

Julio B. J. Maier

DERECHO PROCESAL PENAL

Tomo III

Parte General
Actos procesales

AD-HOC

Julio B. J.
Maier

**Derecho
procesal
penal**

Tomo III
Parte general
Actos procesales

Editores del Puerto s.r.l.
Buenos Aires - 2011 - 1ª edición



© 1ª edición 2011. Editores del Puerto s.r.l.
Corrientes 1515 - 10º A
(1042) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax: (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM
Corrección: Ana Patricia LEIVA

Impreso en julio de 2011 en
Color Efe. Paso 192. Avellaneda
Pcia. de Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

Obra completa encuadernada
ISBN 978-987-99437-8-6
Tomo III encuadernado
ISBN 978-987-1397-74-7

Impreso en Argentina

Maier, Julio B.J.
Derecho Procesal Penal : parte general : actos
procesales . - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Bue-
nos Aires : Del Puerto, 2011.
v. 3, 568 p. ; 24x16 cm.

ISBN 978-987-1397-74-7

1. Derecho Procesal Penal. I. Título

CDD 347.05

Fecha de catalogación: 18/07/2011

Informe anual OC 112, 2012 Sete

PODER JUI
BIBLIOTECA DE CIENCIAS NALES
"Dr. RAÚL VOOT"
Fecha... 6.2.2013
Inventario... 19725

44838

343.1 (02)

Mai

III

42

De nuevo a María Inés, mi compañera y esposa

Yo no sé qué es querer

*Yo no sé qué es querer
ni me es posible explicarlo
voy camino a complicarlo
si pretendo más que hacer.*

*Sólo sé que yo te quiero
y no puedo dar razones
ni mejores pretensiones
que el cariño que declaro.*

*Sé que tú sólo mereces
que me entregue por entero
y sin embargo no puedo
entregarme sin sus límites.*

*Quizás nadie entienda cómo
yo pueda decir te quiero,
quizás tú, por quien yo muero,
alcance a entenderlo todo.*

*Me revuelvo en mi impotencia
de no darte ni pedirte,
hoy sólo quiero decirte
hasta dónde yo te quiero.*

Índice

Abreviaturas	I
Prólogo	III
Capítulo V	
La actividad procesal (actos procesales y su omisión)	
§ 14. Los actos procesales en general	
A. Concepto y generalidades	9
1. El alcance del concepto y la regulación jurídica básica aplicable a ellos	9
2. Las formas de los actos procesales	18
a) Los plazos en el procedimiento penal	19
b) El modo o forma específica de los actos procesales	27
c) El lugar de realización de los actos procesales	29
B. El valor de la inactividad en el procedimiento	30
C. La actividad procesal defectuosa	32
1. Las reglas que conceden una facultad (reglas potestativas) ...	32
2. La reacción frente a los defectos de la actividad procesal	38
3. Subsanción de defectos y convalidación de actos	52
D. Clasificación y exigencias genéricas de la actividad procesal	55
§ 15. La prueba (actos probatorios)	
A. La verdad y el procedimiento judicial	68
B. El concepto de prueba	81
1. Sus referencias a la verdad y al procedimiento judicial	81
2. Objeto de prueba	85
a) Los elementos factibles de ser probados (objeto de prueba en abstracto)	86
b) Las referencias de la prueba al objeto de un procedimiento singular (objeto de prueba en concreto)	91
3. Medio y órgano de prueba	96
4. El procedimiento probatorio	99

C. Las prohibiciones probatorias	107
1. El nacimiento del tema y algunas aclaraciones semánticas ...	107
2. La delimitación de las prohibiciones de valoración probatoria	115
3. Efectos	121
D. Los distintos medios y órganos de prueba	126
1. Medios de prueba de información personal. El testimonio o la prueba de testigos	126
a) Concepto	126
b) Deberes y facultades de los testigos	130
c) Forma del testimonio	137
d) Registro	139
e) Coerción	143
f) Valoración	144
2. Medios de prueba de información personal. La peritación o la prueba de peritos	147
a) Concepto	147
b) Deberes y facultades de los peritos y de los intervinientes en relación a ellos	150
c) Forma de la peritación	154
d) Coerción	156
e) Valoración	157
f) Normas especiales	161
3. Medios de prueba de información personal. La declaración del imputado	162
4. Otras manifestaciones de la información personal	165
5. Medios de prueba materiales (los registros o prueba documental y las cosas)	169
a) Concepto de registro o documento	169
b) Cosas y lugares	172
c) Los informes	174
d) La valoración	176
6. La percepción directa	177
7. Los indicios	179
E. La coerción estatal y los medios y órganos de prueba	182
1. La privación de la libertad ambulatoria de testigos, peritos e intérpretes	183
2. Injerencias relativas a la intimidad	185
a) Del domicilio u hogareña	185
b) Relativas al cuerpo y mente de una persona	195
c) Relativas a las comunicaciones de la persona consigo misma o con otras personas	212
d) Otras injerencias en la intimidad	216
3. Otras injerencias	217

§ 16. Los requerimientos de los intervinientes

A. Concepto y clasificación	223
B. Los requerimientos acusatorios	225
1. La denuncia	225
2. La querella	235
3. La acusación (requerimiento de apertura del juicio)	242
4. La acción civil	246
C. Los requerimientos defensivos	249
1. Las excepciones	249
2. Oposición a la apertura del juicio público	258
3. La oposición a la constitución en parte de algún sujeto procesal	261
D. Otros requerimientos	262
1. Los informes finales del debate	263
2. Las recusaciones de jueces y otros funcionarios judiciales ...	270
3. El ofrecimiento de prueba	274
4. Los recursos	277
a) Advertencia, concepto y función procesal	277
b) Historia	280
c) Admisibilidad	282
d) Efectos	294
e) El recurso como facultad discrecional del recurrente, la competencia del tribunal <i>ad quem</i> y los límites del control ...	303
f) ¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? Nueva visión de los recursos	316

§ 17. Las decisiones judiciales

A. Generalidades	328
1. Concepto	328
2. Deber de decidir y oportunidad de su realización	329
3. Retracción y rectificación	331
4. Exigencias formales	333
5. Perfeccionamiento de la decisión judicial	335
B. Las diversas clases de decisiones judiciales	336
1. La sentencia	337
2. Los autos	343
3. Los decretos	345
C. El conocimiento de las decisiones judiciales	345
D. Las principales decisiones judiciales de mérito	354
1. La sentencia	354
a) Concepto	354
b) Sentencia de condena	355
c) Sentencia de absolución	357
2. El auto de apertura del juicio	358

3. El procesamiento y la falta de mérito	360
4. El sobreseimiento	363

§ 18. Las medidas de coerción aplicables al imputado

A. El problema	373
1. Advertencias	373
2. Alcance histórico de la libertad locomotiva y de la regulación jurídica de su pérdida	378
3. Los principios aplicables a las medidas de coerción, sobre todo a las privativas de la libertad	381
a) Presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo (coerción) excepcional	381
b) Pena y encarcelamiento; el principio de proporcionalidad y las medidas de coerción	385
c) Límite temporal	387
d) Prevención de peligros y encarcelamiento preventivo	390
e) Conclusiones y crítica	392
B. Las diferentes clases de medidas de coerción procesales privativas de libertad	401
1. La citación del imputado	401
2. El arresto de personas	404
3. La aprehensión	405
a) Concepto	405
b) Clases	406
c) Circunstancias de la aprehensión	409
4. La detención	409
a) Concepto y fundamento	409
b) Las reglas procesales aplicables	412
c) La incomunicación	414
d) Otras detenciones	415
5. La prisión preventiva	415
a) Concepto	415
b) Presupuestos materiales y formales	416
c) Revocación y cesación del encarcelamiento preventivo	420
d) Sucedáneos de la prisión preventiva	423
e) Otras medidas de coerción	431
f) El examen de la prisión	433

Bibliografía	439
---------------------------	-----

Índice temático	447
------------------------------	-----

Adenda

Proyecto de Código Procesal Penal Modelo	467
---	-----

Abreviaturas

AA.VV.	Autores varios
art.	artículo
CADH de	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)
cap.	capítulo
CC	Código Civil
cc.	concordantes
CCC	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal
CCBA	Constitución de la Ciudad de Buenos Aires
cf.	confróntese
CFed.	Cámara Federal (para su identificación, la abreviatura va seguida del nombre del lugar de la sede)
cfme.	conforme
cit.	citada/citado
CN	Constitución Nacional
CNA	Cámara Nacional de Apelaciones
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
comp./comps.	compilador/compiladores
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código procesal civil y comercial o de procedimientos civiles y comerciales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó)
CPCC	Código procesal civil y comercial de la Nación
CPCrim.	Código de procedimientos en lo criminal
CPDHyLF	Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio europeo)

