prisión preventiva cobra total vigencia (en términos más o menos similares, en los considerandos 69 y 70 del Informe 35/07

de la CIDH, considerando 121 fallo “Barreto Leiva” CorteIDH, entre otros; el principio de inocencia; el principio de proporcionalidad (Ver, Considerando 122, y también el principio de provisionalidad (Ver, Considerando 105, del Informe 35/07 CIDH).

Finalmente, hacemos lugar al arresto de conformidad con los criterios de interpretación que consideramos son válidos, conforme las directivas emanadas de los fallos de la CSJN en los que ese propugna que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (CSJN, Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (CSJN, Fallos: 313:1149; 327:769).

Ha dicho la Cámara Nacional de Casación que [...] a existencia de un programa, en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que posibilita la aplicación de medidas de restricción de la libertad en el domicilio, con vigilancia adecuada que puede resultar de gran utilidad para casos como el que aquí se encuentra a estudio. El mecanismo cuenta con dispositivos de vigilancia electrónica, que permiten controlar la permanencia del imputado en el domicilio fijado y, ante la eventualidad de que saliera del radio establecido o intentara desprendérse de la “pulsera”, el sistema envía una alerta inmediata que es detectada en el centro de monitoreo e informada a la autoridad judicial; todo ello, en el marco del “Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”. El programa incluye, a su vez, la asistencia social, psicológica y médica del imputado. Este mecanismo se encuentra implementado y es llevado adelante, en la órbita de la misma autoridad administrativa que tiene a su cargo la ejecución de las medidas de encierro —tanto procesales como materiales— como parte de una política estatal tendiente a “mejorar las condiciones de vida de las personas que cumplen una medida restrictiva de la libertad”, contribuyendo a mitigar el impacto negativo de la privación de libertad en el ámbito carcelario...] (CCC 61.537/2014/TO1/4/CNC1, caratulada “Arias, Héctor R. s/ incidente de encarcelación”).

### E) Consideraciones finales.

Finalmente, cabe precisar que las morigeraciones al encierro deben —necesariamente— analizarse, también, en relación a la pena oportunamente adjudicada al condenado. Así, en este caso, una sanción de cinco años y diez meses que no llega a la cuarta parte de la pena de encierro máxima de la legislación penal argentina, no resulta óbice para viabilizar aquella posibilidad.

Además de considerar que el sujeto que aquí nos ocupa ya estuvo detenido, fue excarcelado, se le revocó tal beneficio y retornó al encierro penitenciario. Hasta el momento, entonces, viene cumpliendo con las pautas procesales que se le han impuesto y también registra Conducta 10, Concepto 6 (lo cual surge del reciente Informe Socio Ambiental).

En definitiva, en este caso considero que se ha demostrado de qué modo y manera la emergencia sanitaria de pandemia Covid 19, incrementa los riesgos personales del condenado A. B. en relación a su núcleo familiar conviviente, por lo que en este contexto situacional habré de morigerar su encierro, tornando el penitenciario en domiciliario.

Por lo tanto el suscripto, resuelve: I. Conceder el arresto domiciliario a A. B., quien deberá ser conducido por el Servicio Penitenciario Federal al inmueble sito en la calle ..., Barracas, de esta ciudad (art. 10 del CP y art. 32 de la ley 24.660, y arts. 210, inciso “i” y “j”, 220, 221 y 222 del CPPF), para lo cual se dará intervención a la DCAEP, mediante correo electrónico. II. Implementar respecto del encausado el “Programa de Asistencia a Personas Bajo Vigilancia Electrónica” (Resolución N° 1379/2010 del MJyDH) y Disponer la supervisión y asistencia de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (art. 33 sexto y tercer párrafo, respectivamente, de la ley N° 24.660 —según texto de la ley N° 26.813—), para lo que se librará correo electrónico ordenando que con carácter urgente se incorpore a A. B. a dicho programa. III. Librar oficio a la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal a fin de poner en conocimiento a su Director de lo aquí resuelto, encomendándole la notificación al interno y la confección del acta pertinente. Notifíquese. — *Daniel H. Obligado.*

# Firmeza de una sentencia penal condenatoria

## El fallo “Boudou”

Carlos E. Llera (\*)

La decisión adoptada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal en la causa “Boudou” (06/04/2020), nos permite reflexionar sobre cuándo una sentencia penal condenatoria adquiere firmeza (1).

La Corte Federal inició el abordaje de la problemática de la firmeza de la sentencia penal en el caso “López”, del 14/09/1987 (CS, Fallos: 310:1797) y lo precisó en el caso “Olariaga”, del 26/06/2007 (CS, Fallos: 330:2826).

El Tribunal Supremo predicó que la manifestación expresa del procesado de recurrir (*voluntad recursiva*) ante el Tribunal impide considerar firme el pronunciamiento, lo cual solo se verifica con la desestimación del recurso de queja decretado por la propia Corte Suprema de Justicia Nación (fallo “Olariaga”, consid. VII).

El criterio opuesto se apoya en el art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que autoriza la *ejecutabilidad* de la sentencia de condena.

Ahora bien, el *principio de inocencia* (2) (arts. 18, CN; 8.2, CADH; 14.2, PIDCP), nos interpela

(\*) Director del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador (USAL).

(1) LLERA, Carlos E., “La ejecutividad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, en MASCIOTA, Mario (dir.) - FALKE, Ignacio A (coord.), *Ejecución de Pronunciamientos Judiciales*, Ed. Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2015, ps. 88-98.

(2) La Corte Interamericana ha sostenido “El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del art. 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”. Caso “Lori Berenson Mejía”, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C. nro.

a que no se imponga pena al imputado que no haya sido declarado culpable por una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal.

El principio constitucional de inocencia constituye un verdadero “estado jurídico del imputado”, el cual es inocente si no es declarado culpable por sentencia firme (3).

Anticipar la *ejecución de la pena* resulta inadmisible. Es que, como necesaria derivación del evocado principio, se encuentra vedada la afectación de su libertad ambulatoria (arts. 7.1 y 3º, CADH); a título de *pena anticipada*, antes que adquiera firmeza una sentencia condenatoria que, dictada en su contra, declare su culpabilidad (4).

119, par. 160; caso “Tibi”, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C nro. 114, parr. 182; caso “Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C nro. 111, parr. 153; caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C nro. 69, parr. 120). La tensión entre impunidad, juzgamiento, corrupción y principio de inocencia, deben resolverse siempre a favor de la plena vigencia de los principios y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos como estándar mínimo de todo Estado Constitucional de Derecho, por lo que, si se verifican deficiencias probatorias, se impone la absolución por duda del imputado.

(3) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Estudios de Derecho Procesal Penal”, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, t. II.

(4) La libertad personal solo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley. Se receptan de este modo los principios instituidos en el denominado “bloque de constitucionalidad federal” (arts. 16, 18 y 75, inc. 22, de la CN; art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 11, inc. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Subrayamos, todo imputado es inocente durante la sustanciación del proceso penal y tal estado jurídicamente reconocido y de jerarquía constitucional solo puede desvirtuarse como consecuencia del acto jurisdiccional que pone término a la actividad estatal: la sentencia firme (5).

Es que el art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com., fue previsto para otras ramas del derecho, pero es manifiestamente extraño al derecho penal por su incompatibilidad con el estado constitucional de inocencia del que goza todo individuo (art. 18, CN).

La ejecución prematura de la sentencia penal provoca consecuencias irreparables, no habrá *contracautela* posible para compensar los daños producidos, a diferencia de las sentencias civiles donde se puede prestar aquella *contracautela* que garantice los eventuales daños y perjuicios (6).

La sentencia definitiva no adquiere aún el carácter de *inmodificable* propio de la cosa juzgada mientras se encuentre vigente el plazo para recurrir por la vía extraordinaria ni durante la tramitación del recurso extraordinario, en su caso.

Resulta a todas luces contrario al *Estado Constitucional de Derecho*, habilitar la ejecución de la sentencia que impone una pena de prisión, previo al agotamiento de los plazos previstos para la interposición de recursos o el rechazo del último posible, esto es, el recurso extraordinario federal; siendo necesario, incluso, aguardar el agotamiento del tiempo previsto para incoar la

---

art. 9º, inc. 3º y art. 14, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

(5)VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ob. cit. La Constitución Nacional impide que se trate como culpable a la persona a quien se le imputa un hecho punible mientras el Estado, por medio de los órganos judiciales pre establecidos para exteriorizar la voluntad represiva, no pronuncie sentencia penal firme que declare su culpabilidad y le imponga una pena. MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 490.

(6) GUASTAVINO, Elías P., "Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad", Ed. La Roca, Buenos Aires, 1992, t. II, ps. 1045 y ss.

queja por denegación de aquel, para calificar de firme el pronunciamiento.

De adverso, de admitir la Corte la vía impugnatoria, estaría revisando una sentencia que devino firme, lo que resulta inconsistente, una *contradictio in terminis*.

A esta altura del desarrollo argumental aparece oportuno recordar la aserción de la Corte en: "La expresa indicación del procesado de recurrir ante el tribunal impide considerar firme el pronunciamiento" (7), ella aparece como el norte al que debería someterse la tramitación de las situaciones donde el imputado recurre de hecho a la Corte, por la vía del art. 285 Cód. Proc. Civ. y Com., para arremeter contra una sentencia de condena.

Abundando, postulo la Corte en "Olariaga": "[L]a inmutabilidad propia de la cosa juzgada recién se adquiere con la desestimación del recurso de queja por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

Entonces, pese al aducido carácter no suspensivo de la queja, se impone constitucionalmente aguardar su solución para tener por condenada a una persona. No es admisible otra interpretación en el ámbito del derecho penal.

El tribunal cimero ha establecido un criterio definido: la sentencia condenatoria en materia penal no adquiere firmeza mientras esté pendiente de resolver algún recurso, sea este ordinario o extraordinario, incluido el recurso directo o de queja (8).

A modo de conclusión debemos afirmar que la firmeza de la sentencia de condena en materia penal reclama, en los supuestos que el procesado interpuso un recurso extraordinario federal o, ante su rechazo, un recurso de queja, que la Corte Federal se pronuncie. Mientras ello no ocurra el encausado goza del *estado de inocencia*, que solo se destruye cuando la Corte Federal se pronuncie rechazando la queja.

---

(7) CS, Fallos: 330:2826; consid. 6º.

(8) En igual sentido: voto del Juez Alejandro W. Slokar, en CFCP, sala II, causa 13.401; "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", reg. 19911, rta. el 08/05/2012.

La inocencia es más que un principio, es un estado, estado inmanente a la condición de hombre. Hace a la esencia misma del hombre. Ese estado solo se cancela o desaparece jurídicamente frente a una sentencia condenatoria firme, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Es recién cuando ha adquirido firmeza la sentencia condenatoria, que cesa la calidad de “procesado” que venía revistiendo hasta entonces el imputado, para pasar a convertirse en “condenado”, cayendo el estado de inocencia en

forma definitiva, con la confirmación de la culpabilidad del sometido a proceso (CS, Fallos: 327:3802, “Dubra”).

Si partimos de la premisa inopinable que el concepto de sentencia firme implica la *inmodificabilidad y estabilidad propia de la cosa juzgada*, la vigencia de cualquier medio de impugnación con capacidad procesal para modificarla reprime calificar de firme a la sentencia y ello obtura su ejecutividad.

## DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

**Consumación del delito. Impedimento de contacto. Llamada telefónica a la víctima. Llamada no recepcionada. Efectos.**

*Con nota de Franco Arrieta Cano*

1. — En los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atienda, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado.
2. — El art. 118 de la Constitución dispone que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del art. 468 CP, supone la concreción de la sanción penal para conductas de incumplimiento de determinadas resoluciones recáidas en el ámbito de la jurisdicción penal. Requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de esta. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone. Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple.
3. — A los efectos del examen del delito de quebrantamiento de la condena, no solo es relevante el incumplimiento de la orden emanada de un órgano jurisdiccional, contenida en una sentencia o en otra resolución firme, como una conducta seriamente atentatoria al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, específicamente en relación con la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones de Jueces y Tribunales prevista en el artículo 118 de la Constitución, referida ahora al ámbito penal, sino que también ha de valorarse que el quebrantamiento de la medida o de la pena supone un ataque a la seguridad y a la tranquilidad de la persona a la que se pretende proteger

con la resolución en la que se acuerda la medida o se impone la pena.

4. — El delito de quebrantamiento de condena fue consumado, pues el acusado practicó todos los actos que objetivamente debían permitir la comunicación con la denunciante. Pues efectivamente realizó la llamada con una evidente intención de establecer comunicación, y si no fue respondida no fue por su desistimiento, que ya no era posible, sino porque la parte receptora no la atendió, por la razón que fuere. Por lo tanto, superando los actos preparatorios llevó a cabo actos "directamente encaminados a la ejecución", desconoció el mandato derivado de la pena impuesta y llegó a poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.
5. — Si la conducta consistió en realizar una llamada al teléfono de la persona con la que estaba prohibido comunicar, llamada que esa persona no atendió. Pero la llamada quedó registrada y fue posible saber quién la efectuó; resulta insatisfactorio poner en manos de la víctima, dejándolo a su voluntad cuando no existe coacción alguna, la consumación del delito. Si la persona protegida observa una llamada en su terminal proveniente de la persona afectada por la prohibición de comunicación, la reducción de la pena, al menos en un grado, quedaría a su libre decisión, dependiendo solo de que aceptara o no la llamada.

**T Supremo de Madrid, (Sala 2 Penal), 20/12/2019. - Sentencia N° 650/2019**

**[Cita on line: TR LALEY ES/JUR/9/2019]**

Madrid, diciembre 20 de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 1369/2018, por infracción de Ley y de preceptos constitucionales, interpuesto por D. Teodulfo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección Segunda, de fecha 8 de marzo de 2018, que desestimaba recurso de apelación interpuesto contra sentencia de 5 de diciembre de 2017 dictada en el procedimiento Abreviado número 653/2017, por el Juzgado de lo Penal número 2 de ...; estando representado el recurrente por el procurador D. Víctor Manuel Mesa Cabrera, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Aguilar Bronchalo. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Dª Elvira, representada por el procurador D. Álvaro Francisco Arana Moro, bajo la dirección letrada de D. Kamil Zeela Rafeh.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

### Antecedentes de hecho

Primero.- El Juzgado de Instrucción número de los ..., instruyó procedimiento Abreviado con el N° 653/2017, contra D. Teodulfo, por delito de quebrantamiento de condena; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió al Juzgado de lo penal número 2 de ..., que con fecha 5 de diciembre de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

“Que el acusado Teodulfo tenía prohibido acercarse a menos de 500 metros de su ex pareja Elvira, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella así como comunicarse con ella por cualquier medio en virtud de Sentencia dictada el 9 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Penal n° 2 de ... en el seno del procedimiento Juicio Rápido 21/2016.

Sin embargo, a pesar de tener el acusado pleno conocimiento de la prohibición anteriormente mencionada y estando vigente la misma —al cesar el 17 de enero de 2018— el 31 de mayo de 2017 a las 12:28 horas llamó por teléfono desde el N° ... al de su ex pareja Elvira, con N° ....

De igual manera y estando vigente dicha prohibición y con conocimiento de la misma, en la mañana del 7 de junio de 2017 el acusado acudió al Juzgado N° 5 de ... sin estar citado a ningún efecto, a sabiendas de que Elvira iba a acudir junto al hijo menor que tienen en común puesto que éste iba a ser explorado en el seno de las Diligencias Previas 777/2016 del mencionado Juzgado puesto que había llamado al Juzgado esa mañana y había sido informado de este extremo por la funcionaria Apolonia. Una vez en el Juzgado y al encontrarse con Elvira, el acusado no obstante no sólo no se marchó sino que se mantuvo allí a una distancia inferior a 500 metros.

Teodulfo fue condenado por Sentencia firme de 16 de septiembre de 2016 por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género a 9 meses de prisión, 2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y 2 años de prohibición de comunicarse y aproximarse a la víctima; por Sentencia firme de 24 de enero de 2017 por un delito de impago de pensiones a 6 meses multa; y por Sentencia de 9 de junio de 2016 por un delito de quebrantamiento a 10 meses de prisión, antecedente penal éste computable a efectos de reincidencia.

El acusado ha estado en prisión preventiva por esta causa desde el 9 de junio de 2017 hasta el día del juicio oral(sic)”.

Segundo.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

“Que condeno al encausado D. Teodulfo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de quebrantamiento de condena, con la agravante de reincidencia, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se imponen al condenado las costas de este procedimiento.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará al condenado el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa (sic)”.

Tercero.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección Segunda, con fecha 8 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es la siguiente:

“Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Teodulfo contra la Sentencia de 5 de diciembre de 2017 dictada en el Procedimiento Abreviado 289/17 del Juzgado de lo Penal n° 2 de ..., confirmando íntegramente la misma, con imposición al recurrente de las costas de esta alzada(sic)”.

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Teodulfo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Quinto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Teodulfo, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción del artículo 468 del Código Penal en relación con el artículo 16.2 del Código Penal.

2.- Infracción de normas del ordenamiento jurídico para la individualización de la pena, infracción del principio non bis in idem: indebida aplicación de los artículos 66.3, 70, 72 y 74.1 del Código Penal en relación al artículo 468.2 en cuanto a la determinación de la pena en su mitad superior derivada de la consideración de delito continuado.

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrente del recurso de casación interpuesto, interesa la inadmisión a trámite del mismo, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 10 de Diciembre de 2019.

### Fundamentos de derecho

Primero.- El recurrente fue condenado en sentencia de 5 de diciembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal N° 2 de ..., como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena, con la agravante de reincidencia, a la pena de un año de prisión. Interpuesto recurso de apelación, la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, lo desestimó. Contra esta sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 468.2 del Código Penal (CP), pues entiende que la acción que se declara probada, la realización de una llamada telefónica a su expareja que no fue atendida por la destinataria, no cumple con los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal. Sostiene que en la llamada de teléfono no se entabla comunicación, no se conversa, no se hace partícipe al receptor del mensaje. Alega que, en estos supuestos, (llamadas telefónicas "perdidas" no atendidas por el destinatario) el delito de quebrantamiento se consuma con el establecimiento de la comunicación, no con el intento de llamada, el cual estaría exento de responsabilidad criminal (sic). Argumenta que si se forzara la interpretación de los tipos penales estaríamos ante un supuesto de tentativa cuando el sujeto favorecido por la protección no descuelga el teléfono y evita atender la llamada emitida por quien se encuentra obligado a cumplir la prohibición.

1. El artículo 118 de la Constitución dispone que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales.

El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP, se encuentra dentro del Título XX del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica "Delitos contra la Administración de Justicia y supone la concreción de la sanción penal para conductas de incumplimiento de determinadas resoluciones recaídas en el ámbito de la jurisdicción penal. Requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone.

Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta

con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple. (STS N° 619/2018, de 21 de diciembre).

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la tentativa (STS 294/2012, de 26 de abril), con carácter general y sin perjuicio del examen de los distintos supuestos posibles, especialmente en consideración a la clase de pena o medida que se incumple o se quebranta.

A pesar de su ubicación sistemática, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido un doble bien jurídico protegido, en consideración a las penas o medidas cautelares impuestas en relación con determinados delitos (artículos 57.2 y 173.2 CP), de forma que no solo se entiende que estas conductas afectan a la Administración de Justicia, sino que también lo hacen a la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas o las penas previstas en el artículo 48 CP. Así, en la STS N° 846/2017, de 21 de diciembre, en la que se examinaba la posibilidad de delito continuado, se decía que con respecto a las medidas previstas en el artículo 48 se ha destacado una doble consideración. Y se hacía referencia, en primer lugar, a un contenido claro de pena de carácter afflictivo que dispone una restricción de derechos a la persona a la que se impone. Y, en segundo lugar, a su condición como una medida especialmente dispuesta para la protección de la víctima en atención a los hechos atribuidos a quien ha sido condenado o, en su caso, imputado, por el peligro que puede suponer. Se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero). "Por lo tanto, es una consecuencia jurídica del delito, objeto de la condena o de la imputación, con una doble dimensión, como pena y como medida de aseguramiento para prevenir el peligro a la víctima. Así considerando, la situación jurídica creada por la prohibición de acercamiento y comunicación dispuesta, prohíbe al condenado el acercamiento a la víctima, pena afflictiva, y protege a la víctima evitando situaciones de peligro. Esta doble dimensión de la medida permite individualizar cada acto de aproximación a la víctima como acto típico del delito de quebrantamiento pues en cada acto se reproduce el ataque a la seguridad dispuesta por la prohibición de acercamiento". En sentido similar, se recordaba en la STS N° 664/2018, de 17 de diciembre, dictada por el Pleno de esta Sala, que la evolución normativa a la que se hace referencia, (LO 19/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica), "revela un marcado espíritu tendente a procurar la máxima protección de las vícti-

timas ampliamente reconocido, por otro lado, por diversos pronunciamientos de esta Sala (STS 886/2010, de 20 de octubre; STS 511/2012, de 13 de junio; o STS 799/2013, de 5 de noviembre), y que, en lo que ahora nos afecta, incide en una especial configuración de la modalidad que analizamos, la del artículo 468.2 CP, que además de compartir con los quebrantamientos incluidos en el número 1 del artículo 468 CP como bien jurídico objeto de protección la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre “se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)”.

De modo que, a los efectos del examen del precepto, ha de tenerse en cuenta que no solo es relevante el incumplimiento de la orden emanada de un órgano jurisdiccional, contenida en una sentencia o en otra resolución firme, como una conducta seriamente atentatoria al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, específicamente en relación con la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones de Jueces y Tribunales prevista en el artículo 118 de la Constitución, referida ahora al ámbito penal, sino que también ha de valorarse que el quebrantamiento de la medida o de la pena supone un ataque a la seguridad y a la tranquilidad de la persona a la que se pretende proteger con la resolución en la que se acuerda la medida o se impone la pena.

Cuando la pena consiste en prohibición de comunicación, ha de tenerse en cuenta que el propio Código dispone en su artículo 48.3 que impide al penado establecer, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

2. En el caso, no se discuten los hechos en el recurso, dado que está legalmente limitado a cuestiones relativas a la infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim. Tampoco se discute la posibilidad del delito continuado. El recurrente plantea dos cuestiones.

De un lado, la relevancia penal de la conducta, pues sostiene que carece de la misma. Sin embargo, como se razona en la sentencia impugnada, el acusado practicó todos los actos que objetivamente debían permitir la comunicación con la denunciante. Pues efectivamente realizó la llamada con una evidente intención de establecer comunicación, y si no fue

respondida no fue por su desistimiento, que ya no era posible, sino porque la parte receptora no la atendió, por la razón que fuere. Por lo tanto, superando los actos preparatorios llevó a cabo actos “directamente encaminados a la ejecución”, desconoció el mandato derivado de la pena impuesta y llegó a poner en peligro los bienes jurídicos protegidos. La jurisprudencia ha señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espaciotemporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduza ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal. (SSTS 1479/2002, 16 de septiembre, y 227/2001, 29 de noviembre y STS 92/2019, de 20 de febrero). No es, pues, una conducta irrelevante penalmente.

3. La segunda cuestión que se plantea en el motivo es si se trata en estos casos de un delito consumado o en grado de tentativa. Desde el punto de vista del recurso interpuesto, que finalmente pretende una pena inferior, la cuestión es irrelevante, pues en todo caso se trataría de un delito continuado integrado por dos delitos consumados de quebrantamiento de condena o por un delito consumado y otro intentado.

De todos modos, si se entiende, como se hace en general, que es un delito de resultado, la consumación exige que la conducta provoque una alteración en el mundo exterior, que, en el caso, sería la comunicación entre la persona obligada a cumplir la prohibición y la persona a la que se pretende proteger con la misma.

En ese sentido, comunicar con otra persona significa poner algo en su conocimiento. Según el diccionario de la RAE, entre otras acepciones, “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”. En relación con el artículo 48.3 CP, establecer contacto escrito, verbal o visual. En este artículo no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo suficiente con su existencia. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro.

En el caso, la conducta que se declara probada consistió en realizar una llamada al teléfono de la persona con la que estaba prohibido comunicar, llamada que

## DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

---

esa persona no atendió. Pero la llamada quedó registrada y fue posible saber quien la efectuó.

En primer lugar, en relación con la cuestión examinada, resulta insatisfactorio poner en manos de la víctima, dejándolo a su voluntad cuando no existe coacción alguna, la consumación del delito. Si la persona protegida observa una llamada en su terminal proveniente de la persona afectada por la prohibición de comunicación, la reducción de la pena, al menos en un grado, quedaría a su libre decisión, dependiendo solo de que aceptara o no la llamada.

En segundo lugar, en la interpretación del precepto no puede prescindirse de la finalidad del mismo ni del actual estado de la técnica. En cuanto a lo primero, hemos admitido que se pretende proteger a las víctimas de determinados delitos, garantizando su seguridad y tranquilidad frente a la acción de determinadas personas, lo cual se vería comprometido mediante la mera realización de llamadas telefónicas, aunque la persona destinataria de las mismas no las atendiera. La perturbación de su tranquilidad y la amenaza a su seguridad es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que, en función de los hechos que se le atribuyen, se le ha impuesto una prohibición de comunicación.

Respecto del segundo aspecto, como el propio artículo ya prevé, la prohibición de establecer contacto se refiere a cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Cualquier terminal móvil, e incluso la mayoría de los de línea fija, refleja en su pantalla el número desde el que se hace la llamada, y, en caso de que no sea atendida, aparece en el registro del teléfono como llamada perdida, constando la hora y el número de procedencia. En realidad, esta es una forma de contacto escrito equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que ésta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación.

No puede descartarse que se presentan supuestos en los que, bien por cancelación de la línea, o por otras razones, resultaría imposible que la persona protegida pudiera conocer la existencia de la llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. La cuestión se podría trasladar entonces al examen de

la tentativa, y en algunos casos imaginables a la tentativa relativamente inidónea, cuya relevancia penal ha admitido esta Sala. Pero es una cuestión que no es necesario abordar aquí en detalle, dados los hechos que se han declarado probados.

Ha de concluirse por lo dicho que, en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atienda, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Segundo.- En el segundo motivo se queja de la individualización de la pena haciendo referencia a la falta de motivación de la imposición del máximo legal.

1. Ya hemos recordado más arriba que este recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales queda limitado a la infracción de ley. La falta de motivación puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, pero no a la interpretación y aplicación de preceptos penales sustantivos. La queja, pues, estaría fuera de los límites del recurso.

2. En cuanto a la infracción de los preceptos que regulan la individualización de la pena, el artículo 468 prevé una pena comprendida entre seis meses y un año. Tratándose de un delito continuado debe imponerse en la mitad superior, es decir, de 9 meses a un año. Y concurriendo una agravante, la reincidencia, nuevamente en la mitad superior, es decir, entre 10 meses y 15 días y un año. La pena de un año que se impone, teniendo en cuenta precisamente esos dos aspectos, está dentro de los límites legales y, por lo tanto, no se aprecia infracción legal alguna.

En cualquier caso, no se aprecia tampoco falta de motivación, pues a las razones contenidas en la sentencia de instancia, el Tribunal de apelación añade la persistencia del recurrente en una conducta de incumplimiento de las prohibiciones de comunicación y aproximación con su expareja.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Teodulfo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2ª, de fecha 8 de

marzo de 2.018, en causa seguida por delito continuado de quebrantamiento de condena. 2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interresando acuse de recibo. Notifíquese esta resolución

a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *Manuel Marchena Gómez*. — *Julián Sánchez Melgar*. — *Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*. — *Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre*. — *Antonio del Moral García*. — *Ana María Ferrer García*. — *Pablo Llarena Conde*.

# El quebrantamiento de condena en el derecho español

Franco Arrieta Cano <sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Hechos del caso.— II. Agravios del recurrente.— III. Puntos centrales de la decisión del Tribunal Superior.— IV. Análisis de fondo del fallo.— V. Medida Cautelar del art. 48, inc. 3º del CPE.— VI. Estructura típica del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 inc. 2º del CPE).— VII. El valor probatorio de “llamadas perdidas” como prueba dirimente.— VIII. Palabras Finales.

## I. Hechos del caso

En el caso analizado, el ciudadano Teodulfo tenía prohibido acercarse a menos de 500 metros de su expareja Elvira, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella, así como comunicarse con ella por cualquier medio en virtud de Sentencia dictada el 9 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de DIRECCIÓN000 en el seno del procedimiento Juicio Rápido 21/2016. Sin embargo, Teódulo, estando vigente la prohibición —*que cesaba el 17 de enero de 2018*— el 31 de mayo de 2017 a las 12:28 horas llamó por teléfono desde el n.º NUM000 al de su expareja Elvira, con n.º NUM001.

Por otra parte, también estando vigente la prohibición, en la mañana del 7 de junio de 2017 acudió al Juzgado n.º 5 de DIRECCIÓN000 sin estar citado a ningún efecto, a sabiendas de que Elvira iba a acudir junto al hijo menor que tienen en común puesto que este iba a ser explorado en el seno de las Diligencias Previas

777/2016 del mencionado Juzgado puesto que había llamado al Juzgado esa mañana y había sido informado de este extremo por la funcionaria Apolonia. Una vez en el Juzgado y al encontrarse con Elvira, el acusado no obstante no solo no se marchó, sino que se mantuvo allí a una distancia inferior a 500 metros.

Con fecha 20/12/2019 el Tribunal Supremo Sala de lo Penal de Madrid resolvió en el marco de la causa 1369/2018 desestimar un recurso de casación presentado contra una sentencia condenatoria que condenaba a D. Teodulfo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de quebrantamiento de condena, con la agravante de reincidencia, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por resultar autor responsable del delito de desobediencia a una orden emitida por autoridad competente.

## II. Agravios del recurrente

En primer lugar, la defensa técnica del encartado refiere como agravio en el recurso de casación

(\*) Abogado (Universidad John Fitzgerald Kennedy) empleado del juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 56.

presentado que no se dieron los elementos típicos como para tener por configurada la conducta por la que se condenó a Teodulfo, dado que el hecho carecía de relevancia penal; además, como segunda crítica, la defensa postuló que en el caso no se había analizado la posibilidad de que haya existido una conducta en grado de conato.

### **III. Puntos centrales de la decisión del Tribunal Superior**

Liminarmente, y respecto al primer agravio, el Tribunal Superior realizó un detenido análisis de la conducta dentro de la reconocida y practicada teoría del delito.

Según el Tribunal mentado: “[L]a concreción de la conducta puesta en análisis supone, el incumplimiento de determinadas resoluciones recaídas en el ámbito de la jurisdicción penal. Recordemos que el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar se encuentra previsto en el art. 468 Cód. Penal español, específicamente se encuentra dentro del Título XX del Libro II del CP, bajo la rúbrica ‘Delitos contra la Administración de Justicia’.”

Asimismo, precisó que, como tipo objetivo: “[D]ebe existir una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de esta. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone. Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple. (STS nº 619/2018, de 21 de diciembre)”.

Por otra parte, añadió: “[L]a jurisprudencia española ha admitido la posibilidad de la tentativa ( esto con cita de fallo STS 294/2012, de 26 de abril), con carácter general y sin perjuicio del examen de los distintos supuestos posibles, especialmente en consideración a la clase de pena o medida que se incumple o se quebranta”.

Consignó: “[L]a jurisprudencia y la doctrina han reconocido un doble bien jurídico protegido, en consideración a las penas o medidas cau-

telares impuestas en relación con determinados delitos (arts. 57.2 y 173.2, Cód. Penal), de forma que no solo se entiende que estas conductas afectan a la Administración de Justicia, sino que también lo hacen a la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas o las penas previstas en el art. 48, Cód. Penal”.

Por último y sobre la figura penal puesta en crisis, el Tribunal señaló: “[E]l incumplimiento de la orden emanada de un órgano jurisdiccional, contenida en una sentencia o en otra resolución firme, como una conducta seriamente atentatoria al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, específicamente en relación con la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones de Jueces y Tribunales prevista en el art. 118 de la Constitución Española, referida ahora al ámbito penal, sino que también ha de valorarse que el quebrantamiento de la medida o de la pena supone un ataque a la seguridad y a la tranquilidad de la persona a la que se pretende proteger con la resolución en la que se acuerda la medida o se impone la pena”.

Además, el Tribunal Colegiado sostuvo: “[C]uando la pena consiste en prohibición de comunicación, ha de tenerse en cuenta que el propio Código dispone en su art. 48.3 que impide al penado establecer, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal”.

Por otro lado, respecto a la segunda cuestión traída a consideración por la Defensa, el Tribunal adujo lo siguiente: “Ha de concluirse por lo dicho que, en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atienda, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado”.

### **IV. Análisis de fondo del fallo**

En lo que atañe a la resolución, podríamos focalizar en varios aspectos, pues, en definitiva, esta no solo examina la cuestión sustancialmente jurídica, sino que considera sumamente

relevante el suceso en sí mismo, pero no desde una crítica a ello, sino que centra su análisis en cómo la situación que acaeció afecta realmente el tipo penal en el que se calificó la conducta por la cual correspondió, la condena del encausado.

En primer lugar, repárese que aquí se impúto oportunamente que Teodulfo desobedeció una manda judicial que le prohibía todo tipo de acercamiento con la damnificada del asunto objeto de investigación, lo que se traduce en el concepto que el Código Penal español asume con el nombre de: “[Q]uebrantamiento de condena” (art. 468 del CPE), que dado los complementos facticos que el Tribunal fijó, y que por lo visto la defensa no cuestionó, son idénticos a los descriptos por los magistrados españoles.

Ello, consecuentemente, nos remite a dividir el análisis del caso —*aunque sea a primera vista— en dos situaciones que deben —o así creemos— verse desde un enfoque jurídico, ya que no solo tenemos el tipo penal en sí, que sería la desobediencia a la orden emanada por autoridad competente, sino también la existencia de una medida cautelar que predisponía una suerte de protección personal sobre la víctima, a fin de resguardar su integridad física y psicológica.*

Otro tema que nos demandará una puntuación importante es resolver el siguiente interrogante: *¿Se puede llegar a una condena de este tipo, con tan solo unas capturas de pantalla como prueba dirimente?*

*Para comenzar, debemos decir que el delito de quebrantamiento de condena, o en el caso de medida cautelar, se encuentra prescripto en el art. 468 del CPE, donde particularmente el legislador regula la siguiente conducta: “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.”*

#### **V. Medida Cautelar del art. 48, inc. 3º del CPE**

El art. 48 del CPE indica en su apartado 3º, el hecho de que pueda aplicarse “*La prohibición de comunicarse con la víctima*, o con aquellos

de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, *impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual* (la bastardilla me pertenece).

Sobre este tipo de medidas cautelares, que el propio código de fondo delimita, la doctrina española tiene dicho lo siguiente: “*Esta sanción supone un alejamiento de la víctima o de otras personas de su entorno que tiene diferentes manifestaciones: en primer lugar, impide la aproximación o acercamiento físico a la víctima u otras personas de su entorno, en cualquier lugar donde se encuentren, lo que incluye, específicamente, acercarse a su domicilio, lugares de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ellos. En segundo lugar, impedirá establecer con la víctima o personas de su entorno contacto por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como contacto escrito, verbal o visual. En tercer lugar, cuando se compartan hijos con la persona respecto de la cual hay prohibición de aproximación, implicará dejar en suspenso durante todo el cumplimiento de la pena el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, estuvieran reconocidos por una sentencia civil. La imposición de esta sanción no supone que hayan de adoptarse en el caso concreto todas las prohibiciones en ella previstas, pudiendo referirse solo a alguna o algunas de las manifestaciones que se acaban de exponer*

**(1).**

En tanto, podemos observar detenidamente que esta medida tiene de por si una estructura protecciónista, más aún, cuando el hecho que se investiga de fondo se relaciona a un tema vinculado a violencia doméstica, lo cual la presenta como una medida accesoria a la pena principal, que de por sí, genera un fundamento central de cara a imponerla.

Si atendemos en lo particular el caso, hemos advertido que Teodulfo fue condenado previo al marco factico que derivó en este análisis; siendo en esa sentencia donde se impuso la medida aludida en el art. 48, inc. 3º del CPE —*de aplicar*

(1) SAGGESE BACIGALUPO, Silvina, et al., “Manual de introducción al Derecho Penal”, Lascuráin Sánchez, Juan A Coordinador, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 204.

cación optativa a la condena—, que se aplica en casos donde los magistrados considerando la peligrosidad que pueda devenir en el futuro por la repetición de esta conducta y en pos del cuidado de la integridad psicofísica de la víctima, se inclinan por emanarla.

Ahora bien, la norma es clara, dado que no se admite posibilidad de contradicción en su propio texto, y lo que me lleva a traer a colación lo dicho por nuestra CSJN en relación con que: “[C]uando la letra de una norma es clara no cabe apartarse de su texto (2), de modo que si su interpretación no exige esfuerzo, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (3)”.

Por lo tanto, focalicemos en que esta medida cautelar es accesoria a la sentencia que trató el fondo de la cuestión, hecho que por supuesto no le quita su pertinencia en razón al caso.

Tanto en la legislación española como la argentina, la medida cautelar se posiciona en una estructura en líneas generales similar, la que se divide en dos puntos centrales: el *Fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; cuya traducción al castellano sería “apariencia del buen derecho” y “peligro en la demora” respectivamente.

Respecto del término de apariencia de buen derecho, símil a lo que en la Argentina sería verosimilitud en el derecho, tiene como eje de su interpretación tener presente el fondo del asunto en el que se basa el solicitante o en este caso el magistrado que la aplica.