CPP	Código procesal penal o de procedimientos penales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó o, si se trata de la Nación Argentina, con la palabra Nación, que sigue a la abreviatura)
CSN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DADH	Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Editorial o edición de
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos de América
Fallos	Colección de sentencias de un tribunal que se identifica con las abreviaturas aquí aclaradas o con su nombre completo
inc.	inciso
nº	número
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPP (RFA)	Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania
p./ps.	página/páginas
párr./párrs.	párrafo/párrafos
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
por ej.	por ejemplo
Pr.	Proyecto
Reg. JN	Reglamento de la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de la Nación
Reg.	Reglamento
RA	República Argentina
RFA	República Federal de Alemania
s./ss.	siguiente/siguientes
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	título
trad.	traducción
TS	Tribunal Superior (se identifica con el nombre de la provincia o del Estado al que pertenece)
v.	ver o véase
vol.	volumen

Prólogo

En el momento de aparecer este nuevo aporte a mi *Derecho procesal penal* no puedo ni debo ocultar varias circunstancias que presidieron su publicación. La primera y más importante se refiere al giro “punitivista”, extremo que preside el Derecho penal de nuestros días. Me refiero al Derecho positivo, real, vigente, no a aquel que desarrollan los juristas, quienes, pese a su esfuerzo, no consiguen contrarrestar el avance casi desenfrenado del llamado poder de punir estatal. Ese movimiento determina muy especialmente el significado del proceso penal, cada vez más lejos de predicar como principio la inocencia del imputado durante su trascurso y, por ende, más próximo al ideal de prevenir riesgos, esto es, cada vez más dedicado a asegurar el futuro, con abandono de la idea central acerca de descubrir el pasado. La persecución penal apunta cada vez con mayor convicción a significar un procedimiento de revisión, de control, del ejercicio del poder de punir por decisiones penales ya tomadas de antemano, a la manera del proceso contencioso-administrativo, antes que a establecer un procedimiento necesario para decidir esas medidas que recaen sobre el ejercicio de la fuerza pública, medidas que, por lo demás, están referidas, en especial, al derecho humano de la libertad locomotiva. Esos significados que, como he dicho, no puedo revertir –sólo atino a colocar-me en la vereda contraria, claramente minoritaria en sentido político, casi diría, impopular–, contrarios por completo a mi formación cultural y jurídica, me han alejado significativamente del Derecho penal, quizás también del Derecho, de mi vida como jurista, que hoy sólo practico por compromiso, como recuerdo, por excepción.

Esta visión del mundo, sin embargo, no es totalmente negativa. He llegado a ser anciano, me he jubilado y, con ello, han aparecido sobras de tiempo que me han permitido descubrir otras visiones del mundo. El hallazgo es, sin duda, tardío, pero ello, objetivamente, no le quita un ápice a su belleza. Desde mi punto de vista puedo decir que, en verdad, he descubierto otros mundos más bellos que el que se obtiene desde la visión jurídica, mundos que apreció contemplar y en los que me gusta vivir. En estos nuevos mundos no hallo la violencia, la mezquindad, la avaricia, la

envidia, la soberbia, cualidades que, al parecer, son propias del mundo del Derecho. Por lo demás, esos mundos son, claramente, más amenos, mejor aún, más divertidos, que el mundo jurídico y sus protagonistas. Ésa es también una razón de mi alejamiento, al menos parcial, del mundo del Derecho, resultado que se podrá apreciar, en toda su extensión, en el tomo IV de este libro, según la manifestación que este prólogo adelantará.

No puedo dejar de agradecer, no obstante, a mis años de jurista pleno: a ellos les debo el haber trascendido con mi labor, una gran cantidad de amigos que me reconocen, el conocimiento de otros países y regiones del mundo, en especial de Iberoamérica, una cantidad no despreciable de discípulos, algunos de los cuales he formado hasta la culminación de su carrera académica, algo que me reconforta cuando vuelvo sobre mis pasos. Empero, no sería sincero si ocultara que en mis últimos años he podido observar que mi prédica acerca de la modestia, la humildad, como características de la personalidad de un jurista, no fueron comprendidas o, al menos, no afianzaron el carácter de todos quienes, de una o de otra manera, para mal o para bien, siguieron mis pasos, y ello dio por resultado desencuentros, enemistades, litigios, todos ejercicios de soberbia. La amistad y el discipulado, que fueron motivos de orgullo para mí un día y a los que dediqué uno de los libros de esta colección, en momentos muy difíciles para mí, se convirtieron también, de ese modo, en factor parcial determinante de mi alejamiento "jurídico". El fracaso de mi presunta prédica principal es, por cierto, entristecedor.

Este tercer tomo tiene, por todo ello, el significado de una despedida. El lector no hallará en él, seguramente, valores fundados en el tesón, en el empeño del autor por el estudio de su materia para devolverla trabajada lo mejor posible al lector, sino que, antes bien, el texto responde al resabio de aquello que ya fue hecho, que ya fue sostenido con anterioridad, aunque no conociera las letras de molde. Espero que, cuando menos, sirva como experiencia de vida y de pensamiento. En cierta manera, su temática, los actos procesales y su valor o disvalor procesal, ha sido anticipada, abordada antes de ahora en esta colección de libros, de modo subjetivo (sujetos procesales) u objetivo (principios procesales). De allí las numerosas referencias a tomos anteriores. Por lo demás, no he podido contar siempre con las facilidades bibliográficas que me proporcionaban las bibliotecas de universidades extranjeras, sobre todo las de las universidades alemanas que visité por períodos extensos, básicas para mi formación—gracias a la ayuda recurrente de ese país, en especial de la Fundación Alexander von Humboldt—, razón por la cual las citas, regularmente, responden a diferentes ediciones de una misma obra, según la posibilidad del momento en el que los subtemas fueron escritos. A ello se une la prolife-

ración exponencial de publicaciones que hoy se observa, al menos en materia jurídico-penal.

De la misma manera puede predicarse de las leyes que son utilizadas a modo de ejemplo. El extenso período de mi vida que ocupó la redacción de los párrafos del tomo que hoy se publica, no sólo explica cierto desacople bibliográfico de sus diferentes partes, algunas escritas en Buenos Aires, otras en mis visitas a universidades de la República Federal de Alemania –en este último caso con bibliografía al día a mano–, sino que, además, informa sobre el motivo de la utilización de leyes procesales penales provinciales diversas a manera de ejemplo o soporte legislativo e, incluso, provee también la causa de la omisión de ciertas reformas, posteriores a la finalización del párrafo. Supongo que una actualización futura, desde ya necesaria, corregirá ese desnivel parcial.

Lo dicho, precisamente, funda mi decisión de no escribir el tomo IV, último de esta historia y dedicado al procedimiento o, mejor dicho, a los diferentes procedimientos penales. Decidí encomendar ese último eslabón de la cadena del Derecho procesal penal a dos discípulos míos, que siguieron todos mis pasos, el Prof. Dr. Daniel Pastor y el Prof. Dr. Eugenio Sarrabayrouse. Mi decisión estuvo fundada, precisamente, en la formación similar que con ellos me une, incluso bibliográfica e idiomáticamente. Ellos aceptaron la encomienda y ya se ocupan del contenido acordado de ese libro. Yo les agradezco infinitamente el esfuerzo; por pedido de ellos, yo supervisaré el texto una vez terminada la tarea, con el objeto de mantener la unidad de la obra. Con el tiempo, ellos decidirán y serán considerados los autores de estos libros porque, descuento, trabajarán en su actualización.

En tren de agradecer las colaboraciones que he recibido e influyeron en este tomo, no puedo dejar de nombrar a los profesores alemanes Dres. Claus Roxin y Eberhard Struensee –con sus respectivas esposas–, quienes apoyaron mis estadías alemanas y consiguieron que la Fundación Alexander von Humboldt y el Servicio alemán de intercambio académico (Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD) tomaran a su cargo la financiación de mis viajes. A todos ellos no sólo mi agradecimiento como jurista, sino, antes bien, el de mi esposa y el mío por la amistad que nos brindaron y el cariño con el que nos acogieron en su tierra, durante nuestras estadías en Alemania, y epistolarmente a la distancia. Personalmente, yo le debo a ellos y a las fundaciones mencionadas algo más: el haber posibilitado la continuación de mi vida de jurista mediante mis discípulos, que recibieron, por méritos propios de ellos, idéntico trato a aquel que yo agradezco.

Por último, quiero agradecer también a Matías Díaz, Juan Lucas Finkelstein Nappi y Martín G. Perel, tres jóvenes juristas que desarrollaron el índice temático de este tomo III, y que, al leer el texto, determinaron con su consejo un par de inclusiones y otro par de exclusiones, modificaciones que no por menores en extensión fueron menos necesarias; debo asimismo gratitud a "Nani" Orlando, quien se ocupó de la edición, la diagramación y la bibliografía del libro; en ambos casos reconozco la dedicación, la voluntad y el desinterés, valores con los que ellos encararon su tarea, que dio por fruto la publicación que hoy se ofrece.