En rigor de verdad, a lo que se refiere este tópico es a que debe verificarse que dentro de los argumentos expuestos exista presunción suficiente de que lo que el solicitante manifiesta pueda ocurrir, es decir que sea nítida y muy probable, y en el caso, sin establecer un juicio de culpabilidad, dada las características del evento, se pueda ver amenazada la integridad física sobre la persona de la víctima.

---

(2) Fallos: 327:5614; 330:2286.

(3) Fallos: 311:1042.

Por lo cual, queda claro que el magistrado que optó por utilizar esta medida cautelar, dada la naturaleza del hecho de fondo, entendió correcto aplicarla en el caso aquí analizado, como resguardo ante posibles futuros daños que pudieran producirse a la víctima, por parte del imputado Teódulfo.

Por otra parte, tenemos que considerar el peligro en la demora. Este apartado tiene una sola interpretación que deviene principalmente en razón al tiempo. Ello es así, toda vez que, en caso de no aplicar esta medida en forma inmediata, se vería aún más amenazada la integridad de la víctima. Otra vez, esta medida o herramienta procesal protectora se basa centralmente en los hechos de fondo como pilar fundamental para argumentar su correcta aplicación, ya que si no existieran estos motivos que dan origen a su utilización, perdería toda razón aplicarla.

En este sentido, se ha dicho: “Esta perspectiva —naturaleza de la medida— puede ser fértil en consecuencias a los efectos de analizar este supuesto concreto. El art. 48.1, Cód. Penal, diseña y describe una pena. Es normalmente una pena accesoria impropia, aunque en alguna ocasión el Código la prevé como pena principal conjunta facultativa (art. 558, Cód. Penal). En todo caso, es una pena; es decir, la consecuencia sancionadora anudada a la comisión de un delito”. En ella pueden estar presentes con una u otra riqueza o intensidad, más o menos realzados, distintos fines, considerados en abstracto, de las penas. No es una medida de seguridad que haya de apoyarse ineludiblemente en la peligrosidad y deba tener como único objetivo concretar, menguar o diluir la peligrosidad. No. Es una pena y eso supone que puede abrazar otras finalidades. Como toda pena tiene un contenido afflictivo que no puede pasar desapercibido ni quedar totalmente eclipsado por otros objetivos detectables en este tipo de penas. Las penas constituyen siempre una privación de derechos. Esta pena también. Impedirá a los penados utilizar un medio público de transporte durante un periodo de tiempo: eso tiene una indudable carga afflictiva (muy probablemente notoriamente inferior a la que tendría una pena de prisión de hasta once meses y veintinueve días que podría haber sido impuesta conforme a las disposiciones del Código Penal). Las penas previstas en el Código Penal no siempre encierran junto a

ese contenido afectivo otros deseables componentes ligados a fines rehabilitadores o de prevención especial, entre otros. Es predecible esa pobreza de objetivos significativamente de las penas pecuniarias. O de muchas de las penas accesorias. También sucede con las penas privativas de libertad, aunque en ellas concurren, según los casos, fines de prevención especial a través del confinamiento en un centro cerrado y una dimensión rehabilitadora, al menos como *desideratum constitucional* (art. 25, CPE) (4).

## VI. Estructura típica del delito de quebrantamiento de condena (art. 468, inc. 2º del CPE)

Ahora bien, luego de haber dado cuenta menos un somero análisis de lo que sería la aplicación de las herramientas previstas en el art. 48 del CPE, circunstancia que se advirtió en el caso, debemos proseguir con lo que sería la estructura típica de la figura penal escogida, es decir el “quebrantamiento de condena” del art. 468 del CPE.

Vemos que Teoldulfo, *a priori*, desobedeció la manda que le prohibía todo tipo de comunicación contra su expareja, al menos en dos oportunidades. Este tipo penal, 468, inc. 2º del CPE, tiene sus características propias que al analizarlas jurídicamente podremos entender por qué se aplicó dicha calificación al caso en estudio.

Al respecto se tiene dicho que esta figura: “[R]equiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de esta. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone”(5).

(4) Causa 387/2017 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid “Antonio del Moral García s/ recurso de casación”, rta. 12/03/2018, sentencia número 112/2018.

(5) Causa 2902/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, “Miguel Colmenero Menéndez de Luarca s/ recurso de casación”, rta. 30/12/2020, sentencia número 567/2020.

Por lo cual, dentro de lo que sería el fallo en cuestión se observan los elementos sustanciales del tipo penal mencionado. En primer lugar, tanto Teodulfo como su Defensa habían sido notificados de la prohibición de comunicación, lo cual deja a la luz la existencia de una medida previa que le imponía la prohibición de una conducta particular.

Por otro lado, dicha resolución le prohibía a Teodulfo comunicarse con Elvira por vía telefónica, cuestión que así intentó el nombrado, como también de forma personal, suceso que ocurrió cuando Teodulfo a sabiendas de que su expareja se presentaría en el Juzgado concurrió a fin de tomar contacto con esta.

Además, también la jurisprudencia explica que estamos frente a una figura dolosa. En consecuencia, se tiene dicho: “[P]ara apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del art. 468.2 Cód. Penal, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada”(6).

Por lo cual, esta circunstancia de que el imputado conozca la existencia de la medida, resulta fundamental, para que a la postre, se demuestre su intención de irrumpir esta y así acreditar el dolo que la figura exige.

Por otra parte, la figura según la jurisprudencia española admite tentativa, pero en este caso, el hecho se dio por consumado y al respecto en un caso similar en cuanto al despliegue y maniobra realizada se dijo que: “En primer lugar, en relación con la cuestión examinada, resulta insatisfactorio poner en manos de la víctima, dejándolo a su voluntad cuando no existe coacción alguna, la consumación del delito. Si la persona protegida observa una llamada en su

(6) Causa 504/2017, Tribunal Superior, Sala de lo Penal, Madrid “Ana María Ferrer García s/ recurso de casación”, rta 16/12/2018, sentencia número 664/2018.

terminal proveniente de la persona afectada por la prohibición de comunicación, la reducción de la pena, al menos en un grado, quedaría a su libre decisión, dependiendo solo de que aceptara o no la llamada. En segundo lugar, en la interpretación del precepto no puede prescindirse de la finalidad de este ni del actual estado de la técnica. En cuanto a lo primero, hemos admitido que se pretende proteger a las víctimas de determinados delitos, garantizando su seguridad y tranquilidad frente a la acción de determinadas personas, lo cual se vería comprometido mediante la mera realización de llamadas telefónicas, aunque la persona destinataria de estas no las atendiera. La perturbación de su tranquilidad y la amenaza a su seguridad es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que, en función de los hechos que se le atribuyen, se le ha impuesto una prohibición de comunicación. Respecto del segundo aspecto, como el propio artículo ya prevé, la prohibición de establecer contacto se refiere a cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Cualquier terminal móvil, e incluso la mayoría de los de línea fija, refleja en su pantalla el número desde el que se hace la llamada, y, en caso de que no sea atendida, aparece en el registro del teléfono como llamada perdida, constando la hora y el número de procedencia. En realidad, esta es una forma de contacto escrito equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que esta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación”(7).

Este último fallo citado, analiza el fondo de una manera muy precisa y despeja dudas acerca de interpretar el caso en grado de tentativa. En

(7) Causa 1128/2019, Tribunal Superior, Sala de lo penal, Madrid “Andrés Palomo del Arco s/ recurso de casación”, rta. 26/01/2021, sentencia número 80/2021.

definitiva, el Tribunal Superior Español resalta en principio la naturaleza de la medida, explicando que su argumento central se sustenta en resguardar, como hemos repetido en varias oportunidades en este trabajo, la integridad física de la víctima, agregando otro factor como lo es la no perturbación de su tranquilidad.

Por lo cual, el Tribunal Superior Español, enfatiza en revisar en estos casos la esencia de la medida que previamente fuera impuesta. Es que, allí encuentra la respuesta sobre este punto central del fallo, lo que podríamos subrayar como el “holding” de este pronunciamiento, en tanto da respuesta a considerar si se ha consumado o no el acto que se le intimó al acusado.

Hay que reparar, en que aplicar esta herramienta jurídica —*medida de prohibición de todo tipo de contacto— persigue un fin determinado; limitar la conducta del imputado, con el objeto de resguardar la paz y seguridad de quien ya fuera víctima de este*, ante posibles o hipotéticos futuros casos que puedan derivarse o continuarse post sentencia condenatoria.

Entonces, allí, en ese análisis sobre el marco factico y su desarrollo en *iter criminis*, se determinará ese aspecto, que como vimos, se tuvo por concretado en este caso.

En este sentido, destaca el hecho de que independientemente de que atienda o no la llamada la víctima, lo sustancial es que al observar en su listado de llamadas la existencia de un intento de comunicarse con esta por parte de la persona imputada, de quien sabe que tiene una prohibición de comunicación con su persona, revela de por sí, teniendo en cuenta los elementos del tipo penal, la consumación de la conducta, habida cuenta que ello resulta ser una circunstancia suficiente como para ver perturbado esa tranquilidad espiritual que busca proteger esta prohibición de comunicación. Circunstancia que se advirtió en el caso y es por dicha razón por la que quedó el hecho consumado.

## **VII. El valor probatorio de “llamadas perdidas” como prueba dirimente**

El último aspecto para revisar resulta ser el relacionado a lo que sería la valoración de la prueba, directamente en razón a que solo se aportó

en el caso, y así como lo comulga el fallo directriz que inculcamos en nuestro análisis, capturas de pantalla o medio símil que pruebe el llamado del acusado.

En cuanto a ello, el sistema penal español tiene como norte la libre valoración de la prueba, es decir, las partes pueden aportar o incorporar al expediente distintos elementos probatorios, lo cuales, al fin y al cabo, van a ser examinados en función de su admisibilidad y pertinencia en la medida en la que no propugnen alguna colisión con derechos fundamentales (8).

Por ello, al respecto hay un pronunciamiento del Tribunal Superior de Madrid que fija un criterio determinado que aún hoy persiste, en torno a este aspecto, que vale tener muy presente, cuando manifiesta: "... La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido" (9).

Por lo cual, el Tribunal Superior, ha marcado una línea de valoración a tal caso. Es decir, no debe tenerse dicha prueba como algo sustancialmente irrefutable, sino que hay que tener cautela con este tipo de cuestiones. Por ello, se estiman dos factores de análisis que agudizan su importancia en esa exegesis probatoria del hecho, por lo cual una es el origen de la comunicación y la otra, es la integridad de su contenido.

(8) Art. 741 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

(9) Causa 2387/2014, Tribunal Superior, Sala de lo penal, Madrid "Manuel Marchena Gómez s/ recurso de casación", rta. 19/05/2015, sentencia número 300/2015.

Independientemente de que las partes cuestionen la validez de la prueba, y ello pueda derivar en pericias digitales que establezcan si dicho aporte ha sido modificado o editado, lo cierto es que cuando ello no se plantea, todo quedará en manos del Juzgador, quien deberá afrontar un análisis en torno a que peso o incidencia tiene ese aporte en relación con los hechos materia de juzgamiento.

Además, esto genera una posición sólida respecto de que deberá observarse detenidamente que argumentos se esbozan en función de impugnar esa prueba. Ello, dado que deberá ser nítidamente visible la identidad de los intervinientes o mejor dicho remitente y destinatario de esa llamada, quien serían protagonistas de esa prueba digital. En el caso, sería sencillo probar, con tan solo oficiar a las empresas telefónicas y saber de quién y cuándo impactó un llamado en determinada línea, por lo tanto, ello sería fundamental a los efectos de comprobar esa identidad, en este caso analizado.

Por otro lado, la integridad del contenido pone en marcha la verificación de cuáles son los extremos que esos contenidos ilustran. También sería sencillo comprobar eso en este caso, pues como se dijo al momento de emprender un análisis en función de si el acto es consumado o en grado de conato, que con tan solo tener verificado que ingresó una llamada en la línea telefónica de la damnificada, es suficiente como para dar sustento a una investigación en relación con el quebrantamiento de medida cautelar, que le prohibía todo tipo de comunicación a Toedulfo con Elvira —*su ex pajera y víctima de los sucesos aquí ventilados*—.

### VIII. Palabras finales

Hemos realizado un análisis del fondo del asunto, donde se ha observado detenidamente la estructura típica de la figura, "quebrantamiento de condena", prevista en el art. 468, inc. 2º del CPE, la cual tipifica aquellas conductas que desobedecen mandas judiciales que en lo que respecta al caso, son aplicadas con el objeto de proteger la integridad física y la tranquilidad espiritual de estas.

Teodulfo, quien fuera acusado en el fallo dispara dor, quebrantó la medida en dos oportunidades.

Una de ellas, fue cuando intentó comunicarse con Elvira —*damnificada*—, mediante *conducto telefónico, hecho en el cual esta última no atendió*.

*En una segunda oportunidad, y a sabiendas de que su expareja concurría al Juzgado que lo había condenado anteriormente, se acercó e intentó tomar contacto con ella, por lo cual se emprendió una nueva desobediencia a la prohibición que sobre él pesaba.*

A partir de estas dos conductas, fue condenado por el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar que le prohibía acercarse a su pareja, como así también comunicarse con ella.

Esta medida, del tipo accesoria que prevé la legislación penal española tiene como génesis la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Circunstancia que el Juez interviniente tuvo en cuenta al momento de dictar esta medida y la cual le fue puesta en conocimiento al imputado, previo a realizar esta conducta, y la que además estaba vigente al momento de ocurrir el suceso.

Así todo, algo central que analiza el fallo es el modo en el que se consuma el hecho. La defensa optó por criticar en lo relevante, la forma en la que se dispuso una condena en contra de su asistido cuando solo existía una llamada perdida. Es decir, puntualizó solo en este hecho.

El Tribunal Superior de España, no escapó a este agravio, y analizó esa circunstancia en razón al espíritu y el origen de la medida. En precisión, puso en consideración que al solo efecto de que la víctima, con conocimiento de esta prohibición de contacto con el imputado, observe dentro de su listado de llamadas una alerta de intento de comunicación con ella por parte de quien lo tiene prohibido, es suficiente como para tener por consumada la conducta y que ello sumado a la exhibición de los demás elementos del tipo penal resultan suficientes como para confirmar una condena en contra de quien resulte condenado.

Por último, y algo no menor, vale recordar el hecho de que la prueba digital, en este caso la acreditación de llamadas perdidas, puedan ser una prueba dirimente en el hecho. En este sentido, es indispensable observar el criterio que mantenido el TSE respecto de que debe verificarse el origen de la comunicación y la integridad de su contenido, ello independientemente de la valoración de la pertinencia y admisibilidad de esa prueba.

Es así, que al iniciar un breve análisis relacionado a ello, hemos observado que más allá de que nos e introdujeron serios argumentos en descalificar ese aporte probatorio que fuera fundamental como para probar uno de los hechos materia de juzgamiento, lo cierto es que al análisis esos dos aspectos, queda evidentemente claro que Teodulfo a raíz de su conducta, infringió esa prohibición y la condena que le fuera impuesta estaría dentro de una racional y lógica valoración de la prueba aportada en juicio.

# CRIMINOLOGÍA

---



# ¿El punitivismo es la solución?: un análisis sobre agresores sexuales

Lucrecia Garyulo (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Preconcepto social del agresor sexual.— III. Situación argentina.— IV. ¿Qué hicieron otros países contra la agresión sexual?— V. Propuestas a futuro.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

## I. Introducción

Hace cerca de una década que el movimiento feminista —cuya trayectoria es bastante extensa (1)— se viene masificando y expandiendo por Occidente a ritmo acelerado. Sus reclamos, que durante tanto tiempo habían sido silenciados, hoy irrumpen y atraviesan lo previamente establecido. Las redes sociales han cumplido en esto un rol fundamental, ya que permitieron la llegada a un público más amplio.

En particular, luego del movimiento virtual de alcance mundial identificado como #MeToo (2) (octubre 2017) se han comenzado a visibilizar situaciones de violencia sexual. Esto inició a raíz de las acusaciones formuladas contra el productor de cine y ejecutivo estadounidense Harvey Weinstein, y continuó con una infinidad de mujeres relatando sus propias experiencias a través de las redes.

(\*) Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumna de la materia Derechos Humanos y Garantías (UBA).

(1) Diversos autores sitúan sus comienzos en el inicio del siglo XVIII, aunque en 1670 aparece el primer escrito donde se teoriza respecto a los derechos de las mujeres y los prejuicios culturales que obstruían su acceso a la educación, la política y la ciencia ("Sobre la igualdad de los sexos", de Poulain de la Barre). Al respecto consultar: Instituto Aragonés de la Mujer (2016), "Feminismos. Tres siglos de lucha por la igualdad". Recuperado de [https://www.aragon.es/documents/20127/674325/feminismos\\_igualdad\\_curso.pdf/35542faa-08b0-355d-881c-17ee21e5894f](https://www.aragon.es/documents/20127/674325/feminismos_igualdad_curso.pdf/35542faa-08b0-355d-881c-17ee21e5894f).

(2) En los países de habla hispana se replicó a través del hashtag: "#Yotecreo.

El principal logro de la campaña desde una perspectiva legal es, en palabras de Tatjana Hörnle: "[Y]a no es necesario explicar por qué la libertad sexual negativa (el derecho a negarse a tener relaciones sexuales y a estar protegido contra actos sexuales no deseados) es un interés importante, y por qué debería ser protegida a través de un control social informal y del derecho penal" (3). Se ha aceptado que la mujer es dueña de su propio cuerpo, capaz de decidir qué hace con él —y, a lo que nos importa a los efectos, que *no* hace—, y que toda persona que se lo impida será pasible de ser sancionada.

Su impacto no acaba allí, sino que sobrevive y se materializa de distintas maneras en el sistema penal. En la práctica argentina vemos frecuentemente manifestaciones en las puertas de los juzgados mientras se está enjuiciando a un acusado de abuso sexual o violación; se exigen medidas cautelares más severas; y se oye en los medios y en las redes un masivo reclamo que pide aumentar las penas para estos delitos, prohibir que se les otorguen determinados beneficios o que puedan acceder a ciertos programas dentro de las prisiones, y un largo etcétera (4).

(3) Hörnle, T., traducida por Szenkman, A. (2019), "#METOO ¿Implicancias para el Derecho Penal?", en Letra Derecho Penal, 9, 144-167. Recuperado de [https://d9025994-995c-4520-993b-e78b54b81027.filesusr.com/ugd/9db90b\\_c6676e9f51954ce4891f4819daa183ac.pdf](https://d9025994-995c-4520-993b-e78b54b81027.filesusr.com/ugd/9db90b_c6676e9f51954ce4891f4819daa183ac.pdf).

(4) Como algunos ejemplos, nos remitimos a <https://www.france24.com/es/20190104-argentina-piden-justicia-violacion-grupal>, <https://www.ambito.com/informacion-general/niunamenos/miles-mujeres-marcharon-repudio-al-fallo-el-femicidio-lucia-perez-n5003405>.

Actualmente nos encontramos buscando una solución en el sistema punitivo a un flagelo de raíz social y cultural. Y de este modo, lamentablemente, no hacemos más que intentar tapar el sol con la mano. Tal como sostiene Garland, “el sentimiento que atraviesa la política criminal es ahora con más frecuencia un enojo colectivo y una exigencia moral de retribución, en lugar del compromiso por buscar una solución justa de carácter social”(5). Nos estamos conformando con el castigo en sí mismo en lugar de buscar respuestas más óptimas para este problema.

Con esto no queremos decir que no debe celebrarse la visibilización de las violencias que sufrimos históricamente las mujeres, ni tampoco que debemos volver a los tiempos en los que reinaba el silencio, la culpa y la impunidad. Lo que pretendemos señalar es que se debe tener en cuenta que cuando se trata de legislar en materia penal —y de aplicar esas leyes en la práctica— no podemos seguir los pedidos de la mayoría sin mayor detenimiento.

Corresponde, ante todo, recordar que nuestro propio sistema nos impone límites: la Constitución Nacional, los instrumentos de derechos humanos a los cuales les otorgamos igual jerarquía, normas de ius cogens internacional, y demás normativas al respecto.

La tarea es compleja. Debemos, por un lado, receptar los cambios sociales y legislar con perspectiva de género, pero con la precaución de no caer en el punitivismo vengativo que nos comprometimos a no adoptar. El equilibrio no es obvio ni sencillo, pero lo intentaremos delinear en las siguientes páginas.

## II. Preconcepto social del agresor sexual

Bien es sabido: “[L]a selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social”(6), y no es muy distinto lo que ocurre respecto a los delincuentes sexuales.

---

(5) GARLAND, D. (2005), “La cultura del control”, Gedisa, Barcelona, 1<sup>a</sup> ed.

(6) ZAFFARONI, E. R. (2020), “Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal”, Editores del Sur, Buenos Aires.

En particular, se suele imaginar al agresor sexual como un personaje enfermo, en un intento de diferenciarlo del resto de la sociedad. Esta idea impacta desde luego en la práctica legislativa, siendo el siguiente comentario ilustrador de esta práctica: varios Estados siguen aplicando las llamadas “Sexually Violent Predators Laws”, cuya traducción literal es: “Leyes de depredadores sexualmente violentos” (7).

Esto, que puede parecer menor, tiene muchas implicancias al momento de abordar el asunto. La principal de ellas es que nos desliga como sociedad de asumir que un violador es “uno más de nosotros”. Como expresa Diana Scully, “el modelo psicopatológico o médico legal de la violación prescinde de la necesidad de indagar o modificar los elementos de una sociedad que pueden precipitar la violencia sexual contra las mujeres” (8). En otras palabras, patologizamos a quien transgrede la norma en lugar de preguntarnos qué lo ha llevado a transgredirla.

Esta concepción del otro como un enemigo conlleva, además, un conflicto con los principios básicos del Estado de derecho: “[E]n la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos [...]” (9).

De igual modo aparece arraigada la concepción de que un agresor sexual no se resocializa y que, por ende, una vez liberado volverá a reincidir. Sin embargo, esta idea no encuentra mayor sustento científico. A continuación, se adjuntan

---

(7) Resulta curioso que no se hable de delincuentes violentos sino de depredadores, palabra que normalmente se utiliza para hacer referencia al reino animal. Si tomamos en cuenta que lo que primeramente distingue al ser humano de un animal es la capacidad de razonar, aparece que un violador no razona, sino que responde a instintos. Consecuentemente cabría preguntarnos si podemos aceptar que se entienda que, a algunas personas, violar les resulte instintivo.

(8) SCULLY, D. (1994), “Understanding Sexual Violence. A Study of Convicted Rapists” (1994.a ed.), Routledge, Nueva York - Londres.

(9) ZAFFARONI, E. R. (2006), “El enemigo en el Derecho Penal”. Recuperado 18 de mayo de 2020, de <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc.public.Zaffa03.pdf>.

algunas de las tantas investigaciones existentes al respecto.

En 2005, Hanson y Morton-Bourgon revisaron 82 estudios que abarcaban una muestra total de 29.450 agresores sexuales. El periodo medio de seguimiento era de cinco años. Al final de este, la tasa de reincidencia sexual era del 13.7% (10).

En 2007, Redondo, Pérez y Martínez señalan: “[L]a investigación internacional sobre la reincidencia en delitos contra la integridad sexual estima que un 20% de agresores sexuales volverán a delinquir —mientras que el promedio general de reincidencia de toda la gama delictiva es del 50%”(11).

En 2012, Janka y su equipo examinaron 682 agresores sexuales condenados entre el año 1994 y 1999 en Alemania. Desde el momento de su libertad se realizó un período de seguimiento de 5 años. Los resultados mostraron una tasa de reincidencia sexual del 13% (12).

Por último, pero no menos importante, en 2013 Helmus, Hanson, Babchishin y Mann realizaron un metaanálisis sobre el asunto. Se basaron en 46 estudios con períodos de seguimiento que llegaban hasta los diez años y que incluían un total de 13.782 agresores. Encontraron una tasa de reincidencia sexual del 9.2% (13).

(10) HANSON, R. K. - MORTON-BOURGON, K. E. (2005), “The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta-Analysis of Recidivism Studies”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73[6], 1154-1163. <https://doi.org/10.1037/0022-006x.73.6.1154>.

(11) REDONDO ILLESCAS, S. - Pérez, M. - Martínez, M. (2007b), “El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el svr-20”, *Papeles del Psicólogo*, 28, 187-195. Recuperado de <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1502.pdf>.

(12) JANKA, C. - GALLASCH-NEMITZ, F. - BIEDERMANN, J. - Dahle, K.-P. (2012), “The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age groups”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 35[3], 159-164, <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2012.02.002>.

(13) HELMUS, L. - HANSON, R. K. - Babchishin, K. M. - Mann, R. E. (2012), “Attitudes Supportive of Sexual Offending Predict Recidivism”, *Trauma, Violence, & Abuse*, 14[1], 34-53, <https://doi.org/10.1177/1524838012462244>.

Los estudios mencionados *supra* dejan ver que el porcentaje de reincidencia real es mucho menor al que persiste en el imaginario social. Abandonando aquellas ideas y aferrándonos a la evidencia podremos pensar más eficazmente qué medidas conviene tomar al respecto.

### III. Situación argentina

Como dice la famosa frase: “[E]s necesario saber de dónde partimos para saber a dónde vamos”. A los efectos de este trabajo podríamos decir: es necesario saber cuál es nuestra situación actual —cómo nos afecta esta problemática en la realidad—, antes de poder decidir qué políticas resultan más convenientes. Siguiendo esta idea, daremos un “pantallazo” del contexto actual argentino en materia de delitos sexuales.

El Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), fuente de estadística penitenciaria oficial del país, muestra la evolución y las características de la población privada de libertad en unidades penitenciarias. Algunos porcentajes que se extraen del último informe publicado (2018) nos señalan que un 46% de la población carcelaria no cuenta con condena firme; que un 18% de los condenados son reincidientes y un 8% reiterantes; y que solo alrededor del 12% están condenados por los delitos de violación o abuso sexual (14).

Por otro lado, la estructura normativa que rige en materia penal en general y penal sexual en particular es vasta y compleja. Dentro del orden interno, la Constitución Nacional fija a través del art. 18 los límites y garantías en materia penal (15). Contamos, además, con una Ley

(14) “Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Informe anual República Argentina” (2018). Recuperado de [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe\\_sneep\\_argentina\\_2018.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2018.pdf). Cabe resaltar que Argentina no cuenta con una fuente de cifras oficiales acerca de la reincidencia en cada delito o tipo de delito en particular, lo cual podría aportar más certeza al debate.

(15) Art. 18, CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa

de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660) que, junto con sus modificaciones, establece las pautas, principios y limitaciones para la ejecución penal. En su art. 1º dispone que la pena busca procurar los medios para que el condenado pueda reinsertarse en la sociedad luego de cumplirla, y prevé la aplicación de “todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

Esta ley se complementa con una norma vedosa, promulgada en el año 2017, que se suele denominar como “Ley de Víctimas” (27.372). La misma modifica algunos artículos de la ley 24.660, con la intención fundamental de salvaguardar y devolver “protagonismo” a las personas víctimas de hechos delictivos, en particular durante el proceso judicial.

Nuestra Constitución reconoce, además, a través de su art. 75, inc. 22, la jerarquía constitucional de una serie de instrumentos internacionales —tratados y declaraciones— de derechos humanos, con la posibilidad de ampliar la lista enumerada. Varios de estos instrumentos establecen pautas y límites al proceso de ejecución de la pena (16), y deben entenderse complementarios de los principios, derechos y garantías establecidos en nuestra norma suprema. Naciones Unidas ha establecido también una serie de “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”.

Toda decisión seria en materia criminal deberá plantearse con base en las cifras mencionadas y respetando la estructura normativa vigente.

---

en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Al respecto ver: Gelli, M. A. (2018), “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(16) Arts. 2º, 5.6, 24, CADH; arts. 1º, 16 Convención Tortura; art. 5º DUDH, entre otros.

#### **IV. ¿Qué hicieron otros países contra la agresión sexual?**

Resulta útil, antes de optar por una determinada política pública, revisar qué se ha hecho en el derecho comparado y cuáles han sido los resultados (17).

En términos generales: “[L]as respuestas ideadas giran en torno a los recursos del *internamiento indeterminado de imputables peligrosos*, la *castración química*, los *registros públicos*, además de los ya conocidos remedios de *endurecimiento de penas y supresión de beneficios penitenciarios*, profusamente imitados en nuestro entorno latinoamericano” (18). Haremos un breve recorrido sobre ella.

##### *IV.1. Castración química*

Este método consiste en suministrar determinadas hormonas al sujeto, voluntaria u obligatoriamente, con la finalidad de que minimice su deseo sexual y no vuelva a cometer este tipo de delitos (19).

No pretendo aquí dar el debate acerca de los motivos por los cuales una persona decide violar, pero sí cabe remarcar que esta medida responde a la noción del agresor sexual como un psicópata incapaz de controlar su deseo sexual,

---

(17) Como señala Zaffaroni —con gran juicio, a mi humilde parecer—, no debemos perder de vista que la cuestión criminal no es exclusivamente local, sino que se trata de un asunto mundial. Ver al respecto: Zaffaroni, E. R. (2012), “La cuestión criminal”, Planeta, Barcelona, 2ª ed.

(18) Guillamondegui, L. R. (2012), “Agresores sexuales ¿resocialización o neutralización?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 9, 271-282. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39594.pdf>.

(19) Los compuestos químicos más utilizados son el Acetato de Medroxiprogesterona (MPA) —comercializado bajo el nombre de Depo-Provera— y el Acetato de Ciproterona (CPA). Ambas drogas operan enviando al cerebro la falsa señal de que el organismo dispone de suficiente testosterona, de manera que aquel deja inmediatamente de producirla. Ver al respecto: Robles Planas, R. (2007), “Sexual Predators’ Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, Indret. Revista para el Análisis del Derecho, 4, 1-25. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).

al que incluso debemos tratar farmacológicamente.

Alrededor de un tercio de los estados de Estados Unidos conserva esta medida hasta el día de la fecha (20). Uno de ellos es el Estado de California, que la posee en su Código Penal desde el año 1996, siendo el “primer Estado en requerir que los delincuentes sexuales reincidentes en libertad condicional reciban inyecciones químicas para reprimir sus impulsos sexuales”(21). Cada Estado que la posee tiene sus propias reglas procesales y marco de aplicación.

Asimismo, en Europa fue Polonia el primer país en incorporarla, pensada para los condenados por pedofilia o incesto. Hoy la aplica también Estonia para los condenados por abuso a menores.

Dentro de Latinoamérica contamos con el caso anecdótico y reciente de Perú, que en mayo del 2018 aprobó en primera instancia (22) la castración química, pensada como medida complementaria para los casos de violación a menores de 14 años (23). Sin embargo, la propuesta despertó polémica y acabó retirándose del contenido del proyecto de ley unas semanas después.

Por último, vale mencionar que existe en nuestro país un proyecto de ley que prevé la

(20) Alabama, California, Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Montana, Oregón, Texas y Wisconsin. Cabe recordar que no todos tienen esta medida en su catálogo ya que la legislación en materia penal es potestad de cada Estado en particular.

(21) LOMBARDO, R. A. (1997), “California’s Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders”, *Fordham Law Review*, 65[6], 2611. Recuperado de <https://irlawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss6/8/>.

(22) El proceso legislativo de Perú se divide en dos instancias, debiendo aprobarse el proyecto de ley en ambas para que prospere.

(23) El texto sustitutorio del art. 173 “Violación sexual de menor de edad” planteaba: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua. Se impondrá como medida complementaria la castración química cuando el juez lo estime pertinente”.

modificación del Código Penal y que, entre otras cosas, busca incorporar la castración química al catálogo de penas (24). Este fue presentado en el 2007, pero nunca llegó a tratarse en las Cámaras.

#### IV.2. Internamiento indeterminado

En la década de los 90 la política criminal sexual norteamericana dio un giro radical, abandonando una orientación que se pretendía terapéutica para adoptar una línea “claramente punitivista e inocuizadora” (25).

El Estado de Washington fue el primer Estado en aprobar la “Community Protection Act” y en establecer una medida de este tipo, denominada “civil commitment” o “involuntary commitment”. Ella fue expandiéndose en el país con el paso del tiempo. “Con este nuevo instrumento, aunque el delincuente sexual hubiera cumplido su condena, este debía permanecer privado de libertad por su peligrosidad para la comunidad por tiempo indeterminado hasta que dejara de representar un peligro para aquella” (26).

Dentro del continente europeo son varios los países que la contemplan. Alemania fue uno de los países pioneros al incorporar la “Sicherungsverwahrung” (custodia de seguridad) en el año 1933 (27) para combatir la reincidencia de delincuentes peligrosos. Dicha medida se contem-

(24) Se trata del proyecto 3746-D-2007, que prevé el reemplazo del art. 5º del CPN por el siguiente: “Art. 5º.— Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación y castración química”, y la incorporación de un art. 5º bis que establece: “Art 5º bis: La castración química, conjuntamente con la pena privativa de libertad que corresponda, procederá para el caso previsto en el art. 124 de este código”.

(25) SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001), “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, Recuperado 18 de mayo de 2020, de <http://blog.ulcm.es/cienciaspenales/files/2016/07/15el-retorno-de-la-inocuizacion.pdf>.

(26) ROBLES PLANAS, R. (2007), “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-25. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).

(27) La medida ingresó durante el régimen nacionalsocialista y, si bien se mantuvo inaplicada durante algún tiempo luego de la caída del nazismo, hoy continúa

pla actualmente como una prolongación de la privación de libertad, y se considera “el último recurso de la política criminal” (28).

#### *IV.3. Registros públicos*

Este mecanismo, tendiente a ofrecer información a la ciudadanía acerca de la ubicación de determinados delincuentes sexuales, es más extendido y ha sido —en líneas generales— menos criticado que los anteriores.

En este sentido, en los Estados Unidos están vigentes desde la década de los 90 las llamadas “Megan’s Laws” (29). Cada Estado norteamericano regula la información que se pone a disposición y el modo en el que se difunde en su territorio.

En la Europa continental el mecanismo de los registros públicos o de otras reacciones similares (las llamadas “penas o medidas vergonzantes o humillantes”) carece de presencia relevante en la actualidad (30). No obstante, algunos países europeos mantienen algunos registros de delincuentes sexuales pero cuya información no es de público acceso, sino que se reserva a organismos en particular (31).

---

en vigencia e incluso se ha reformado para ampliar su ámbito de operatividad.

(28) Ver al respecto: Robles Planas, R. (2007), “Sexual Predators’ Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, Indret. Revista para el Análisis del Derecho, 4, 1-25. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).

(29) Su denominación es en honor a Megan Kanka, una niña de siete años que fue violada y asesinada por un vecino que ya había sido condenado en dos ocasiones por delitos sexuales contra menores. La ley obliga al registro de los delincuentes sexuales, con una base de datos cuyo seguimiento debe llevar el Estado. Se exige, además, que se le notifique a la comunidad cuando un agresor sexual llega al vecindario.

(30) GUILLAMONDEGUI, L. R. (2012), “Agresores sexuales ¿resocialización o neutralización?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 9, 271-282. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39594.pdf>.

(31) Ejemplos de esto son el “Violent and Sex Offender Register”, vigente en Reino Unido desde el 2003; y el “National Sex Offender Registry”, vigente en Canadá desde el año 2004.

Algunos países de Latinoamérica se han acercado a la medida. Chile, por ejemplo, es uno de los que la recepta. En Colombia había comenzado a formularse un proyecto de ley, pero fue declarado inconstitucional según una resolución de la Corte Constitucional, y acabó siendo archivado (32).

Nuestro país cuenta con un Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual (33), pero no es de público acceso. Asimismo, existe un proyecto de ley que propone la creación de un Registro Nacional de Delincuentes Sexuales (pensado para ser de acceso público), que fue aprobado en la Cámara de Diputados, pero no ha sido tratado aún en la Cámara de Senadores (34).

#### *IV.4. Medidas de intervención, acompañamiento y seguimiento psicológico*

Desde el siglo pasado han sido varios los países que comenzaron a incorporar este tipo de tratamientos, siguiendo diferentes escuelas psicológicas (siendo la preferida la terapia cognitivo conductual) y distintos modelos. No obstante, existe dentro de la psicología una “amplia discusión acerca de los principales modelos teóricos que han resultado ser más eficaces,

---

(32) TIPANLUIZA, G. (2019), “El presidente de la Asamblea, César Litardo, dice que se archivará proyecto de Ley de Registro de Violadores”, El Comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com>.

(33) Surge de la ley 26.879 (2013).

(34) Se trata del proyecto identificado por el número de expediente 1617-D-2015, presentado en abril del 2015 y aprobado en diputados en mayo del 2017, que plantea: Art. 1º: Créase el Registro Nacional de Delincuentes Sexuales (RENADESE), que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Art. 3º: El RENADESE contendrá, de manera adicional, la información de todos los delincuentes sexuales que hayan obtenido la libertad, hasta 20 años después de su liberación. Art. 4º: El RENADESE almacenará y sistematizará la siguiente información sobre el delincuente: a) nombre y apellido; b) fotografía actualizada; c) nacionalidad; d) lugar de residencia; e) día de encarcelamiento; f) carátula del delito. Art. 6º: El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación completará el RENADESE en el plazo de 30 días de recibida la información procederá: A) a cargar en su sitio web el RENADESE, para brindar la información en formato digital y ponerla al alcance de toda la ciudadanía[...].

principalmente medidos en grado de reincidencia sexual” (35).

En líneas generales, los modelos a adoptar han sido cuatro.