Me ha parecido de utilidad incluir como adenda mi último trabajo legislativo que, en principio, llevé a cabo por encargo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según lo explico en la Fundamentación del Código. No es una novedad que él se haya frustrado por omisión, como otros trabajos legislativos míos sobre la materia. Pero, según se podrá leer al comienzo de la Exposición de Motivos, el fracaso conlleva, lamentablemente, el signo de una deslealtad. El trabajo, por decisión mía, fue entregado al Sr. Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación (Argentina), autoridad que no era aquella que lo había encargado, aun cuando durante su confección demostró su interés por él.

Buenos Aires, junio de 2011

Capítulo V
La actividad procesal
(actos procesales y su omisión)

Me propongo estudiar aquí aquello que yo llamaría las moléculas o los átomos del procedimiento judicial, definido como *serie de actos*¹ sucesivos llevados a cabo por ciertos protagonistas de ese procedimiento (*sujetos procesales*) o por otras personas que colaboran con ellos o son llamadas a colaborar en el procedimiento, sin un interés directo en él, para lograr sus fines². La atención se centrará, por ello, en la *actividad procesal*, en los actos mediante los cuales se desarrolla el procedimiento desde su comienzo hasta su terminación, o con los cuales los sujetos procesales u otras personas llamadas a intervenir en el procedimiento cumplen deberes establecidos por la ley o ejercen facultades que la misma ley les concede. La ley procesal define esos actos como expresión de voluntad de quien los realiza, con sus elementos de modo, forma, tiempo y lugar, y determina la consecuencia jurídica de su realización.

También es contenido de este estudio el valor de la *inactividad procesal*, concebida como la ausencia de actividad, a la que, sin embargo, la ley le concede un valor determinado --analógicamente a un silencio musical como falta de sonido: por ejemplo, la inexistencia de una protesta previa para la interposición de algún recurso o la falta de ejercicio de la misma facultad de recurrir para la firmeza de la decisión judicial-- o la comprende como configuración de un presupuesto de validez de la actividad posterior.

Por supuesto, el estudio abarca, asimismo, los *defectos* que puede contener la actividad procesal que desarrollan tanto los sujetos del procedimiento, como sus colaboradores y las personas llamadas a intervenir en el procedimiento. Y, junto con los defectos, resulta imprescindible conocer cuáles son las variadas consecuencias a las que pueden conducir esos defectos.

Además, se analizará en párrafo aparte la actividad que consiste en la tarea de introducir conocimientos al procedimiento (*prueba*), esto es, los actos que cumplen quienes intervienen en esa labor con esa finalidad. El Capítulo estudiará también la actividad procesal particular de los principales protagonistas del procedimiento penal o de sus colaboradores, los actos principales mediante los cuales ellos cumplen el papel que les toca desarrollar en el proceso penal, provengan estos de una persona con poder de *decisión* o de otra con poder de *requerir* decisiones, actividad esta última para la cual conforma un título aparte el poder de *impugnar* las decisiones que no conceden razón a aquello que fue requerido o que contrarían el interés de algún interviniente.

¹ Ver esta obra, t. II, § 9, A y B.

² *Idem*, Cap. IV (Introducción), p. 183.

El párrafo relativo a las decisiones se detendrá asimismo en la actividad de comunicación procesal, aquella que se realiza para dar a conocer a las personas que intervienen o deben intervenir en el procedimiento las decisiones que en él recaen (*notificaciones, citaciones y vistas*), y el Capítulo finalizará con el párrafo dedicado al estudio de la utilización de la fuerza pública por parte de los órganos estatales --o de sus sustitutos ocasionales-- con el objetivo de asegurar los fines del procedimiento o de actos procesales particulares (*actos de coerción*), que distinguiremos de su género, las decisiones judiciales, pues merece un estudio separado.

El capítulo analiza los *actos procesales* y la *inactividad procesal* desde el punto de vista básico del proceso de conocimiento, pero sus conclusiones y afirmaciones son extensibles, al menos analógicamente, al procedimiento judicial de ejecución (de la pena, de una medida de seguridad y corrección, o de soluciones alternativas para el hecho punible, cuando ellas son introducidas por la legislación).

Los actos procesales en general § 14

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924, t. I, *La voluntad jurídica en la doctrina y en el Código civil*; ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial* (2ª ed.) [*Tratado*], Ediar, Buenos Aires, 1963, t. I, cap. VIII, ps. 604 y ss.; BARTOLONI FERRO, Abraham, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales* (2ª ed.), Ed. Castellvi, Santa Fe (RA); t. 1º (1944), Caps. VII a XI, ps. 279 y ss.; t. 2º (1949), Cap. XII, ps. 9 y ss.; t. 3º (1950), Caps. XXIII a XXIX, ps. 7 y ss.; t. 4º (1952), Caps. XXX a XXXII y XXXIV, ps. 7 y ss., y 213 y ss.; t. 5º (1954), Caps. XXXVI y XXXVII, ps. 7 y ss.; y *Actos jurídicos procesales penales*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, t. I, ps. 387 y ss.; BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, citado por su nombre principal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ediar, Buenos Aires, 1964, t. IV, Libro Segundo, Tít. 1º, Caps. I y II, ps. 11 y ss.; CREUS, Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart y Köln, 1953, § 71, ps. 290 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980; PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil* [*Dpc*], Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. IV, Caps. XXV a XXIX, ps. 13 y ss.; PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* [*El plazo razonable*], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; PANNAIN, Remo, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Ed. Nicola Jovene & C., Napoli (Italia), 1933; PESSOA, Nelson R., *La nulidad en el proceso penal*, Ed. Mave, Corrientes (RA), 1997, 1ª ed.; 1999, 2ª ed.; PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1966, §§ 32 a 34, ps. 210 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier; título original: *Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München [RFA]), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, Cap. 4, § 22, ps. 172 y ss.; ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 2009, § 22, ps. 139 y ss.; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho procesal penal* [*Dpp*], Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004 (reimp.), t. II, Cap. XII, ps. 29 y ss.; VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1999, § 15, ps. 119 y siguientes.

A. CONCEPTO Y GENERALIDADES

1. El alcance del concepto y la regulación jurídica básica aplicable a ellos³

I. Como dijimos, el procedimiento de persecución penal ha sido definido por alusión a los *actos procesales*: el proceso penal es una reunión de múltiples actos que la ley disciplina --define por sus elementos de modo, tiempo y lugar-- y ordena --coloca en cierta secuencia--. El *acto procesal* es, así, según ya fue dicho, la partícula más pequeña sobre la base de la cual la ley erige el edificio del procedimiento judicial, también en materia penal. Según una expresión muy simple, *actos procesales* son aquellos que no sólo son llevados a cabo durante el transcurso de un procedimiento --en principio *judicial*, pero, al menos, que integra un procedimiento que culminará con la intervención y decisión judicial, para administrar justicia-- por aquellos que intervienen en él, en el amplio sentido o significado del

³ Monográficamente, PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Sección I, ps. 5 y siguientes.

verbo empleado (comprende a los sujetos procesales, a las personas llamadas a colaborar en el procedimiento, sean ellas funcionarios públicos o particulares); pero, en todo caso, la definición no pretende involucrar a toda acción humana sucedida durante el procedimiento, por el mero hecho de coincidir temporal o localmente con un procedimiento de esa índole, sino tan sólo a aquellos actos regulados por la ley procesal que producen efectos jurídicos en el procedimiento o, dicho de otro modo, que tienen importancia jurídica para él⁴. A modo de ejemplo podrían citarse tanto acciones llevadas a cabo por los sujetos procesales en cumplimiento del papel específico que ellos ostentan en el procedimiento –requisitorias como la acusación o la demanda civil, o decisiones como el procesamiento, la orden de detención o de allanamiento, o la sentencia–, medios de prueba, cuya actividad principal, en sentido material, corresponde a personas que intervienen en el procedimiento sin estar abarcados propiamente por el concepto de sujetos procesales⁵ –la declaración de un testigo o de un perito, y hasta la del imputado que sí cumple el papel de un sujeto procesal–, y hasta otras acciones desarrolladas por quien, quizás, no cumple un papel destacado en el procedimiento y, sin embargo, la actividad que desarrolla tiene suma importancia en él –la denuncia de la víctima o de un tercero, por ejemplo–; incluso ciertas acciones llevadas a cabo por colaboradores de las llamadas *partes* del procedimiento –el acusador, privado u oficial, el imputado o, por extensión, su defensor, el actor civil o quien es demandado civilmente, cuando se permite el ejercicio conjunto de la acción civil– o por colaboradores de los jueces del tribunal deben ser incluidas, conforme a este concepto amplio, dentro de la definición de actos procesales, siempre que tengan importancia jurídica para el procedimiento: la actividad de la policía institucional, regulada minuciosamente por las leyes procesales penales, merece esta calificación, así como las acciones que cumple el secretario del tribunal para documentar el debate, la llamada *acta del debate*, o el acta de una audiencia, o el acto que cumple quien notifica o ejecuta las decisiones judiciales, o el que cumple un médico patólogo, como consultor técnico-científico de la defensa en ciertos casos, o un auxiliar del defensor, cuando las leyes procesales penales les permiten a esos colaboradores cumplir ciertos actos con incidencia en el procedimiento⁶.