El primero de ellos fue el Modelo RNR, formalizado por primera vez en 1990, que persigue los principios de Riesgo, Necesidad y Responsabilidad, y se centra en especial en las necesidades crimogénicas del delincuente.

Luego le siguió el Modelo GLM, que toma como base el modelo anterior, pero “apunta a que el sujeto aprenda a identificar objetivos prosociales vitales y a mejorar sus fortalezas personales (no exclusivamente evitar la reincidencia), potenciando el desarrollo de objetivos personales positivos que los alejen de la conducta delictiva”(36). Propone un abordaje más integral y una mayor participación activa del sujeto en el tratamiento.

Por otro lado, están los programas de tratamiento Cognitivo Conductual, que son en la actualidad los que mayor aplicación y eficacia presentan. En los últimos años sus objetivos se han ido desarrollando y ampliando.

Por último, hace algunos años se viene desarrollando una Terapia Multisistémica (MST), pero faltan aún investigaciones al respecto que demuestren su eficacia frente a otras alternativas (37).

Este tipo de medidas, independientemente del modelo por el que se opte (que será una decisión para evaluar por quienes están formados para ello), implican abandonar el preconcepto del delincuente sexual como enemigo y pasar a entenderlo como persona. La propuesta no implica que un tercero decida sobre su

(35) TAUZY, K. (2019), “Ofensores sexuales: tratamientos, efectividad y adherencia. Una revisión sistemática cualitativa”. Recuperado 18 de mayo de 2020, de <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/23029/1/Tauzy%2C%20Karen.pdf>.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*.

situación (38), sino que interpelan al sujeto —entendiéndolo *como sujeto* de derechos— para que sea parte activa en su propio proceso resocializador.

Quiero dejar en claro que no se trata de retomar los planteos de determinación biológica de alguna criminología positivista, sino de utilizar las herramientas disponibles que han demostrado efectividad y que son respetuosas de los derechos del imputado, a fin de volver realidad la finalidad resocializadora y de reinserción que persigue nuestro sistema.

A modo de ejemplificar el desarrollo y eficacia de este tipo de medidas, resulta interesante traer uno de los casos más estudiados. Se trata del “Programa de Control de la Agresión Sexual” que se aplica en España, más específicamente en la prisión de Brians (39).”Este programa es de orientación cognitivo-conductual y en su fase de grupo tiene una duración promedio de 10-12 meses, a razón de 4 sesiones semanales de dos horas. El quinto día de la semana se dedica al seguimiento de cada individuo en entrevista individual y a cuestiones pendientes”. Se prevé, además, un seguimiento luego de que el sujeto ha salido de prisión. “En estos seguimientos participan trabajadores sociales y los propios terapeutas del programa, que realizan mensualmente una sesión de seguimiento en el exterior de la prisión, en la que participan tanto liberados condicionales como internos que pueden salir de modo supervisado”.

Los resultados han sido altamente prometedores. “El tratamiento logra reducir la reincidencia sexual en un 14,1%, que resulta de la diferencia entre la tasa del grupo de control, que es de 18,2%, y la del grupo de tratamiento, que es del 4,1% [...]. En general el tratamiento puede rebajar en 5%-10% la tasa de reincidentes

(38) Como sucede, por ejemplo, cuando se interna a una persona por tiempo indeterminado en función de su peligrosidad; o bien cuando se obliga al condenado a realizar la castración química, o “se le permite elegirla” a cambio de beneficios tales como la posibilidad de salidas transitorias, libertad condicional, etc.

(39) REDONDO ILLESCAS, S. (2006), “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, Revista Española De Investigación Criminológica, 4, 1-22. Recuperado 18 de mayo de 2020, de <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/26>.

esperables (20%), es decir puede reducirla a la mitad”(40).

Por último, nos interesa mencionar una experiencia que se realizó en nuestro país en el año 2011, en distintas unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB). Consistió en una modalidad de trabajo interdisciplinario e intersectorial, que se implementó con un grupo inicial de 210 condenados por delitos sexuales (41).

Los autores indican: “[E]l abordaje psicológico grupal permite al sujeto involucrarse con un espacio social, humano y de respeto. A su vez, la posibilidad de pensar con otros, y estar con otros, garantiza a la persona su condición de ser social, de tener problemáticas en común, jerarquizando la palabra, la escucha, el disenso, como medios adecuados para relacionarse en cualquier entorno”.

En sus propias palabras, las características que lo diferencian de otras propuestas es la “concepción de sujeto —como sujeto de derecho—, la incorporación del inconsciente —el psicoanálisis tradicional— y la propuesta del vínculo como situación transformadora del mundo interno —psicoanálisis vincular—”.

Scarpinelli señala: “[L]a asistencia y el tratamiento para las personas que cometieron este tipo de delitos resulta crucial para prevenir la reincidencia y para promover la socialización del condenado. En definitiva, también se trata de una política de seguridad pensada en el largo plazo”(42).

---

(40) REDONDO ILLESCAS, S. (2006), “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, Revista Española De Investigación Criminológica, 4, 1-22. Recuperado 18 de mayo de 2020, de <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/26>.

(41) Reta, A. - Scarpinelli, J. P. (2014), “Algunas notas sobre la experiencia del abordaje psicológico a personas privadas de su libertad por delitos contra la integridad sexual”, en libro Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena. Compendio de doctrinas, Infojus, p. 481. Id Infojus: ACF140361. Recuperado de [http://www.sajg.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion\\_y\\_ejecucion\\_de\\_la\\_pena.pdf](http://www.sajg.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion_y_ejecucion_de_la_pena.pdf).

(42) SCARPINELLI, Juan P. (2020), “La psicología en la cárcel” (libro digital - sin publicación).

## V. Propuestas a futuro

Antes de concluir, no queremos dejar de hacer mención de las víctimas, que son mayoritariamente mujeres, niños y niñas. Y aunque un apartado es insuficiente para abordar en detalle los efectos de la violencia sexual, algunos datos recopilados por distintos organismos internacionales nos podrán ilustrar al respecto.

Según estimaciones de la OMS (2013), “globalmente, el 35% de las mujeres del mundo entero han sido víctimas de violencia física y/o sexual por parte de su pareja o de violencia sexual por parte de personas distintas de su pareja”(43).

Además, “las mujeres que han sido víctimas de abusos físicos o sexuales por parte de su pareja corren un mayor riesgo de padecer una serie de problemas de salud importantes [...].” Aunque se dispone de menos datos sobre los efectos de la violencia sexual no conyugal en la salud, de los datos existentes se desprende que las mujeres que han sufrido esta forma de violencia son 2,3 veces más propensas a padecer trastornos relacionados con el consumo de alcohol y 2,6 veces más propensas a sufrir depresiones o ansiedad”(44).

Como si fuese poco, desde la criminología feminista se viene denunciando desde hace tiempo el proceso de revictimización que atraviesan quienes se atreven a denunciar.

Dicho esto, es claro que la violencia sexual representa un flagelo a erradicar. Por ello, como indicamos al principio, es destacable la lucha

---

(43) Organización Mundial de la Salud (2013), “Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud”. Recuperado de [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO\\_RHR\\_HRP\\_13.06\\_spa.pdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1).

(44) Organización Mundial de la Salud (2013), “Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud”. Recuperado de [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO\\_RHR\\_HRP\\_13.06\\_spa.pdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1).

del movimiento feminista, que juega un rol clave en este proceso.

No obstante, consideramos que es posible realizar un abordaje más óptimo de esta problemática en particular. El punitivismo, ya es sabido, no es ni ha sido un aliado de las mujeres. Hace tiempo que venimos comprobando que el derecho penal es ineficaz para protegernos a *nosotras*, “ya que no previene la violencia, no soluciona el conflicto ni menos transforma las relaciones de género que lo cruza” (45).

De allí que estemos obligados y obligadas a renunciar a esta respuesta conocida y buscar otras, más respetuosas de los avances de género y de los derechos humanos.

Para sintetizar algunas propuestas, estimamos que en primer lugar es necesario intervenir estatalmente *antes de que el delito suceda, a través de medidas ajenas al derecho penal*, y reservarlo como última instancia. Si realmente nos preocupan las víctimas, nuestro primer objetivo debe ser, precisamente, que no haya nuevas víctimas.

Una vez cometido el delito y condenado el responsable, las distintas experiencias y sus resultados indican que resulta útil proponer medidas de tipo psicológicas, como las que se han mencionado anteriormente (46). Estas deberán ser de participación voluntaria, e idealmente continuar cuando el individuo salga en libertad.

Todo esto sin olvidar que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las necesidades básicas de quienes están privados de su libertad, así como su acceso a educación, trabajo y recreación (47). Retomando lo

(45) ANTONY GARCÍA, C. (2001), “Perspectivas de la criminología feminista en el siglo XXI”, Revista de Derecho y Ciencias Penales: Ciencias Sociales y Políticas, 3, 249-259. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6466693>.

(46) Insisto en que no se trata de volver a retomar los discursos deterministas propios de la criminología positivista, sino más bien de adoptar las herramientas resocializadoras que tenemos al alcance y que han demostrado eficacia en el abordaje de estos delitos.

(47) La educación, además de ser un Derecho Humano reconocido por nuestra Constitución y por diversos instrumentos internacionales, tiene un rol clave en la

establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. El Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (48).

Por último, es necesario recordar: “[L]a reincorporación social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse *a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad*” (49). La cárcel no puede ser nunca entendida como la solución por sí misma, sino que debe comprenderse como el medio en el cual se le brindarán las herramientas al individuo para su resocialización (y futura reinserción).

## VI. Conclusiones

Cuando intenta darse la discusión acerca de qué hacer con los agresores sexuales, generalmente se suele pensar que se trata de una discusión antagónica: o bien uno se encuentra “del lado” de la víctima, o bien se encuentra “del lado” del victimario. No obstante, puede apreciarse que la cuestión es bastante más compleja, por lo que resulta incorrecto abordarla de esta manera. La simplificación de este debate nos lleva, en el mejor de los casos, al estancamiento.

Es necesario abandonar la noción del agresor sexual como enfermo o enemigo —y sus consecuentes respuestas inocuizadoras— ya que, como hemos demostrado, no han sido efectivas para solucionar la raíz del conflicto. Y, de aquí en más, cualquier respuesta que formulemos al

reducción de la tasa de reincidencia delictiva. Lo mismo sucede con el acceso al trabajo y a la recreación.

(48) Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995, enero 19), “Caso Neira Alegría y otros vs Perú”. Recuperado 18 de mayo de 2020, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/neiraalegría.pdf>.

(49) BARATTA, A. (1990), traducido por Martínez, M., “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado”. Recuperado 18 de mayo de 2020, de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf).

respecto deberá compaginar la perspectiva de género con los principios, derechos y garantías de nuestro orden jurídico. No resulta lógico (ni mucho menos *justo*) bregar por los derechos de unos si, como correlato, avanzamos injustificadamente en desmedro de los derechos del otro.

Si lo que realmente queremos es proteger a la sociedad en su conjunto del peligro que representan los delitos sexuales, el castigo desmedido no es la solución. Si el poder punitivo se sigue pensando como la primera y única respuesta, seguiremos sin resolver nada. Y si el Estado no asume de una vez políticas de carácter preventivo, tendientes a modificar las estructuras sociales y culturales a las cuales responden estos delitos, difícilmente se obtendrán los resultados perseguidos.

El derecho penal debe entenderse necesariamente como el último recurso disponible, y toda medida punitiva debe ser respetuosa, garantista y perseguir la reinserción del individuo. Esta conclusión, bien podrán advertir mis lectores, no es para nada novedosa. Sin embargo, en la práctica no resulta tan obvia, sobre todo cuando se aplica a delincuentes sexuales. Esta distinción fáctica que observamos, y la exigencia de “más castigo” que esgrimen ciertos sectores del feminismo —y de la sociedad en su conjunto—, son incompatibles con el Estado de derecho y, por ende, insostenibles.

Me permito para terminar replicar la famosa frase de Albert Einstein: “[U]na locura es hacer la misma cosa una y otra vez esperando resultados diferentes. Si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo”. Es esta la verdadera disyuntiva a la que nos enfrentamos: o bien seguimos “combatiendo” los delitos sexuales desde una perspectiva meramente penalista-absolutista, sin resolver el fondo del asunto; o bien optamos por *hacernos cargo* del problema, actuando en pos de modificar las estructuras patriarcales que perpetúan estos delitos y aplicando el derecho penal solo cuando corresponda, buscando que la pena cumpla su fin de resocialización y reinserción social.

Se trata de prevenir el delito en una primera instancia, y luego actuar estatalmente para que el individuo cumpla su pena, se reinerte en la comunidad y no reincida.

Esto, que aquellos quienes banalizan el debate entenderán como “ponerse del lado del victimario”, es en realidad beneficiar al conjunto de la sociedad. Es allí a donde debemos dirigirnos.

## VII. Bibliografía

ANTONY GARCÍA, C. (2001), “Perspectivas de la criminología feminista en el siglo XXI”, *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, 3, 249-259. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6466693>.

BARATTA, A. (1990), traducido por Martínez, M., “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de ‘reintegración social del condenado’”. Recuperado 18 de mayo de 2020, de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf).

Capítulo 5. “Revisión de programas tratamentales para ofensores sexuales”.

GARLAND, D. (2005), “La cultura del control”, Gedisa, Barcelona, 1<sup>a</sup> ed.

GELLI, M. A. (2018), “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GUILLAMONDEGUI, L. R. (2012), “Agresores sexuales ¿resocialización o neutralización?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 271-282. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39594.pdf>.

HANSON, R. K. - MORTON-BOURGON, K. E. (2005), “The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta-Analysis of Recidivism Studies”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73[6], 1154-1163. <https://doi.org/10.1037/0022-006x.73.6.1154>.

HELMUS, L. - HANSON, R. K. - BABCHISHIN, K. M. - MANN, R. E. (2012), “Attitudes Supportive of Sexual Offending Predict Recidivism”, *Trauma, Violence, & Abuse*, 14[1], 34-53, <https://doi.org/10.1177/1524838012462244>.

HÖRNLE, T., traducida por Szenkman, A. (2019), “#METOO ¿Implicancias para el Derecho Penal?”, *En Letra Derecho Penal*, 9, 144-167. Recuperado de <https://d9025994-995c-4520->

- 993b-e78b54b81027.filesusr.com/ugd/9db90b\_c6676e9f51954ce4891f4819daa183ac.pdf.
- INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER (2016), "Feminismos. Tres siglos de lucha por la igualdad", recuperado de [https://www.aragon.es/documents/20127/674325/feminismos\\_igualdad\\_curso.pdf/35542faa-08b0-355d-881c-17ee21e5894f](https://www.aragon.es/documents/20127/674325/feminismos_igualdad_curso.pdf/35542faa-08b0-355d-881c-17ee21e5894f).
- JANKA, C. - GALLASCH-NEMITZ, F. - BIEDERMANN, J. - DAHLE, K.-P. (2012), "The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age groups", *International Journal of Law and Psychiatry*, 35[3], 159-164, <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2012.02.002>.
- LOMBARDO, R. A. (1997), "California's Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders", *Fordham Law Review*, 65[6], 2611. Recuperado de <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss6/8/>.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (2013), "Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud". Recuperado de [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO\\_RHR\\_HRP\\_13.06\\_spapdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spapdf;jsessionid=2AFEC89EECCEA881A810B8E59C1D12C1?sequence=1).
- REDONDO ILLESCAS, S. - PÉREZ, M. - MARTÍNEZ, M. (2007), "El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el svr-20", *Papeles del Psicólogo*, 28, 187-195. Recuperado de <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1502.pdf>.
- RETA, A. - SCARPINELLI, J. P. (2014), "Algunas notas sobre la experiencia del abordaje psicológico a personas privadas de su libertad por delitos contra la integridad sexual", en *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena*.
- Compendio de doctrinas, Infojus, p. 481. Id Infojus: ACF140361.
- ROBLES PLANAS, R. (2007), "Sexual Predators' Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-25. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).
- SCARPINELLI, J. P. (2020), "La psicología en la cárcel" (libro digital - sin publicación).
- SCULLY, D. (1994), "Understanding Sexual Violence. A Study of Convicted Rapists", (1994. a ed.), Routledge, Nueva York - Londres.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001), "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos". Recuperado 18 de mayo de 2020, de <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/15el-retorno-de-la-inocuizacion.pdf>.
- "Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Informe anual República Argentina (SNEEP)" (2018). Recuperado de [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe\\_sneep\\_argentina\\_2018.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2018.pdf).
- TAUZY, K. (2019), "Ofensores sexuales: tratamientos, efectividad y adherencia. Una revisión sistemática cualitativa". Recuperado 18 de mayo de 2020, de <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/23029/1/Tauzy%20Karen.pdf>.
- ZAFFARONI, E. R. (2006), "El enemigo en el Derecho Penal". Recuperado 18 de mayo de 2020, de <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc.public.Zaffa03.pdf>.
- ZAFFARONI, E. R. (2012), "La cuestión criminal", Planeta, Barcelona, 2<sup>a</sup> ed.
- ZAFFARONI, E. R. (2020), "Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal", Editores del Sur, Buenos Aires.



# TESIS, TESINAS Y TRABAJOS FINALES

---



# Criterios e indicadores restrictivos de la excarcelación (\*)

Ramiro López Malah

**Sumario:** I. Capítulo I.— II. Capítulo II.— III. Capítulo III.— IV. Capítulo IV.— V. Capítulo V.— VI. Bibliografía consultada.— VII. Anexo legislativo.

## I. Capítulo I (\*\*)

### 1.1. Introducción

En su actual redacción el art. 319 del Cód. Proc. Penal de la Nación fija —aunque de manera vaga e imprecisa— diversos criterios (1) e indicadores (2) cuya existencia hace presumir la presencia de riesgos procesales, que desaconsejan la concesión de la excarcelación.

Entonces, si la valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundamentalmente, que este intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, el juez podrá denegar la excarcelación.

Como se trasluce, la interpretación de estos criterios puede ser tan amplia y dispar que re-

(\*) NDR. Publicamos en esta oportunidad la tesis doctoral presentada por Ramiro López Malah el día 15 de mayo de 2019 y defendida el 16 de septiembre del mismo año, ante un Tribunal integrado por los profesores Eduardo E. Sisco, Graciela J. Angriman y María Maida, quienes otorgaron a la misma calificación 10 (diez), recibiendo el autor el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino.

(\*\*) Cada vez que se cita un artículo sin referencia, corresponde al Código Procesal Penal de la Nación.

(1) Del lat. tardío criterium, y este del gr. κριτήριον, der. de κρίνειν krínein 'juzgar'. 1. m. norma para conocer la verdad. 2. m. Juicio o discernimiento. Cfr. [www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=criterio](http://www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=criterio) (consultada el 05/08/2018).

(2) adj. Que indica o sirve para indicar. Cfr. [www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=indicador](http://www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=indicador) (consultada el 05/08/2018).

dunde en una mayor discrecionalidad judicial, lo cual sería directamente proporcional al aumento de la inseguridad jurídica.

Estos es el problema al cual —a través de la presente investigación— se intentará dar respuesta.

Así, el marco teórico estará dado por el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, tít. IV, cap. VII, específicamente), el nuevo Código Procesal Penal Federal (ley 27.063, con las incorporaciones dispuestas por la ley 27.272 y las modificaciones introducidas por la ley 27.482) y por la Constitución Nacional.

Para ello, se utilizará el método explicativo descriptivo, de corte teórico, atendiendo principalmente a la recopilación documental y revisión de la literatura científica en la materia. A lo largo de esta investigación analizaré la excarcelación en relación con los delitos de derecho penal "común", dejando de lado los de lesa humanidad, pues poseen una dinámica procesal propia; y evitando aquellos en los cuales imputados "principales" (o incidentistas) revistan la calidad de funcionarios públicos o políticos, como manera de preservar la asepsia y objetividad de esta tesis.

## II. Capítulo II

### II.1. Criterios e indicadores restrictivos de la excarcelación

#### II.1.a. Concepto

Es el derecho del detenido a obtener su liberación provisional durante el curso del proceso. Este derecho puede ser ejecutado en tanto su

situación se encuentre comprendida en los supuestos procesales de procedencia (arts. 316 y 317 del Cód. Procesal) y no se halle aprehendida en las hipótesis de improcedencia (art. 319 del cuerpo legal), como se irá detallando posteriormente.

La petición puede formularse desde la detención efectiva del incriminado hasta el momento en que se encuentre firme la sentencia. Luego la solicitud de libertad deberá transitar por la vía de la libertad condicional o por algunas de las posibilidades otorgadas por la ley.

La Real Academia Española la define como “acción y efecto de excarcelar (Poner en libertad a un preso por mandamiento judicial)”(3).

#### II.1.b. Principio de inocencia

Protege a todo sujeto sometido a proceso. Solo podrá ser derribado mediante una sentencia firme que lo desnaturalice al considerarle lícita y técnicamente al sujeto como culpable. Este principio tiene varias derivaciones. Una de ellas es la presunción de inocencia y la otra es el *indebido pro-reo*. Seguidamente se tratarán ambos.

El concepto de dignidad de la persona humana conlleva el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades inherentes a dicha condición, cuya observancia y protección componen los presupuestos básicos de una pacífica convivencia en sociedad y que, como tales, se tornan en deberes primordiales que el Estado está compelido a cumplir para responder a los fines que determinan las razones de su existencia (4).

En tal contexto, dentro de ese conjunto de derechos se ubica el que concierne a la presunción

---

(3) Cfr. [www.rae.es](http://www.rae.es)(consultado el 04/05/2018).

(4) Acerca del tema, señala GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La dignidad de la persona”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 58: “El Estado solo está justificado por el cumplimiento de un gran fin: el bien de los súbditos. Todas sus funciones responden a esa finalidad última. De aquí la posición instrumental que le corresponde con respecto al libre desarrollo y a la realización del destino del hombre”

de inocencia (5), según el cual, en términos generales, ante situaciones en las que el Estado actúe en ejercicio del *ius puniendi*, toda persona se considera inocente y debe ser tratada como tal, en tanto no se compruebe su culpabilidad y esta no sea declarada en sentencia firme, emitida en juicio en el que habrán de observarse las garantías inherentes al debido proceso.

En cuanto a la garantía del *indubio pro-reo* se trata básicamente de que el derecho penal exige como presupuesto de una sentencia de condena, la certeza sobre la culpabilidad del imputado. El estado de duda implica una decisión de no punibilidad.

Sostiene Nahijian que se puede detener cautelar o preventivamente a un sujeto que se presume inocente “... dado que el Estado se encuentra legitimado para limitar temporalmente la libertad locomotiva del individuo bajo determinadas condiciones durante un proceso judicial sin sentencia firme; ello, sin dejar de considerarlo inocente...”(6).

Sin embargo, enseña Claria Olmedo, que todo imputado goza de ese “estado de inocencia” desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de este. Ese estado no se destruye con la denuncia, el procesamiento o la acusación; se requiere una sentencia penal condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada: “juicio previo”(7).

Por su parte, Maier afirma que la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta

---

(5) Como afirma GALLARDO RUEDA, Alberto, “El derecho a la presunción de inocencia”, en Cuadernos de Política Criminal, 38(1989), p. 313, la dignidad humana es la causa radical de distintos derechos, dentro de los cuales, el de la presunción de inocencia, por sus características propias, se muestra “especialmente atractivo y relevante”.

(6) NAHJJIAN, Ernesto M., “Excárcelación y Exención de Prisión”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 21.

(7) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ed. Ediar, 2012, t. I —noción fundamental—, p. 231.

materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena **(8)**.

A su vez Yacobucci recuerda: "... [L]a pena solo puede ser impuesta tras un juicio de culpabilidad consiguiente al debido proceso (Fallos, 10:338 Y 316:1934, entre otros), ya que existe la presunción de inocencia que determina, entre otros aspectos, el derecho de gozar de libertad durante el proceso (Fallos, 314:451)" **(9)**.

En cambio, Alejandro Carrió, lo deriva de la garantía del debido proceso la defensa en juicio, por cuanto la parte acusadora debe demostrar la culpabilidad del imputado y no este su inocencia **(10)**.

Sobre el particular Gozaíni manifiesta: "[L]a inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de duda sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el derecho de defensa, y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio" **(11)**.

Asimismo, explica que prefiere hablar de "estado de inocencia" y no de "presunción de inocencia" pues *parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente por culpable (p. ej., cuando se le dicta el procesamiento —que es un juicio de probabilidad incriminante—) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción* **(12)**.

Normativamente se encuentra receptado tanto en el art. 18 de la Constitución como en di-

(8) MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, t. I—fundamentos—, p. 490.

(9) YACOBUCCI, Guillermo, "El sentido de los principios penales", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2016, p. 325.

(10) CARRIÓN, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 3<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, p. 511.

(11) GOZAÍNI, Osvaldo A., "La libertad en el proceso penal", RDProcPenal, 2005, p. 43, RC D 3349/2012([www.rubinzelonline.com](http://www.rubinzelonline.com) consultada el 08/08/2018).

(12) Ibidem.

versos artículos de los Códigos Procesales de la Nación (leyes 23.984 y 27.063, arts. 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup>).

El "principio de inocencia" fue formulado desde su génesis como una insignia de la libertad individual y si bien antes de la reforma Constitucional del año 1994 ya se desgranaba de nuestra Carta Magna (precisamente de los arts. 18 —vinculado palmariamente al juicio previo como ya se vio— y 33 —relacionado con las garantías implícitas—), lo cierto es que luego de ello, fue expresamente consagrado, precisamente a raíz del raigambre constitucional de las declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados al art. 75, inc. 22.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su art. 11 que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 26, expresa que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8<sup>o</sup>, inc. 2<sup>o</sup>, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme art. 14, inc. 2<sup>o</sup>, expresa que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

#### II.1.c. Interpretación convencional del principio de inocencia

Un caso paradigmático es "Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay" (causa 12.553 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), quienes presentaron una medida cautelar ante la referida Corte contra Uruguay por presunta violación del derecho a la libertad durante el proceso judicial, toda vez que los tres hermanos estuvieron detenido preventivamente por más de cinco años hasta que

la justicia uruguaya —siguiendo las recomendaciones del organismo judicial internacional— los excarceló en el año 2007 (**13**).

La síntesis fáctica es la siguiente:

1. El 18 de octubre de 2004, y nuevamente el 30 de noviembre de 2004, los doctores Carlos Varela Álvarez y Carlos H. de Casas presentaron una denuncia y una solicitud de medidas cautelares a favor de los señores Jorge, Dante y José Peirano Basso, tres hermanos de nacionalidad uruguaya, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “la Comisión”) contra la República Oriental del Uruguay (en lo sucesivo “el Estado”), por la presunta violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a la libertad durante el proceso judicial, el derecho a ser oído en condiciones que garanticen el debido proceso, el derecho a un juicio justo e imparcial y el derecho a la igualdad ante la ley, en violación de los arts. 5º[1], en relación con el art. 2º, 7º[1] y 7º[3], 8º[1], 9º, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. En la denuncia se alega que los tres hermanos Peirano Basso se encuentran privados de su libertad desde el 8 de agosto de 2002, sin que hubieran sido formalmente acusados ni llevados a juicio. Según los peticionarios, conforme al derecho interno en cuyo marco han sido imputados, la pena máxima que podía imponérseles era de cinco años de penitenciaría. En enero de 2005 se habrían cumplido los requisitos para su liberación, según los peticionarios, por haber cumplido dos años y medio privados de su libertad. El Estado le había imputado la violación a la ley 2230 (1893), que sanciona a los directores de compañías en disolución que cometan fraude u otros delitos financieros. Según la denuncia, ese delito admite la libertad durante el proceso, a pesar de lo cual los señores Peirano Basso permanecieron privados de su libertad en virtud de la “alarma social” provocada por el colapso del sistema bancario uruguayo y su supuesta responsabilidad en él.

3. El 19 de octubre de 2006 el fiscal de la causa formuló acusación contra los señores Peirano

Basso por considerarlos autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta, previsto en el art. 5º de la ley 14.095, en virtud de lo cual el fiscal solicitó que, al fallar, se imponga la pena de seis años de penitenciaría a Jorge y nueve años a José y a Dante Peirano Basso.

4. Con fecha 4 de diciembre de 2006, la defensa de los hermanos Peirano contestó la acusación solicitando la absolución de sus defendidos.

5. Desde octubre de 2004 a la fecha, la defensa ha presentado, ante los tribunales uruguayos, siete solicitudes de liberación.

6. El 13 de diciembre de 2006, fueron concedidas salidas transitorias, por 48 horas, para los días 24 y 25 de diciembre y 31 de diciembre de 2006 y 1º de enero de 2007, y se dispuso un régimen de salidas de 48 horas semanales, en lo sucesivo.

7. En el Informe de Admisibilidad 35/06 del 14 de marzo de 2006 se concluyó que los hechos denunciados, de ser probados, podrían configurar violaciones a los derechos protegidos por los arts. 7º, 8º, 9º y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de los arts. 1º[1] y 2º.

8. Tras analizar los argumentos de las partes, los derechos consagrados en la Convención y otras pruebas que obran en el expediente del caso, la Comisión concluye en el presente informe que el Estado es responsable por haber violado los derechos de Jorge, José y Dante Peirano previstos en los arts. 7º[2], 3º, 5º y 6º, 8º[1] y 2º, y 25[1] y 2º, en función de las obligaciones de los arts. 1º[1] y 2º, de la Convención Americana y, en consecuencia, formula recomendaciones específicas (**14**), de las cuales solo se transcriben algunas por razones de espacio:

“68. El art. 7º de la Convención Americana, en su punto 5, dice:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funcio-

---

(13) Cfr. Información de [www.oas.org](http://www.oas.org) consultado el 02/06/2018.

(14) Cfr. [www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm) consultado el 05/06/2018.

nes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

“A su vez, el art. 8º[2], expresa:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

“69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

“70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, solo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.

“71. En este sentido, la Comisión ha afirmado que, al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, «en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual» (15).

#### II.1.d. Principio de proporcionalidad

Es un juicio de ponderación que mide la gravedad de la medida de coerción en cuestión, los fines que se persiguen con su aplicación y los derechos que tiene el sujeto cuyos intereses se afectan.

Es decir, si la medida es adecuada, si es necesaria, si resulta proporcional con la gravedad del delito —reflejada en la escala penal— y si hay un grado de sospecha necesario que debe existir para disponer este tipo de medida de coerción.

En otras palabras, la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en

(15) Idem.

caso de probarse el delito en cuestión, siendo los jueces quienes deben determinar este equilibrio (16).

En este sentido enseña González: “[S]i el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad”(17).

Para Robert Alexy, las normas sobre derechos fundamentales tienen la estructura de principios. Los principios tienen la particularidad de que pueden ser cumplidos de manera gradual, esto es, existen muchas acciones diferentes que son compatibles con lo que el principio exige. Para determinar cuál de ellas es la que debe ser realizada en un caso es necesario tener en cuenta las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están dadas por la eventual existencia de reglas y principios que impongan el deber de realizar una acción incompatible con las exigidas por el principio. De ahí que, para Alexy los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios, entonces, son mandatos de optimización (18). Vale recordar que el principio de proporcionalidad es un método de aplicación de normas sobre derechos constitucionales elaborado por el Tribunal Constitucional alemán.

Según Alexy, cuando dos principios colisionan, uno tiene que ceder ante el otro. Las colisiones de principios tienen lugar en la dimensión del peso. En un caso concreto, los principios involucrados tienen un peso diferente, y primará el que tenga mayor peso. Es decir que uno de los principios precede al otro. La solución de la colisión consiste en establecer cuál es el peso de los principios. Tal procedimiento suele ser denominado ponderación. Así Alexy

(16) BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2ª ed., p. 201.

(17) GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 225.

(18) ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 67-68.

propone una ley, la ley de la colisión, la cual es formulada de esta manera: "Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente" (19).

En resumen, para resolver este conflicto se deben ponderar los principios, para determinar, en las condiciones de ese caso concreto, cuál principio debe tener precedencia. Una vez efectuada dicha determinación, es posible derivar una regla, cuyo antecedente estará dado por las condiciones en las cuales un principio precede a otro, y cuya consecuencia consistirá en la acción que resulte exigida por el principio que tenga más peso. De esto se sigue, en segundo lugar, que las reglas son el resultado de una ponderación y que, por lo tanto, los principios subyacen a las reglas.

Consecuentemente si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada solo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas. Las reglas, por su parte, parecen tener un carácter definitivo (20).

"De lo anterior, se sigue que los principios siempre constituyen razones, *prima facie*, mientras que las reglas pueden ser razones definitivas, salvo que se haya establecido una excepción. Según Alexy, tanto las reglas como los principios configuran razones para enunciar juicios concretos de deber. Si una regla es aplicable a un caso y no admite ninguna excepción, ella es una razón definitiva y si el juicio que se funda en ella tiene como contenido que a una persona le corresponde un derecho, entonces ese derecho es un derecho definitivo. Por el contrario, los principios, al tener siempre un carácter *prima facie*, solo establecen derechos *prima facie*. Ahora bien, dado que, en virtud de la ley de colisión, la determinación de una relación de preferencia condicionada entre principios permite derivar una regla, entonces un principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para un juicio concreto de deber. De ese modo, es posible recorrer un camino que

parte de los derechos *prima facie* y llega a un derecho definitivo (21).

Según Alexy, el principio de proporcionalidad está constituido por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), y este último se refiere a la optimización de las posibilidades.

En cambio, los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización de las posibilidades fácticas. El subprincipio de necesidad establece que, si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación. Finalmente, el subprincipio de idoneidad establece que, si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio y, al mismo tiempo, afecta a un principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio (22).

En suma, para Alexy, existe una conexión conceptual entre su caracterización de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Por un lado, los derechos, *prima facie*, al tener la estructura de principios, constituyen mandatos de optimización que, para ser aplicados, requieren de la utilización de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una vez realizada esa tarea, especialmente la ponderación exigida por la ley de la colisión, es posible determinar un derecho definitivo, que tiene la estructura de una regla. Por lo tanto, la propia estructura de los derechos *prima facie* exige necesariamente el uso del principio de proporcionalidad, y el uso de este principio, a su vez, es necesario para derivar derechos definitivos. Por lo tanto, si se admitiera que, en general, los derechos constitucionales tienen la estructura de principios, entonces, en todo país en el que se

---

(19) ALEXY, Robert, ob. cit., p. 75.

(20) Ibidem.

(21) Ibidem.

(22) ALEXY, Robert, ob. cit., ps. 91 y ss.

reconozcan derechos constitucionales deberá utilizarse el principio de proporcionalidad. En este sentido, una teoría como la de Alexy podría tener una pretensión de universalidad conceptual: “[S]i fuera verdad que los derechos constitucionales son principios, entonces, por necesidad lógica, los jueces de la jurisdicción constitucional deberían aplicar el principio de proporcionalidad”(23).

La ponderación suele ser criticada porque no sería posible sujetarla a un control racional, pues ella abriría la puerta al subjetivismo y al decisionismo judicial. Alexy, sin embargo, considera que la ponderación es un procedimiento racional, aun cuando reconoce que ella no conduce, de manera necesaria, a un único resultado. Cabe recordar que la ponderación es el procedimiento mediante el cual se establece una relación de precedencia condicionada entre principios, de la cual se deriva una regla (24).

Alexy afirma que es posible hablar de ponderaciones correctas o incorrectas, y tal posibilidad descansaría en el hecho de que un enunciado de preferencia condicionada puede ser fundamentado racionalmente (25).

Respecto de este principio enseña Mir Puig: “[...]e hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas (de seguridad) pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva...”(26).

Agrega que también las valoraciones sociales deben orientar la proporción no solo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que solo se admitiesen medidas de internamiento cuando

(23) Idem.

(24) Idem.

(25) ALEXY, Robert, ob. cit., ps. 135 y ss.

(26) MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. B de F, Buenos Aires, 2015, 9<sup>a</sup> ed., ps. 127-129.

concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves”(27).

Por otro lado, Roxin afirma que el principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho, y por lo tanto tiene rango jurídico constitucional, cuando se lo relaciona con el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición del exceso: los daños y peligros del autor deben soportarse a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de la libertad que conllevaría para el imputado (28).

A su vez, Guillermo Yacobucci sostiene: “... [E]l principio de proporcionalidad aparece en el centro de la Política Criminal por cuanto es el encargado de vincular de manera razonable las exigencias, muchas veces enfrentadas, de la comunidad, por un lado, frente a las libertades individuales, por el otro”(29).

Afirma que la proporcionalidad otorga razonabilidad al modo en que los requerimientos del Bien Común Político en materia de seguridad y tranquilidad social son instrumentados frente al reconocimiento de la Dignidad de la Persona Humana (30).

Sostiene que la proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos (31).

“En el texto constitucional argentino, esto resulta manifestado por las exigencias del art. 28 de la CN... Explica Juan Cianciardo que puede utilizarse indistintamente la noción de razonabilidad como la de proporcionalidad, pues mientras la primera proviene del derecho anglo-

(27) MIR PUIG, Santiago, ob. cit.

(28) Cfr. ROXIN, Claus, “Derecho Penal”, Madrid, 1997, t. I, p. 106.

(29) YACOBUCCI, Guillermo J., “El principio de proporcionalidad como regla fundamental en la política criminal”, en [www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067) (consultado el 12/06/2018).

(30) Ibidem.

(31) Ibidem.

sajón —vinculado a la tradición constitucional argentina—, la segunda es originaria del derecho público europeo”(32), enseña Yacobucci.

Asimismo, agrega que, desde el punto de vista constitucional, este principio pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio sea adecuado al fin, resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y respeto el contenido esencial de los derechos involucrados en el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político-criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social (33).

Colige: “De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa”(34).

El maestro Mir Puig refiere la importancia de este principio limitador del *ius puniendi*, recordando que es una exigencia que originariamente surgió para las medidas de seguridad, pues al no estar estas acotadas por el principio de culpabilidad (como determinación de grado de reprochabilidad, precisamente en función de la inimputabilidad, por ejemplo), surgió la necesaria remisión a la idea de proporcionalidad, para evitar, dice “que las medidas pudieran resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva”(35).

Sin embargo, aclara “la idea de la proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho Penal”(36).

---

(32) Ibidem.

(33) Ibidem.

(34) YACOBUCCI, Guillermo J., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit.

(35) MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 136.

(36) Ibidem.

Para el jurista español la proporcionalidad debe incluso limitar toda intervención estatal que afecte los derechos del ciudadano, pero, además, supone una exigencia constitucional cuando esa intervención afecta derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se erige también en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas.

En esta misma línea, el profesor Silva Sánchez, junto con advertir sobre la ausencia de un sistema de reglas que permitan construir juicios o pronósticos de naturaleza empírica, en las que se basan en gran medida las consideraciones político-criminales generales sobre el hecho o la persona del autor, y que determinan el impedimento de traducir la respuesta penal en una conclusión cualitativa, agrega que “La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)”(37).

A su vez Solimine manifiesta: “Situados en el marco de una teoría general de las medidas de coerción, el principio de proporcionalidad es uno de los más pivotantes, e impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida de coerción a aplicar y el fin procesal que se debe asegurar. Ello, para impedir que el proceso de persecución penal signifique para el imputado una intervención más grave en su vida que la posible condena”(38).

---

(37) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2007, “La teoría de la determinación de la pena como sistema(dogmático): un primer esbozo”, en Indret, Revista para el Análisis del Derecho, 2, en [www.indret.com](http://www.indret.com)(consultada el 07/08/2018).

(38) SOLIMINE, Marcelo A., “Exclusión del encarcelamiento preventivo y de las cauciones económicas por la probabilidad de pena en suspenso. Función limitadora del principio de proporcionalidad en el marco del CPPN”, RDProcPenal, 2005, p. 169, RC D 3342/2012([www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com), el 08/08/2018).

## II.1.e. El principio de proporcionalidad en los tribunales internacionales

En “Kimel vs. Argentina”<sup>(39)</sup> la Corte Interamericana adoptó el principio de proporcionalidad en su totalidad, esto es, utilizando los tres subprincipios.

Eduardo Kimel, un periodista e historiador argentino, había publicado un libro, titulado “La Masacre de San Patricio”, en el cual había investigado el asesinato de cinco religiosos, ocurrido durante la última dictadura militar. En ese libro, Kimel criticó la actuación de la justicia durante la dictadura y, en particular, efectuó una fuerte crítica al juez que intervino en la causa de dicho crimen. El juez mencionado en el libro inició una querella por calumnias e injurias en contra de Eduardo Kimel, quien finalmente fue condenado, en suspenso, por el delito de calumnias. Estos hechos motivaron la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual solicitó a la Corte, en lo que aquí interesa, que determine si el Estado argentino había violado el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege el derecho a la libertad de expresión.

En tal sentido, analiza Pedro Caminos que el punto de partida del razonamiento de la Corte es la aplicación del subprincipio de idoneidad. Así es necesario identificar un fin legítimo, compatible con la Convención Americana. En el caso, dicho fin legítimo era la protección del honor del juez aludido en el libro escrito por Kimel. A su vez, el medio elegido, la coerción penal, resultaba idóneo, según la Corte, para alcanzar dicho fin pues, mediante la conminación de pena, se salvaguardaba el bien jurídico que se quiere proteger (párr. 71).

Posteriormente, la Corte aplicó los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al primero, la Corte sostuvo que debía “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas” (párr. 74). En tal sentido, si bien para la Corte no siempre las medidas penales resulta-

ban violatorias de la Convención con respecto a la libertad de expresión, lo cierto era que la elección de medidas penales debía ser excepcional, y debía apuntar a la protección de los bienes jurídicos más fundamentales. Dado que el Estado contaba con otros medios para alcanzar la finalidad de proteger la honra de las personas, como establecer supuestos de responsabilidad civil, entonces la Corte juzgó que, en el caso, la sanción penal no era necesaria (párrs. 75-80). Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte afirmó, en el párr. 84, que:

“Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. En algún caso la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”.

De ese modo, la Corte estimó que, en el caso, la afectación al derecho a la libertad de expresión había sido grave, en razón de las consecuencias del proceso penal, esto es, la imposición de una sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena (párr. 85). Por otra parte, al tratarse las cuestiones discutidas en el libro de Kimel de asuntos de claro interés público, en concreto, una valoración de la actuación de la justicia argentina durante la dictadura militar y, especialmente, en relación con el asesinato de los cinco religiosos, la Corte entendió que el umbral para evaluar la afectación del derecho al honor debía ser distinta a la que correspondería utilizar en caso de no mediar una cuestión de interés público. Es así como la Corte, al sostener que Kimel no se refirió a la vida privada del juez, ni tampoco le imputó un delito, no había afectado de manera grave el derecho al honor de este (párrs. 86-92). Por lo tanto, la Corte concluyó: “[L]a afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso” (párr. 94).

(39) Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, 177

En el caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” (conocido como “Establecimiento Panchito López”), resuelto el 2 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la prisión preventiva “es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”(40).

#### II.1.f. Consecuencias de la proporcionalidad en materia excarcelatoria

1) Impone la concesión del beneficio cuando proceda (resulte probable) condena en suspenso, conforme a lo previsto en el art. 316, 2º párr. del Cód. Proc. Penal de la Nación.

2) Impide la denegatoria de la excarcelación por aplicación del art. 319 del Cód. Proc. Penal de la Nación cuando proceda (resulte probable) condena en suspenso.

3) Impide la imposición de cauciones económicas cuando proceda (resulte probable) condena en suspenso.

4) Habilita la excarcelación cuando el tiempo transcurrido en prisión preventiva es equivalente o superior al que, de haber ya estado condenado, le hubiera permitido obtener su libertad por agotamiento de la pena o por cumplimiento parcial de ella conforme a los institutos del régimen progresivo de ejecución (v.gr., libertad condicional y libertad asistida). Son los supuestos previstos en los incs. 2º a 5º del Cód. Proc. Penal de la Nación, a los cuales cabe agregar otros no contemplados expresamente en la ley procesal, pero que igualmente deben operar (41).

En relación con la función limitadora de este principio en el marco del art. 319 del Cód. Proc.

---

(40) [www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=en&nId\\_Ficha](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha).

(41) Véase SOLIMINE, Marcelo A., “Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 253 y ss.

Penal de la Nación, Solimine señala: “Aun cuando esta norma nada indica expresamente, es requisito fundamental para autorizar el encierro procesal con base en sus previsiones, haber superado la ecuación que impone el principio de proporcionalidad, de modo que quepa afirmar fundadamente que en el caso sometido a juzgamiento la respuesta penal que se espera para él será pena privativa de libertad de efectivo”(42).

#### II.1.g. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad opera como una garantía individual y es uno de los postulados básicos de todo estado de derecho. En la práctica funciona como un límite de la potestad punitiva y es una condición sine qua non tanto para la atribución penal, como para imposición de la pena.

Afirma Mir Puig que, bajo este principio de culpabilidad, se pueden incluir diferentes límites del *ius puniendi* que tienen en común exigir como presupuesto de la pena que pueda culparse a quien la sufre del hecho que la motiva (43).

A su tiempo el maestro Yacobucci manifiesta: “El derecho penal de nuestro tiempo ubicó al principio de culpabilidad como otro de los pilares de la legitimación del *ius puniendi*. Es decir, como otra de las reglas de encauzamiento, realización y limitación de la potestad punitiva del Estado. Por eso, junto con el principio de legalidad, el de culpabilidad puede ser definido como principio fundamental”(44).

A su vez, Zaffaroni agrega que el principio de culpabilidad es el más importante de los que derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento del concepto de persona (45).

Respecta a este tópico el maestro Jakobs establece que:

---

(42) Ibidem.

(43) MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 95.

(44) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido de los principios penales”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 293.

(45) ZAFFARONI, Eugenio, et al., “Derecho Penal Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., p. 139.

1. En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida.

2. En una sociedad con derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; este solo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales.

3. Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

4. Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas.

Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando hacen uso de la libertad de comportamiento que forma parte del rol de ciudadano. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.

5. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico solo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente (46).

(46) JAKOBS, Günther, "El principio de culpabilidad", Título original: "Das Schuldprinzip" (texto ampliado de la conferencia pronunciada por el profesor Jakobs el día

Hay que decir que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor. Ello así pues las descripciones de acciones y de penas por el hecho se acomodan más a las consecuencias de este (*lex stricta, certa, scripta y praevia*), que unas disposiciones penales que atiendan a un elemento caracterológico en la persona del autor, o a la esencia criminal de la personalidad que hay que castigar, y que midan a partir de ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Según Roxin, un ordenamiento jurídico que se fundamente en los principios propios de un Estado de Derecho Liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho (47).

#### II.1.h Evolución histórica del principio de culpabilidad

Este concepto solo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual desde que Von Ihering separara por primera vez en 1867, el injusto "objetivo" de la culpabilidad "subjetiva" y con ello se pusieran las bases para la moderna teoría del delito". Se atribuye a Binding la elaboración del concepto de culpabilidad en su sentido moderno.

El término "culpabilidad" tiene tres acepciones:

1. Culpabilidad como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el aforismo latino *nulla poena sine culpa*.

2. Culpabilidad como elemento dogmático del delito.

3. Culpabilidad como elemento legitimador de la pena y del ius puniendi.

En lo que aquí toca se tratará principalmente sobre la primera acepción.

El principio de culpabilidad "no hay pena sin culpa" se enuncia dentro del marco general de

13/05/1992 en la Universidad Complutense de Madrid), traducción de Manuel Cancio Mejía (Universidad Autónoma de Madrid).

(47) Cfr. ROXIN, Claus, "Derecho penal Parte General", trad. Luzón Peña D., Ed. Civitas Madrid, 1997, t. I, ps. 176 y 177.

pensamiento liberal ilustrado, que lo deriva del de legalidad con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hechos de “otros”. Es decir, que garantiza la subjetivación y la individualización de la responsabilidad penal.

Pérez Manzano sostiene que algunos derivados de estas ideas son ciertos criterios que excluyen la pena si no se refiere a personas físicas —se excluye los animales y personas jurídicas—, si no se acredita un cierto vínculo psicológico entre la persona y el resultado ilícito, y que la pena se impone individualmente al sujeto responsable (48).

Asimismo, el principio de culpabilidad asegura que solo será legítima la pena que tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y siempre que no se exceda la gravedad equivalente a esta. De esa manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de persona (49).

En nuestro país, si bien el principio de culpabilidad no se encuentra explicitado dentro del texto de la Constitución Nacional, la jurisprudencia lo ha reconocido como principio fundamental, de vital importancia en un estado de Derecho, sin cuyo reconocimiento, como sostiene Yacobucci, no es posible legitimar la legislación penal (50).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha dicho reiteradamente que la culpabilidad es el presupuesto de la pena, al extremo que no es admisible que haya pena sin culpa (51).

Lascano opina que constitucionalmente el principio de culpabilidad halla su fundamenta-

---

(48) PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Culpabilidad y Prevención”, Universidad Autónoma, Madrid, 1986, p. 56.

(49) BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 2<sup>a</sup> ed., p. 169.

(50) YACOBUCCI, Guillermo J., ob. cit., ps. 293 y ss.

(51) Fallos: 271:297, 274:487, 293:101, 302:1123, 303:267 entre otros.

ción en los arts. 1º y 33 de la Carta Magna y en el principio de legalidad, reconocido en el art. 19 de la CN (52).

Cabe señalar que a partir de la reforma constitucional de 1994 ha adquirido consagración expresa en virtud que el art. 75, inc. 22, CN, incorporó ciertos tratados sobre derechos humanos donde se reconoce la dignidad de la persona humana, comprensiva de la capacidad de auto-determinación del hombre para obrar conforme a la norma. Ello surge del art. 1º de la Declaración de Derechos Humanos y de los arts. 11 y 8º, apart. 2º del Pacto de San José de Costa Rica.

Por otra parte, en el Derecho comparado se ha acogido de forma expresa el principio de culpabilidad en la legislación de fondo, ello en la idea de que la pena debe ajustarse a la gravedad de la culpabilidad. Así lo exige el parágrafo 46 StGB alemán (53), el parágrafo 37 StGB austriaco e implícitamente el art. 132 del Cód. Penal italiano. En España, también se recepta en el art. 1º de su Cód. Penal a través de la máxima “no hay delito sin dolo ni culpa”(54).

En nuestro país más allá del reconocimiento jurisprudencial, no se ha incorporado a la legislación positiva una norma de este tipo.

#### II.1.i. Sus alcances

El principio de culpabilidad supone la determinación de la imputación subjetiva sobre la base de que el hecho le “corresponde” al autor (55).

Es decir que no hay imputación por meros resultados, distinguiendo culpabilidad de azar o

---

(52) LASCANO, Carlos J., “Principio de Culpabilidad y Derecho Penal del Enemigo: Nuevas Tendencias Inocuizadoras”, Conferencia ofrecida en el XVI Congreso Latinoamericano y VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, 22/25 de septiembre de 2004.

(53) El Código Penal Alemán ofrece al Juez las directrices para llevar a cabo la tarea de medición de la pena.

(54) En su exposición de motivos se establece la necesidad de incorporar al Código Penal el principio de culpabilidad.

(55) PARMA, Carlos, “El principio de culpabilidad” (consultado el 22/06/2018 en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)).

casos fortuitos y diferenciando, además, los grados de participación en el delito.

Asimismo, hace proporcionales las consecuencias jurídicas con esos grados de participación.

Entonces se incluyen, así como competentes del principio de culpabilidad, al principio de personalidad de las penas, al principio de responsabilidad por el hecho, al principio de dolo o culpa (*nullum crime sine culpa*) y al principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto.

Al respecto Eugenio Zaffaroni, subdivide el principio de culpabilidad en dos principios:

a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de este —exclusión del *versari in re ilícita*— y; b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no es exigible otra conducta adecuada al derecho —principio de exigibilidad—.

Afirma que el principio de culpabilidad puede enunciarse por la fórmula no hay pena sin reprochabilidad. Esto es, el principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana. Cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y con ella el concepto mismo de la persona y, por consiguiente, el de ciudadano (56).

En tanto Bacigalupo colige que el *versare in re ilícita*, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en que la ley no exige su cumplimiento, serán incompatibles con el principio de culpabilidad (57). Agrega que, por un lado, determina los presupuestos de la pena y, por el otro, el cuánto en el marco de individualización de la pena. Desde la primera

perspectiva, el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias:

1) no es admisible la responsabilidad por el mero resultado (responsabilidad objetiva) sin que medie dolo o imprudencia;

2) se debe reconocer el error sobre los hechos, y al menos sobre la antijuridicidad y (58);

3) solo puede ser responsable quien tenga las condiciones espirituales para cumplir con el derecho. En el momento de la individualización de la pena el principio de culpabilidad tiene dos consecuencias: 1) la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y 2) las necesidades de prevención —especial o general— no pueden justificar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad.

En resumen, solo mediante esta vinculación de la pena con la existencia de un reproche y de la gravedad de la pena aplicable con la gravedad del reproche es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena. En la medida que la pena no se utilice para perseguir fines preventivos, deberá ajustar su gravedad a la culpabilidad (59).

Por otra parte, Roxin manifiesta: “Sin perjuicio de la renuncia a toda idea retributiva, hay un elemento decisivo en la teoría retributiva que debe tener lugar en las teorías preventivas de la unión: el principio de culpabilidad como medio para limitar la pena”(60).

Así la culpabilidad puede ser mensurada y determinar entonces la medida de la pena adecuada.

La culpabilidad revelada en el hecho concreto realizado por el autor de un delito constituye el límite infranqueable de la potestad punitiva del Estado.

El maestro de Múnich explica que el principio de culpabilidad opera como criterio limitador de la pena, la cual no puede traspasar, ni en su

(58) BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, ob. cit., ps.169 y ss.

(59) BACIGALUPO, Enrique, “Principios Constitucionales del Derecho Penal”, ob. cit., p. 159.

(60) ROXIN, Claus, ob. cit., ps. 798 y ss.

(56) ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ob. cit., p. 120.

(57) BACIGALUPO, Enrique, “Principios Constitucionales del Derecho Penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 163.

gravedad, ni en su duración, el grado de la culpabilidad.

#### II.1.j. El principio de legalidad

Este principio supone que todos los poderes públicos están sometidos a la ley y, por tanto, que cualquier actuación de tales poderes públicos que suponga una injerencia o invasión de la esfera privada de los particulares debe estar prevista en una norma con rango de ley que, a su vez, establecerá los límites de tales comportamientos públicos.

El principio de legalidad es una consecuencia del principio más general de seguridad jurídica, por el cual toda decisión estatal debe basarse en las leyes y no en la voluntad arbitraria de los funcionarios gubernamentales.

En el ámbito penal significa que un delito solo puede ser considerado como tal cuando la ley lo tipifica de manera expresa. De este modo, el principio de legalidad impide que una persona sea acusada y condenada de manera arbitraria por un delito.

En la Constitución de la Nación Argentina este principio está consagrado en el art. 18 que reza que nadie puede penado sin existir un juicio previo que se funde en una ley anterior al hecho que motivó el proceso.

De este se derivan garantías fundamentales para todo individuo, a saber:

1) **Garantía criminal:** no se considera delito una conducta que no ha sido declarada como tal en una ley anterior a ese delito (*nullum crimen sine previa lege*).

2) **Garantía penal:** solo es posible castigar una infracción penal con una pena que haya sido establecida mediante una ley previamente a dicha infracción (*nulla poena sine lege previa*).

3) **Garantía jurisdiccional:** No es posible ejecutar una pena o una medida de seguridad sino mediante una sentencia dictada tribunal competente y que sea firme, en concordancia con la legislación procesal.

4) **Garantía ejecutiva:** No es posible ejecutar una pena o una medida de seguridad de ma-

nera distinta a la establecida por las leyes y reglamentos, y en cualquier caso siempre bajo el control judicial. Este punto es fundamental en el tópico de esta tesis.

Mir Puig señala que su existencia viene a suponer cuatro garantías de diferente contenido y significado: la reserva de Ley, la irretroactividad, la prohibición de analogía y la taxatividad o determinación. El principio de legalidad supone que no hay delito sino hay ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos; son estas las denominadas garantías criminal, penal, procesal o jurisdiccional y de ejecución.

De estas cuatro consecuencias las dos primeras se dirigen al poder judicial y las dos siguientes al poder legislativo:

A) *Lex scripta*, que supone la exclusión del Derecho consuetudinario.

B) *Lex stricta*, que supone la prohibición de analogía o, más propiamente, de la analogía *"in malam partem"*.

C) *Lex certa*, que hace referencia a la determinación o taxatividad de la Ley penal.

D) *Lex prævia* o prohibición de retroactividad (o, más propiamente, irretroactividad de la ley penal no favorable) (61).

El principio de legalidad siempre ha sido identificado, por otra parte, con dos diferentes dimensiones, una técnica, identificada con la seguridad jurídica, que supone la exigencia de que el legislador formule los tipos penales de forma clara y precisa, y otra política, identificada con la legitimación democrática o vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos, y que viene a suponer el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado. Dentro de esta dimensión se ha de reparar en la existencia de dos aspectos:

---

(61) MIR PUIG, Santiago, ob. cit., ps. 105 y ss.

a) Formal, que hace referencia al rango de las normas reguladoras (Ley o Ley cualificada), dentro del cual se suscita la problemática de las “normas penales en blanco”.

b) Material, que se refiere al grado de precisión que atañe al legislador (*lex certa*) y al grado de vinculación de los Jueces a la letra de la Ley (*lex stricta*).

Se trata, en definitiva, de un mandato de determinación dirigido a dos agentes distintos.

“El mandato de determinación plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De este modo se hacen intolerables en un estado de derecho”(62).

A su vez Esteban Righi sostiene: “[L]a idea del Estado de Derecho, cuyo contenido formal está directamente orientado a garantizar la seguridad jurídica, lógicamente gravita sobre el derecho penal, procurando evitar ejercicios abusivos del ius puniendo estatal pues afectan en forma ilegítima la esfera de libertad del gobernado”(63).

Por otro lado, Zaffaroni afirma que conforme al principio de legalidad formal se construye el tipo normativo de ley penal constitucional que sirve para eliminar las restantes (leyes penales ilícitas). El principio se consagra en la Constitución Nacional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Su expresión constitucional aparece unida al origen mismo del constitucionalismo, a la Constitución de los Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

(62) MIR PUIG, Santiago, ob. cit., ps. 107 y ss.

(63) RIGHI, Esteban, ob. cit., p. 15.

La Constitución de 1853 lo consagró con la fórmula: “... Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”(64).

El principio de legalidad implica la prohibición de la ley *ex post facto*. Este texto no hacía una referencia expresa a esa prohibición, posiblemente por su inspiración en la Carta Magna inglesa y no en la Constitución de los Estados Unidos, por lo que puede entenderse al art. 18 como estableciendo el principio de legalidad procesal y dando por presupuesto el de legalidad penal, lo que no sería descabellado, teniendo en cuenta que en la propia discusión de la Convención de Virginia hubo constituyentes que se opusieron a su inclusión expresa por considerarlo obvio. En cualquier caso, es claro que el art. 18 consagra la legalidad procesal penal y la duda acerca de la legalidad penal (estaría también incorporada a ese dispositivo o se deduciría del art. 1º constitucional) ha perdido importancia en función de su actual consagración expresa en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (inc. 22 del art. 75, CN).

Asimismo, Zaffaroni recuerda que la legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva (art. 19 *in fine* de la CN), que se transcribe en su parte pertinente:

“... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de razonabilidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1º de la CN).

Desde el punto de vista, formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución

(64) Véase el art. 18 de la CN.

Colige que la Constitución Nacional no admite que la doctrina, la jurisprudencia ni la costumbre puedan habilitar poder punitivo. No obstante, los usos y costumbres sirven para establecer los límites de la tipicidad penal cuando la propia ley, en forma tácita o expresa, se remite a ellos: límites del fraude comercial, de la prohibición de maniobras publicitarias, el cuidado debido en múltiples actividades no reglamentadas, etcétera. Es obvio que para la Constitución Nacional es inconstitucional cualquier pretendida ley penal material emanada de la administración. La materia penal queda excluida de los llamados decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º de la CN) —que en rigor son decretos leyes— y debe entenderse que en la prohibición queda incluida la materia procesal penal: la materia penal a que se refiere ese inciso no puede ser otra que la abarcada en la garantía de legalidad constitucional que, sin duda, incluye la procesal penal en el art. 18, aunque se considere que la penal material provenga de otras fuentes. Pero la CN ni siquiera acepta que sean leyes constitucionales las formales que no tengan estructura penal, o sea, que no presupongan un conflicto criminalizado: toda ley que imponga pena sin presuponer delito es inconstitucional, pues le falta el hecho del proceso.

Señala que existen casos en que la ley penal se limita a establecer una cominación, dejando que la acción prohibida sea determinada por otra ley, que puede ser también formal, pero que por lo general no lo es: se trata de las llamadas leyes penales en blanco (que también se llamaron “cominaciones penales ciegas”) (65).

Por otra parte, Yacobucci remarca que, para que cualquier tipo de teorización sobre el Estado de Derecho y la legalidad pueda satisfacer el propósito de racionalidad en el ejercicio del poder respecto de las libertades y bienes fundamentales —tanto a nivel individual como comunitario— y el de reaseguro frente a la arbitrariedad, debe presentar dos notas esenciales. La primera es que todo ejercicio del poder debe estar sometido a formas y procedimientos prestablecidos y reconocidos por la sociedad; la segunda implica que deben los contenidos bási-

cos de bondad, racionalidad, justicia y bien común (66).

Recuerda Roxin que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal sino del Derecho penal, es decir, que todo ordenamiento jurídico debe disponer medios adecuados para la prevención del delito, y también para imponer límites al empleo de la potestad punitiva (*ius puniendi*), ello para que el individuo no quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del Estado (67).

De igual modo sostiene Jakobs que la finalidad de este principio es garantizar objetividad en el sentido de que la conducta punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de los hechos ocurridos, pero aún por juzgar, sino por anticipado y con validez general (68).

En relación con el tema Ferrajoli, distingue el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad. Mientras el primero se limitaría a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el segundo exigiría todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. De ahí se sigue que el principio de mera legalidad sería la condición de la vigencia o existencia de las normas, cualesquiera sean sus contenidos, y el de estricta legalidad o taxatividad de los contenidos sería condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes. Por otra parte, la mera legalidad sería una norma dirigida a los jueces, mientras que la estricta legalidad sería una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decibilidad de la verdad de su enunciación (69).

---

(66) YACOBUCCI, Guillermo J., “Los Principios Fundamentales del Derecho Penal”, Ed. B de F, Montevideo, 2014, p. 369.

(67) ROXIN, Claus, ob. cit., p. 137.

(68) JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 82.

(69) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, 1998, Madrid, 3ª ed., p. 113.

---

(65) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., ps. 98 y ss.

## II.1.k. El principio de legalidad en el sistema americano de DD.HH.

María Luisa Piqué manifiesta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del art. 30 de la Convención ha sostenido que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, la Corte IDH exige que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por los poderes legislativos de cada país de acuerdo con lo establecido por sus respectivas constituciones. “El corolario del principio de legalidad es la reserva de ley, según la cual los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por ley —o sea, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo según el procedimiento requerido por cada Estado parte— en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación”(70).

Por tanto, en la redacción de los tipos penales, se deberá emplear términos claros y precisos, de forma tal que el juez los pueda aplicar a los hechos que tenga que juzgar. Es por esta razón que la ley debe ser estricta y está prohibida la indeterminación en la redacción de las conductas penalmente reprochables.

En “Kimel vs. Argentina”(71) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la necesidad, en la elaboración de los tipos penales, de utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, de tal manera que exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los indi-

(70) PIQUÉ, María Luisa, et al., “La CIDH y su proyección en el Derecho Argentino”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 169.

(71) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Kimel vs. Argentina”, del 02/07/2004, párr. 63.

viduos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

Por otra parte, en “Cantoral Benavides vs. Perú” (72) la Corte también ha cuestionado aquellos tipos penales que son indeterminados en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas y los alcances que tienen sobre el conglomerado social (73).

## II.1.m. Conclusiones

Es imprescindible que un Estado de derecho se ciña a estos principios, asegurando que las medidas de coerción sean legales y proporcionales a la conducta del autor del hecho, evitando todo desvío o atajo, y respetando la dignidad humana como un valor irrenunciable. Ello será necesario al momento de evaluar la procedencia de la excarcelación, de lo que se dará cuenta seguidamente.

# III. Capítulo III

## III.1. La libertad provisoria

D’Albora afirma que, en los Estados modernos, el derecho penal no se aplica de manera inmediata frente a un hecho que presenta los caracteres del delito, como sucede en tiempos de barbarie, sino que la efectiva vigencia de las normas que lo integran requiere una ineludible actividad entre el hecho y la eventual imposición de la pena, tendiente a dilucidar si corresponde el castigo; esa es la función asignada al proceso penal cuyo válido desarrollo exige el sometimiento del imputado al juicio. Entre el hecho y el juicio debe mediar el proceso. “Esto significa que, hasta el momento del pronunciamiento definitivo y para no frustrar la realización del derecho penal material, resultan procedentes las medidas cautelares de carácter personal”(74).

(72) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”, del 03/09/1998, párr. 155.

(73) PIQUÉ, María Luisa, ob. cit., p. 170.

(74) D’ALBORA, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires,

La ley procesal, al mismo tiempo, busca también asegurar el cumplimiento efectivo de la pena fijando por ello límites a aquella libertad, conciliando así el derecho a la libertad con el interés general de evitar la impunidad, sea prohibiendo en algunos casos su otorgamiento, sea condicionándolo en otros (75).

Para Cafferata Nores al reconocerse el principio de inocencia en el Código de rito se refuerza la proscripción de la pena antes del juicio, consagrándose el disfrute de la libertad ambulatoria durante el trámite de la causa (76).

Por su parte Creus sostiene "Sean cuales fueren las distintas finalidades que en el proceso penal se pueden asignar a las restricciones de la libertad ambulatoria del imputado o de otras personas, sin duda la principal es, como se mencionó, la de lograr el éxito en la investigación, en el sentido de reconstruir con la mayor exactitud histórica posible el hecho ocurrido, a lo que se suma asegurar la presencia del imputado en el proceso, aun eventualmente como paciente en la ejecución de sentencia que en él recaiga. "Precisamente esos objetivos son enunciados por las leyes procesales como límites a la restricción de la libertad" (77).

Recuerda Clariá Olmedo: "Se debe regir la libertad provisional para los delitos leves, la libertad caucionada o bajo promesa para los delitos graves, y el encarcelamiento para los delitos gravísimos" (78).

A las restricciones impuestas por la ley procesal, y especialmente las contenidas en el art. 316 del rito se las considera tradicionalmente como "... una razonable reglamentación del derecho constitucional de obtener la libertad en tanto no medie sentencia penal condenatoria" (79).

---

2016, p. 477.

(75) Fallos 280:297.

(76) CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", Córdoba, 2015, 1<sup>a</sup> ed., p. 18.

(77) CREUS, Carlos, "Derecho procesal penal", Buenos Aires, 2013, 2<sup>a</sup> reimpresión, p. 295.

(78) CLARIÁ OLMEDO, Jorge, "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 4.

(79) Fallos 322:1605.

sin que la facultad que la ley otorga a los jueces de apreciar la posibilidad de aplicar condena de ejecución condicional signifique un juicio anticipado o una violación a dicha garantía constitucional.

Conforme el art. 18 la única fuente legítima de privación de la libertad con carácter permanente no es otra que la sentencia definitiva con que culmina el proceso.

Vale aclarar que si bien la Constitución de 1853 carecía en su texto una referencia expresa a lo que se denomina libertad provisoria o caucionada en "su art. 18 ya daba origen a la necesidad de su creación al admitir la pertinencia de privar de libertad a una persona si así lo dispusiere la autoridad competente y, paralelamente, al declarar que nadie puede ser penado sin juicio previo" (80).

Así el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna al incorporar con jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reafirmó tales premisas.

La Corte Suprema ha dicho que el juez debe anoticiar al imputado, en el momento de la indagatoria, acerca de las disposiciones legales sobre libertad provisional (art. 300, Cód. Proc. Penal de la Nación). Siempre que se pudiera trocar la eventual aplicación de la pena por otro medio menos gravoso, corresponde la libertad provisoria que se funda en la Constitución Nacional, y que nace de la forma republicana de gobierno y el espíritu liberal de nuestras instituciones (81).

Por ello y pese a que las fórmulas de los arts. 316 y 317, Cód. Proc. Penal de la Nación parecen presentarla como una facultad judicial, debe rechazarse esa conclusión que pugna con la jerarquía normativa señalada por el art. 31 de la CN.

---

(80) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, 4<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, t. II, p. 543.

(81) Fallos, 7:371; 16:81; 54:273; 102:255; 301:664, entre otros.

Si la Ley Suprema garantiza en determinadas condiciones (art. 28) la libertad, pendiente el proceso (art. 18.), ninguna ley de rango inferior puede desconocerlo (arts. 31, CN y, 14, incs. 1º y 2º de la ley 48) (82).

Agrega D'Albora que *al igual que los demás derechos constitucionales, el tutivo de la libertad de locomoción (art. 14, CN), si bien no puede ser alterado, se supedita a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28)*. “A pesar de su naturaleza constitucional no existe un derecho irrestricto a la libertad provisoria —exención de prisión y excarcelación— pues debe adecuarse a las disposiciones procesales siempre que estas no rebasen el ámbito de la Ley Suprema y se presenten como su derivación razonada” (83). Aquí que debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 7º, inc. 5º de la CADH en cuanto subordina la puesta en libertad, sin perjuicio de la prosecución del proceso, cuando se exceda un “plazo razonable”; la Corte Suprema no fija un límite temporal preciso pues lo subordina al caso concreto (84).

En resumen, si bien es dable reconocer raigambre constitucional a los institutos reguladores de la libertad provisoria, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto.

La Corte afirma que es necesario conjugar el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, con el de quien soporta la condición de imputado. Este difícil equilibrio excluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (85).

En este aspecto, los juzgamientos anticipados refieren a situaciones que, de modo definitivo, solo pueden ser merituadas y resueltas en resoluciones que oportunamente tendrán que producir efectos de cosa juzgada, pero que a los fines de una solución provisional requerida por determinadas incidencias, se autoriza el adelantamiento del juicio del magistrado sobre la base de los datos que en el devenir de la causa estos pueden motivar rectificaciones que lo

modifiquen o soluciones totalmente distintas al resolver en definitiva. Ejemplo de ello sería haber concedido una excarcelación por estimar a primera vista que procederá condenación condicional y al dictar sentencia negar dicho beneficio. Son hipótesis en que la ley prácticamente autoriza una especie de prejuzgamiento (86).

### III.2. Aplicación temporal de la ley

Si bien las normas procesales, por vía de principio, se aplican a todos los actos cumplidos durante su vigencia sin atender a las disposiciones existentes en el momento de la comisión del hecho, que, como hipótesis delictual, constituye el objeto del proceso, tal principio sufre excepción en lo referente a la libertad provisoria. En efecto: es posible aplicar ultractivamente una ley más benigna al resolver (CCC, ED, 19-104, f. 9800; ED, 76-197, ED, 108-561, f. 37.784, entre otros). Tal temperamento se encuentra expuesto por el derecho judicial argentino con pocas excepciones y respaldo doctrinario (87).

### III.3. Naturaleza jurídica

En el proceso penal no solo existen medidas de coerción personal directa —cuyas dos máximas expresiones son la detención (art. 283, Cód. Proc. Penal de la Nación) y la prisión preventiva (art. 312, Cód. Proc. Penal de la Nación) y menor resulta la aprehensión (arts. 284, Cód. Proc. Penal de la Nación y 287, Cód. Proc. Penal de la Nación) —pues con el mismo propósito de asegurar la presencia del imputado, durante su

(86) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 290.

(87) D'ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 477. Este criterio se dejó de lado por la CNCP, Sala IV, al decidir que la ley 25.430, al modificar la ley 24.390, tornaba viable aplicar en forma inmediata el precepto más estricto a las causas en trámite (LA LEY, del 08/04/2002, f. 103.543); PASTOR, “Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes”—censura la decisión con un argumento que, pese a no compartirlo, deviene más que atendible: si el proceso penal integra la parte general del derecho penal, resultaría procedente aplicar el régimen vigente al surgir la relación sustantiva y no al cumplirse la actividad procesal. Las normas que regulan el encarcelamiento cautelar son a la vez regla procesal por sus fines y norma material por sus efectos, es decir, normas penales complejas o ambivalentes que son tanto derecho penal adjetivo como sustantivo, según convenga al mejor respeto de la dignidad de las personas sometidas al poder punitivo estatal.

(82) D'ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 476.

(83) D'ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 476.

(84) ED, 124-568.

(85) Fallos 300:642.

desarrollo, existen otras —también cautelares— que se traducen en medios indirectos, coadyuvantes a la misma finalidad: exención de prisión —para evitar el encierro—, excarcelación —para hacerlo cesar— y procesamiento sin prisión preventiva según el caso (88).

Así existe un régimen de adelantamiento de la libertad provisoria que en realidad está destinado a impedir la efectivización de la privación de la libertad, se trata de la exención de prisión; en el otro extremo se encuentra la cesación de la prisión preventiva. Entre ambos aparece el procedimiento de excarcelación, con el que se puede poner fin a la privación de libertad ambulatoria tanto por la detención cuanto por la prisión preventiva (89).

El Código contiene tres modalidades de libertad provisoria: el auto de falta de mérito (art. 309, Cód. Proc. Penal de la Nación), en la que el imputado debe constituir domicilio a los fines de posteriores citaciones; la exención de prisión y la excarcelación (90).

Creus lo resume magistralmente al decir: “En líneas generales se dan dos actitudes legislativas en esta materia: a) partir del estado de libertad como situación normal de ingreso del imputado en el proceso, o b) partir de la privación de la libertad ambulatoria como regla de dicho ingreso, aunque en definitiva las consecuencias prácticas de los institutos de libertad provisional no presenten grandes diferencias en la una y la otra”(91).

Si se observan los arts. 282 y 283 tienden a la comparecencia del imputado por simple citación, salvo en el caso de delitos graves, dejando entrever que la detención debe ser excepcional.

Como se ve rige el principio de taxatividad en orden a las restricciones objetivamente proce-

dentes, en contra de la doctrina de “peligrosidad procesal”, al menos teóricamente (92).

Asimismo, rige la excepcional aplicación ulterior de la ley procesal por lo que debe admitirse que, si el delito fue cometido vigente una más benigna en cuanto a la soltura del imputado, debe procederse a su libertad aun cuando resultare contrario a la ley que rige el trámite del proceso (93).

En suma, el encarcelamiento cautelar en el proceso solo puede proceder para asegurar sus propios fines, esto es, la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Solo será admisible cuando aparezca como el medio menos lesivo entre todos los adecuados que entran en consideración (94).