⁴ Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 32, I, p. 211; ROXIN, *Dpp*, § 22, A, I, p. 173; tal definición ha sido tildada como próxima a la tautología, sobre todo porque no cumple la finalidad principal de un concepto, la de delimitar su alcance: cf. VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 15, I, p. 120. Sobre su concepto, con cita de numerosas definiciones, VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal* [*Dpp*], t. II, Cap. XII, en especial n° 3, ps. 36 y siguiente.

⁵ Ver esta obra, t. II, Capítulo Cuarto.

⁶ Cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], t. IV, n° 898, p. 5.

Existen autores –BELING, por ejemplo⁷– que amplían enormemente el concepto de *acto procesal*, al comprender también entre ellos los actos de naturaleza puramente fáctica que son cumplidos durante el procedimiento, para que él pueda llevarse a cabo: la apertura de la puerta de la sala de audiencia por los empleados de servicio de los tribunales, los meramente ejecutivos de un secuestro de cosas, etc. Puede que, en estos casos, el hecho humano esté regulado por la ley procesal penal para adjudicarle cierta consecuencia jurídica o para negársela, y en este caso, pero sólo en este caso, se tratará de un acto procesal. Otros limitan sobremedida el concepto –PETERS, por ejemplo, con cita de KERN⁸– a los actos cumplidos por los sujetos procesales en sentido estricto (protagonistas del procedimiento) o sólo contiene en él a las expresiones de voluntad que desencadenan una consecuencia jurídico-procesal, que impulsan el proceso a un estadio distinto.

Entre nosotros, CLARIÁ OLMEDO⁹ ofrece una visión similar a la que aquí se ofrece, con acento en la consecuencia jurídica provocada por la conducta humana y prevista en la ley procesal penal para ella, y distingue esos actos, atribuidos a personas, de los meros hechos que tienen alguna relevancia en el procedimiento penal, mientras que BARTOLONI FERRO¹⁰, extiende también el estudio de la actividad procesal a ciertos hechos o realidades que producen sus efectos en el proceso penal: clasifica los hechos en *naturales* y *voluntarios* (humanos), a estos últimos en *positivos* y *negativos*, *lícitos* e *ilícitos*, tal como lo hace el Derecho civil, e incluye también a los denominados por él *actos procesales* dentro de la categoría de *hechos humanos voluntarios y lícitos*; todos ellos se caracterizan por producir consecuencias jurídicas en el procedimiento de persecución penal; por ejemplo, la muerte o la ausencia del imputado en un acto que precisa de su presencia tienen consecuencias en el procedimiento: extinción de la acción penal (sobreseimiento) o suspensión del procedimiento de persecución hasta que se logre la presencia del inculcado (rebeldía). El mismo autor da cuenta de otra categoría de los actos procesales, la de *negocio jurídico procesal*, unilateral o bilateral, categoría interna difícil de discernir cuando ella no reemplaza a la acción o acto procesal¹¹. Nuestros procesalistas civiles discriminan nítidamente la categoría de *actos procesales* de aquella referida a *hechos naturales* con influencia en el procedimiento: los actos, activos u omisivos –vale la pena aclarar–, según su clasificación, son, básicamente, decisiones voluntarias de seres humanos, los sujetos procesales u otras personas llamadas a intervenir en el procedimiento, con repercusión jurídica en él, mientras que los hechos resultan elementos de normas que regulan la actividad procesal de esas personas¹².

⁷ Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, ps. 123 y s., así como amplía, correlativamente, el concepto de *sujeto procesal*.

⁸ *Strafprozeß*, p. 212 (KERN, *Strafverfahrensrecht* [7ª ed.], p. 90).

⁹ Cf. *Tratado*, t. IV, n° 898, ps. 4 y s., y, más ampliamente, n° 932 y ss., ps. 77 y siguientes.

¹⁰ Cf. BARTOLONI FERRO, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales* (2ª ed.), vol. I, Caps. VII y VIII, ps. 279 y siguientes.

¹¹ Cf., BARTOLONI FERRO, *Actos jurídicos procesales penales*, ps. 395 y siguientes.

¹² Cf. ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial* (2ª ed.) [*Tratado*], t. I, cap. VIII, ps. 604 y ss.; PALACIO, *Derecho procesal civil* [*Dpc*], t. IV, Cap. XXV, ps. 13 y ss. Ejemplos de *hechos* como elementos de normas procesales que aplican los participantes o intervinientes en un procedimiento, en sentido amplio, con incidencia sobre él, son, según los autores citados, el día y la noche, el fallecimiento o la incapacidad de alguna de las partes, el transcurso del tiempo, etcétera.

Más allá de que los nudos *hechos* (naturales), que no dependen de la acción humana –como la muerte (que puede determinar la extinción del procedimiento por sobreseimiento), o el transcurso del tiempo (que puede conducir a la misma consecuencia o a dejar firme una decisión eventualmente cuestionable por recursos), o una catástrofe (que, en caso de pérdida de actas, puede conducir a su reconstrucción o a una prolongación de plazos) o la distancia (que puede conducir a la última consecuencia citada)–, con cualquier calificación que se utilice, resultan ser meros elementos que, por sí solos o al lado de otros –puramente fácticos, normativos o valorativos–, mencionan y tienen en cuenta las reglas jurídicas para presupuestar la valoración deóntica de ciertas conductas de quienes son sujetos de Derecho –en los ejemplos anteriores casi siempre una decisión judicial tomada por un órgano estatal que preside el procedimiento en esos momentos–; parece que no tiene demasiado sentido ocuparse de ellos en cuanto tales, pues resulta imposible someterlos a condiciones jurídicas; ellos acontecen cuando tienen que acontecer y de la manera en la que tienen que acontecer, por respuesta a una ley, en todo caso causal, natural o empírica, y no responden a una ley normativa, tampoco a una ley jurídica. De tal manera, resulta inútil estudiarlos como componentes del procedimiento en tanto su presencia no determine deberes –de acción u omisión– o facultades de los participantes en un procedimiento penal, y, en ese caso, deben ser estudiados como parte de la norma determinativa de una conducta humana¹³. El Derecho y sus normas se ocupan, precisamente, de la conducta humana que desde cierto punto de vista podemos nombrar como libre y voluntaria, y de sus consecuencias, aun cuando él o ellas tengan en cuenta la realidad fáctica, como presupuesto valorativo de la acción humana o como su resultado¹⁴. Esa acción humana, cumplida durante el procedimiento, por personas que participan en él –en el sen-

¹³ El horario diurno o nocturno, *hecho* que sucede por leyes que no son jurídicas, puede tener suma importancia para autorizar y ejecutar un *allanamiento de morada* (ver CPP Nación, 225, y reglas similares de otros códigos) por parte del juez o del funcionario que lo lleva a cabo. Sobre el valor de los hechos en materia jurídica y su relación con el concepto de acto jurídico y negocio jurídico, cf. VÁZQUEZ ROSSET, *Dpp*, t. II, Cap. XII, n° 2, ps. 30 y siguientes.

¹⁴ Cf. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Werkausgabe, Band VII, 10ª ed.), Vorrede, ps. 12 y ss., desde donde ya indica la división clásica entre las ciencias naturales (física) y las del comportamiento humano (ética), para luego fundar su afirmación básica sobre el objeto de la ciencia moral: la voluntad como posibilidad del ser humano de representarse la causalidad de su propia acción. Ver, también del mismo autor, *Kritik der praktischen Vernunft* (Werkausgabe, Band VII) y *Die Metaphysik der Sitten* (Werkausgabe, Band VIII, donde incluye al Derecho o a la teoría jurídica “como primera parte de la teoría de las costumbres”).

tido subjetivo amplio que observamos anteriormente-, será el objeto principal de estudio de este capítulo, más allá de que, como se verá bajo la letra B, también nos interese, aun cuando de modo bastante más reducido, la ausencia de esa acción (omisión) cuando ella está prescripta a manera de deber procesal por la ley y produce consecuencias jurídicas para o en el procedimiento¹⁵.

No parece tampoco necesario subdividir aún más el objeto de nuestro estudio, por creación de una categoría interna de *actos procesales*, los llamados *negocios procesales*. A más de que el parámetro de división es confuso y distinto en los autores varios que lo utilizan con alcances diferentes, tiene razón PALACIO cuando lo rechaza por *infecundo*¹⁶. El hecho de que la acción procesal se dirija normalmente al tribunal o al funcionario que preside el procedimiento para que decida algo (*acto procesal*) y el menos frecuente consistente en el hecho de que una parte determine directamente la conducta de la parte contraria o de un participante (*negocio procesal*) no le quita ni le agrega al estudio del comportamiento de las personas que intervienen en el procedimiento. Valdría la pena reservar la alocución *negocio procesal* sólo para indicar cuando los participantes en el procedimiento penal, por expresiones de voluntad regularmente concordantes, pueden reglar sus derechos y obligaciones en el procedimiento o, al menos, determinar ciertos elementos de ellos (modo, tiempo, lugar), como, por ejemplo, cuando las partes se ponen de acuerdo para fijar o prolongar un plazo prorrogable (sin la característica de ser fatal)¹⁷.