Entre las restricciones a la libertad han sido resaltadas como causas eficaces “la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena”, factores que deben considerarse para evaluar la posibilidad que el imputado intente fugarse para eludir la acción de la justicia, pero que no resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva (95).

En este mismo sentido se ha expresado cierta jurisprudencia al establecer: “[A]mparar la medida coercitiva únicamente en el índice legal de referencia a la hipotética pena, coarta la obligación de maximizar el amparo del principio de inocencia, pues impide que al juicio sobre el peligro procesal ingresen otros elementos que pueden posibilitar un mejor conocimiento de su real existencia y escala (...) la idea, entonces, es que no alcanza con un riesgo supuesto de fuga o de entorpecimiento de la actuación jurisdiccional, sino con su verificación concreta. Y aunque se reconozca posible que tanto la prisión preventiva se dicte, como que la medida cautelar se mantenga durante algún tiempo,

---

(88) D'ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 477.

(89) CREUS, Carlos, “Derecho procesal penal”, ob. cit., p. 324.

(90) Cfr. NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 544.

(91) CREUS, Carlos, “Derecho procesal penal”, ob. cit., p. 324.

(92) Excepto en el Tribunal Superior de Neuquén, LA LEY, 2000-D-775.

(93) CCC, Fallos I-2-164 y 166.

(94) Véase ZIFFER, Patricia, “Acerca de la invalidez del pronóstico de pena”, LA LEY, 2000-C-611.

(95) Cfr. Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LA LEY, 1998-D-679.

dada una determinada imputación, superado un lapso deben esgrimirse más razones que esa para sustentar la cautela. Aunque la posibilidad de imponer una determinada sanción penal pueda resultar suficiente (...) para sostener dicha medida en las primeras etapas del proceso, debe esta, al tiempo que su duración razonable transcurre, apoyarse también en circunstancias concretas que (...) revelen la indispensabilidad a que el art. 280 (...) o los riesgos restrictivos del art. 319..." (96).

En punto a ello, Sandro afirma que buscando el equilibrio en la diversidad y considerando flexibles aquellas, la presunción de fuga o entorpecimiento debe examinarse a la luz del peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado (la imputación de un hecho grave con prueba inicial abrumadora reduce la expectativa de una absolución y aumenta el pronóstico de fuga); la personalidad del imputado y su situación particular; y la actitud procesal respecto a la investigación de la verdad (97).

Quienes apoyan la restricción a la libertad ambulatoria durante el proceso encuentran bastamento en la regla de flexibilización del art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto prescribe que los derechos de cada persona deben reputarse limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática; coligiendo que deviene proporcional a esa restricción la seguridad que por su vía se pretende, entendiendo que la pena a cumplir constituirá suficiente motivo para que el condenado eluda la acción de la justicia, todo lo cual es además humanamente aceptable y previsible (98).

Tal solución podría basarse en el art. 28 de la CN. En este punto Ekmekdjian manifiesta que la razonabilidad es un estándar valorativo que

(96) Del voto de mayoría en CNCP, Sala IV, 17/10/05, causa "Beraja", que reitera la doctrina de la causa "Pietro Cajamarca", de esa misma Sala, reafirmada unánimemente en LA LEY, fallo 111.124.

(97) En amplitud LA LEY, 2005-C-638.

(98) Cfr. NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 551.

permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación adecuada entre el fin de salud, bienestar o progreso, perseguido por la norma cuya constitucionalidad se discute y la restricción que ella impone a determinados derechos. "En otras palabras, una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y la intensidad de la restricción empleada" (99).

Empero en "Suárez Rosero" la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado no debe "restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva (...) En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado" (100).

Ahora bien, además de considerarse las hipótesis de soltura previstas en el art. 317, el sistema se nutre también de las disposiciones de la ley 24.390, "... por lo que el límite punitivo en abstracto o las razones subjetivas que impidan la excarcelación del imputado en razón del cumplimiento efectivo que se avizora de la pena, encontraran un valladar en dichas normas para justificar la prolongación de la prisión, como forma razonable de conciliar el derecho a la libertad de la persona con el interés del Estado en asegura su poder penal" (101).

Como se ha visto existen posturas variadas en cuanto a si el imputado debe transitar el proceso en libertad o ser encarcelado para asegurar la sujeción a aquél; personalmente considero que salvo "peligro procesal" verificable, la libertad es el estado natural de todo inocente.

(99) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 33.

(100) "Suárez Rosero", sentencia del 12/11/1997, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(101) Cfr. NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 552.

### *III.4. Libertad por falta de mérito*

El Código (art. 309) prevé otro procedimiento para disponer la libertad provisional, que se ha denominado libertad por falta de mérito.

Creus la define como: “[U]na libertad que ya no se hace depender de los motivos previstos para la excarcelación, sino que se concede en defecto de ello o sin tenerlos en cuenta; exige (indefectiblemente, al contrario de la eximición de prisión) la presencia del imputado en la causa, incluso que ya hubiese prestado declaración indagatoria” (102).

### *III.5. Exención de prisión*

Es el instituto por el cual el imputado por sí o a través de terceros, le peticiona al juez que lo exima de tramitar el proceso privado de su libertad ambulatoria.

Vale decir que el imputado, quien se encuentra en libertad, estima que por el trámite de las actuaciones podría disponerse su detención (103).

“En este caso se adelanta la libertad provisional, evitando la efectivización de la detención, su finalidad es en consecuencia la de mantener en libertad al imputado”, razona Creus (104).

Este instituto es importante pues “la detención preventiva, por más corta que sea siempre causa perjuicios irreparables, y no se justifica, dado que se estaría aplicando un injustificado sufrimiento al individuo que constitucionalmente está en condiciones jurídicas de permanecer en libertad durante el proceso” (105).

Señalan Navarro y Daray: “... [E]l instituto de la exención de prisión tiende a evitar que se produzca la privación de libertad del individuo imputado de un delito en un proceso penal. Por

esa razón, tiene indiscutible raigambre en el art. 18 de la CN y pactos concordantes” (106).

La exención contiene un sistema de garantías ya que el proceso penal se desarrolla con el imputado en libertad y respeta en su esencia la naturaleza jurídica de este ya que este no es considerado culpable. Se considera un verdadero derecho y no una gracia o beneficio que concede el juez. La libertad provisoria por vía de los institutos de la excarcelación o de la exención de prisión es, entonces, la respuesta procesal al derecho constitucional de permanecer en libertad durante el debido proceso previo (107).

### *III.6. Procedencia*

El pedido puede ser efectuado —por el solicitante o cualquier tercero en su nombre—, en cualquier estado del proceso y hasta el dictado de la prisión preventiva, dado que con posterioridad a dicho acto procesal corresponderá intentar la excarcelación, pues el imputado se encontraría ya privado de su libertad (108). Es de destacar que incluso el fiscal podría pedirla.

A fin de evaluar la procedencia de la exención de prisión la Cámara Nacional de Casación Penal, considera que el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de ella. Debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que esta sea; esto incluye las etapas “preprocesales” o policiales (109).

Esta procede al tiempo de la radicación judicial (arts. 188, 194 y 195 del Cód. Proc. Penal de la Nación), siempre que no se haya efectivizado la aprehensión (art. 284, inc. 3º del rito).

Constituye un arbitrio tendiente a preservar la libertad de quien no ha sido aún encar-

---

(102) CREUS, Carlos, “Derecho procesal penal”, ob. cit., p. 327.

(103) Cfr. NAHJJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 60.

(104) CREUS, Carlos, “Derecho procesal penal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 179.

(105) ÁBALOS, Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación”, Mendoza, Cuyo, 1994, p. 223.

(106) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. II, p. 553.

(107) Fallos: 317:1838.

(108) NAHJJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 61.

(109) Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, 5, p. 919.

celado y resulta admisible hasta el dictado de la prisión preventiva, pues entonces precluye la posibilidad de lograrla. A partir de allí la solicitud deviene inadmisible, aun cuando no se haya hecho efectivo el encierro. Si por inadvertencia o de manera aviesa se diera curso favorable a una petición, cuando ha caducado el plazo para tramitarla, correspondería al agente fiscal anoticiar su nulidad por vía incidental (arts. 166 y 169, Cód. Proc. Penal de la Nación) o bien involucrarla al deducir el recurso previsto por el art. 332 del rito, con miras a la ulterior vía casatoria (art. 456, inc. 2º, Cód. Proc. Penal de la Nación).

La referencia a “causa penal determinada” significa que sin proceso penal abierto el pedido de eximición es inadmisible. Debe tenerse en cuenta que, si la imputación es real y concreta, en algún supuesto cabría instar la exención aun antes de la existencia material de la causa en tribunal penal alguno (110).

Excepcionalmente, la condición de prófugo no es obstáculo para su exención de prisión (art. 290, Cód. Proc. Penal de la Nación), aunque pueda influir en el otorgamiento o en su modalidad (art. 288, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Tampoco la rebeldía de quien fue previamente excarcelado o eximido de prisión en la misma causa es impedimento por si sola para denegar su libertad provisoria bajo la última de dichas modalidades (111).

En igual situación se encuentra el imputado detenido en causa ajena a aquella en la que es requerida la exención.

Pero será óbice para el otorgamiento de la exención de prisión, que ya se hubiere dictado la prisión preventiva, toda vez que ese dictado implica un mérito que debe hacer el juez en relación con la libertad del imputado, pues tiende a evitarla (112).

(110) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 478.

(111) La Cámara Criminal y Correccional en pleno aceptó la procedencia del instituto respecto del imputado que le había sido revocada la libertad provisoria por incumplir sus reglas (LA LEY, 1986-C-462).

(112) JA, 1999-IV-673.

En el caso de pedidos reiterados formulados sin que cambie el sustento factico, la jurisprudencia ha autorizado su rechazo *in limine* (113).

En cuanto al juez competente “Si la solicitud se presenta ante el juez de turno no se afecta el principio constitucional del juez natural; siempre, desde luego, que no se haya individualizado al tribunal bajo cuya dirección actúan los preventores (art. 186, Cód. Proc. Penal de la Nación, párr. 1º, segunda oración); en ese caso no resultaría legítimo que un magistrado distinto del que tiene a su cargo la instrucción conozca lo atinente a la libertad del imputado. A favor del criterio de que el principio del juez natural no sufre mengua por la intervención del que se halla de turno surge la exigüidad del plazo establecido para la decisión (art. 331)” (114).

Una vez averiguado el juez actuante, el magistrado de turno debe inmediatamente remitirle la solicitud “porque es quien naturalmente deberá decidir sobre la petición” (115).

El encuadre jurídico del hecho o calificación penal resulta imprescindible porque tanto la escala penal aplicable en abstracto como la posible modalidad de ejecución condicional de la pena subordinan su procedencia.

Es decir que el magistrado deberá formalizar una calificación provisional del hecho, lo cual no implica formular un juicio de mérito sobre las imputaciones formuladas sino simplemente encuadrarlas típicamente (116).

Su omisión trae aparejada la nulidad de la decisión, ya que priva a la resolución de un elemento esencial (117).

En el caso de concurso de delitos si la pena máxima que resultara fuere inferior a ocho años de prisión, deberá concederse la exención de

(113) LA LEY, 1998-B, 40235-S.

(114) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 479.

(115) Cámara Criminal y Correccional, Sala VII, 13/12/1983, causa 3474.

(116) LA LEY 1988-C-475.

(117) Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, ED, ps. 168 y ss.

prisión (salvo las causales del art. 319 de rito, las que se analizarán más adelante).

Ahora bien, si la pena resultante fuere superior a ocho años, el juez deberá valorar si en el caso concreto es posible que recaiga condena de ejecución condicional (118).

Agregan Navarro y Daray: “[S]i el hecho típico reprochado reconoce márgenes de punición que en abstracto permiten el mantenimiento de la libertad, ello no será razón *per se* para reconocerlo en tanto que del mérito consecuente que se haga de las particulares circunstancias del caso derive —y así se fundamente— que la eventual condena a recaer será de cumplimiento efectivo”(119).

“En mi opinión este pronóstico que hace el magistrado es violatorio del principio de inocencia pues la determinación de la procedencia de condena de ejecución condicional presupone un juicio que debería realizarse en la etapa del plenario.

“La jurisprudencia sostiene que la pena siempre será cuantificada en función de la participación del imputado en el hecho y del grado de comisión de este, por lo cual en caso de tentativa deberá reducirse la pena conforme lo dispuesto en el art. 44 del Cód. Penal (120).

“Más adelante haré referencia a fallos señeros (121) que declaran la inconstitucionalidad de la interpretación del precepto efectuada por el juez con fundamento exclusivamente en las escalas penales.

“En el caso de la exención de prisión presentada por un imputado que resultare detenido con posterioridad, por aplicación del principio *iura novit curia* el juez debe interpretarla como un pedido de excarcelación” (122).

---

(118) Cfr. Fallos: 321:3630.

(119) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 556.

(120) Cámara Criminal y Correccional, Sala IV, 16/11/1973, causa 16.306.

(121) “Barbará”, LA LEY, 2004-A-304.

(122) Cámara Nacional en lo Penal Económico, LA LEY, 1980-A-114.

A su vez, la exención de prisión presentada ante el juez requerido, en ocasión del diligenciamiento de un exhorto con el fin de detener al imputado es improcedente (123).

### *III.7. Delitos que no admiten la libertad provisional*

La ley 24.410 ha vuelto a establecer “delitos no excarcelables” o eximibles de prisión.

Afirman Navarro y Daray: “Así ha ocurrido con los ilícitos que tipifican los arts. 139, 139 bis y 146 del CP (por la protección que merece el bien jurídico tutelado), conforme los fundamentos del dictamen del miembro informante del Senado) rompiendo el principio por el cual la libertad provisoria, salvo circunstancias que hagan a la persona del imputado, corresponde siempre que el delito imputado no tenga prevista una pena grave y de cumplimiento efectivo...”(124).

El legislador nacional no está, pues, limitado constitucionalmente para impedir dicha libertad cuando lo estime necesario. Las leyes que establecen la permanencia en prisión del imputado durante la sustanciación del proceso por obstar a su libertad provisoria no afectan ninguno de los derechos consagrados por la Constitución Nacional (125).

### *III.8. Diferencias con la excarcelación*

Si bien el Código establece que la excarcelación podrá concederse en los supuestos que corresponda la exención de prisión, la vía idónea dependerá de si el encartado goza o no de libertad, aun cuando se hubiere decretado su prisión preventiva. Así, una vez detenido el imputado deberá transformarse la exención requerida en excarcelación.

Cabe señalar que la exención de prisión no requiere para su rechazo el dictado del procedimiento y prisión preventiva del imputado; en cambio, la denegatoria de la excarcelación

---

(123) Cámara Criminal y Correccional, Sala de Feria, LA LEY, 1979-C-60.

(124) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 558.

(125) CF Cap., JA serie contemporánea 1971-IX, p. 414, f. 19.151.

exige que el juez, luego de la indagatoria del aquél, resuelva su situación, ya sea decretando su procesamiento y prisión preventiva u ordenar su libertad. Es más, el exento de prisión puede de no haber prestado declaración indagatoria inclusive (126).

Por otro lado, la exención de prisión puede ser requerida por el propio imputado o por terceros en su nombre. Sin embargo, estos últimos, no pueden solicitar su excarcelación, cuyo trámite solo resulta viable frente a una solicitud del propio encartado o su defensor (127).

A su vez el pedido de exención puede presentarse ante el juez de turno, cuando se desconociera el juez competente, mientras que la excarcelación debe serle requerida al juez de la causa, quien contará con los antecedentes del imputado al resolver, lo cual no es necesario para decidir una exención (128).

### *III.9. En la extradición*

La ley 24.767 rige las cuestiones atinentes a la extradición pasiva externa o internacional. Conforme al texto de la norma, no es posible aplicar las leyes locales en lo referente a la exención de prisión y/o excarcelación, con excepción de los supuestos contemplados en dicha ley.

Empero el art. 26 ha sido correctamente declarado inconstitucional, de tal modo que el requerido gozará de los mismos derechos que otorga la ley procesal (129).

Ello así porque si bien la extradición pasiva externa está reglada muchas veces por los tratados internacionales, estos no pueden incidir sobre la libertad provisoria que, dentro del ámbito de la República, debe quedar regida por las disposiciones locales, aunque deban también to-

(126) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 559.

(127) CCC, Sala V, 04/12/2003, “Acuña”.

(128) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 560.

(129) CCC, Sala I, LA LEY, 2000-F-808.

marse en cuenta las relaciones internacionales que asume el país (130).

Cabe reseñar que la falta de arraigo en el país puede justificar la denegatoria de la solicitud de excarcelación (131).

Afirma Nahijhian que, sin perjuicio de lo que establece la normativa, el art. 26 de la ley 24.767 deberá ser necesariamente interpretado conforme a las disposiciones Constitución y supralegales que consagran los principios de inocencia e igualdad ante la ley, debiéndose tener presente que habrán de evaluarse a los fines de los beneficios que el sujeto sometido a extradición intente si concurren en la especie o no los peligros procesales que podrían llegar a ser considerados un obstáculo para su concesión, dado que en caso contrario se denegaría la posibilidad del otorgamiento pura y exclusivamente en función de que el propio proceso excluye su otorgamiento sin más, lo que resultaría a todas luces arbitrario e inconstitucional (132).

### *III.10. Recurribilidad*

No puede denegarse el recurso extraordinario contra la decisión desestimatoria de la exención, con fundamento en la doctrina según la cual la condición de prófugo obsta a su admisión, pues no puede extenderse a los casos en que la misma ley permite al interesado permanecer en libertad mientras se discute su otorgamiento (133).

### *III.11. La excarcelación*

#### *III.11.a. Concepto*

El diccionario de la Real Academia Española la define como: “Acción y efecto de excarcelar”, y a este último término como: “Poner en libertad a un preso por mandamiento judicial” (134).

(130) CCC, Sala I, 02/05/77, causa 12.667 “Romero Canoval T.”, fijándose para ello caución bastante que asegure la comparecencia futura del imputado en caso de ser requerido

(131) CF, JA, 19-1973, índice 87.

(132) NAHJJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 75.

(133) CS, JA 1991-III-294.

(134) Véase [www.rae.es](http://www.rae.es)(consultado el 25/06/2018).

Creus afirma que es el “... procedimiento destinado a interrumpir la privación de la libertad ambulatoria en cuanto ejecución de la detención o prisión preventiva, no a impedirla, como ocurre en la eximición de prisión, ni a poner fin exclusivamente a la prisión preventiva, como ocurre en la cesación de esta”(135).

### *III.12. Generalidades*

El caso de los “delitos no excarcelables” responde a la preocupación del legislador por no facilitar la impunidad de los imputados en casos graves (136).

Con el mismo fundamento, no cabe objetar el señalamiento en la ley de la caución real como única vía para la obtención de la libertad provisoria (137). Según Jarque cuando el hecho se califique como incuso en el descripto por el art. 139, Cód. Penal “la escala punitiva no impide la soltura pues considera que la modalidad de su incorporación —a continuación del párrafo segundo del art. 316 y no como factor independiente— impide... que sus alcances se extiendan al primer párrafo... que, vale repetirlo, respecto de la mentada figura penal —única de las tres que prevé una pena privativa de la libertad no superior a los ocho años— conserva plena operatividad”(138).

El problema que veo aquí es que se vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues se excluye a unos y se la concede a otros en las mismas circunstancias sin razones valederas, arbitrariamente, por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ella se frustra la acción de la justicia, todo lo cual podría ser inconstitucional (139).

Empero es verdad que el criterio de la Corte Suprema en el precedente de Fallos 280:297 impone no desatender las características particulares de los delitos imputados para resolver “...

desde el punto de vista del derecho concretamente aplicable al caso” (consid. 10), sin que, además, deba olvidarse “... la gravedad institucional del caso, con miras a una adecuada preservación de los principios de la Constitución, y en particular del objetivo fundamental de afianzar la justicia” (consid. 12) y, por último, “... si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto o sea el instituto de la prisión preventiva...” (consid. 13).

Por otro lado, cuando las provincias preservaron instaurar sus ordenamientos procesales quedó descontado que asegurar la buena administración de justicia, en el ámbito local, les incumbe. Si esto es así deviene discutible que pueda privárseles de tener en cuenta las circunstancias locales que pueden obstar —razones de política criminal mediante— para regular la libertad provisoria. Precisamente fueron esas circunstancias —a pesar de que la Corte Suprema entienda lo contrario —las que autorizaron al legislador nacional para establecer el carácter no excarcelable de ciertos delitos en lo que atañe al ámbito nacional (arg. art. 75, inc. 30, CN).

German Bidart Campos analiza: “También resulta mengua para la garantía de la igualdad pues, en vez de utilizar las facultades que la CN le confirió para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal, recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva. Añade: “[L]a limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o la repulsa social de algunas conductas —por más aberrantes que puedan ser—, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia, ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de las prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al convertirla en una verdadera pena anticipada”(140).

---

(135) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 328.

(136) Fallos 280:297.

(137) Cámara Nacional Penal Económica, Sala B, LA LEY, del 30/06/1998, f. 97.416.

(138) JARQUE, Gabriel D., “Exención de prisión y excarcelación en la ley 23.984”, JA del 26/07/1995, ps. 11-22.

(139) En igual sentido Fallos: 321:3630.

---

(140) BIDART CAMPOS, German J., “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad”, LA LEY, del 26/04/1999, f. 98.639. En

En consideración a su penalidad, el agregado del art. 146 resulta innecesario.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró dentro de las facultades conferidas al legislador por la Constitución Nacional, la de establecer un régimen general de excarcelación fundado en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia (Fallos: 321:3630).

Asimismo, sostuvo que tales normas no constituyen sino una razonable reglamentación del derecho constitucional de obtener la libertad en tanto no medie sentencia penal condenatoria (Fallos: 322:1605).

En el mismo sentido, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya opinión debe servir como guía para interpretar lo estipulado en la Convención (CSJN, Fallos: 319:1840), afirmó que “la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia” (141) —

Señala Nahijhian: “... [L]a libertad del imputado o su limitación dependerá del criterio lógico que deberán formarse los magistrados acerca de si —estando aquel en libertad— podrá igualmente asegurarse el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley —que son los fines del proceso penal— ello con independencia de las escalas penales en abstracto de los delitos que se le imputaran, ya sea que estas superen el máximo previsto o por el contrario que no lo alcancen” (142).

### III.13. Procedencia de la excarcelación

Nahijhian opina: “[L]a excarcelación procede cuando el imputado se encuentra sufriendo una detención emanada legítimamente por parte de

el mismo sentido CCC Fed., Sala II, tribunal que a su vez declara la inconstitucionalidad del art. 26, párrafo segundo de la ley 24.767 en cuanto veda la aplicación de las normas sobre excarcelación a los requeridos de extradición, LA LEY, del 29/10/2002, f. 104.628.

(141) Cfr. Consid. 28 del informe 2/97 de la CIDH.

(142) NAHIJHIAN, Ernesto, ob. cit., p. 40.

la autoridad competente para disponerla” (143). Esta procede de oficio o a pedido de parte.

El juzgador al decidir deberá tener en cuenta lo dispuesto por la totalidad de los artículos del Código Procesal, de la Constitución Nacional y de los Pactos Internacionales. Es decir que las reglas fijadas por los arts. 316 y 317 del rito son presunciones *iuris tantum* (144). Seguidamente se transcriben ambos artículos para su posterior análisis:

“Art. 316. — Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que esta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquella, su exención de prisión.

“El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho [8] años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante, ello, también podrá hacerlo si estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal. (Expresión ..., salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal) incorporada por art. 12 de la ley 24.410, BO del 02/01/1995).

“Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá, si corresponde, la solicitud”.

### Excarcelación. Procedencia

“Art. 317. — La excarcelación podrá concederse:

“1º) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión.

“2º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de

(143) NAHIJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 70.

(144) Significa que admite prueba en contrario.

la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan.

“3º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada.

“4º) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme.

“5º) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios”(145).

### *III.14. El inciso primero*

De acuerdo con la remisión que practica la norma, la excarcelación de un sospechoso procederá si pudiere corresponderle por el o los hechos una pena no superior a ocho años de prisión. En este supuesto su libertad será viable sin restricción alguna salvo que se den las circunstancias impeditivas del art. 319, al que me referiré oportunamente (146).

Ahora bien, si la pena máxima superara aquel límite, el juez deberá valorar en el caso concreto si la eventual condena pueda ser de ejecución condicional. Se valdrá para ello de las pautas contenidas en los arts. 26, 27 y 41 del Código Penal, es decir, la pena mínima del delito, los antecedentes condenatorios del imputado —ya sea en función de constituir impedimento para una segunda ejecución condicional de la eventual sanción— y, finalmente, la posibilidad de que esa forma de cumplimiento del castigo tenga aplicación práctica, vista la personalidad de aquel y las demás pautas de evaluación (147).

Señala Creus: “... [N]o se trata, pues de una aplicación automática a partir de la graduación del mínimo legal de pena asignado al delito

---

(145) Cfr. [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)(consultado el 25/06/2018).

(146) CCC, Sala V, LA LEY, 2001-E-848.

(147) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 562.

atribuido, ni de la sola existencia de una nueva oportunidad para asignar (por segunda vez) aquella modalidad, errónea actitud en que han caído no pocos jueces o tribunales, lo que no es otra cosa que una corruptela en la aplicación del supuesto excarcelatorio”(148).

Empero si el hecho no admitiere la posibilidad de ejecutar en suspenso la pena a imponer, tal circunstancia no será suficiente para denegar la soltura a la luz de la doctrina “Díaz Bessone”. En lo personal considero acertado este plenario, pues el magistrado debe considerar la “pena en concreto” a la hora de evaluar el otorgamiento del beneficio excarcelatorio (149).

Así también la pena a recaer deberá cuantificarse a la luz de la participación del individuo en el hecho y su grado de comisión (arts. 41 ter, 42, 45, y concs. del CP).

A los fines de la excarcelación, el juez de instrucción tendrá en cuenta la calificación efectuada en el auto de procesamiento, si este preexistiere (art. 318) salvo que hubieren sido incorporados con anterioridad al proceso elementos de convicción que permitieren apartarse de esta o la modificación de aquella hubiere tenido lugar indirectamente (150). En cambio, si no mediare auto de procesamiento, el juez habrá de calificar la conducta al resolver el pedido, sin perjuicio de su facultad de reverla al dictar aquel (art. 318, párr. 2º del Cód. Proc. Penal de la Nación).

Pero esa calificación habrá de regir con tal firmeza solo hasta verificar la requisitoria de elevación a juicio del proceso, practicada por el fiscal (art. 347, TOF Nº 1 de Córdoba, LLC, 1998-391, no por el querellante, pues el legislador excluye su participación en el trámite de libertad provisoria del imputado; o eventualmente, si fuera disímil, el auto de remisión a juicio, conforme al art. 351). Producidos tales actos se podrá replantear el problema de la excarcelación de acuerdo con la nueva calificación, siendo factible, aún, la revocatoria de la ya concedida.

---

(148) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 330.

(149) CNCP, LA LEY, 2008-F-419.

(150) CCCF, Sala II, ED, 175-422, entre otros.

Asimismo, se ha reconocido la libertad del tribunal de juicio para admitir una calificación legal del hecho que se atribuye al encartado, distinta de la contenida en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, a los fines de la excarcelación, porque "... si está facultado por ley para cambiar el encuadramiento jurídico del hecho cuando se trata de dictar sentencia (...) no puede pretenderse que carezca de tal facultad para resolver una cuestión incidental" (151).

### III.15. *El inciso segundo*

Si el sospechoso hubo de cumplir en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista para el delito o delitos atribuidos a él, el cercenamiento de su libertad se torna ilegal, aunque fuere reincidente (152).

Es de destacar que la inobservancia de lo prescripto por este inciso haría incurrir al juez en una de las figuras de prisión preventiva ilegal reprimida por el art. 270 del Cód. Penal. Es que ha desaparecido todo interés en frustrar el juicio oral mediante la fuga, a la par que se neutralizó el propósito de impedir el desarrollo de la investigación, mira que entonces resultaría inocua (153).

Es uno de los supuestos que compelen al tribunal a proceder oficiosamente (art. 318, párrafo primero, primera oración del Cód. Proc. Penal de la Nación). No proceden las restricciones previstas en el art. 319, del mismo modo que resultaría inaceptable "... tratar un embargo preventivo por una cantidad superior al monto de la deuda" (154).

(151) CNCP, Sala II, JPBA, 114-114-214.

(152) CCC, ED, 48-142. En algunos códigos provinciales esta hipótesis se denomina "cesación de la prisión preventiva".

(153) Cám. 2<sup>a</sup> Crim. Salta, JA 1980-III-380, f. 29.657; CCC, JA 1977-II—634, f. 26.830, entre otros. Aquí la excarcelación correspondería a una falta de disposición legal expresa. En igual sentido CAFFERATA NORES, José I., "Procedencia de la excarcelación por el tiempo de prisión preventiva sufrida aun a falta de norma procesal expresa", JA 1980-III-381.

(154) CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", Ediciones del Puerto, p. 141.

### III.16. *El inciso tercero*

En cuanto a la hipótesis de este inciso, recién habrá de existir requerimiento fiscal propiciando una pena determinada en ocasión de formularse las conclusiones finales por el Ministerio Público ante la Cámara (art. 393, Cód. Proc. Penal de la Nación), momento en el cual se completa la acusación comenzada al impeler la elevación a juicio en los términos del art. 346, Cód. Proc. Penal de la Nación. Por eso, virtualmente, carece de operatividad (salvo en los supuestos demarcados por el art. 431 *bis* del rito). Además, la norma no permite valorar el eventual exceso en el monto de la sanción perdida.

La jurisprudencia tiene dicho que el supuesto de este inciso debe interpretarse con relación a la pena prevista para el delito por el que se formuló el requerimiento de elevación a juicio, de ser disímiles las calificaciones y aunque sea más grave la del auto de procesamiento (155). Dice bien Almeyra: "... [Q]ue la falta de adecuación puede provenir no solo de un requerimiento extremadamente injusto por lo exagerado, sino también de un supuesto de signo inverso, e incluso de una hipótesis que no necesariamente tenga que ver con la forma en que el órgano requirente individualiza el límite de su pretensión..." (156).

Por eso la demora en elevar la causa a juicio no puede prolongar la privación de libertad del imputado, pues dicha restricción solo tiende a asegurar el resultado de la investigación (157).

El cómputo se efectúa de acuerdo con el art. 24 del Cód. Penal; se destaca el acierto de haber incluido a la detención. En realidad, es una causal propia del sistema escrito para evitar la prolongación del encierro cuando medie un pedido fiscal de pena y la decisión final demandare un lapso prolongado. En vez "... en el sistema de enjuiciamiento mixto, también conocido como de juicio oral... esta hipótesis pierde mucho de virtualidad a poco que reparemos en el momento

(155) TOF N° 1 Córdoba, LLC, 1998-391, entre otros.

(156) ALMEYRA en CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", ob. cit., ps. 139-140.

(157) CNPE, Sala de feria, LA LEY, del 23/02/1998, f. 96.664.

procesal establecido para que el Ministerio Fiscal pida pena, el cual no es otro que el de la discusión final..."(158).

### *III.17. El inciso cuarto*

La sentencia de mérito impugnada no adquiere firmeza debido al carácter suspensivo del recurso (art. 442, Cód. Proc. Penal de la Nación). Si el encartado se encuentra privado de libertad y la casación prospera, resultará aplicable el art. 473, Cód. Proc. Penal de la Nación. Es un supuesto de excarcelación privilegiada (159).

Es así como, una vez recaída sentencia condenatoria, si la pena impuesta permite tenerla por cumplida, procederá la soltura del condenado sin condicionamiento alguno, no obstante, los recursos de carácter extraordinario que pudieren interponerse contra aquella (arts. 456, Cód. Proc. Penal de la Nación y 14 de la ley 48), como si a tales efectos esta hubiera adquirido firmeza, pues su presunción de acierto autoriza la soltura (160).

### *III.18. El inciso quinto*

Este precepto anticipa al instituto de la libertad condicional para el caso de haber de que el imputado haya cumplido en detención o prisión preventiva un lapso tal que, de haber existido condena, lo habría tornado de aplicación a su favor (art. 13, Cód. Penal).

Este inciso impone realizar la estimación teniendo en cuenta el encuadre jurídico efectuado en el auto de procesamiento (art. 306, Cód. Proc. Penal de la Nación) o en la requisitoria de elevación a juicio (art. 347, párrafo segundo del rito), según el momento en que se solicite. Únicamente procede durante el juicio cuando se integró la acusación y se encuentre cubierto el recaudo del art. 13, párrafo primero del Cód. Penal. En efecto: en esa ocasión recién podrá efectuarse una estimación que haga viable la libertad anticipada conforme a la citada disposición de la ley sustancial. Si se dispusiera el

ulterior cumplimiento de la pena no se computará el tiempo de la soltura (161). Los excarcelados en virtud de este precepto no deben ser sometidos a encierro mientras tramita su libertad condicional o se completan los recaudos a los mismos fines: las condiciones de control (residencia, inspección y patronato) y las de conducta (abstención de bebidas alcohólicas, medios legítimos de subsistencia y abstención de delitos) se cumplen mientras permanecen excarcelados (162).

El tiempo de excarcelación no puede tomarse como cumplimiento de pena; de lo contrario se consideraría que la pena comienza a surtir efectos antes del dictado de la sentencia de condena. A los fines del art. 24, CP solo deben computarse los tiempos de prisión preventiva en que el sospechoso estuvo efectivamente privado de su libertad (163).

La finalidad de este inciso es que el encierro no sea más gravoso que la condena, pues se violarían criterios de proporcionalidad y racionalidad (164). Incluye también la hipótesis de ocurrencia efectiva de esa condena, mientras adquiera firmeza, y hasta la sentencia condenatoria o anulada (165).

---

(161) CCC, id., t. I, p. 161; CF Cap., JA 1981-III índice, p. 76.

(162) CCC, en pleno, JA 23-1974, p. 33, f. 23.266.

(163) CNCP, Sala IV, DJ, 2001-2, p. 1178, f. 17.100; id., Sala II, LA LEY, del 09/11/2001, f. 102.872, con nota de KENT, "Una hermenéutica casatoria amoldada a derecho", para quien si las restricciones para disfrutar la excarcelación hubieran sido más cercanas a las vigentes para otorgar la libertad provisional, la decisión podría haber sido diferente. En contrario se ha entendido que si la liberación mediante excarcelación fue concedida con sujeción a las exigencias del art. 13, CP, o, por lo menos, con aplicación de las restricciones establecidas por el art. 310 CPPN, no existe impedimento para que tal período pueda asimilarse al transcurrido en libertad condicional y computarse como cumplimiento de pena (CNCP, Sala II, ED del 24/09/2003, f. 52.279).

(164) CNCP, Sala III, LA LEY, 2002-E-727; y JA, 2003-I-736.

(165) CNCP, Sala III, LA LEY, 2002-E-727, en tanto el límite máximo de la pena a aplicar esté dado por el pronunciamiento anterior declarado nulo a raíz de los recursos deducidos por la defensa que restringen la posibilidad de imponer una pena mayor. El órgano deberá a ese fin, tal como sucede en otras alternativas, practicar

(158) CHIARA DÍAZ en CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", ob. cit., p. 411.

(159) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 484.

(160) CNCP, Sala II, ED, 186-310.

### III.19. Procesos de excesiva duración

El Código Procesal ignoró, entre otros tratados internacionales, la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 7º, inc. 5º, establece el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta, en su defecto, en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso (166).

La ley 24.390 (modificada por la ley 25.430) ha suplido este vacío, disponiendo que la prisión preventiva de una persona no pueda ser superior a los dos años, con posibilidad de un año más de prórroga, mediante resolución fundada, basada en la pluralidad de delitos o en la complejidad de las causas.

Vencidos los plazos el imputado podrá recuperar su libertad bajo caución sino mediare oposición del Ministerio Público que únicamente podrá basarse en la gravedad del delito o el concurso de las circunstancias del art. 319 o en articulaciones manifiestamente dilatorias de la defensa (167).

La constitucionalidad de la ley (arts. 1º y 2º) se cuestionó aisladamente con base en que la razonabilidad del tiempo de detención del sujeto es resorte exclusivo de los jueces y no puede ser sustituido mediante el juicio apriorístico y genérico de otro poder del Estado (168). En mi opinión no es un desborde del Poder Legislativo, sino más bien un reaseguro tendiente a evitar encarcelamientos sin sentencia firme.

Ahora bien, los plazos fijados en la ley no se han considerado de aplicación automática, esto es operativos por su mero transcurso, sino que, por el contrario, se ha interpretado que aquella no hubo de derogar el régimen excarcelatorio y

un pronóstico acerca del monto de la pena a recaer (CNCP, Sala III, JPBA, 114-112-213), donde se agrega la dificultad del pronóstico en los delitos que admiten las penas alternativas de prisión y reclusión, pues la última no admite ejecución condicional por virtud del art. 26 del Código Penal.

(166) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit. p. 567.

(167) CNPE, Sala A, LA LEY, 2000-F-982, 43214-S.

(168) CCC, Sala de Feria, ED, 164-57, con disidencia.

que, por tanto, “han de ser valorados en relación con las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del CPMP y del CPP, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable” (169).

La jurisprudencia también sostuvo que si no se legitimó la prolongación del encierro que padece el encartado, no pueden oponerse criterios de valoración impeditivos como los previstos en el art. 319, que suponen el regular sometimiento previo a las normas que rigen la restricción de la libertad ambulatoria (170).

### III.20. Oportunidad de la excarcelación

Creus enseña: “La excarcelación puede hacer cesar tanto la detención cuanto la prisión preventiva, vale decir, puede disponerse o proponerse, ya que se ha producido el acto de la indagatoria y hasta antes de la conclusión del juicio” (171).

No puede restringirse la excarcelación de oficio a la presentación espontánea o a la citación. De esta manera se dejaría de lado el sustento constitucional del régimen de la libertad provisoria y, en algún caso (art. 317, inc. 2º del Cód. Proc. Penal de la Nación), podría derivar responsabilidad para el juez renuente en afrontar la soltura (art. 270 del Cód. Penal) (172).

A diferencia de la exención de prisión, la excarcelación, además, de ser concedida de oficio, solo puede ser requerida por el imputado o su defensor. El trámite de oficio es viable exclusivamente para el caso de resultar a primera vista procedente la soltura del detenido, porque en caso contrario obligaría a convalidar la denegatoria a través del dictado, dentro del plazo legal, del auto de procesamiento y prisión preventiva, generándose así una situación adversa para el

(169) CS, Fallos, 319:1840, en el que se concluyó que las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputaban, la condena anterior que registraba, así como la pena solicitada por el fiscal, hacían presumir que en caso de obtener la libertad intentaría eludir la acción de la justicia. Empero, en mi opinión, estos criterios son imprecisos.

(170) CCC, Sala VII, LA LEY, 1998-E-685.

(171) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 335.

(172) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 486.

sospechoso, eventualmente no querida por este o su defensor (173). Asimismo, debe ser escuchado el Fiscal, quien puede recurrir la resolución que se dicte (174).

Por ser una cuestión accesoria corresponde la formación de incidente, aun tratándose de un procedimiento de oficio.

### *III.21. La calificación del hecho*

Es de vital importancia pues la concesión o la denegatoria de la excarcelación dependen de la calificación legal que se asigne al encartado. Cuando se trate de un procesado que se encuentre cumpliendo prisión preventiva es natural que la calificación a tomar en cuenta sea la del auto de procesamiento. Pero en la etapa anterior, cuando el imputado está detenido sin decretarse el auto de procesamiento, es preciso que se formalice la calificación (de modo provisional hasta que se lleve a cabo dicho acto) para poder resolver el incidente de excarcelación (175).

En este punto Navarro y Daray aclaran: "... [L]a regla reconoce relatividad derivada del avance de los procedimientos o de la incorporación de nuevos elementos de apreciación de la conducta tipificada o de otras cuestiones incidentales que pudieran plantearse" (176).

De manera similar se pronuncia D'Albora al decir: "Si la solicitud se presenta antes del auto de procesamiento debe efectuarla provisoriamente el órgano judicial, sin supeditarse, como es obvio, a la fijada, aún en forma precaria, por los órganos de prevención; sin perjuicio de ello, aquella calificación no causa efecto" (177).

---

(173) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 570.

(174) Aunque el hecho de establecer el art. 331 que la solicitud será pasada en vista al fiscal al fiscal genera alguna opinión de que ello no necesariamente debe ocurrir en el trámite de oficio.

(175) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 335.

(176) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 571.

(177) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 486.

Puntualmente la jurisprudencia ha dicho que es nula la denegatoria de excarcelación si se omitió tener en cuenta la calificación legal del hecho atribuido (178).

La Cámara Federal de Bahía Blanca ha sostenido que el juez de instrucción debe expedirse sobre la procedencia de la soltura, aunque tenga que anticipar un pronóstico de la pena a imponer (179).

A su vez se ha afirmado: "Corresponde pronosticar seriamente una conducta elusiva para denegarla, sobre todo si se duda sobre la calificación assignable al hecho..." (180).

### *III.22. La denegatoria de la excarcelación*

Para un mejor análisis del tema se transcribe a continuación el artículo correspondiente del Código Procesal Penal de la Nación:

#### *"Restricciones*

"319. Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el art. 2º de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundamentalmente, que esta intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones".

Sostienen Navarro y Daray: "... el art. 319 no rige ya como un supuesto de excepción para los casos en que la libertad anticipada es viable sobre la base de los arts. 316 y 317, sino a dichos fines, como un elemento de igual jerarquía a estos" (181).

Al respecto D'Albora afirma: "Las dos pautas determinantes del otorgamiento de la libertad provisional son las indicadas al final: soslayar

---

(178) CCC, Sala de Feria, LA LEY del 02/04/2002, f. 103.491.

(179) CFed. Bahía Blanca, Sala I, ED, t. 167, p. 33, f.47.067.

(180) CCC, Sala V, LA LEY, del 09/03/2000, f. 99.948.

(181) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 572.

el sometimiento a la jurisdicción u obstaculizar la pesquisa. Parece razonable a tal fin atender a la cuantía de la posible condena según los criterios señalados en los arts. 316, párrafo segundo y 317. En vez, no resulta aceptable subordinar la libertad provisoria a «... la objetiva y provisional valoración de las características del hecho...», pues son datos ya evaluados en aquellos preceptos. En cuanto a «... la posibilidad de la declaración de reincidencia...» deviene sensato porque tiene dos efectos: uno es truncar la posibilidad de una condena de ejecución condicional (art. 27, Cód. Penal) y el otro que, como agravante genérica prevista en el art. 41, inc. 2º, Cód. Penal, exija la imposición de una pena cuyo monto resulte inescindible del cumplimiento efectivo; de donde no podría concederse ni la exención de prisión (art. 316, párrafo segundo, última oración) ni la excarcelación (art. 317, inc. 1º; Cód. Proc. Penal de la Nación)... Por último, es atendible ponderar el otorgamiento «...de excarcelaciones anteriores...» como dato estimable a los fines de considerar tanto el monto como la modalidad de ejecución de la pena, circunstancias que exteriorizarán un interés por generar cualquiera de las situaciones impeditivas»(182).

En mi opinión, en cambio, no parece sensata la redacción de este artículo. Veamos, comienza afirmando que la denegatoria de la excarcelación se hará *respetando el principio de inocencia*, cuando de la práctica surge que cuando se tiene que aclarar que se va a respetar algo es porque, muy probablemente, sea lo primero que se viole.

Continúa haciendo referencia a la *valoración de los hechos*, pero este índice es muy difícil de objetivar, y es ahí cuando se cuela la discrecionalidad judicial.

Seguidamente refiere a la *posibilidad de declaración de reincidencia, a las condiciones personales del imputado y a las excarcelaciones anteriores que hubiere gozado*, que constituyen lo más cercano a la «peligrosidad del delincuente» y al derecho penal de autor (183) que todo Estado de derecho moderno debe evitar.

(182) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 488.

(183) ROXIN, Claus, ob. cit., t. I, p. 176, ha definido este concepto, clarificando que existe «cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el

Finalmente toma como criterios de la denegatoria *la elusión de la justicia y el entorpecimiento de las investigaciones*. Empero estos criterios son muy imprecisos, permiten una gran amplitud interpretativa y, consecuentemente, podrían dar lugar a arbitrariedades; y la arbitrariedad es «amiga» de la inseguridad jurídica.

En este punto la jurisprudencia ha dicho que el precepto es inaplicable, por regla, al imputado que demuestre su intención de someterse a la justicia (184).

Asimismo, que no corresponde tener por reincidente a los fines excarcelatorios a quien fue condenado, pero no cumplió detención en tal carácter (185).

La Cámara Nacional en lo Penal Económico ha establecido que cuando resulte razonable inferir que el sujeto cuenta con medios para eludir la acción de la justicia, corresponde denegar la soltura (186). Sin embargo, lo que es «razonable» para un magistrado, puede no serlo para otro.

Los siguientes supuestos constituyen referencias a meritar por el tribunal para evaluar el otorgamiento de este instituto:

Como debe adoptar la forma de auto (art. 332, Cód. Proc. Penal de la Nación) necesita encontrarse motivado, bajo pena de nulidad (art. 123, Cód. Proc. Penal de la Nación); la Cámara Criminal y Correccional, Sala VII exige la fundamentación de la supuesta «peligrosidad procesal» y «revocó la desestimación del pedido excarcelatorio pues aquella no se había explicitado ni demostrado»(187). La fundamentación es muy importante porque sus premisas no deben aparecer como meras afirmaciones irrazonadas y, necesariamente, precisan remitirse a circunstancias acreditadas en la causa; si así no ocurre,

grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que solo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal».

(184) CNPE, Sala A, LA LEY, 1998-E-368.

(185) CNPE, Sala B, LA LEY, del 30/06/1998, f. 97.418.

(186) CNPE, Sala A, DJ, 1999-1, p. 964, f. 13.997.

(187) LA EY, del 19/12/1994, f. 92.743.

la negativa podría dar lugar al recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48 (**188**). Pese a no tratarse de sentencias definitivas, resultan equiparables pues pueden originar agravios de imposible reparación ulterior (**189**).

Al hallarse en juego una garantía constitucional estrechamente eslabonada con la libertad personal, se configura un supuesto de nulidad absoluta (arts. 18, CN y 167, inc. 3º, 168, párrafo segundo y 456 del Cód. Proc. Penal de la Nación) (**190**).

La Corte tiene dicho que el fundamento de este precepto radica en que los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional no son absolutos y su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamentan, las que, si son razonables, no pueden impugnarse como inconstitucionales; su razonabilidad depende de que se adecuen al fin perseguido por la reglamentación que no ha de adolecer de iniquidad manifiesta (**191**).

La sala A de la Excma. Cámara Nacional en lo Penal Económico ha sostenido: "No resulta fácil disociar entre la soltura provisoria y la actitud asumida por el imputado en el proceso. Pero es obvio que quien facilitó la pesquisa y no se sustrajo a la acción de la justicia señala, con su comportamiento, que se le podrá llevar a juicio" (**192**).

Por el contrario, si se verifica un tinte mendaz en la versión del imputado, debe cargar con las consecuencias que marca la ley. A tal fin corresponde evaluar "... si exteriorizó una voluntad que autoriza a invocar la presunción plasmada en la parte final de este artículo..." (**193**).

La Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de Paraná ha afirmado: "Para sustentar

---

(188) Confr. CS, JA 1989-I-256; E.D., t. 114, p. 421, f. 38.919 y, t. 134, p. 867, nros. 186 y 187.

(189) CS, Fallos, 301:664.

(190) D'ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 488.

(191) CS, Fallos, 300:642.

(192) LA LEY, del 25/09/1997, f. 96.052.

(193) CCCFed. San Martín, Sala II, ED, del 28/04/2000, DPPC, f. 98.

la denegación en esta causal deben explicarse, fundadamente, los motivos para inferir que se intentará burlar la acción de la justicia o qué razón existe para considerar que la presencia física del encartado contribuirá al éxito de la investigación; se reclama una motivación suplementaria para unir la valoración de las circunstancias de los hechos y la personalidad del procesado con la presunción invocada" (**194**). Es procedente la denegatoria si se falseó la identidad del imputado y también se ocultó el antecedente condenatorio que registraba (**195**).

La sala VII de la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional ha considerado que la notificación por edictos no alcanza para constituirse como único fundamento del peligro de fuga, ya que se requiere verificar que la contumacia haya sido deliberada (**196**).

Por su parte la Sala VI de la misma Cámara ha entendido: "Corresponde denegar la excarcelación a quien gozó del beneficio en otro proceso, revocado en virtud de la declaración de rebeldía dictada. Esta circunstancia, sumado a que el imputado intentó abandonar la escena de los hechos, hacen presumir que intentará eludir la acción de la justicia" (**197**).

Denegada la excarcelación o exención de prisión, el valor de cosa juzgada formal del auto que así lo resuelve impide su revisión, salvo que se produzcan modificaciones ulteriores que, en general, harán a la calificación del hecho (**198**).

### *III.23. Condiciones de soltura*

La liberación provisional queda condicionada a una serie de obligaciones dispuestas por la ley que el juez puede imponer al liberado. Estas están destinadas a ejercer el control necesario de su persona respecto del proceso "... pero no exentas de la finalidad de restarle oportunidades para recaer en el delito: que no se ausente

---

(194) CCCFed. Paraná, LA LEY, del 13/08/2001, f. 102.447.

(195) CCC, Sala V, LA LEY, del 07/11/2001, f. 102.858.

(196) CCC, Sala VII, DJ del 14/05/2003, f. 19.635.

(197) CCC, Sala VI, LA LEY del 15/10/2002, f. 104.548.

(198) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 578.

del lugar de su residencia, que no concurra a determinados sitios, que se presente a la autoridad en días fijados con ese objeto, que se abstenga de realizar ciertas actividades” (199).

Aquí se advierte que la ley otorga instrumentos al magistrado para controlar (200) al imputado “excarcelado”. De esta forma se puede cumplir con la “doble garantía” de resguardar el principio de inocencia, por un lado, y la seguridad de la sociedad en su conjunto, por el otro.

### III.24. Las cauciones

Se trata de mecanismos para asegurar o reforzar el cumplimiento de las obligaciones que asume el liberado provisionalmente. El art. 321 del Cód. Proc. Penal de la Nación marca, entonces, tres modalidades bajo las cuales se busca que el encartado comparezca cada vez que el tribunal lo requiera y, fundamentalmente, que no eludirá el cumplimiento de la sentencia condenatoria que eventualmente pudiera recaer en su contra.

Advierten Navarro y Daray: “Se ha instituido otra pretorianamente, la institucional [CCC, Sala I, 30/05/2008, causa 33.865, «Maldonado»], a nuestro juicio ilegalmente, pues no puede someterse ni condicionarse la libertad de un individuo a pautas o procedimientos no admitidos ni aceptados por el legislador. Los modos de caucionar la libertad no han sido dejados por aquel a libre discreción o la creatividad del órgano jurisdiccional, sino fijados primero taxativamente y luego, reglamentados en particular” (201).

Coincido con ellos en que se debe respetar la voluntad del legislador en un tema tan sensible como la caución de la libertad, que de ningún modo puede quedar sujeta a la discrecionalidad judicial.

Así, las tres modalidades establecidas legalmente son:

(199) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 336.

(200) A través de los patronatos de liberados de cada jurisdicción, de las “pulseras electrónicas” y de otros mecanismos idóneos.

(201) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 579.

a) Caución juratoria es solo la promesa juramentada, por quien evita el encierro u obtiene la libertad, con la mera aserción formal, de que se someterá a las condiciones que regularán, en el futuro, su situación. Consiste en el compromiso liso y llano de observar el comportamiento procesal impuesto (202).

Como las cauciones procesales son seguridades o cautelas otorgadas en resguardo y garantía de una obligación derivada del proceso, la denominada juratoria carece de toda significación cautelar pues solo es una simple libertad bajo palabra (203). Es la regla en la aplicación de ambos institutos, el de la exención de prisión y el de la excarcelación. Solo subsidiariamente, y en ese orden, serán aplicables la personal o la real.

Afirma Solimine: “... [A]tendiendo al principio de proporcionalidad y sus consecuencias, cuando la pena que se espera a resultas del juicio se estima que será pena privativa de libertad de aplicación en suspenso, la caución que condicione la soltura necesariamente deberá ser juratoria, pues la imposición de una caución de carácter económico (real o personal) y la probabilidad de que no pueda ser satisfecha inmediatamente, generaría que el trámite del proceso infligiera al liberado un mayor rigor que el que surgiría de la misma condena” (204).

Se ha considerado procedente frente a la carencia de bienes e ingresos del imputado, casado y con hijos (205), a su falta de antecedentes y las circunstancias del hecho (206), o si pese a

(202) CAFFERATA NORES, José I., “La excarcelación”, ob. cit., 2<sup>a</sup> ed., p. 100.

(203) COUTURE, Eduardo J., “Caución procesal”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 868.

(204) SOLIMINE, Marcelo A., “Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 455.

(205) CCCF, Sala II, 28/06/1984, “García, R. M.”

(206) CCC, Sala I, 04/03/1986, causa 30.324, “Yoderi, U. F.”

su condición de extranjero, se radicó definitivamente en el país y permanece en él (207).

b) La personal es la obligación asumida por el imputado con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que fije el juez al conceder la excarcelación. Aunque no se la denomine así, siempre que se autorice la constitución de una prenda o hipoteca (art. 324, Cód. Proc. Penal de la Nación), la caución seguirá siendo personal pues lo único real serán las últimas (208).

Se la ha reimplantado para los casos en que el imputado “no tiene arraigo o trabajo conocido y se pone en peligro la concesión del beneficio” (209).

La caución personal exige poner en conocimiento del juez, para su aceptación, los bienes o rentas con que cuenta el fiador (esto es, la “solvencia suficiente” del art. 323 del Cód. Proc. Penal de la Nación; inclusive los ingresos provenientes de su trabajo), mediante medios de los que derive certeza en la información que se proporciona (como informes actualizados de registros, declaraciones ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entre otros), de lo que no se encuentra exento el abogado ofrecido como fiador, y que el juez puede mandar a verificar (210).

Es decir, acreditar solvencia es verificar una aptitud económica que cubra el monto de la caución, lo que supone efectuar una indicación de los bienes o de la renta, incluso de la de su trabajo personal, para que el tribunal los constate.

Es condición indispensable, para que el fiador pueda asumir la calidad de tal, comprobar previamente la ausencia de inhabilitación personal que le impida disponer de sus bienes (211).

---

(207) CCC, Sala VI, 20/02/1986, causa 13.102, “Maldonado Martínez, J. B.”

(208) CAFFERATA NORES, José I., ob. cit., p. 101.

(209) Informe del Ministro de Justicia ante el Senado de la Nación del 21/08/1991.

(210) CCC, Fallos, V-201.

(211) CCC, Sala I, 06/10/1995, causa 3575, “Mon, M. V.”

Como la caución personal consiste en la obligación que el fiador o fiadores, junto con el imputado, y en forma solidaria, asumen la obligación de abonar la suma que el juez fije al otorgar la exención de prisión o la excarcelación, la responsabilidad de aquellos debe estar de acuerdo con el monto establecido (212).

La alternativa de que se revoque la excarcelación no hace variar la situación del tercero fiador constituido, cuya exigibilidad dependerá del momento en que se le intime a la presentación del encausado por el juez (213).

Asimismo, el magistrado debería valorar si el patrimonio del garante fue ofrecido con anterioridad como caución en trámites similares y si las obligaciones derivadas de ellos son exigibles, pues así habrá de quedar afectada la garantía ofrecida. En relación con el límite de “cinco fianzas subsistentes” estipulado por el art. 323 del rito, aquel busca evitar la actividad de organizaciones que lucren y especulen con la libertad de los imputados (214).

c) La real podrá constituirse en la suma (o bienes ejecutables) que el juez determine, cubierta a través de las modalidades previstas en el art. 324 del rito y destinada —al igual que en los dos supuestos anteriores— a cumplimentar las exigencias del párrafo segundo, es decir que, por la naturaleza económica del delito atribuido, se conforme como la más adecuada para garantizar la comparecencia del imputado (215).

El párrafo final del precepto reafirma la subsidiariedad y limita su aplicación, tácitamente a los delitos de naturaleza económica como el contrabando (216), o los delitos contra la propiedad (217); pero no son tales los que puedan dar lugar a reclamos por daños y perjuicios, que carecen de esa naturaleza, como el abuso sexual.

---

(212) CCC, Fallos, IV, 297.

(213) CF Cap., Sala II, reg. 1179, del 18/03/1980.

(214) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 583.

(215) En igual sentido CCC, Sala I, LA LEY, 2001-C-754, CNPE, Sala B, DJ, 1999-3-724, entre otros.

(216) CF Corrientes, LLIitoral, 2001-408.

(217) CCC, Sala VI, JPBA, 118-106-259.

El depósito de la suma en caución se efectúa a la orden del tribunal —sea por el propio encausado o por un tercero— y, cuando se cumpla en dinero en efectivo, habrá de adoptarse un temperamento —p. ej., depósito a plazo fijo— para evitar el deterioro del valor real de la moneda; también es posible disponer su hipotético mejoramiento en dinero cuando la suma fijada deje de responder a su finalidad por efecto de su depreciación (218). El depósito no implica transferir la propiedad; el Estado no ostenta título alguno para obtener un provecho propio de la inmovilización del dinero; por eso corresponde restituir al fiador los intereses generados por el depósito a plazo fijo cuando se ha dispuesto hacer efectiva dicha caución (219).

La caución real debe ser aplicada restrictivamente y con prudencia (220). Cuando la prolongación de la libertad demuestre que es imposible para el liberado satisfacer la caución se atenuará su monto (221).

Si el monto de la caución frustra su otorgamiento, la decisión debe considerarse sentencia definitiva a los fines casatorios. Se conculca el derecho a permanecer en libertad, agravio que resulta de imposible reparación ulterior (222).

El embargo no es aceptado como garantía por el legislador, porque esa medida cautelar carece en sí misma de efectividad en los términos pretendidos por el art. 330 del Cód. Proc. Penal de la Nación (223). Por ello, la constitución de prenda o hipoteca son las únicas vías aptas para afianzar, según se trate de bienes muebles o in-

(218) CCC, Fallos, 2da. serie, t. II, p. 161; id. con referencia a las cédulas hipotecarias, JA 979-III-83, índice, nro. 5; id. ED, t. 86, p. 753, f. 32.749.

(219) CFed. Cap., Sala I, ED, t. 169, p. 226, f. 47.411.

(220) CNPE, Sala B, LA LEY, 1998-C-903 y DJ, 1999-3-724.

(221) CNCP, Sala I, LA LEY, 2004, D-562.

(222) CNCP, Sala I, DJ, 1998-2, p. 898, f. 13.151; conf. DESIMONI, “Razonabilidad de la caución en la eximición de prisión y en la excarcelación”, LA LEY, Actualidad, del 24/07/1997, p. 1.

(223) CAFFERATA NORES, José I., ob. cit., p. 213.

muebles, con prescindencia de su lugar de ubicación (224).

No pueden ofrecerse bienes de la sociedad como caución real para obtener la libertad provisoria de su presidente (225).

El fiador puede ser sustituido por otro fiador que reúna las mismas condiciones que se le exigieron a aquel. Asimismo, los bienes caucionados pueden ser sustituidos por otros que a criterio del juez satisfagan el monto de la garantía, p. ej. la fianza en dinero es susceptible de ser sustituida por hipoteca (226).

El Código no establece pautas expresas indicativas de la pertinencia de alguna de las modalidades de caución. Para Navarro y Daray ... se pueden rescatar por vía indirecta las que se apuntan en los arts. 319 o 324 último párrafo...”(227). Es así como para alguna jurisprudencia podrán invocarse conjunta o individualmente las condiciones personales del imputado, las características del hecho, la falta de arraigo de aquel, y su contumacia en otros procesos (228).

Quisiera hacer un alto en este punto y advertir una vez más que, cada vez que el legislador no fija criterios objetivos y taxativos, se abre la puerta a la discrecionalidad y, consecuentemente, a la inseguridad jurídica.

### *III.25. Las obligaciones del imputado y su fiador*

El imputado debe fijar un domicilio procesal dentro del ejido urbano del asiento del tribunal

(224) CCC, LA LEY, 145-392.

(225) CF Rosario, LA LEY, del 16/02/1995, f. 92.876, con nota de RACCIATI (h.) — ROMANO — ROMERA, “Eximición de prisión, objeto social y capacidad de la sociedad comercial para ser fiadora”.

(226) CCC, Sala I, 30/11/1971, causa 12.930, “Campolonghi, L.”

(227) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 579.

(228) CNCP, Sala III, 19/08/2009, causa 11.226, “Sansalone, F.”, donde pese a la falta de pago se valoraron, para mantener la cuantía de la fianza impuesta, la pluralidad de sumarios en trámite; los reiterados hechos calificados como estafas que se le atribuían al imputado, el monto elevado en ellos obtenido, y sus fugas anteriores.

de que se trate, al igual que su fijador (art. 145, Cód. Proc. Penal de la Nación). Esta regla opera para todos los supuestos de libertad anticipada.

Asimismo, ambos deben denunciar su domicilio real, que podrá estar ubicado en cualquier lugar del país. Ahora bien, en caso de que el denunciado sea falso, puede ocasionar la revocación de la excarcelación o exención de prisión concedidas (229).

En caso de tener que ausentarse por más de veinticuatro horas deberá requerir la autorización judicial. En mi opinión esto es un tanto excesivo, puesto que con la mera noticia al tribunal tendría que ser suficiente, tanto para las ausencias como para los cambios de domicilio, siempre que sean dentro de la República. Mas el cambio de domicilio no comunicado no obliga por sí solo a considerar que el encartado tratará de eludir la acción de la justicia (230). Dependerá entonces, si la modificación se produjo al día siguiente o luego de varios meses de proceso.

Así también deberá requerirse autorización para viajar. Cabe señalar, la denegatoria será apelable por el imputado, más no su concesión, por parte del fiscal (231). Ahora bien, la concesión de la autorización para viajar puede ser objeto de caución real (232), que puede añadirse a la ya establecida para la excarcelación o exención de prisión, al implicar una modificación de la situación analizada al concederlas.

No puede obstaculizarse la salida del país, porque no existe ley en la que pueda sustentarse válida y constitucionalmente tal limitación, y

---

(229) CCCF, LA LEY, 117-856.

(230) CNCP, Sala I, JPBA, 117-92-227, en el que se señaló, casándose la decisión del tribunal de juicio que no se había hecho lugar a la exención de prisión, que tal circunstancia, desconocida por el tribunal y el defensor, "es insuficiente para acreditar la voluntad de sustraerse a la jurisdicción", lo cual dependerá de las particulares circunstancias que pudieron haber provocado la mudanza.

(231) En contra CCC, Sala V, 05/10/1985, causa "Schoklender P", pues le causa agravio el otorgamiento de la autorización.

(232) CNPE, Sala B, LA LEY, 1997-D-635, DJ, 1997-3-983.

la coerción personal del imputado solo puede encontrar respaldo en aquella (233).

El requerimiento debe ser limitado en el tiempo, porque no puede otorgarse sin fecha de regreso (234).

En cuanto a la cancelación de las cauciones, cabe consignar que se produce cuando ha desaparecido el objeto de la caución, es decir, cuando el imputado es devuelto al encerramiento constitutivo de la privación de la libertad o cuando las resoluciones recaídas en la causa lo tornen procesalmente imposible como cuando se ha dictado el sobreseimiento. Consecuentemente declarada la extinción de la fianza personal, se devuelve el dinero, efectos o valores depositados o levantando prendas, hipotecas o embargos trabados (235).

Si el cese de la prisión preventiva determina la libertad, debe considerarse cancelada la fianza real (236).

Debe dejarse sin efecto la providencia que intimó al imputado a sustituir la caución real prestada si no se encontró mérito para dictar la prisión preventiva (237).

La cancelación de la fianza libera los bienes dados en garantía. Si se tratare de dinero se entregarán o se librará orden para ello, sin que sea necesaria la conformidad del imputado para su devolución al depositante, porque se presume de su propiedad si no se hizo reserva alguna al depositarlo (238).

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir al juez que lo

---

(233) CAFFERATA NORES, José I., ob. cit., p. 27. En contra CCCF, Sala I, JPBA, 112-140-349, en la que se sostiene que la prohibición para salir del país puede sustentarse en la sola circunstancia de haber encontrado el juez mérito para el llamado a indagatoria.

(234) CF, JPBA, 18-217-2343.

(235) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 343.

(236) CCCMar del Plata, Sala II, DJ, 1998-1, p. 599, f. 12.564.

(237) CNPE, Sala A, LA LEY, del 22/08/2001, J. Agrup. caso 16.021.

(238) CCC, Sala I, 09/05/1967, "De Stefano".

sustituya por otra persona. También podrá sustituirse la caución real (conf. art. 328 del Cód. Proc. Penal de la Nación).

Los motivos aducidos por el fiador se exigen para evitar que se preste a distorsiones dando lugar a una verdadera profesión (239), ya sea porque el fiador no pueda seguir ejerciendo el control de su asegurado o continuar ofreciendo sus bienes en concepto de garantía, en tanto el juicio se haya prolongado demasiado, entre muchas otras razones.

Cuando el fiador manifestó su decisión de abandonar dicha función, debe separársele y reintegrarle el dinero con que caucionó el otorgamiento de la libertad provisoria. En tal caso corresponde intimar al liberado a satisfacer la garantía bajo apercibimiento de revocar el beneficio. No es posible obligar a alguien a permanecer en un cargo que no quiere detentar ni a mantener un compromiso como es el de la fianza (240).

En el trámite de sustitución no participa el fiscal, pues carece de interés.

El auto que deniegue la sustitución es apelable por el fiador.

La caución garantiza el sometimiento a la jurisdicción; si el tribunal emplaza y aquel no se presenta —sin mengua de ordenarse su detención—, debe comunicarse al fiador —también al imputado— la posibilidad de que la caución se pierda al vencer el tiempo para la presentación (arts. 116 y 162 del Cód. Proc. Penal de la Nación) (241).

Se entiende que el liberado ha incumplido cuando no compareció ante el tribunal, legalmente citado; o no se presentó a cumplir la pena privativa de la libertad impuesta (242).

(239) VÉLEZ MARICONDE — SOLER, “Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Penal”, ed. oficial, Córdoba, 1941, p. 76.

(240) CNPE, Sala B, JA 1998-II-519.

(241) D’ALBORA, Francisco, ob. cit., p. 495.

(242) CCC, Sala II, 14/11/1985, “L. A. G.”

Por otra parte, si el encartado compareciese, fuese presentado o detenido antes de haberse hecho efectiva irrevocablemente la garantía del fiador debe ser revocado el auto que ordenó la efectividad de esta y cancelarse la fianza, siendo las costas a cargo del fiador (243). Para Ledesma esta doctrina es correcta, porque distingue entre el auto que ordena hacer efectiva la fianza y la material efectividad de esta, siendo a partir de esta última y no del primero que el imputado o el fiador pierden definitivamente la fianza (244).

La incomparecencia del excarcelado y el consiguiente incumplimiento del compromiso asumido, tiene dos tipos de sanción: una de coerción personal, que tiene que ver con la detención del imputado, y otra de carácter económico o coerción real, por lo cual el titular de los bienes dados en garantía se verá privado de ellos al efectivizarse la fianza. Si se tratare de bienes que hubieren de ser objeto de remate público, una vez dispuesta y firme la medida que así lo decreta, habrá de obtenerse testimonio de las piezas que correspondan y remitirlo a la justicia civil para la debida ejecución. El fiador podrá interponer recursos contra la resolución que ordena hacer efectiva la fianza, más no contra la providencia por la que se lo intimó a presentar al fiado (245).

La excarcelación y la exención de prisión se tramitan siempre por vía incidental, también para el caso de hacerlo de oficio (conf. art. 331, Cód. Proc. Penal de la Nación). La vista fiscal es siempre imprescindible, aún en el trámite oficial. Su omisión causa la nulidad del trámite consecuente (art. 167, inc. 2º, Cód. Proc. Penal de la Nación) (246).

Es dable recordar que todo el trámite no puede exceder de veinticuatro horas.

(243) CCC, Fallos Plenarios, I-589.

(244) LEDESMA, Guillermo A. C., “Eximición de prisión y excarcelación”, Librería Editorial Platero, Buenos Aires, 1994, p. 146.

(245) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 598.

(246) CCC, Sala I, DJ, 1999-I-749.

La excarcelación se podrá requerir tanto durante la etapa instructoria como en el momento del juicio. En este último caso será resuelta por el tribunal oral pertinente como incidencia del proceso. La diferencia importa para determinar la vía impugnativa: en el primer caso el recurso correspondiente es el de apelación (art. 332, Cód. Proc. Penal de la Nación) y será resuelto por la Cámara; en el último corresponde pedir la reposición (art. 440, Cód. Proc. Penal de la Nación) y si ha mediado arbitrariedad o gravedad institucional podrá acudirse a la Cámara Nacional de Casación Penal a fin, no solo, de preservar la doble instancia (ahora garantía constitucional, art. 75, inc. 22, CN) sino también de lograr el pronunciamiento del superior tribunal de la causa (247).

### *III.26. Recurribilidad*

La resolución que conceda o niegue la libertad provisional es apelable, tanto para el fiscal cuanto para la defensa del encausado. Así, si estando el imputado privado de libertad esta se le concede, el recurso no impide la liberación; si encontrándose en aquella condición se deniega la liberación, sigue privado de la libertad puesto que el recurso no tiene el efecto de suspender la ejecución de la resolución impugnada, lo cual posee vital importancia en la exención de prisión, puesto que al ser denegada procede la detención del aquél (sin que la impida la interposición de la impugnación).

Las resoluciones sobre libertad provisional son revocables en cualquier estado del proceso, ya sea de oficio o a instancia de parte, por circunstancias fácticas (como la falta de presentación del imputado ante la convocatoria del juez), y/o por circunstancias jurídicas (como el cambio de calificación). Es decir que aquellas no causan estado (248). La libertad provisoria no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, pues resulta reformable y revocable al no causar estado (249); la admisión de la instancia extraordinaria contra

---

(247) De acuerdo con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Giroldi, Horacio D.”, ED, del 05/07/1995, f. 46.523.

(248) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 347.b.

(249) CS, ED, t. 106, p. 618, f. 37.352.

decisiones que deniegan la excarcelación debe basarse en circunstancias excepcionales, como sería la existencia de vicios sumamente graves del procedimiento denegatorio (250). Sin embargo, puede equipararse a definitiva cuando ocasione perjuicio de imposible reparación ulterior, siempre que se halle involucrada en el caso alguna cuestión federal, pues la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma (251).

El fiscal puede apelar aún en favor del encarcelado. La legitimación de aquel no solo persigue obtener que se revoque una libertad provisoria improcedente, conforme a su criterio, sino que también admite la situación inversa; cuestionar el acierto de la desestimación (postulando, p. ej. una reducción de la garantía fijada, art. 433, Cód. Proc. Penal de la Nación) (252).

De la actividad impugnativa concerniente a la libertad del imputado ha sido excluido el querellante. De allí que se haya afirmado que tampoco está entre sus facultades la de adherir a la apelación interpuesta por el fiscal (253).

En contra, Navarro y Daray ya que opinan: “... [E]l derecho a ser oída otorgado por la Constitución Nacional a la víctima (art. 8º, párr. 1º, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) comprende el de acusar y obtener condena aun en forma autónoma (doctrina del caso ‘Santillán’)...” (254).

En esa dirección, aunque sin reconocer el derecho de la parte querellante a impugnar en la materia, se ha expresado la pertinencia de escucharla en la audiencia fijada para que la defensa informe sobre el recurso interpuesto contra la denegatoria de la excarcelación (art. 468, Cód.

---

(250) CS, JA 1988-III-394.

(251) CS, ED, t. 109, p. 127, f. 37.850; t. 114, p. 421, f. 38.919; t. 121, p. 133, f. 39.765; t. 34, p. 867, nros. 186 y 187 y t. 144, p. 479, f. 43.812; LA LEY, del 06/05/1996, f. 94.229.

(252) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 600.

(253) CNPE, Sala B, 27/12/2005, causa “Gauthier, A. A.”

(254) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 601. En igual sentido se pronuncia NAHJJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 86.

Proc. Penal de la Nación) teniendo en cuenta el derecho a ser oída que la ampara (255).

El tercero peticionante de la exención puede recurrir; si puede pretender la aplicación del instituto corresponde aceptarlo para perseguir la justicia de su requerimiento ante el órgano superior (256).

Cabe señalar que lo que ni el juez ni el tribunal pueden hacer, cuando la causa ya se encuentra en el estadio del juicio, es cambiar la calificación del auto de procesamiento que se tuvo en cuenta para conceder o denegar la libertad provisional, conforme a las normas que imponen esa calificación. En ese caso recién cuando la sentencia incluya una hipótesis de excarcelación o cesación de prisión preventiva, pueden cambiar la situación del procesado detenido (como, p. ej., la sentencia absolutoria o que impone condena de ejecución condicional no firme aún) (257).

El plazo que rige para deducir recurso respecto del auto que otorga o deniega la excarcelación es de veinticuatro [24] horas. En vez, cuando se desestimó la sustitución de la caución juratoria debe acudirse a la regla general del art. 161 del Cód. Proc. Penal de la Nación; de lo contrario se efectúa una interpretación extensiva en contra del impugnante (258). Este plazo se aplica no solamente para la impugnación de la concesión o de la denegatoria sino, además, y obviamente —pues los institutos no existen sino en función de la caución que los integra—, para la impugnación de su tipo, y hasta para la del monto fijado, "... pues el espíritu que alimenta la norma no admite distinciones, por vincularse a la búsqueda de la más pronta libertad del imputado, que de cualquiera de aquellas circunstancias pueda derivar" (259). La eventualidad de que se presenten apelaciones contemporáneas so-

bre ambos extremos (como ser, la concesión y, subsidiariamente, el monto de la caución, por el acusador) ha sido mostrada adicionalmente como razón de la impertinencia de una interpretación distinta (260).

Deducida la apelación, debe ser resuelta por la Cámara de Apelaciones, aún concluida la instrucción (261), que tendrá facultades no solo para definir la caución aplicable sino hasta para establecer su monto (262), sin que ello implique violación a la garantía de la doble instancia, pues se trata, en el fondo, del mismo tribunal que debe finalmente establecerla.

La apelación podrá deducirse respecto del monto de la caución real fijada o del tipo seleccionado, salvo cuando no se haya especificado la caución bajo la cual se requeriría la soltura del encausado o el aseguramiento de su libertad (263).

Por su parte, la apelación del auto de excarcelación o exención de prisión no es la vía apta para cuestionar la calificación del hecho practicada en el auto de procesamiento y en tanto fuese posible hacerlo recurriendo este (264).