Determinante para la definición de las acciones humanas que aquí interesan no son la localización temporal o espacial del acto -durante el procedimiento o en el tribunal-, ni la posición en el procedimiento de la persona que lo cumple, aun cuando esos elementos cumplen en ella el honorable papel de circunscribir el concepto tan sólo inicialmente, para aproximarnos a él. Determinante del concepto *acto procesal* es, por lo contrario, la función que la ley procesal penal le concede al acto y sus consecuencias jurídicas¹⁸, como presupuesto de otros actos o de la validez de

¹⁵ Por ejemplo, la asistencia del acusador privado al debate, prevista como deber cuyo incumplimiento conduce a la extinción de su acción (sobreseimiento por inactividad, ver CPP Nación, 422, y reglas similares de otros códigos procesales para los delitos de acción privada, más allá de las discusiones al respecto [ver esta obra, t. II, § 13, D, II]).

¹⁶ PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 333, c, p. 25; del mismo modo, VÁZQUEZ ROSSI, *Dpp*, t. II, p. 35.

¹⁷ Ni el llamado *juicio abreviado* (CPP Nación, 431 *bis*, y similares de otros códigos procesales), ni la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 *bis* y ss.), representan *negocios procesales*, pues, antes bien, lo básico en ellos es el acuerdo sobre la culpabilidad, la pena o la sustitución de la pena por una obligación asumida voluntariamente, esto es, ambos representan acuerdos materiales por contraposición a acuerdos formales o sobre el procedimiento, aunque uno de ellos, en parte, lo constituya (el *juicio abreviado*) o, antes bien, el acuerdo material quede allí escondido tras el disfraz de un acuerdo formal.

¹⁸ HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 71, I, p. 290.

esos otros actos, debido a la secuencia que preside el procedimiento judicial, definido como concatenación de actos procesales variados, determinación que se puede observar también, y controlar, de la mano de una visión exactamente opuesta, la que pone el acento en los *defectos* que pueden portar los actos procesales o su sucesión, pues esos defectos, precisamente, conducen a la invalidez del acto criticado, pero también, eventualmente, a la *invalidez* de actos posteriores o del procedimiento¹⁹.

De tal manera, los elementos que conforman el acto procesal o su realización correcta, así como sus vicios, resultan indispensables para afirmar su idoneidad o inidoneidad para lograr la consecuencia jurídica prevista por la ley. Esos elementos serán el objeto descriptivo de los próximos ordinales, bajo la observación general de que, por regla, los defectos son subsanables o el acto viciado es convalidable por varios motivos, entre los cuales el tiempo y la conducta observada por diversos protagonistas del procedimiento tienen un valor considerable.

II. En principio, los actos procesales están sometidos a ciertas condiciones de validez para provocar los efectos jurídicos que les son característicos, condiciones reguladas por la ley en cada caso, exigencias jurídicas que, estudiadas de manera abstracta, pueden ser divididas en pares opuestos para su mejor comprensión: *internas* y *externas* o, si se quiere, *materiales* y *formales*. Las primeras, que estudiaremos bajo este ordinal, se vinculan a la característica del acto procesal como tal, según categorías más genéricas que, de ordinario, vinculan una *facultad* o poder, concedido a una persona pública o privada por la ley, con la consecuencia, prevista también en la ley, que la persona legitimada puede alcanzar con la realización del acto; algo así como el ejemplo del *testamento*, en la ley civil, que, para alcanzar su efecto o consecuencia, la transmisión de una cosa o de cierto patrimonio después de la muerte del testador, debe ser un acto voluntario de él, por tanto de una persona con capacidad para realizarlo, e idóneo formalmente para expresar su voluntad y, en ocasiones, limitado en su contenido material (por la existencia de herederos forzosos)²⁰.

Las exigencias nombradas en segundo término ya no se vinculan a la llamada *naturaleza jurídica* del acto o a la conformación de la voluntad, sino, antes bien, ellas se refieren a las meras formas externas que él debe

¹⁹ Así como se puede conocer la dogmática penal de la mano de los *errores* posibles del agente o el mismo problema aquí descrito, relativo al juicio y a la sentencia, de la mano del recurso de casación formal: se estudia también medicina de la mano de las patologías o enfermedades conocidas, en lugar de estudiar el cuerpo sano.

²⁰ Ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, e; CC, 3593 y siguientes.

adoptar para que la voluntad del autorizado a realizarlo sea expresada de modo correcto según la ley, aspecto que condiciona la consecución de ciertos efectos o consecuencias jurídicas: así, un testamento que constituye la expresión de voluntad de un sujeto considerado capaz de testar por la ley y dentro de los límites de su poder de disposición, sólo es reconocido como tal si se lleva a cabo según las formas que prevé la ley (*ológrafo, por acto público o cerrado*²¹), formas que suponen un documento escrito y otras exigencias específicas. En este rubro son importantes de estudiar *el tiempo, el lugar y el modo* de realización del acto procesal, a más de ciertos presupuestos basados en la actividad procesal, por aquello de que el procedimiento es una sucesión *ordenada* de actos procesales²². Estos aspectos serán estudiados bajo el ordinal siguiente. Por último a ciertos actos se les exige, formalmente un contenido específico (*forma interna*), así como al ejemplo del testamento --para seguir con él-- se le puede agregar, negativamente, que la disposición de voluntad no puede superar una porción patrimonial determinada cuando existen herederos forzosos (CC, 3591 y siguientes)²³.

Entre nosotros, todos coinciden en afirmar que los actos procesales son tan sólo una especie de los denominados genéricamente *actos jurídicos* por la ley civil²⁴, pues ellos son *hechos humanos voluntarios y lícitos* que establecen, crean, extinguen o modifican *relaciones jurídicas*, no sólo entre los llamados sujetos del procedimiento, sino, también, entre ellos y quienes, en sentido lato, intervienen --incluso accidental o contingentemente-- en el procedimiento. En un procedimiento concebido como *adversarial*, según se concibe en general al procedimiento judicial en Derecho privado, tales relaciones son establecidas, regularmente, entre las partes y el tribunal decisor y viceversa, y tan sólo en ocasiones, directamente entre las partes (llamados *negocios procesales*). El procedimiento penal, en cam-

²¹ CC, 3607, 3622 y siguientes.

²² La sentencia, absolutoria o condenatoria, tiene por presupuesto, ordinariamente, la realización del debate.

²³ En el caso, la solución correcta no resulta ser la invalidez del acto que se refiere a una porción mayor, sino, antes bien, su reducción hasta la legítima (CC, 3601). Otro ejemplo similar, pero de Derecho público, lo brinda la misma ley, en ocasiones limitada por otra de rango superior (constitucional) en su contenido, límite que determina su validez (ley penal y pena de muerte, por ejemplo).

²⁴ CC, 944 y siguientes; cf. ALSINA, *Tratado*, t. I, cap. VIII, 2, d, p. 607; PALACIO, *Dpc*, cap. XXV, n° 331, b, p. 15; en materia penal, BARTOLONI FERRO, *Actos jurídicos procesales penales*, 1 y 3, ps. 388 y siguiente; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 932 y siguiente, ps. 77 y ss. Sobre este tema y su debate, desde antaño, PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Sección I, Tit. I, Cap. I, y Tit. II, Caps. I a IV, ps. 5 y siguientes.

bio, es, como siempre, algo más complejo de explicar, pues no sólo carece de *partes*, en sentido material, sino que, además, por tratarse, por regla general, de una investigación oficial o pública –del mismo Estado, una de cuyas tareas es, precisamente, la de conducir a juicio a quien aparece como culpable de un hecho punible–, contiene períodos –casi podríamos decir– *sin relaciones*, esto es, en los cuales sólo se trata de regular mediante normas jurídicas las facultades que ejercen ciertos órganos del Estado (policía, ministerio público, juez de instrucción) y las consecuencias de sus actos. Pero la diferencia indicada, con ser importante, es tan sólo aparente, porque también en el procedimiento judicial civil o de cualquier índole se trata de regular mediante normas la competencia y actividad de los órganos estatales, para desarrollar su actividad lícita (actos procesales) y las consecuencias a las que conducen los actos correctamente desarrollados y, por supuesto, también de regular de la misma manera las conductas y consecuencias de las personas privadas llamadas o autorizadas a intervenir²⁵. La categorización arriba indicada implica la aplicación de las reglas que, para los *actos jurídicos* contiene el CC.