El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo. Asimismo, si el apelante es lego y está detenido, la motivación que exige el art. 438 del Cód. Proc. Penal de la Nación puede obviarse en el trámite del recurso interpuesto contra la denegatoria de su excarcelación (265).

Ahora bien, el auto que resuelve la excarcelación o exención de prisión es insusceptible de modificación a través del recurso de reposición, porque este "... no comprende los autos que de-

(255) CNCP, Sala IV, JPBA, 130-108-193.

(256) CCC, Sala V, DJ, 2001-2, p. 1143, f. 17.082.

(257) CREUS, Carlos, ob. cit., p. 347.

(258) CCC, Sala IV, LA LEY, del 07/06/2001, J. Agrup. caso 15.570.

(259) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 604.

(260) CCC, Sala IV, 23/04/2007, causa 31.776, "Lozano, S."

(261) CNPE, Sala A, ED, 178-305.

(262) CNCP, Sala I, JPBA, 117-92-227.

(263) CCC, Sala I, 27/10/1974, causa 16.770, "Caballero Báez Valios", dado que en tal caso debe entenderse que se la sometió al arbitrio judicial.

(264) CCC, Sala V, LA LEY, 2001-C-984.

(265) CCCF, Sala II, 10/07/1993, causa 9494, "Quiroz, E"; la doctrina de la CS, LA LEY, 1993-B-285, entre otros, avala esa decisión.

ciden un incidente” (266), cuyo presupuesto es la previa sustanciación de su objeto (art. 446 del Cód. Proc. Penal de la Nación).

Durante la etapa de la instrucción, las resoluciones de la Cámara de Apelaciones que resuelvan excarcelaciones o exenciones de prisión por haber sido recurridas en primera instancia podrán resultar impugnables por vía del recurso de casación, de darse las condiciones que lo posibiliten (arts. 456 y 457, Cód. Proc. Penal de la Nación). Así, p. ej., la inspección procederá frente al rechazo de la exención, si se argumenta arbitrariedad (267), pues al carácter de sentencia definitiva se habrá añadido, entonces, ausencia de fundamentación (art. 123 del rito). De igual manera, la Cámara de Casación deberá conocer en los casos resueltos por un tribunal oral (268).

A su vez, el auto denegatorio de la excarcelación o de la exención de prisión —siempre que haya intervenido la Cámara de Casación—, ha sido equiparado a sentencia definitiva emanada del superior tribunal local, a los fines de la admisión del recurso extraordinario de apelación contra este, pues ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior, en tanto se advierta cuestión federal (269). Ello acontecerá si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una norma o mediaren graves defectos del pronunciamiento que pudieren configurar una lesión a principios constitucionales (270), lo que no habría de verificarse si se discute simplemente la materialidad de los hechos o su calificación (271). Pero sí, cuando se usan fórmulas genéricas o abstractas para denegar el derecho (272), o si se omite valorar, siquiera mínimamente los argumentos defensivos, de modo de tornar arbitraria la decisión (273).

---

(266) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de derecho procesal penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 499.

(267) CNCP, Sala IV, 3/10/2005, causa 5743, “Téramo F.”

(268) CNCP, Sala IV, JA, 2000-III-756.

(269) CS, Fallos, 306:262 y 304:1794, entre otros.

(270) CS, Fallos, 311:652.

(271) CS, Fallos, 310:1835.

(272) CS, Fallos, 317:1838.

(273) CS, LA LEY, 1985-C-132.

Como todo auto, el que conceda o deniegue una excarcelación o exención de prisión deberá ser fundado, bajo sanción de nulidad (conf. art. 123, Cód. Proc. Penal de la Nación), como ya se reseñó más arriba. Así se permitirá conocer cabalmente a las partes interesadas las razones que han motivado su concesión o su denegatoria y el acierto de estas, permitiendo esa apreciación decidir la conveniencia de la eventual interposición de recursos contra esta. Mas el eventual planteo debe encausarse por la vía correspondiente, sin ser el incidente de soltura el medio apto para cuestionar la invalidez del auto que la denegó (274).

Como lo dije anteriormente el auto de excarcelación o exención de prisión es una resolución que no causa efecto (275) y puede volver a debatirse en cualquier momento. La revocatoria implica dejar sin efecto tanto la originaria estimación como su acogimiento; y puede ser dictada de oficio o a petición del fiscal. Sin embargo, procederá solo cuando surjan nuevas circunstancias que justifiquen la revocación (como ser la aparición de antecedentes judiciales del imputado, o la nueva calificación del hecho que se hubiere efectuado en un ulterior auto de procesamiento, art. 318, segundo párrafo del Cód. Proc. Penal de la Nación, entre otros).

Las hipótesis son simplemente enunciativas (art. 333, Cód. Proc. Penal de la Nación). Queda comprendida también la denuncia de un domicilio irreal por parte del imputado, al formalizarse el acta que prevé el art. 326 del rito (276). De estas circunstancias deberán expresarse los motivos por tratarse de un auto (art. 123, Cód. Proc. Penal de la Nación); en modo alguno puede dejarse librado al arbitrio absoluto del tribunal. Es decir, deberá fundarse el auto que deja sin efecto la concesión anterior, como así también el que la torna más gravosa (como, p. ej., por la modificación de la caución o por el aumento del monto de la personal o real).

---

(274) CCCF, Sala I, LA LEY, 2001-A-611, DJ, 2001-2-189.

(275) CS, JA 1990-III-381.

(276) CNCP, Sala III, causa 6862, “Montivero”, en la que el imputado había sido excarcelado bajo caución real e inasistió a sucesivas citaciones.

Afirman con razón Navarro y Daray: “La ausencia de razón sobrevenida que justifique la revocatoria tornará inválido el auto que la disponga, al afectar el valor de cosa juzgada formal del que la otorgó”(277).

Si se trata según ocurre en la generalidad de los casos de una omisión atribuible al juez que se halla al frente de la actividad instructoria (art. 194, Cód. Proc. Penal de la Nación) al desentenderse de dictar la revocación podrá cuestionarse por vía del recurso de apelación (art. 449 del rito) (278). En este punto se ha dicho: “... [P]orque la presentación compulsiva lo privaría del beneficio que pretende mantener, el auto que dispone la revocatoria es apelable, en tanto se produzca durante la etapa de instrucción”(279). También podrá interponerse previamente el recurso de reposición (art. 446 del rito).

Ahora bien, revocada la exención de prisión o la excarcelación, no es admisible su concesión sin un nuevo trámite formal (280).

En cuanto a la sentencia condenatoria “no firme”, es aquella emitida por un tribunal de juicio que resulte susceptible de ser recurrida (p. ej., a través de la interposición de un recurso extraordinario como puede ser el de casación), con el doble efecto (o efecto suspensivo) asignado por el art. 442 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Por tanto, mientras no caduque el derecho a recurrir y, una vez ejercido sobre la sentencia, hasta que se consume íntegramente la actividad de impugnación, no puede revocarse la excarcelación o exención del condenado a pena de cumplimiento efectivo, ni ordenarse su detención, pues ello constituiría un modo elíptico de violar o eludir los efectos del potencial recurso (281).

En ese entendimiento, se ha proclamado la impertinencia de que un tribunal oral ordene la

(277) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 608.

(278) D’ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 500.

(279) CCC, Sala II, 08/09/1978, causa 22.437, “Aranda Fernández”.

(280) CCCF, LA LEY, 1976-A-494.

(281) NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., ob. cit., p. 609.

inmediata captura del condenado hasta tanto la sentencia quede firme (282). En igual sentido, se ha afirmado la improcedencia de ordenar la detención simultáneamente con la imposición de condena y que al sancionar aquella norma (el art. 442, Cód. Proc. Penal de la Nación), el legislador “... no ha disimulado su recelo sobre el acierto de los fallos recurridos”(283).

### *III.27. La excarcelación en el nuevo Código Procesal*

Si bien el Código Procesal Penal Federal, sancionado por la ley 27.063 no ha entrado plenamente en vigencia en todo el país (decs. 257/2015 y 118/2019), es operativo y sus disposiciones pueden impactar en las decisiones judiciales (conf. las leyes 27.150 y 27.482).

En ese entendimiento se analizarán seguidamente las principales normas que hacen al objeto de este estudio.

Es así como las medidas de coerción y cautelares adoptadas por este Código, tienen por finalidad evitar la fuga del encausado y/o la obstaculización de la investigación, siendo que no podrán ser aplicadas de oficio por el juez, sino que deberán ser solicitadas al magistrado por el fiscal o la parte querellante. Asimismo, deberán ser adoptadas siempre y cuando no pueda lograrse la comparecencia del imputado (conf. arts. 209, 210 y conc. de este Código) (284). Cabe señalar que el cumplimiento de las medidas de coerción y cautelares referidas estará a cargo de las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas creadas al efecto.

En los arts. 221 y 222 se establecen las pautas para tener en cuenta para determinar si existe peligro de fuga o de entorpecimiento. En cuanto al primero deberán observarse los siguientes extremos:

a) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus

(282) CNCP, Sala II, JA, 1994-IV-449, pues hacerlo implica un indebido apartamiento de aquella regla suspensiva; CNCP, Sala III, 05/07/2005, causa 5164, “Méndez”.

(283) CNCP, Sala I, 30/08/2002, causa 4178, “Gómez C. A.”

(284) NAHJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 183.

negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;

b) Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos;

c) El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita presumir que no se someterá a la persecución penal.

En cuanto al segundo se dispone que deberán tenerse en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la “grave sospecha” de que el encarcelado:

a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

b) Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución;

c) Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos;

d) Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;

e) Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque, no los realizaran.

En punto a ello, la prisión preventiva es el instituto de carácter más gravoso por el cual se tienden a neutralizar los peligros de fuga y/o entorpecimiento del proceso.

### *III.28. Conclusiones*

Como puede apreciarse, el magistrado que actúe como juez de garantía tendrá un amplísimo abanico de posibilidades para que el imputado sea sometido a proceso sin violentar de manera indebida los principios básicos que rigen la materia en estudio, desde la simple promesa jura-

mentada de “estar a derecho” y sin obstaculizar la investigación, pasando por el arresto domiciliario controlado o no, hasta llegar a la prisión preventiva, la que deberá ser aplicada como última instancia garantizadora de los fines del proceso (285).

Ahora bien, del análisis de los arts. 221 y 222 del nuevo Código surgen los mismos “viejos problemas” (o al menos varios de ellos). Se siguen tomando indicadores como *las circunstancias y naturaleza del hecho*, que son de amplísima y ambigua interpretación subjetiva; u otros como *la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia*, que si bien son objetivables incurren en el derecho penal de autor (al analizar la “peligrosidad” del investigado), desde ya incompatible con el Estado de derecho.

## **IV. Capítulo IV**

### *IV.1. En la jurisprudencia*

Seguidamente analizaré cinco fallos judiciales señeros que abordaron la cuestión excarcelatoria en relación con delitos de derecho penal “común”, con las salvedades hechas en la introducción de esta tesis, a la cual me remito en honor a la brevedad.

### *IV.2. Fallo “Barbará”*

La exención de prisión fue otorgada por los integrantes de la Sala I Edgardo Donna, Gustavo Bruzzone, y Carlos Elbert en autos: “Barbará, Rodrigo Ruy s/exención de prisión”, causa que arribó al tribunal luego de la denegación el pedido de exención de prisión solicitado por la defensa.

En la causa el 29 de agosto de 2002 se decretó el procesamiento con prisión preventiva de Rodrigo Ruy Barbará, por considerarlo responsable del delito de asociación ilícita en carácter de organizador, en concurso real con estafas reiteradas y tentativa de estafas reiteradas, y tentativa de hurto reiterado, todos en calidad de partícipe necesario, los cuales concurrían realmente con el delito de falsificación de documento público, en calidad de coautor.

---

(285) NAHJHIAN, Ernesto M., ob. cit., p. 185.

Al respecto, la Sala I de la Cámara confirmó el pronunciamiento dictado modificando a su favor la calificación legal y revocando la resolución que había denegado su excarcelación, derecho que le fue concedido bajo la caución que prudencialmente habría de determinar el *a quo*.

No obstante, luego de fijar una caución personal de \$200.000 —impugnado por la defensa— el monto fue reducido por esta Sala, el 25 de octubre de ese año, a la suma \$ 20.000, dinero este que fue depositado recuperando su libertad en esa última fecha.

Pero en abril de 2003, el juez de primera instancia resolvió modificar la calificación legal de los hechos atribuidos a Rodrigo Ruy Barbará —de miembro de la asociación ilícita a organizador— decretando nuevamente la prisión preventiva del nombrado debido a la penalidad prevista para tal delito.

Ante tal resolución, estando vigente la excarcelación con la cual se había beneficiado, la defensa de Barbará presentó —sin hacer referencia a aquella— un pedido de exención de prisión que, denegado en primera instancia, fue concedido por el tribunal de alzada (286).

El tribunal sostuvo que la libertad del imputado se puede restringir, de acuerdo con las normas constitucionales “solo cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustancial... cuando el imputado... eluda tanto el proceso previo, como la sentencia...” (287). Señalaron los camaristas que la característica principal de la coerción es que, en sí, no es un fin, sino que es solo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso, no teniendo estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales.

La idea esencial es que el arresto previo solo es posible para evitar el gran peligro ante el juicio. Luego frente a riesgos menores las me-

(286) <http://www.diariojudicial.com/nota/46979> (consultada el 25/07/2018).

(287) CCC, Sala I, LA LEY, 2004-A, con nota de Carlos Edwards.

didas para neutralizar deben ser de menor intensidad (288).

A su vez manifestaron que el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, pues” ... La privación de la libertad antes de la sentencia afecta este derecho constitucional, que además tiene como base al art. 18 de la CN, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal agregándose en esta línea los Tratados sobre Derechos Humanos en virtud el art. 75, inc. 22, CN”(289).

Asimismo, afirmaron que las leyes procesales penales solo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que, de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (290).

Señalaron: “... [L]a prisión provisional constituye la medida más grave que puede sufrir el ciudadano en el proceso penal antes de su condena”(291), ya que afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia y así entendida es inconstitucional ya que nadie puede ser penado sin juicio previo.

Destacaron: “... [L]a detención provisional... no se trata de una medida ejemplarizante que tiende a tranquilizar a la comunidad inquieta por el delito”(292), porque se trataría de una anticipación de la pena, y es, por lo tanto, una primera e inmediata sanción.

Criticaron la decisión del juez de grado al señalar: “[I]mpuso la prisión preventiva del imputado sustentando su decisión exclusivamente en la calificación de los hechos que le fueron atribuidos al nombrado, los que, a su criterio,

(288) <http://www.diariojudicial.com/nota/46979> (consultada el 25/07/2018).

(289) CCC, Sala I, LA LEY, 2004-A, con nota de Carlos Edwards.

(290) <http://www.diariojudicial.com/nota/46979> (consultada el 25/07/2018).

(291) CCC, Sala I, LA LEY, 2004-A, con nota de Carlos Edwards.

(292) *Ibidem*.

impiden que el imputado transite el proceso en libertad”(293).

Manifestaron: “[S]i previamente se ha dispuesto una libertad esta solo puede revocarse si se constatan objetivamente los peligros procesales señalados en el art. 280 del Cód. Proc. Penal de la Nación: de fuga y/o entorpecimiento de la investigación por lo que el mero cambio de calificación posterior no puede incidir sobre ella”(294).

Adujeron: “Las cuestiones vinculadas a la calificación del hecho deben definirse en la etapa del debate, en donde rige plenamente el contradictorio y, en donde, luego de la discusión se dará a los hechos, en la sentencia, una calificación definitiva. Si en la etapa de preparación de juicio surgen más de una calificación como de posible aplicación al caso, siempre se debe estar por la menos gravosa para el imputado”(295).

Por otro lado, sostuvieron que al no haber sido revocado el beneficio de la excarcelación que el sospechoso había logrado, mantiene el derecho que allí le fuera concedido, esto es: el de enfrentar el proceso en libertad mientras cumpla con los compromisos asumidos (296).

Para luego concluir: “... [L]a sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo”(297).

#### *IV.3. Fallo “Macchieraldo”*

La Sala III del tribunal conformada por Eduardo Riggi, Ángela Ledesma y Guillermo Tragant tomó la medida en autos: “Macchieraldo, Graciela s/ recurso de casación e inconstitucionali-

---

(293) CCC, Sala I, LA LEY, 2004-A, con nota de Carlos Edwards.

(294) Ibidem.

(295) Ibidem.

(296) <http://www.diariojudicial.com/nota/46979> (consultada el 25/07/2018).

(297) CCC, Sala I, LA LEY, 2004-A, con nota de Carlos Edwards.

dad” a raíz del recurso interpuesto por Eduardo De Biase, Norberto Sponlansky y Gustavo Bobbio contra la resolución del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1.

En la causa, la imputada había sido procesada con prisión preventiva por el delito de evasión agravada (art. 2º, ley 24.769, actualmente modificada por la ley 27.430) cuya pena oscilaba entre tres años y seis meses a nueve años de prisión y por tal motivo dicho juzgado denegó la exención de prisión solicitada por Macchieraldo, decisión que fue confirmada el 30 de julio de 2004 por la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

La defensa, citando los precedentes “Vicario” (298), “Palleros” (299) y “Méndez”(300) de la Cámara de Casación, había argumentado que el tribunal “ha recurrido a fórmulas genéricas o abstractas para aplicar el art. 316, Cód. Proc. Penal de la Nación como una presunción iuris et de iure en violación al principio de inocencia, el derecho a la libertad ambulatoria durante el proceso, y el instituto de la exención de prisión”(301).

Así, el tribunal de Casación consideró que el fallo impugnado resultaba violatorio de principios constitucionales y no aplicaba el principio de la “permanencia en libertad durante el proceso”, al omitir “por qué motivos consideraron que Macchieraldo tornaría ilusorios los fines del proceso”(302).

Agregó que la resolución impugnada limitaba “la garantía constitucional de todo ciudadano a permanecer en libertad durante la sustanciación de un proceso llevado en su contra, cuando no existan pruebas que hagan presumir que eludirá la acción de la justicia”(303).

---

(298) LA LEY, 2000-D, 255 del 24/04/2000.

(299) CFCP, Sala I, causa 15667, Registro 20697.

(300) CFCP, Sala III, causa 7537, Registro 1749/07.

(301) <http://www.diariojudicial.com/nota/13410> (consultado el 25/07/2018).

(302) CNCP, Sala III, 22/12/2004, causa 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

(303) Ibidem.

Asimismo, destacó: “[L]a existencia de peligro procesal no se presume, porque si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno (...) La gravedad del delito no justifica por si sola una prisión preventiva, sino que deben evaluarse otros elementos”<sup>(304)</sup>.

Añadieron que los fundamentos utilizados para denegar la exención tenían como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, ya que solo valoraba que el delito enrostrado a Macchieraldo —evasión agravada— sería inexcarcelable, en atención a las reglas objetivas de aplicación al caso que, en su criterio, no admitían prueba en contrario <sup>(305)</sup>.

Afirmaron: “[L]as reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción *iure et de iure*”, sino que “deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia” y “toda situación de duda respecto de la aplicación de coerción debe llevar a su no imposición”<sup>(306)</sup>.

Finalmente advirtieron que como en el caso “no se explicitan cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que le permitieron sospechar que Macchieraldo habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de la sola mención a la penalidad del delito atribuido”<sup>(307)</sup>, correspondía hacer lugar al recurso de casación y conceder la exención de prisión de Macchieraldo debiendo remitirse las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1 para que fije el monto de la caución real e imponga las condiciones que estime corresponder <sup>(308)</sup>.

(304) Ibidem.

(305) <http://www.diariojudicial.com/nota/13410> (consultado el 25/07/2018).

(306) CNCP, Sala III, 22/12/2004, causa 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

(307) Ibidem.

(308) <http://www.diariojudicial.com/nota/13410> (consultado el 25/07/2018).

#### IV.4. Fallo “Chabán”

La Sala V integrada por Gustavo Bruzzone, Rodolfo Pociello Argerich y María Laura Garrigos de Rébora, resolvió revocar la prisión preventiva impuesta por el juez Julio Lucini y concedió la excarcelación a Omar Chabán. El nombrado se encontraba con procesamiento firme en orden al delito de homicidio simple, cometido en forma reiterada en ciento noventa y dos [192] oportunidades, que concurrían materialmente entre sí (art. 55, Cód. Penal). Posteriormente, se modificó la regla del concurso de delitos por la ideal (art. 54, CP), y se amplió la imputación con relación a las hipótesis de cohecho activo y homicidio simple en perjuicio del último de los fallecidos, producto de la tragedia ocurrida en el local “República Cromañon” el 30 de diciembre de 2004.

Así, por mayoría, el tribunal afirmó: “... [L]a excarcelación nunca puede ser sinónimo de “absolución”, porque esa decisión solo puedeemerger como la conclusión del juicio (sentencia), luego del debate, siendo esta una etapa preparatoria de ello. Esta aclaración no es ociosa, porque con un alto grado de irresponsabilidad en algunos casos (especialmente por el amarillismo periodístico) o por desconocimiento en otros, se suele equiparar excarcelación con absolución, invirtiendo el principio constitucional y republicano de presunción de inocencia, constituyendo un grave error procesal (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., “Vicios de inconstitucionalidad en la privación de libertad durante el juicio penal”, LA LEY, 2004-A, p. 612) <sup>(309)</sup>.

Asimismo, destacó: “Por ese motivo, las medidas de coerción que se puedan adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de la sentencia deben tener siempre carácter excepcional y solo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación”<sup>(310)</sup>.

Por otra parte, coligió: “... [S]i no se avizoran estos peligros, la privación de la libertad de las personas durante el trámite del proceso penal

(309) C. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/ excarcelación”, sala V de la CNCCorr, rta. el 13/05/2005.

(310) Ibidem.

se torna infundada y, por lo tanto, inconstitucional por ser la interpretación «automática», *iuris et de iure*, de lo dispuesto en el art. 316, Cód. Proc. Penal de la Nación, contraria a la CN. Conviene volver a resaltar este punto: no es inconstitucional en sí misma la prisión preventiva; lo que es inconstitucional es una interpretación rígida de esa regla al no admitir prueba en contrario”(311).

A su vez afirmó: “... [S]olo se puede considerar la imposición de esta medida como último recurso para asegurar la realización del juicio, cuando toda otra restricción resulte infructuosa para neutralizar los peligros procesales mencionados. Pero no sucede esto en el caso en análisis, por lo que ya se puede adelantar, que corresponde revocar el auto apelado”(312).

De igual modo aclaró el tribunal: “... [C]orresponde analizar el de fuga, respecto del cual, de la misma forma, no se advierte objetivamente que Chabán intentará eludir la acción de la justicia, lo que constituye el nudo de las discusiones que separan, en doctrina y jurisprudencia, a los que consideran que la expectativa de pena, por sí sola, ya es un elemento determinante y definitivo para impedir que un imputado pueda transitar el proceso penal en libertad, de la de otros que consideran que esa circunstancia solo es un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitorio. Los que sostienen la primera posición, consideran que ello no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*); los segundos sí (*iuris tantum*)... Como surge de lo expuesto hasta aquí, nosotros nos enrolamos en la última posición”(313).

Finalmente resolvió: “Revocar el auto de fs. 12/14vta. y conceder la excarcelación a Ornán Emir Chabán, bajo caución personal de quinientos mil pesos (\$500.000)...”(314).

Tras la decisión de la Sala V de la Cámara del Crimen, que por el voto mayoritario de los jueces Gustavo Bruzzone y María Laura Garrigós

de Rébora, —como se refirió precedentemente— decidieron otorgar el beneficio excarcelatorio a Omar Chabán, el Fiscal General, Raúl Pleé interpuso el recurso de casación solicitando que fuera revocada esa medida, debido a su falta de fundamentación y arbitrariedad.

En la Cámara de Casación tampoco fue sencilla la resolución y terminó con el voto mayoritario de los jueces Guillermo Tragant y Eduardo Riggi, quienes dispusieron que se revocara la resolución impugnada y ordenaron a Marcelo Lucini, juez de instrucción, que procediese a la detención del responsable del boliche donde sucedió la tragedia (315).

Los magistrados sostuvieron: “[S]i bien a la fecha Omar Emir Chabán —pese al tiempo transcurrido desde que fue excarcelado— no ha huido, no podemos considerar dicho extremo como un parámetro adecuado para establecer sus verdaderas intenciones, desde que durante todo ese tiempo debió ser férreamente custodiado —aunque por otros motivos— por personal de la Policía de la provincia de Buenos Aires y de la Prefectura Naval Argentina, situación que por la referida vigilancia, fuerte resguardo y control domiciliario y personal habría producido el fracaso de cualquier intento de desaparición u ocultamiento”(316).

Agregaron que tampoco resultaría legítimo —por contravenir seriamente el principio de igualdad ante la ley— “permitir que sea excarcelada bajo custodia policial especial una persona sobre la que se presume fundadamente que en caso de recuperar su libertad podría profugarse, cuando paralelamente todos los justiciables en las mismas condiciones se encuentran detenidos hasta tanto se resuelva en definitiva su situación frente a la ley”(317).

Asimismo, consideraron que Chabán se encontraba imputado de haber participado en calidad de autor en los delitos de estrago doloso seguido de muerte en concurso real con cohe-

---

(311) Ibidem.

(312) Ibidem.

(313) C. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/ excarcelación”, sala V de la CNCCorr, rta. el 13/05/2005.

(314) Ibidem.

(315) <http://www.diariojudicial.com/nota/15615> (consultada el 26/07/2018).

(316) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación”, CNCP, Sala III. Causa 5996.

(317) Ibidem.

cho activo. Señalaron con ello que, las penas previstas para los ilícitos mencionados eran, respectivamente, de 8 a 20 años de prisión o reclusión y de 1 a 6 años de prisión; y que la aplicación en tal supuesto de las reglas concursales, estatúan una escala penal de pena privativa de la libertad que superaba holgadamente el tope establecido en el código de forma para la aplicación del instituto en discusión (318).

Remarcaron que el límite que la ley establecía para que la referida presunción legal adquiriese operatividad era ocho años de encierro, “en tanto que, en la presente causa, el monto máximo de la sanción a imponer alcanza los veintiséis años” (319).

Sostuvieron: “... Chabán intentó evitar ser aprehendido, y por esa razón se retiró presuroso del lugar de los hechos, dirigiéndose solo por unos instantes a su domicilio particular, el que luego abandonó por idénticos motivos, solo atinando —en la emergencia— a buscar un transitorio refugio en un domicilio que no era el que habitaba usualmente” (320).

Por otra parte, los magistrados advirtieron que Chabán era una persona que no había conformado una familia propia (no estaba casado, ni tenía hijos); y pese a no desconocer que tenía madre y hermanos, “no apreciamos que esos vínculos familiares generen en el caso un ligamen tan profundo como para neutralizar el riesgo de fuga” (321). Así llegaron a la “convicción que en caso de permanecer en libertad durante el trámite de la causa intentará eludir la acción de la justicia” (322).

A su vez, la jueza Ángela Ledesma falló en disidencia al entender: “[N]o existe cuestión federal que habilite la intervención de esta Cámara

(318) <http://www.diariojudicial.com/nota/15615> (consultada el 26/07/2018).

(319) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación” CNCP, Sala III. Causa 5996.

(320) Ibidem.

(321) <http://www.diariojudicial.com/nota/15615> (consultada el 26/07/2018).

(322) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación” CNCP, Sala III. Causa 5996.

Nacional de Casación Penal” (323). Para fundar su decisión tuvo en cuenta que una primera cuestión se vincula con la intervención del Ministerio Público Fiscal, “toda vez que no le asiste constitucionalmente el derecho al recurso, establecido en los arts. 8.2 h), CADH y art. 14.5, PIDCyP (art. 75, inc. 22, CN), conforme expresamente lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arce” (324). En este precedente el máximo tribunal sostuvo la Corte sostuvo: “(...) [L]a garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada solo en beneficio del imputado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional (...) (325). Línea interpretativa que, según Ledesma, la Corte ya esbozara en el caso “Giroldi” (326), “al habilitar la intervención de esta Cámara como tribunal que tiene la función de tutelar la referida garantía solo a favor del imputado” (327).

Señaló la jueza: “[E]l acusador público ha tenido posibilidad de intervenir y contradecir, tanto en instrucción como ante la Cámara del Crimen, acerca de la procedencia de la medida cautelar (prisión preventiva). De tal modo, el contradictorio se encuentra resguardado, pues el derecho a la bilateralidad ha sido ejercido en ambas instancias ya que, como consta en las actuaciones principales, el fiscal fue oído (...) por tanto, no se encuentra legitimado para recurrir la decisión impugnada” (328).

El otro fundamento vertido por Ledesma se refirió a la procedencia del recurso que había intentado el Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Casación Penal, como superior tribunal de la causa, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “Di Nunzio,

(323) Ibidem.

(324) Ibidem.

(325) Fallos: 331:472.

(326) Fallos: 308:490.

(327) Fallos: 318:514.

(328) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación” CNCP, Sala III. Causa 5996.

Beatriz H.”(329). A su vez concluyó que la pretensión impugnativa deducida “no constituye, (...) un supuesto común de casación y, por lo tanto, corresponde exigir el cumplimiento de los mismos requisitos del recurso extraordinario federal, esto es que nos encontremos ante una cuestión federal —que no sea el derecho al recurso—”(330).

*Finalmente, tanto Riggi como Ledesma consideraron propicio “exhortar a los órganos que tienen a su cargo el trámite de la presente causa, para que el juicio público se realice sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable”(331).*

#### IV.5. Fallo “Beraja”

La Sala IV de la Cámara de Casación Penal con el voto de las camaristas Amelia Berraz de Vidal y Ana María Capolupo, resolvió otorgar la excarcelación a Rubén Beraja (mientras que Gustavo Hornos votó en contra del otorgamiento del beneficio). Es así como el expresidente del Banco Mayo fue excarcelado en la causa en la que se encontraba procesado como presunto jefe de una asociación ilícita que causó multimillonarios perjuicios a ahorristas e inversores de esa entidad financiera.

Beraja presidía el Banco Mayo en el momento de su cierre, en 1998. La quiebra de la entidad provocó un perjuicio para el Estado y para los ahorristas de más de 200 millones de dólares.

El fallo respondió a un pedido de excarcelación presentado por la defensa del ex titular de la DAIA y contradijo una resolución de la Sala II de la Cámara Federal porteña que anteriormente había ratificado el rechazo al pedido de excarcelación del exbanquero (332).

La decisión del magistrado de primera instancia fue confirmada por primera vez, en julio de 2004, por la Sala II de la Cámara Federal.

---

(329) Fallos 328:1108.

(330) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación” CNCP, Sala III. Causa 5996.

(331) “Chabán, Omar Emir s/ rec. de casación” CNCP, Sala III. Causa 5996.

(332) CCCFed, Sala II, c. 20.961, “Beraja, Rubén E. s/... excarcelación....”

El 27 de mayo de 2005 la Cámara de Casación anuló la decisión de la Cámara Federal, pero no dispuso la inmediata excarcelación del exbanquero, sino que ordenó al tribunal que dictara una nueva resolución sobre el tema.

En junio de 2005, en el fallo que ratificó el rechazo a la excarcelación de Beraja, los camaristas Eduardo Luraschi, Martín Irurzun y Horacio Cattani de la Sala II recordaron que los directivos del Banco Mayo fueron responsabilizados, entre otros hechos, de la captación de fondos mediante “mesas de dinero”. Los magistrados consideraron que no era irrazonable sostener la presunción de fuga (333).

Empero, en la Sala IV de la Cámara de Casación, las magistradas Berraz de Vidal y Capolupo sostuvieron que, desde que fue procesado hasta que esa medida fue ampliada en diciembre de 2003 con la prisión preventiva, “no obran en la causa datos objetivos”(334) de que haya dificultado el esclarecimiento de la investigación. Afirmaron que Beraja, desde el inicio del proceso, nunca se había sustraído a la acción de la justicia y recordaron que cuando se libró su orden de captura, el acusado se había presentado espontáneamente en el juzgado. En el fallo, las juezas destacaron su “convicción sobre la actual inexistencia de riesgos procesales que justifiquen el mantenimiento de la medida preventiva de la libertad impuesta”(335).

En disidencia votó el camarista Gustavo Hornos al considerar “la grave escala penal”(336) prevista para los delitos que se le imputaban y por los que estaba procesado, y, además, la presunción de fuga “en atención al empeoramiento de su situación procesal y la trascendencia de los hechos ilícitos pesquisados”(337). Asimismo, justificó la imposición de la prisión preventiva cuando “... existe una «sospecha razonable» de que el acusado podrá evadir la acción de la

---

(333) CCCFed, Sala II, c. 20.961, “Beraja, Rubén E. s/... excarcelación....”

(334) CFCP, Sala IV, “Beraja, Rubén Ezra y otro s/recurso de casación”, Reg. 6642.

(335) CFCP, Sala IV, “Beraja, Rubén Ezra y otro s/recurso de casación”, Reg. 6642.

(336) Ibidem.

(337) Ibidem.

justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando testigos o destruir evidencia” (338). Cabe señalar que el 16 de julio pasado el Sr. Berraia fue absuelto por el Tribunal Oral Federal Nº 3.

#### IV.6. Fallo “Cristóbal López”

La Sala I de la Cámara Federal porteña dispuso confirmar parcialmente el procesamiento de Ricardo Echegaray, Cristóbal López y Fabián De Sousa, recalificando sus conductas en orden a los arts. 6º y 13 de la Ley 24.769 (Régimen Penal Tributario, actualmente modificado por la ley 27.430), y revocó la prisión preventiva de los dos últimos. Los jueces consideraron, por voto mayoritario, que la libertad de los imputados no ponía en riesgo la investigación por haber retenido impuestos a los combustibles por ocho mil millones de pesos (\$8000) de su petrolera Oil Combustibles SA. En este punto el juez Farah sostuvo: “El encarcelamiento de los imputados es incoherente con el criterio adoptado por el mismo juez al mantener la libertad ambulatoria del funcionario público consorte de causa, o el que respecto de ellos mismos se adoptó en otros legajos conexos” (339). Además, los magistrados resolvieron cambiar la calificación legal, de “administración fraudulenta agravada en perjuicio del Estado nacional a apropiación indebida de tributos” (340). Ahora bien, dicho fallo fue recurrido por el fiscal y la parte querellante, lo cual motivó la intervención de la Sala I de la Cámara Federal de Casación, la cual revocó la resolución de la Cámara Federal, ordenó que se califiquen los hechos imputados a Ricardo Echegaray, Cristóbal López y Fabián de Sousa como defraudación en perjuicio del Estado, elevó el monto del embargo de bienes dispuesto y ordenó la inmediata detención de López y De Sousa. La decisión fue tomada por la mayoría conformada por los votos de los jueces Gustavo M. Hornos y Eduardo R. Riggi, quienes ya integraban la Sala I, junto con la jueza Ana María Figueroa, que votó en disidencia. Así el juez Hornos concluyó que la compleja maniobra delictiva montada en el caso por funciona-

rios de la AFIP: Etchegaray en su entonces rol de Administrador Federal, en clara connivencia con los encausados López y de Sousa, excedía en su dimensión fáctica y jurídica, los límites del específico delito tributario en el que fueron encuadrados los hechos juzgados en la resolución impugnada, en aspectos sustanciales tanto objetivos como subjetivos, toda vez que se investigaba en el caso el desarrollo ejecutivo de una clara, compleja y sistemática maniobra defraudatoria en perjuicio de los intereses de carácter económico del Fisco, que constituía el delito de administración fraudulenta contra la administración pública. Asimismo, evaluó la seriedad de la infracción y de la pena que podía corresponderles; la gravedad de las imputaciones que se les efectuaban en otros procesos; la magnitud de la conducta de los imputados en el marco de los incidentes de las medidas cautelares dictadas en resguardo de los bienes, que evidenciaban su intención de incumplir con la manda judicial y, de ese modo, obstruir la labor de la justicia; así como los recursos económicos con los que contaban los empresarios (341).

Por su parte el juez Riggi afirmó, en relación con la prisión preventiva de López y De Sousa: “[L]a extrema gravedad de las imputaciones formuladas, sumada a la contundente prueba recolectada, y aunada al incommensurable daño causado al Estado por el delito (...) justifican la restricción de la libertad personal de los encartados para asegurar las finalidades del proceso penal, en los términos del art. 280 del Cód. Proc. Penal de la Nación” (342); y ponderó también en esa línea “... la pluralidad de expedientes que se les siguen [a los nombrados] y la forma en que eran cometidos los hechos atribuidos, esto es, al cobijo del poder” (343), todo lo cual “revelan no solo una familiaridad manifiesta con el delito sino también una elocuente sensación de impunidad” que “no puede ser desatendid[a] a la hora de evaluar el riesgo procesal” (344). A

(341) <https://www.cij.gov.ar/nota-29537> (consultada el 27/07/2018).

(342) CFCP, Sala I, causa CFP 4943/2016/19/CFC3 caratulada: “López, Cristóbal Manuel y otros s/ recurso de casación”, rta. el 27/04/2018.

(343) Ibidem.

(344) CFCP, Sala I, causa CFP 4943/2016/19/CFC3 caratulada: “López, Cristóbal Manuel y otros s/ recurso de

(338) Ibidem.

(339) <https://www.cij.gov.ar/nota-29537> (consultada el 27/07/2018).

(340) Ibidem.

esto sumó la maniobra comercial realizada por los imputados López y De Sousa “para evadir la cautela dispuesta por el juez de grado y que puso en peligro el recupero de activos y la reparación del —exorbitante— perjuicio causado al erario público” (345); y recordó las declaraciones públicas de Cristóbal López en ocasión de recuperar la libertad, concretamente en cuanto dijo que había estado secuestrado, porque —a su entender— ello demostraba “un irrespetuoso desconocimiento de las atribuciones legales del magistrado que lleva adelante la causa, pues (...) secuestrado solo puede estar quien es privado de su libertad por alguien que no tiene facultades para hacerlo. No se trató de un mero disenso con relación a una decisión que pudo considerar errónea de parte del juez, sino directamente de la negación de la legitimidad de la autoridad judicial competente y, en definitiva, del funcionamiento mismo del Estado de Derecho del que goza nuestro país” (346).

A su turno, la doctora Ana María Figueroa consideró —en disidencia— que los recursos interpusos resultaban inadmisibles por cuanto “las decisiones que confirman el auto de procesamiento sin prisión preventiva no son resoluciones equiparables a definitiva en los términos del art. 457 del Cód. Proc. Penal de la Nación” (347); y agregó que “consecuente con la inveterada jurisprudencia de este Tribunal en cuanto a la resolución aquí recurrida no es susceptible de ser equiparada a sentencia definitiva, es que la calificación legal obrante en un auto de procesamiento es provisoria, en tanto el encuadre legal puede ser ulteriormente modificado entre otros supuestos frente al avance de la investigación. Así, la provisoriedad de la calificación legal *prima facie* adoptada en el auto de procesamiento, constituye una cuestión propia inherente a la hipótesis investigativa de la instancia de grado y

ajena a la revisión casatoria” (348). Actualmente tanto López como De Souza han sido excarcelados bajo caución.

#### IV.7. Análisis crítico

En los fallos “Barbará” (349) y “Macchieraldo” (350) se hace una interpretación distinta de las mismas normas procesales vigentes, ya que a aquella presunción de peligrosidad a la cual alude el art. 316 del Cód. Proc. Penal de la Nación se la considera operando *iuris tantum*.

Esta también ha sido la postura adoptada en el fallo “Chabán” (351) al descartar una interpretación *iuris et de iure* —e inclinarse por una *iuris tantum*— del art. 316 del Cód. Proc. Penal de la Nación, concediendo la excarcelación del imputado, luego de evaluar la inexistencia de los peligros de entorpecimiento de la investigación y de fuga.

Respecto al primero de los fallos se ha dicho: “Podrá entenderse que la regla del art. 316 es válida en cuanto una línea interpretativa (la de la presunción *iuris tantum*), o considerarse que aquellas no son admisibles en modo alguno, ya que resultan *presunciones* de otra presunción: la de inocencia, y que ninguna de ellas pueda admitirse so pena de neutralizar el estado de inocencia (...) Sin embargo, no puede restarse ni un ápice de mérito a las consecuencias del fallo, que viene a instalar o reinstalar (como si esto fuera una sucesión interminable), la tradicionalmente aceptada presunción inquebrantable de que la pena (o eventual gravedad) de determinadas conductas imputadas anula *a priori* el derecho a la presunción de inocencia” (352).

---

(348) CFCP, Sala I, causa CFP 4943/2016/19/CFC3 caratulada: “López, Cristóbal Manuel y otros s/ recurso de casación”, rta. el 27/04/2018.

(349) C. 21.143, “Barbará, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”, sala I de la CNCCorr, rta. el 10/11/2003.

(350) C. 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, sala III de la CNCas.Pen., rta. el 22/12/2004.

(351) C. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/ excarcelación”, sala V de la CNCCorr, rta. el 13/05/2005.

(352) DEVOTO, Eleonora, “Jaque al 316 del CPPN (Un embate desde el Derecho judicial reciente)”, RDProcPenal, 2005, p. 189 - RC D 3369/2012(consultada en [www.rubinزالonline.com.ar](http://www.rubinزالonline.com.ar), el 29/07/2018).

---

casación”, rta. el 27/04/2018.

(345) <https://www.cij.gov.ar/nota-29537> (consultada el 27/07/2018).

(346) CFCP, Sala I, causa CFP 4943/2016/19/CFC3 caratulada: “López, Cristóbal Manuel y otros s/ recurso de casación”, rta. el 27/04/2018.

(347) Ibidem.

Por su parte, Cafferata Nores al analizar los dos primeros fallos ha opinado: “[L]os fallos en anotación echan por tierra la más moderna pretensión legislativa de lograr el mismo resultado (transformar al encarcelamiento procesal en una sanción anterior a la condena) mediante el mecanismo de elevar inusitadamente los mínimos y máximos legales de las penas que prevén para algunos delitos, para evitar su excarcelación por aplicación literal y aislada del art. 316, segundo párrafo, del Cód. Proc. Penal de la Nación”<sup>(353)</sup>.

A su vez Castejón, en relación con el fallo “Macchieraldo” sostiene: “... [L]a gravedad del delito no justifica *por sí sola* una prisión preventiva, debiendo —ante la situación específica y concreta a resolver en materia de excarcelación o exención de prisión— considerarse los dos aspectos relevantes de la cuestión, esto es: la posibilidad concreta de que exista en cada caso —más allá del monto de la pena que tenga previsto el delito que se esté imputando— de que el beneficiario de cualquiera de esos institutos intente sustraerse a la acción de la justicia y, la otra cuestión, que estando libre pueda llegar a obstaculizar de algún modo la pesquisa que se lleva a cabo”<sup>(354)</sup>.

Para Pessoa “los fallos comentados ponen de manifiesto que el carácter constitucional del derecho a la libertad durante el proceso penal en nuestro sistema de Derecho positivo está seriamente lesionado por leyes procesales, muchas de ellas inconstitucionales, con el incorrecto argumento —muy frecuente en decisiones judiciales— de que los habitantes de la Nación gozan de los derechos conforme a las reglamentaciones legales (CN, art. 14), y que las leyes procesales son simples reglamentaciones del citado derecho constitucional”<sup>(355)</sup>.

(353) CAFFERATA NORES, José I. — FRASCAROLI, María Susana, “Dos pájaros de un solo tiro”, RDProcPenal, 2005, p. 35 - RC D 3344/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

(354) CASTEJÓN, Fernando E., “Un tema de discusión por estos días: la libertad de los procesados”, RDProcPenal, 2005, p. 267 - RC D 3370/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

(355) PESSOA, Nelson R., “En torno a la libertad durante el proceso penal”, RDProcPenal, 2005, p. 57, RC D

Al respecto Guardia manifiesta que el entendimiento, aunque más no sea solapado, de que la prisión preventiva constituye una pena anticipada, guarda estrecha vinculación tanto con el necesario reconocimiento del fracaso de la pena de cumplimiento suspensivo como con la práctica habitual de que muchos imputados terminan por convenir la imposición de una pena de modo consensuado, recuperando inmediatamente la libertad, en virtud de que esa pena se tiene por compurgada con el tiempo sufrido en prisión preventiva, en la cual no se han visto sometidos al régimen carcelario de progresividad, por la presunción de inocencia que los amparaba <sup>(356)</sup>.

A su vez Ottaviano marca: “[E]n coincidencia con lo manifestado en los fallos comentados, que el derecho constitucional a la libertad durante el proceso solo puede restringirse a título de prisión preventiva para el logro de las finalidades estrictamente procesales de asegurar la comparecencia del imputado y evitar que este obstaculice la investigación, resulta necesario determinar de qué modo se verifica la existencia de esas finalidades en cada caso concreto”<sup>(357)</sup>.

En cambio, hay quienes van más allá al decir que si bien los fallos referidos se fundan en posturas: ... [V]enimos defendiendo académicamente desde hace muchos años, nos parece que en la misma línea argumental se podría haber llegado a una contundente declaración de inconstitucionalidad de dispositivos que pretenden un encierro cautelar sin necesidad de pruebas que acrediten la existencia de peligrosidad procesal”<sup>(358)</sup>.

3353/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 30/07/2018).

(356) GUARDIA, Diego Leif, “Dos interesantes fallos acerca de la función de la prisión preventiva”, RDProcPenal, 2005, p. 379, RC D 3367/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 30/07/2018).

(357) OTTAVIANO, Santiago, “¿Libertad provisional o derecho a la libertad? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, RDProcPenal 2005, p. 393, RC D 3364/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 31/07/2018).

(358) CORVALÁN, Víctor R., “Peligrosidad procesal y sistema acusatorio. (Reflexiones con motivo de los fallos en los casos ‘Macchieraldo’ de la sala III de la Cámara

Así como en los dos primeros fallos se advierte un esfuerzo por trazar una directriz interpretativa, en los últimos tres se evidencia la ausencia de criterios rectores en las decisiones judiciales sobre el instituto de la excarcelación. Es decir, en “Chabán”, “Beraja” y en “López” se notan contradicciones interpretativas, pues ante los mismos sustentos fácticos se arriban a soluciones diametralmente opuestas. Ello sin abrir juicio de valor sobre las resoluciones finales alcanzadas por los tribunales, y haciendo abstracción de quienes son los imputados en dichas causas.

Una vez más, en los dos primeros fallos hay un esfuerzo por alcanzar un norte, una solución interpretativa (como valerse de presunciones *iuris tantum*). Empero, dicha labor parece diluirse al analizar los últimos tres fallos, que —por cierto— son posteriores en el tiempo. En estos no se ve ningún hilo conductor o razonamiento lógico como en aquellos; sino más bien vestigios de arbitrariedad judicial, ya sea para un lado o para el otro.

## V. Capítulo V

### V.1. Consideraciones finales

Queda la sensación de que la privación de la libertad no es más la excepción sino la regla. En los últimos tiempos, generalmente se detiene para investigar, en vez de investigar para descubrir la verdad real. En este sentido los operadores judiciales deben evitar que los peligros procesales se transformen en la excusa perfecta para incurrir en un adelantamiento de pena. Esta desnaturalización punitiva, que incluye aumentar las escalas penales para “convertir en inexcarcelables” (359) ciertos delitos, ha sido parcialmente corregida a través de ciertos fallos

---

Nacional de Casación Penal)”, RDProcPenal, 2005 p. 149 - RC D 3341/2012 (consultada en [www.rubinزالonline.com.ar](http://www.rubinزالonline.com.ar), el 31/07/2018).

(359) La “Asociación Argentina de Estudios Fiscales” (Nota 116/AAEF-2003 del 14/07/2003) advirtió en el mismo sentido que si bien “la decisión sobre el notable incremento de la pena [...] sea una cuestión de estricta política legislativa, deja de serlo cuando la escala penal proyectada tiene la clara intención de eliminar la eximición de prisión y la excarcelación, con lo cual se consagra un antípodo [...] de la punición [...] que merece reparos de índole constitucional”.

como “Macchiaraldo” (360) o “Barbará” (361), ya referidos. Así recuerda Alberto Bovino que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (arts. 14 y 75, inc. 22, de la CN y arts. 8.2, CADH y 14.2, PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia, y arts. 18 y 75, inc. 22, de la Const. Nac., art. 9.1 del PDCP y art. 7º, CADH) (362).

Sostiene Angriman: “La cárcel punitiva no es el ámbito apropiado para desbaratar un orden social patriarcal. El sistema penitenciario se asienta en un modelo castrense y fuertemente verticalizado donde la totalidad de la gestión carcelaria gira en torno a la producción de orden y seguridad—en desmedro de la necesidad de crear las bases para el buen orden que permita contribuir con procesos tendientes a la posterior reintegración social de las personas privadas de libertad al mundo libre—;y de esa forma, impide abrir márgenes para concebir una institución respetuosa de los derechos de las minorías desventajosas” (363).

---

(360) Causa 5472 (22/12/2004) “Macchieraldo”, ob. cit., que concedió la eximición de prisión de la imputada por no indicar “cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que le permitieron sospechar que el imputado habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de la sola mención a la penalidad del delito atribuido”.

(361) Así, en el voto del doctor Donna en “Barbará”, ob. cit., se dice: “En nuestro sistema constitucional —aun antes de la última reforma—, el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que le impida tal derecho (art. 14, CN). La privación de la libertad antes de la sentencia afecta este derecho constitucional, que, además, tiene como base al art. 18 de la CN, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los tratados sobre derechos humanos, antes explicitados, en virtud del art. 75, inc. 22 de la CN”.

(362) BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, ps. 148/9.

(363) ANGRIMAN, Graciela Julia, “Género, igualdad sustancial y derecho penal: El impacto del derecho antidiscriminatorio en el derecho penal ejecutivo”, Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 28 de diciembre de 2012.

En igual sentido Bailone afirma: “Las cárceles de América Latina gozan de un alto prestigio en el canon de las violaciones de los derechos humanos del siglo XX. La región cuenta con instituciones penitenciarias vetustas, superpobladas y con carencia de las más mínimas reglas de tratamiento de reclusos. Esta realidad todo el continente tiene países que superan el hacinamiento de detenidos, y la mayoría de ellos se encuentran detenidos por prisión preventiva, sin sentencia firme que revoque su inocencia presumida constitucionalmente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió el 3 de mayo de 2005 un recurso de amparo correctivo y colectivo pedido por una organización no gubernamental argentina de defensa de derechos humanos donde se pedía el respeto de tratados internacionales sobre las condiciones mínimas de detención y el otorgamiento de los beneficios de la excarcelación para los detenidos sin sentencia firme”<sup>(364)</sup>.

La libertad durante la sustanciación del proceso debe ser la regla y no la excepción; y si aquella no procediese, el encarcelamiento preventivo no debería operar como una anticipación de pena como ya se dijo sino, por el contrario, como la última ratio para lograr la sujeción del encartado al proceso.

En ese entendimiento, resulta saludable todo esfuerzo legislativo y judicial tendiente a que las normas procesales permitan la exención de prisión o la excarcelación. Ejemplo de ello es considerar operando *iuris tantum* a la presunción de peligrosidad, a la cual alude el art. 316 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Pues, en el peor de los casos, al concederse la excarcelación, lo que se está haciendo es reafirmar el principio de inocencia.

En suma, estos dos primeros fallos analizados plantean que es incompatible con nuestro ordenamiento legal hablar de “delitos inexcarcelables”.

(364) BAILONE, Matías, “La política criminal de Argentina, una criminal política de Estado. Fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, donde se pide no agravar las condiciones de detención (mayo de 2005)”, Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1<sup>a</sup> de junio de 2012.

En esa línea sostiene Cuenca: “Desde siempre, los códigos procesales han «tarifado» el monto punitivo a partir del cual los delitos se vuelven inexcarcelables, teniendo por lo común que cuando superara un número determinado (p. ej.: ocho años en el Cód. Proc. Penal de la Nación, o seis años en el CPPSF) no procede este beneficio... Modernamente la jurisprudencia ha ido sentando principios que desde gran parte de la doctrina procesalista son compartidos, como aquel que enuncia que los topes objetivos no son aplicables *juris et de jure*. Es decir, que su mera adecuación (p. ej.: superar los topes previstos) no es causa suficiente para impedir la soltura de la persona ligada al proceso”<sup>(365)</sup>.

Distinto es cuando lo que se decide es denegar la exención de prisión o la excarcelación. En mi opinión ahí los topes objetivos (como, p. ej., las escalas penales) deberían operar como una presunción *juris et de jure* únicamente para “encorsetar” al juez al momento de denegar aquellas. Vale decir que, según mi visión, una posible solución sería flexibilidad a la hora de conceder la excarcelación y rigidez para fundamentar su denegatoria, pues la libertad es la regla. De tal modo se evitaría la arbitrariedad al momento de denegar esta.

Ahora bien, como ya se dijo anteriormente, el legislador establece dos criterios: el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, y varios indicadores para evaluarlos, entre ellos las características del hecho y las condiciones personales del imputado (tanto en el art. 319 del Cód. Proc. Penal de la Nación actual, como en el “nuevo Código” sancionado por ley 27.063). En relación con esto Ottaviano señala dos problemas. El primero se vincula con la búsqueda de indicadores más o menos generalizables que operen como parámetros adicionales para identificar con mayor eficacia la presencia de los riesgos procesales aludidos. El segundo problema pasa por determinar si esos indicadores o subcriterios, en caso de ser receptados en las leyes procesales, pueden llegar a constituir válidamente presunciones legales, o si, por el contrario, siempre será necesaria una justificación

(365) CUENCA, Daniel O., “Propuestas de cambio para el tratamiento de la libertad en el proceso penal”, RDProcPenal, 2005, p. 211 - RC D 3359/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 01/08/2018).

precisa, concreta y razonablemente extensa de las restricciones por parte de la autoridad judicial que las disponga o las controle (366). A mi entender ambos problemas se zanjaría si el legislador objetivizara los criterios e indicadores, y utilizara términos únicos en las leyes; todo lo cual debería conjugarse con una mayor celebridad en los procesos judiciales.

Ciertamente enseña Solimine que conforme el diseño particular del sistema jurídico, este puede conferir absoluta libertad a los operadores para que den por acreditado el riesgo de fuga o el entorpecimiento en la investigación, con lo cual estaremos en presencia de un sistema de discrecionalidad judicial. En distinto sentido, la ley puede establecer un régimen de pautas objetivas que deben ser apreciadas desde la práctica judicial, en cuyo caso se tratará de un sistema legalista. Por su parte, dentro del sistema legalista referido, las pautas normativas pueden estar definidas solo como “indicadores” de riesgo, que el juez puede o no considerar relevantes para la solución del caso concreto, debiendo acreditar eventualmente su real existencia, o, en cambio, si aquellas pueden ser concebidas como “presunciones legales” de fuga o de entorpecimiento de la investigación. En este último caso, a su vez, pueden ser consideradas como presunciones absolutas e incontrovertibles (*iuris et de iure*), o, de diferente modo, como susceptibles de ser conmovidas por prueba en contrario (*iuris tantum*). Concluye: “No puede discutirse que el sistema procesal penal federal vigente no solo es legalista, sino que además precisamente establece ‘presunciones legales’ de fuga o de entorpecimiento de la investigación” (367).

La síntesis me parece adecuada, pero justamente el problema del sistema vigente se evidencia en fallos como “Chabán”, “Beraja” o “Cristóbal López”. En estos, como en tantos otros, se traslucen “soluciones” diametralmente opuestas ante los mismos sustentos fácticos. Lo grave —a mi entender— es cuando estas culminan denegando “excarcelaciones” (independientemente de quienes se trate y sin abrir juicio

de valor sobre estos imputados, pues excede el marco de esta tesis jurídica). Así, como venía diciendo: dos fallos diametralmente opuestos en una misma causa y ante los mismos hechos, evaluados por dos tribunales distintos, denotan discrecionalidad judicial, lo cual produce inseguridad jurídica.

Pareciera ser que se debe optar entre la subjetividad judicial en el caso concreto o la objetividad legal tasada para todos los justiciables.

Entonces la solución que propugno —mi propuesta específica— es establecer criterios e indicadores objetivos como por ejemplo las escalas penales, la falta de arraigo, o la incomparabilidad ante el requerimiento judicial, entre otros; ello como único fundamento válido restrictivo de la excarcelación.

Consecuentemente es momento de preguntarse si el art. 319 (368) del Cód. Proc. Penal de la Nación, con sus criterios vagos e imprecisos, no contribuye a la discrecionalidad judicial (amén de violar las garantías receptoras en los arts. 16 y 18 de la CN); y —en caso afirmativo—, actuar en consecuencia.

De igual modo sería conveniente que cada juez que denegue una excarcelación deba ponerlo en conocimiento del Consejo de la Magistratura, de manera de poder llevar un registro fiel del accionar jurisdiccional en la materia. Empero, las reformas normativas son necesarias, pero no suficientes para garantizar el derecho a la libertad personal del encausado/a durante la tramitación del proceso penal y se debe buscar la mejor manera de optimizar la incidencia de la perspectiva constitucional en los/as operadores/as del sistema de justicia penal (art. 18 de la CN). En este punto resultan esclarecedoras las palabras de Binder respecto de las reformas judiciales que se han intentado en nuestro país, concluyendo que “[l]a idea de in-

---

(368) Art. 319. — Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el art. 2º de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

(366) OTTAVIANO, Santiago, ob. cit., p. 393.

(367) SOLIMINE, Marcelo A., “Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 26.

tegralidad en lugar de fortalecer la dinámica de los intereses y provocar debates, alianzas o confrontaciones, termina por diluir esos intereses evitando que ellos confronten. La búsqueda de consenso carece de sentido sino está precedida de suficiente debate y la política judicial es pobre en debates. No obstante, es fuerte en intereses sectoriales y corporativos que nunca terminan de confrontar claramente en el espacio público. Por eso la técnica de los planes integrales termina por debilitar al proceso de cambio en lugar de fortalecerlo” (369). Tal vez ha llegado el momento de debatir abiertamente sobre la importancia de efectuar verdaderas reformas en nuestro sistema judicial, único rector y guardián de nuestra libertad.

## VI. Bibliografía consultada

ÁBALOS, Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación”, Mendoza, Cuyo, 1994.

ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ANGRIMAN, Graciela J., “Derecho de las mujeres, género y prisión”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017, 1<sup>a</sup> ed.; “Género, igualdad sustancial y derecho penal: El impacto del derecho antidiscriminatorio en el derecho penal ejecutivo”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 28 de diciembre de 2012.

BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 2<sup>a</sup> ed.; “Principios Constitucionales del Derecho Penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 163.

BAILONE, Matías, “La política criminal de Argentina, una criminal política de Estado. Falso histórico de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, donde se pide no agravar las condiciones de detención (mayo de 2005)”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1º de junio de 2012.

(369) BINDER, Alberto, “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 26 de junio de 2015.

BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 2<sup>a</sup> ed.; “De las *repúblicas aéreas* al Estado de derecho: debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina”, con OBANDO Jorge, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, 1<sup>a</sup> ed.; “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 26 de junio de 2015.

BIDART CAMPOS, German J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2014; “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad”, LA LEY, del 26/04/1999, f. 98.639; “¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad?”, (Disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal), RRDaños, 2000-9 - RC D 246/2012 ([www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com), consultado el 16/08/2018).

CAFFERATA NORES, José I., “Manual de Derecho Procesal”, UNC, Córdoba, 2015; “La excarcelación”, Córdoba, 2015, 1<sup>a</sup> ed.; “Procedencia de la excarcelación por el tiempo de prisión preventiva sufrida aún a falta de norma procesal expresa”, JA 1980-III-381; “La excarcelación”, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2015; *et al.*, “Dos pájaros de un solo tiro”, RDProcPenal, 2005, RC D 3344/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

CARRIÓN, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 3<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada; y “La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; “Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?”, RDProcPenal, 2005, RC D 3357/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

CASTEJÓN, Fernando F., “Un tema de discusión por estos días: la libertad de los procesados”, RDProcPenal, 2005, RC D 3370/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

Centro de Información Judicial (<https://www.cij.gov.ar/nota-29537> consultado el 27/07/2018).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016.

Código Penal de la Nación Argentina (ley 11.179).

Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984).

Código Procesal Penal Federal (ley 27.063).

Constitución de la Nación Argentina.

Corte Interamericana de Derechos Humanos ([www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)).

CORVALÁN, Víctor R., "Peligrosidad procesal y sistema acusatorio. Reflexiones con motivo de los fallos en los casos 'Macchieraldo' de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal", RDProcPenal, 2005, RC D 3341/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 31/07/2018).

CREUS, Carlos, "Derecho procesal penal", Buenos Aires, 2013, 2<sup>a</sup> reimpresión.

CUENCA, Daniel O., "Propuestas de cambio para el tratamiento de la libertad en el proceso penal", RDProcPenal, 2005 - RC D 3359/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 01/08/2018).

D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Comentado", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2016.

DARRITCHON, Luis, "Excarcelación y eximición de prisión", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

DEL CORRAL, Diego, "Excarcelación en la provincia de Buenos Aires", Ediciones jurídicas Favale, Buenos Aires, 2007.

DESIMONI, Luis M., "Razonabilidad de la caución en la eximición de prisión y en la excarcelación", LA LEY, Actualidad, del 24/07/1997.

DEVOTO, Eleonora, "Jaque al 316 del Cód. Proc. Penal de la Nación. (Un embate desde el Derecho judicial reciente)", RDProcPenal, 2005,

RC D 3369/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

Diario Judicial (<http://www.diariojudicial.com/nota/46979> consultada el 25/07/2018); <http://www.diariojudicial.com/nota/13410> (consultado el 25/07/2018); <http://www.diariojudicial.com/nota/15615> (consultada el 26/07/2018).

Diccionario de la Real Academia Española ([www.rae.es](http://www.rae.es)).

DONNA, Edgardo A. — MAIZA, C., "Código Procesal Penal y disposiciones complementarias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

EDWARDS, Carlos E., "Régimen procesal penal, ley 23.984", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2012, t. III.

Infoleg ([www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)).

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Madrid, 1998, 3<sup>a</sup> ed.

GALLARDO RUEDA, Alberto, "El derecho a la presunción de inocencia", en *Cuadernos de Política Criminal*, 38, Madrid, 1989.

GIMENO SENDRA, José V., "Derecho Procesal Penal", Ed. Civitas, Buenos Aires, 2016.

GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Ed. Colex, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ, DA SILVA, Gabriel, "La excarcelación en delitos cometidos contra la integridad sexual de menores. Perspectivas para decidir la libertad de eventuales pedófilos", RDProcPenal, 2005, RC D 3362/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 29/07/2018).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

GOZAÍNI, Osvaldo A., "La libertad en el proceso penal", RDProcPenal, 2005, RC D 3349/2012 ([www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com) consultada el 08/08/2018).

GUARDIA, Diego L., "Dos interesantes fallos acerca de la función de la prisión preventiva", RDProcPenal, 2005, RC D 3367/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 30/07/2018).

JAKOBS, Günther, "El principio de culpabilidad", Título original: "Das Schuldprinzip" (texto ampliado de la conferencia pronunciada por el profesor Jakobs el día 13/05/1992 en la Universidad Complutense de Madrid), traducción de Manuel Cancio Mejía (Universidad Autónoma de Madrid).

JARQUE, Gabriel D., "Exención de prisión y excarcelación en la ley 23.984", JA del 26/07/1995.

LA ROSA, Mariano R., "Exención de Prisión y Excarcelación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

LASCANO, Carlos J., "Principio de Culpabilidad y Derecho Penal del Enemigo: Nuevas Tendencias Inocuizadoras". Conferencia ofrecida en el XVI Congreso Latinoamericano y VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, 22/25 de septiembre de 2004.

LEDESMA, Guillermo A. C., "Eximición de prisión y excarcelación", Librería Editorial Plateado, Buenos Aires, 1994.

MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal Argentino", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

NAHJHIAN, Ernesto M., "Excarcelación y exención de prisión", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

NAVARRO, Guillermo R. — DARAY, Roberto R., "Código Procesal Penal de la Nación Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Pensamiento Jurídico, Buenos Aires, 2016.

OTTAVIANO, Santiago, "¿Libertad provisional o derecho a la libertad? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos", RDProcPenal, 2005, RC D 3364/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 31/07/2018).

PASTOR, Daniel R., "El plazo razonable en el proceso del estado de derecho", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Culpabilidad y Prevención", Universidad Autónoma, Madrid, 1986.

PESSOA, Nelson R., "En torno a la libertad durante el proceso penal", RDProcPenal, 2005, RC D 3353/2012 (consultada en [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), el 30/07/2018).

PIQUÉ, María Luisa, *et al.*, "La CIDH y su proyección en el Derecho Argentino", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

PODETTI, Ramiro J., "Teoría de los actos procesales", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

RACCIATI, Hernán (h), *et al.*, "Eximición de prisión, objeto social y capacidad de la sociedad comercial para ser fiadora", LA LEY, del 16/02/1995, f. 92.876.

"Revista de Derecho Procesal Penal: Excárcelación", Edgardo Alberto Donna (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1<sup>a</sup> ed. Revisada.

Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, 5.

RIFÁ SOLER, José M. y otro, "Derecho Procesal Penal", *CreateSpace Independent Publishing Platform*, Buenos Aires, 2016.

RODRÍGUEZ, Juan Carlos, "El derecho de excarcelación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1980.

ROXIN, Claus, "Derecho Penal", Ed. Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, "La libertad del Derecho Penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación", Ed. Atelier, Barcelona, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., 2007, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2 (en [www.indret.com](http://www.indret.com)).

SOLIMINE, Marcelo A., "Tratado sobre las causales de la Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; "Exclusión del encarcelamiento preventivo y de las cauciones económicas por la probabilidad de pena en suspenso. Función limitadora del principio de proporcionalidad en el marco del Cód. Proc. Penal de la Nación", RDProcPenal, 2005, p. 169, RC D 3342/2012 ([www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com) consultada el 08/08/2018).

SOSA ARDITI, Enrique A., "La excarcelación, un remedio que le hace mal al proceso", RDProcPenal, 2005, RC D 3368/2012 ([www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com) consultada el 15/06/2018).

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *et al.*, "Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo — SOLER, Sebastián, "Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Penal", ed. oficial, Córdoba, 1941.

YACOBUCCI, Guillermo J., "El Sentido de los Principios Penales", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2016; "El principio de proporcionalidad como regla fundamental en la política criminal" ([www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067) consultado el 12/06/2018); "Los Principios Fundamentales del Derecho Penal", Ed. B de F, Montevideo, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, "Manual de Derecho Penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, 2<sup>a</sup> ed., 6<sup>a</sup> reimpr.

ZIFFER, Patricia, "Acerca de la invalidez del pronóstico de pena", LA LEY, 2000-C-611.

## VII. Anexo legislativo

*En el presente anexo solo se transcribirán los artículos referidos, de modo de lograr una rápida lectura de estos.*

"Art. 18 de la Constitución Nacional. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser

obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a morfigarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice" (370).

En el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) se estipula:

*"Juez natural, juicio previo. Presunción de inocencia. Non bis in idem.*

"Art. 1º — Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho".

### *Interpretación restrictiva y analógica*

"Art. 2º — Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía".

### *In dubio pro reo*

"Art. 3º — En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado" (371).

---

(370) Véase [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar) (consultado el 14/05/2018).

(371) Idem.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) lo contempla en su art. 3º:

“Principio de inocencia. Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada con base en pruebas legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona.”

“El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia”(372).

En la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Art. 11.

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

“2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”(373).

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

“Art. XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”(374).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8º, inc. 2º:

“Art. 8º. Garantías Judiciales

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

“b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

“c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

“d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

“e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

“f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

“g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

“h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

“3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

(372) Idem.

(373) Véase [www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/).

(374) Véase [www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp) (consultado el 14/05/2018).

“4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

“5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”(375).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, inc. 2º:

#### “Art. 14

“2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”(376).

En el Código Penal, arts. 139, 139 bis y 146:

Veamos estos artículos:

“Art. 139. Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

“1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.

“2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare”.

(Artículo sustituido por art. 6º de la ley 24.410, BO del 02/01/1995).

“Art. 139 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

“Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación

---

(375) Cfr. [www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b2\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b2_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (consultado el 01/06/2018).

(376) Véase [www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx](http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx) (consultado el 02/06/2018).

especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo”.

(Artículo incorporado por art. 7º de la ley 24.410, BO del 02/01/1995).

“Art. 146. Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”(377).

En los arts. 26, 29 y 33 de la ley 24.767:

“Art. 26. Recibido el pedido de extradición el juez librará orden de detención de la persona requerida, si es que ya no se encuentre privada de su libertad.

“En el trámite de extradición no son aplicables las normas referentes a la eximición de prisión o excarcelación, con excepción de los casos expresamente previstos en esta ley”.

“Art. 29. Si el juez comprobase que la persona detenida no es la requerida, así lo declarará previa vista al fiscal. En tal caso ordenará la captura de la persona correcta, si tuviera datos que permitiesen la búsqueda.

“Esta resolución será susceptible del recurso de apelación ante la cámara federal que corresponda.

“El recurso tendrá efecto suspensivo, pero el detenido será excarcelado bajo caución, previa vista al fiscal. El juez ordenará entonces la prohibición de salida del país del reclamado”.

“Art. 33. La sentencia será susceptible del recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto por el art. 24, inc. 6º b), del dec.-ley 1285/1958 ratificado por ley 14.467.

“El recurso tendrá efecto suspensivo: pero si se hubiese denegado la extradición. El reclamado será excarcelado bajo caución, previa vista al

---

(377) [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar) (consultado el 29/06/2018).

fiscal. El juez ordenará entonces la prohibición de salida del país del reclamado”<sup>(378)</sup>.

En el Código Procesal Penal Federal:

“Art. 209. Principios generales. Las medidas de coerción autorizadas se ajustarán a lo que disponen los arts. 15, 16 y 17 de este Código, su carácter es excepcional y no podrán ser impuestas de oficio por el juez.

“Solo se ejercerá coerción física para obtener la comparecencia de una persona si el mismo fin no pudiere lograrse en tiempo útil, ordenando su citación por las formas que prevé este Código.”

“Art. 210. Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

“a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;

“b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;

“c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

---

(378) Cfr. [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar) (consultado el 06/07/2018).

“d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;

“e. La retención de documentos de viaje;

“f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

“g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;

“h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;

“i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;

“j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;

“k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

“El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incs. a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto”.

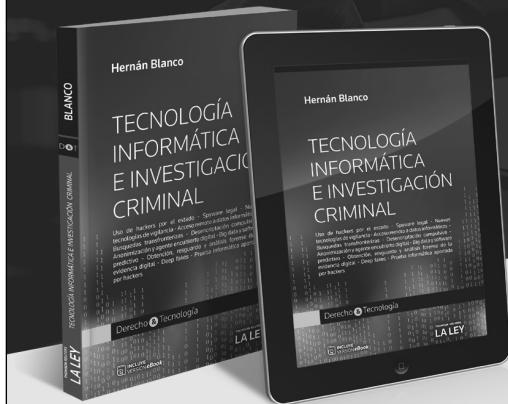


THOMSON REUTERS

**LA LEY**

Información confiable  
que avala tus argumentos.

# LANZAMIENTO **TECNOLOGÍA INFORMÁTICA E INVESTIGACIÓN CRIMINAL**



**Hernán  
Blanco**



1 tomo + eBook

**La aplicación de la tecnología en la investigación criminal contribuye a una averiguación de los delitos más rápida, eficaz y segura.**

Esta obra describe en detalle el modo en que inciden sobre la labor estatal de investigación criminal una serie de desarrollos tecnológicos, como el surgimiento de nuevas formas de comunicación mediante Internet, la encriptación, la esteganografía, las herramientas para procurar el anonimato en la red, las criptomonedas, la "Internet de las cosas", el "Big data", la inteligencia artificial, los algoritmos predictivos, los "programas espías" ("spyware") y otras novedosas herramientas de vigilancia digital.

Analiza el estudio de controversias de orden legal y constitucional cuya importancia ya ha empezado a ponerse de manifiesto, y que están llamadas a ocupar un lugar central en la discusión jurídica durante la próxima década.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**  
o ingresando en [www.TiendaTR.com.ar](http://www.TiendaTR.com.ar)



Seguí nuestra nueva página  
de [Linkedin](#) con **contenido  
específico** para abogados.

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



[f](#) ThomsonReutersLaLey  
[t](#) @TRLaLey  
[in](#) [yt](#) ThomsonReutersLatam



THOMSON REUTERS

**LA LEY**

# LANZAMIENTO COLECCIÓN DERECHO PENAL

Director: **Juan Pablo Montiel**



Juan Pablo  
Montiel • Mateo  
Bermejo • Andrés  
Falcone



3 Tomos + eBook

**La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.**

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**  
o ingresando en [www.TiendaTR.com.ar](http://www.TiendaTR.com.ar)



Seguí nuestra nueva página  
de [Linkedin](#) con **contenido  
específico** para contadores.

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

[ThomsonReutersLaLey](#)  
 [@TRLaLey](#)  
 [ThomsonReutersLatam](#)



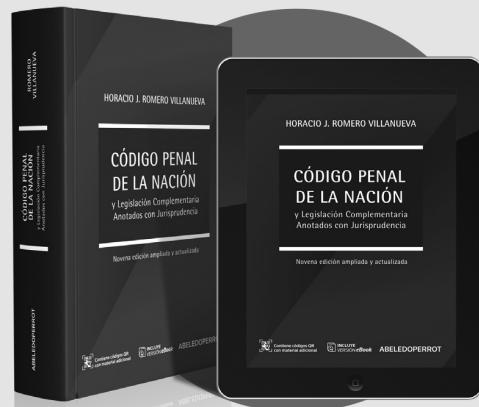
**ABELEDOPERROT**

Información confiable  
que avala sus argumentos.

# **CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN**

y Legislación Complementaria  
Anotados con Jurisprudencia  
Novena edición ampliada y actualizada

**Horacio J. Romero Villanueva**



Esta obra  
contiene  
**Códigos QR**  
con material  
adicional.



**1 Tomo**  
Disponible en  
papel y eBook.

Esta obra tiene como objetivo primordial brindar una perspectiva global de cómo resuelven los órganos jurisdiccionales en nuestro país las controversias legales en materia jurídico-penal y cuáles son los precedentes o doctrina jurisprudencial más significativos alrededor de cada artículo del Código Penal Argentino y sus leyes penales especiales.

Los constantes cambios normativos nos dejan grandes dudas que hacen que el operador jurídico deba ejercer confiando más en sus instintos que en sus argumentos. Es por esto que conocer cómo han interpretado los Tribunales el contenido de una disposición legal es clave para poder prever los efectos posibles de su aplicación.

Adquirí la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de [LinkedIn](#) con contenido  
específico para abogados.

 **THOMSON REUTERS®**

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam 