Tal categorización no es aceptada universalmente. En Alemania, por ejemplo, se rechaza expresamente la noción de que los *actos procesales* sean, genéricamente, *actos jurídicos*, regulados básicamente por la ley civil²⁶. Sin embargo, la doctrina alemana, aun con rechazo de la inclusión en una categoría más genérica del Derecho privado y de la aplicación de sus reglas, trata luego todos los conceptos que eliminan, genéricamente, la voluntad de obrar según el CC, como el error, la coacción y el fraude o simulación.

Con el fin de evitar la repetición, dejaremos para la próxima letra el estudio separado de la inactividad procesal u omisión, que el CC, 945, incluye entre los actos jurídicos (“positivos o negativos”), pues, a decir verdad, no sólo en el Derecho procesal penal, sino también en el Derecho civil, la inactividad y sus consecuencias jurídicas son, en estricto sentido, una excepción máxima²⁷. Pero la categorización de los actos procesales

²⁵ Se trata, así, de regular la denuncia, quién puede denunciar, la actividad que debe desarrollar para ello y lograr el fin –consecuencia jurídica– al que está destinada la denuncia (en ocasiones, ella también presupone actividad de un órgano estatal: recepción, protocolización, etc.); o bien se trata de regular la sentencia, con su presupuesto ordinario, el debate y sus exigencias específicas; o bien se le dice al tribunal aquello que debe hacer y cómo lo debe hacer cuando alguien demanda civilmente en el procedimiento penal y provoca así su actividad.

²⁶ Cf. SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, § 15, I y ss., ps. 70 y s.; PETERS, *Strafprozeß*, § 32, I, 2, p. 211; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 71, IV, 1, ps. 294 y s., y VI, p. 297; sólo como término comparativo, pero sin aplicar sus reglas, utiliza VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 15, p. 119, el concepto de *relación jurídica* (*Rechtsverhältnis*) procedente del Derecho civil.

²⁷ Para comprendernos por anticipado, no se trata de la falta de ejercicio de una facultad, como la del imputado de cerrar el debate con su palabra (CPP Nación, 393, VII) o la de

como actos jurídicos, según las reglas respectivas del CC, no es inocente y persigue, básicamente, someter a las disposiciones de ese Código a las expresiones de voluntad con eficacia procesal²⁸. Más allá de ciertos presupuestos, fácticos o de otro tipo, que condicionan la eficacia de un acto procesal²⁹, la expresión de voluntad de una persona representa el corazón del acto procesal. Y ella se excluye por *error* (provocado por otro [*dolo* –malo–, según el CC] o causado por otra circunstancia, e insuperable para quien obra), por *coacción* (violencia o intimidación, según el CC) o por *falsedad* (simulación, según el léxico del CC), pues los indicados constituyen *vicios o defectos esenciales* de toda declaración de voluntad, en tanto excluyen el correcto conocimiento previo y la libertad de obrar, presupuestos básicos de toda expresión de voluntad para provocar efectos jurídicos³⁰. También respecto del objeto de los actos procesales penales rige la disposición genérica sobre su licitud o ilicitud prevista por la ley civil³¹. La *capacidad de derecho*, que en materia procesal penal conocemos con el nombre específico de *legitimación* para llevar a cabo el acto o de indicación acerca de la persona *facultada* a realizarlo, precisamente para indicar a la persona que porta esa facultad, está regulada específicamente en las leyes procesales penales que disciplinan el acto respectivo, pero el Derecho procesal penal no desconoce las reglas genéricas del CC, según las cuales son sujetos de derechos, sobre los cuales puede recaer la capacidad para ejercer facultades o derechos y contraer obligaciones, tanto las *personas de existencia visible* como las *personas de existencia ideal*, cuando una regla jurídica le concede un derecho específico. Respecto de la *capacidad de obrar* (*de hecho*), ella se rige, en principio, por las disposiciones del CC: según ellas son *incapaces absolutos* las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, y los sordomudos que no saben darse

recurrir por parte de uno de los autorizados a impugnar la decisión, pues de esa falta de ejercicio no se deriva alteración alguna en el procedimiento (quien no recurre una decisión, autorizado a hacerlo, deja las cosas tal como están), sino de aquellos momentos en los que la ley procesal penal prevé la necesidad (*deber procesal*) de realizar un acto y deriva de su omisión un efecto característico (ya hemos visto el ejemplo del acusador privado que no concurre a la audiencia del debate o no concluye después de la recepción de la prueba: sobreseimiento).

²⁸ CC, 949, última parte.

²⁹ Por ejemplo, la decisión de un tribunal es presupuesto del acto de recurrirla, pues el recurso no puede realizarse válidamente antes de la decisión, de modo eventual; la declaración del imputado o la expresión de que omitirá declarar pese a habersele dado la oportunidad de hacerlo condiciona su procesamiento (CPP Nación, 307).

³⁰ Ver CC, 954 y siguientes.

³¹ CC, 949 y 953.

a entender por escrito, quienes precisan ser representados en juicio³²; en cambio, los llamados *menores adultos*, esto es, aquellos que tienen ya 14 años cumplidos, pueden realizar por sí mismos actos procesales si la ley los autoriza³³. Estas disposiciones son complementadas por leyes especiales y posteriores, v. gr., por el Código penal o las leyes de menores, en tanto fijan la edad de la imputabilidad penal, y por las leyes de procedimiento penal, en tanto establecen condiciones para su actuación personal en el procedimiento³⁴. Por supuesto, rigen también las reglas de la ley civil que pretenden solucionar conflictos entre leyes, como, por ejemplo, los arts. 948 y 950 del CC.

2. Las formas de los actos procesales

Para las exigencias externas, modo, tiempo y lugar en el cual debe expresarse la voluntad que constituye el acto procesal –en general, *formas*–, resulta clara la vigencia de la ley especial, esto es, ordinariamente, de las leyes de procedimiento que imponen esas formas; si no está impuesta forma alguna por la ley, el acto puede ser llevado a cabo de la manera que el interesado asuma, aun cuando el supuesto –entendido como ausencia total de formas– carezca casi de aplicación en la ley procesal penal³⁵. Aunque estas exigencias sean todas importantes, porque determinan la validez o invalidez del acto para producir los efectos jurídicos correspondientes, no puede existir duda en afirmar que el *tiempo* representa un valor indudable en el Derecho procesal en general y merece un estudio superior que las determinaciones sobre el lugar y el modo del acto.

³² CC, 54, 57, 59 y 61.

³³ CC, 55, 127 y concordantes. A pesar de que siempre se entendió que la capacidad para estar en juicio (CPP Nación, 82, I, y 87 II) coincidía con la capacidad de obrar y, en el caso, de que los menores no podían obrar por sí mismos y debían estar representados, un fallo muy próximo a la fecha en la cual escribo originariamente estas líneas ha permitido querellar a una menor adulta (17 años) en una querella contra sus padres, que facilitaron su prostitución (CCC, Sala I, res. n° 22.475 - XXX, del 18/3/2004).

³⁴ CPP Nación, 76, III, 412, I, y 413. ¿En qué medida discrepan capacidad y derechos de los menores o jóvenes con la Convención sobre los Derechos del Niño? que integra el bloque de constitucionalidad junto con otras convenciones internacionales (CN, 75, inc. 22), es una pregunta todavía abierta.

³⁵ CC, 974. Por ejemplo, el modo de escuchar a las partes intervinientes en la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 *bis*, III); en cierta medida, los recursos que pueden interponerse “por diligencia”, CPP Nación, 450, que parecen permitir la manifestación ante el notificador, suficiente en tiempo y contenido, funcionario que debe hacer constar la interposición por escrito.

a) Los plazos en el procedimiento penal

Básicamente se conoce con este nombre o bajo el nombre de *términos*³⁶ (más acertado idiomáticamente es llamar *término* al final del plazo o al punto en el tiempo en el cual el acto se debe cumplir) la regulación jurídica del tiempo en el procedimiento judicial³⁷, específicamente, a los periodos temporales del procedimiento dentro o fuera de los cuales se debe realizar un acto procesal. Se debe señalar que la razón de ser de la existencia de los plazos en el procedimiento judicial consiste, en primer lugar, en que toda ley de procedimiento tiene como punto de partida la permanencia en el tiempo de ciertas actividades combinadas mediante acciones u omisiones que corresponden a varias personas, de modo tal que se trata de una secuencia temporal de actos, de una sucesión ordenada o serie de ellos, cuya organización y orden específico señala la ley, de modo tal que, regularmente, uno provoca al siguiente o lo determina. En este sentido, el señalamiento del momento en el cual el acto debe ser cumplido tiene suma importancia si, como toda obra humana, no puede prescindir del tiempo y, más aún, reconoce en el factor temporal un dato específico a tener en cuenta para su regulación procesal. Desde otro punto de vista, los plazos operan también como garantía de intereses o bienes jurídicamente reconocidos o como límites para el ejercicio del poder penal—injerencias en la libertad locomotiva, la propiedad, la comunicación con otras personas, etc., o el simple hecho de soportar una persecución penal—, pues intentan impedir la extensión temporal al infinito de ese poder o de sus manifestaciones particulares³⁸.

La primera hipótesis mencionada al comienzo es la común³⁹. Los plazos son *de actividad* cuando señalan el espacio de tiempo o lapso dentro del cual se debe realizar un acto, como sucede, por ejemplo, cuando la ley fija un plazo para recurrir resoluciones judiciales⁴⁰. En cambio, son plazos *de inactividad* aquellos que determinan un espacio de tiempo dentro del cual no debe cumplirse el acto o, si se prefiere, fuera del cual debe cumplirse el acto, hipótesis escasa en la ley procesal penal⁴¹. Empero, de

³⁶ Ver CPP Nación, Libro primero, Tít. 5, Cap. 6.

³⁷ La importancia de su estudio se revela en cualquier tratado sobre la materia: ver PALACIO, *Dpc*, t. IV, Cap. XXVI, I, ps. 57 y siguientes.

³⁸ CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 949, ps. 113 y siguiente.

³⁹ Al punto de que el CPP Nación, 161, sólo abarca a estos plazos.

⁴⁰ CPP Nación, 447, 450 y 463.

⁴¹ Ejemplo casi único: el plazo de inactividad anterior al debate, CPP Nación, 359, válido para fijar el día de su comienzo.

cualquiera de estas dos maneras queda determinado el tiempo en el cual debe ser cumplido un acto durante el procedimiento de persecución penal para conseguir los efectos jurídicos propios de él; subvertida esta forma, el acto procesal no debería lograr sus efectos característicos, razón por la cual, si supera el control de admisibilidad, puede ser tachado por ineficaz, esto es, ser rechazados sus efectos jurídicos característicos, situación a cuyo estudio le dedicaremos posteriormente una sección íntegra en este mismo parágrafo.

I. Dentro del estudio de los plazos procesales penales, su *cómputo*, o sea, la manera de contarlos, merece especial atención. Conocemos como *dies a quo* la fecha a partir de la cual comenzamos a contar el plazo y como *dies ad quem* –*término*– la indicación de la fecha de su vencimiento. En esta tarea particular también la ley civil (una suerte de parte general del orden jurídico nacional, en ocasiones modificada por la especialidad de la ley, como sucede en el Derecho penal) comanda el conteo, si no existe regulación especial que indique una manera contraria de realizar la operación⁴². A pesar del reproche de lentitud que soportan los procedimientos judiciales, reproche que pergeñó el aforismo vulgar acerca de que la tarea judicial cuenta el tiempo por años, prácticamente todos los plazos procesales son contados por días y algunos hasta por horas. Y, también a contrario de la creencia que afirma que todos los plazos procesales, por la actividad que regulan, se calculan sin contar los días inhábiles o descontando esos días del plazo concedido –esto es, sin contar o descontando los días en los cuales la administración judicial no trabaja, al menos regularmente: feriados y ferias–⁴³, en materia procesal penal rige, en principio, por la razón apuntada, la regla que establece la necesidad de considerar en el cómputo a “los días feriados, a menos que el plazo señalado [por las leyes o los tribunales] sea de días útiles, expresándose así”⁴⁴. Algunas leyes, sin embargo, han establecido como regla aquello que para la ley civil es la excepción: “se computarán únicamente los días hábiles”, esto es, de apertura y labor de las oficinas judiciales, excluidos feriados y ferias judiciales⁴⁵. Pero, para todas las leyes procesales penales, los plazos cuyo

⁴² CC, Títulos preliminares, Tít. 2, ver, especialmente, art. 29. Las leyes procesales penales adhieren por lo común a esta regla: CPP Nación, 161; CPP Pcia. de Buenos Aires, 138; CPP Córdoba, 180.

⁴³ Cf. PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 340 y s., ps. 59 y siguientes.

⁴⁴ CC, 28. Reafirman la continuidad de los plazos en los días inhábiles, como regla genérica, el CPP Córdoba, 181, I, y el CPP Pcia. de Buenos Aires, 139, I.

⁴⁵ CPP Nación, 162, I.

término (vencimiento) cae en día inhábil, deben ser considerados prorrogados por la ley al día hábil siguiente⁴⁶. Por esta razón y también porque las leyes que cuentan los días continuamente, por regla, establecen plazos algo más extensos que aquellas que los cuentan con la interrupción de los días inhábiles, la diferencia de sistema –opuesto contradictorio– no resulta, en la realidad práctica, demasiado notable. La aproximación es aún mayor si, como se establece en el CPP Nación⁴⁷ –cómputo con interrupción–, algunos plazos deben ser computados de modo continuo.

Inhábiles son los días no laborables (sábados y domingos), los feriados ya establecidos genéricamente y aquellos que declara inhábiles la autoridad de administración del Poder Judicial local o nacional o un tribunal particular, cuando está facultado para ello, atendiendo a razones especiales. Rigen la materia las leyes de organización judicial respectiva y, especialmente, los reglamentos judiciales. Algunas veces ocurre lo contrario, que las leyes, los tribunales o los órganos de administración del Poder Judicial, deciden que son hábiles aquellos días que, regularmente, son inhábiles. El Derecho electoral representa un ejemplo legal, pero diversas necesidades pueden determinar la “habilitación” de un día o una hora inhábiles (ejemplo característico: el allanamiento de morada⁴⁸).

En muy pocos casos los plazos son fijados en horas⁴⁹. En ese caso, cuando vence en hora inhábil, debe ser considerado prorrogado a las dos primeras horas del día hábil siguiente⁵⁰, con lo cual el plazo no varía demasiado si se lo fija en días. Más escasos aún resultan los plazos mensuales o anuales en materia procesal penal y, cuando así son fijados, siguen las mismas reglas⁵¹. Incluso existen, en materia penal, actos procesales que carecen de plazo, que pueden ser ejecutados en cualquier momento o “en todo tiempo”⁵².

Lo normal es que los plazos se fijen por lapsos o períodos de tiempo, que comienzan (*dies a quo*) con algún acontecimiento (generalmente la notificación de algún estado procesal o de alguna decisión) y finalizan según su extensión, fijada temporalmente (*dies ad quem*), conforme a la explicación anterior. Pero existen plazos medidos por el acontecimiento que le pone fin, plazos relativos a un estado procesal⁵³, y plazos que

⁴⁶ CPP Nación, 162, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 139, I; CPP Córdoba, 181, II.

⁴⁷ Art. 162, I.

⁴⁸ CPP Nación, 224, II.

⁴⁹ CPP Nación, 286 y 332.

⁵⁰ CPP Nación, 164; CPP Pcia. de Buenos Aires, 139, II; CPP Córdoba, 181, III.

⁵¹ Ejemplos: en años: CP, 76 *ter*, I; ley nacional n° 24.390 (plazos de la prisión preventiva), arts. 1, 2 y 7; en meses: CPP Nación, 311 *bis*, II.

⁵² CPP Nación, 479: recurso de revisión.

⁵³ Ejemplo característico: CPP Nación, 170, los diversos incisos que fijan plazos para denunciar la nulidad de un acto.

comienzan a contarse a partir de un acontecimiento⁵⁴. Por lo demás, según lo veremos inmediatamente después, la clasificación de los plazos en *individuales* y *comunes* responde, precisamente, a la pregunta de cómo computarlos o, si se quiere, de cuándo comenzar a computarlos y cuándo vencen: los primeros, cuyo comienzo y término resultan establecidos separadamente para cada uno de los intervinientes y los últimos que corren —comienzan a contarse y finalizan— conjuntamente para todos o varios de los intervinientes en conjunto⁵⁵.

II. Los plazos han soportado, para su mejor explicación, innumerables clasificaciones, desde diferentes puntos de vista. Una primera clasificación, ya contenida en las disposiciones del Código Civil, divide los plazos, según la persona que lo fija, en: plazos *legales*, *judiciales* y *convencionales*. En materia procesal penal, la mayoría de los plazos son fijados por la ley, genérica o específicamente⁵⁶. Por principio, la ley deja un espacio muy pequeño para la voluntad de alguno de los sujetos procesales o de ellos en conjunto, voluntad que sólo está facultada por excepción para fijar plazos durante el procedimiento⁵⁷. Con alguna frecuencia, los jueces están autorizados a fijar ciertos plazos que, por ello, son calificados de *judiciales*⁵⁸. Es difícil hallar plazos *convencionales*, fijados por los demás sujetos procesales, acusador o acusado (partes civiles), o ambos conjuntamente, en materia procesal penal⁵⁹. Sin embargo, aquél a cuyo favor de ha establecido un plazo puede consentir su abreviación y, aun más, eliminarlo como facultad de realizar el acto⁶⁰, con lo cual parece existir un

⁵⁴ Ejemplo característico: la terminación de la lectura de la sentencia (CPP Nación, 400, III) que "valdrá en todo caso como notificación para los que hubieren intervenido en el debate", *dies a quo* del plazo para interponer recursos contra ella.

⁵⁵ Ver el próximo punto, II.

⁵⁶ Genéricamente, por ejemplo, CPP Nación, 161, 2ª oración; específicamente, por ejemplo, CPP Nación, 463, 1ª oración.

⁵⁷ CPP Nación, 163: si bien la regla se refiere a otra clasificación y propiedad de los plazos, ella deja entrever que la prórroga, por regla, ya no será legal, sino judicial o convencional.

⁵⁸ Por ejemplo, plazo para que el perito se expida, CPP Nación 260, I; plazo para la comparecencia del excarcelado bajo caución, CPP Nación, 329, condicionado por un plazo máximo; plazo de incomunicación, CPP Nación, 205, bajo la misma condición; casi siempre la fijación judicial del plazo se traduce en la fijación de un término, en el sentido, ahora, del comienzo de la actividad: comienzo de la audiencia del debate, CPP Nación, 359, con la condición que le impone un plazo de inactividad; convocatoria a la audiencia de conciliación en los juicios por delitos de acción privada, CPP Nación, 424, I; comienzo de la ejecución de la pena privativa de libertad, CPP Nación, 495.

⁵⁹ Ello no excluye que, informalmente, los plazos *judiciales* puedan ser fijados con la anuencia de los demás participantes en el procedimiento o contemplando sus intereses, parcial o totalmente, en un acuerdo informal.

⁶⁰ CPP Nación, 165.

margen considerable para la autonomía de la voluntad de quien participa en un procedimiento, esto es, en otras palabras, para la fijación convencional de un plazo, al menos en uno de los sentidos posibles: así, puedo consentir la condena, sin recurrirla, por renuncia al plazo concedido por la ley para recurrir la sentencia; puedo consentir la ejecución de la fianza y la orden de detención, por renuncia al plazo para comparecer⁶¹; tanto el acusador como el acusado, o ambos conjuntamente, pueden renunciar total o parcialmente al plazo de inactividad que la ley les concede para preparar el debate⁶².

Desde otro punto de vista importante, según los efectos que provoca su vencimiento, los plazos procesales penales son, por regla general, de conformidad con la declamación de la ley, "*perentorios* (o *fatales*) e *improrrogables*, salvo las excepciones dispuestas por la ley"⁶³. Tradicionalmente se ha distinguido entre plazo perentorio e improrrogable, según que el primero, opuesto a su negación (no perentorio), a su finalización, produzca *ipso iure* la caducidad de la facultad concedida por la ley para realizar el acto y lograr así su efecto característico, mientras que el segundo, a su finalización, sólo importa la imposibilidad de ser prorrogado por voluntad de alguien, pero no evita el ejercicio de la facultad, si todavía es posible su realización, pues no ha sido denunciada la rebeldía de quien está autorizado a realizarla o el procedimiento, de hecho, no ha avanzado hasta un estado que torna imposible su realización⁶⁴. Un ejemplo de plazo perentorio es, sin duda, el plazo para interponer un recurso, pues a su finalización la decisión judicial queda firme, por regla general, y su impugnación (salvo el caso del recurso de revisión) se torna inadmisibile con posterioridad al vencimiento del plazo. La ley procesal penal, cuya cita textual consta antes, parece concebir —hasta allí— la regla general de que, si ella no determina una excepción, nadie puede prorrogar los plazos establecidos por la ley y la facultad concedida para la realización del acto caduca definitivamente una vez vencido el plazo previsto para su ejecu-

⁶¹ CPP Nación, 329.

⁶² CPP Nación, 359, I.

⁶³ CPP Nación, 163; CPP Pcia. de Buenos Aires, 140; CPP Córdoba, 182.

⁶⁴ Las categorías *perentorio* - *no perentorio* y *prorrogable* - *improrrogable*, pares opuestos contradictorios, tienen especial significación en el proceso de partes, adversarial, donde reina la autonomía de la voluntad, entonces, en el Derecho procesal civil, pues la falta de diligencia de una parte en acusar la rebeldía del acto de la contraria torna aún posible la realización del acto, aunque su plazo no pueda ser prorrogado. Cf. PALACIO, *Dpc*, n° 342, A, 2°, ps. 72 y siguientes; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 958, p. 131, explica la subsistencia de plazos no perentorios o *perentorios no fatales*, como él los llama, en los códigos procesales penales antiguos de nuestro país, por remisión a los códigos procesales civiles.

ción. Sin embargo, ese no parece ser el caso en una gran cantidad de plazos establecidos por la ley y en los que la ley —o su texto— no brinda excepción alguna al carácter perentorio que rige según la regla general. Nombramos sólo como ejemplo el plazo para dictar el procesamiento o la falta de mérito⁶⁵, cuya facultad (mejor expresado: deber, desde el punto de vista de la función) no caduca por el hecho del incumplimiento del plazo, o bien, el plazo concedido al acusador, sobre todo al acusador público, para requerir el juicio o instar el sobreseimiento⁶⁶ que, si bien prorrogable, parece fatal una vez concedida la prórroga por otro plazo idéntico, plazos que, si fueran entendidos como perentorios, en el sentido de imposibilidad de realización posterior del acto, implicarían la necesidad de sobreseer el procedimiento —ante la imposibilidad de continuar formalmente la persecución penal— y crearían así nuevos motivos de extinción de la acción penal, distintos de los establecidos, taxativamente, por la ley penal (CP, 59). Tampoco la sentencia pronunciada fuera de plazo⁶⁷ provoca el efecto antes explicado, sino que —explícitamente en el texto citado—, contiene un defecto que puede producir su eliminación (nulidad) y la necesidad de un nuevo debate. No creo que sea posible explicar toda esta confusión creada a partir de las palabras de la ley. Los términos empleados no son mera “acrobacia con palabras”, pues constan en una ley. Los códigos de procedimientos más modernos parecen haber creado una nueva categoría, distinta de las anteriores, que confunde aún más los posibles conceptos: plazos *fatales* y, por contraposición, *no fatales*. Estos plazos se corresponden con los de terminación de la investigación preparatoria, en un caso en conjunto con el de duración total del procedimiento⁶⁸ y en el otro en conjunto con el de la integración definitiva del tribunal de juicio (cuerpo de decisión)⁶⁹, siempre que el imputado estuviere privado de libertad. No creo que valga la pena explicar más este desaguisado según los efectos del incumplimiento de los plazos fatales, pues ese efecto, al parecer, nos acerca a los plazos *ordenatorios*, en la terminología del Prof. CLARÍA OLMEDO⁷⁰, plazos que, en sentido estricto, no son procesales, sino, antes bien, reguladores de la función que cumplen algunos funcionarios públicos, de la función disciplinaria que corresponde a ciertos órganos de

⁶⁵ CPP Nación, 306 y 309.

⁶⁶ CPP Nación, 346.

⁶⁷ CPP Nación, 400, II.

⁶⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 141.

⁶⁹ CPP Córdoba, 182, II, III y IV.

⁷⁰ *Tratado*, t. IV, n° 957, p. 129.

control y, por ende, corresponden al Derecho de la organización judicial o, en su caso, al Derecho disciplinario (administrativo) judicial. Para terminar el punto, sólo puedo dar reglas generales de hermenéutica: la ley, por regla general, no atribuye la facultad de prorrogar plazos ni siquiera al tribunal y sólo por excepción contiene alguna indicación en ese sentido⁷¹; una vez dictada la decisión (sentencia, auto o decreto) todos los plazos establecidos para impugnar lo decidido deben entenderse perentorios o fatales, en el sentido definido por nosotros (caducidad de la facultad e inadmisibilidad de su ejercicio posterior); cuando por las características del acto regulado la ley, al fijar el plazo, fija una de las condiciones de validez del acto⁷², debe interpretarse que la falta de cumplimiento del plazo conduce, por regla, a la caducidad de la facultad de llevarlo a cabo por quien no la ejecutó oportunamente; e, incluso, la solución es similar para las facultades atribuidas a sujetos procesales, cuando de las características del acto o de la persona facultada para llevar a cabo el acto, se desprende la imposibilidad de ejercer la facultad con posterioridad⁷³; todos los demás plazos no parecen responder a otra motivación que la de regular el ejercicio diligente de la función pública y, por tanto, no deberían formar parte de la ley de procedimientos sino, antes bien, son materia propia de la ley de organización judicial. Por lo contrario, existe sí un plazo procesal importante que conduce a la extinción de la acción penal, esto es, a la caducidad de la persecución penal, ya sin fundamento en la regla respectiva del CP (art. 59 y ss.), sino, antes bien, con base jurídica incluso superior en grado a la del Derecho común: se trata del llamado *plazo razonable de duración del procedimiento* (derecho a un juicio rápido), establecido por las convenciones internacionales de derechos humanos, universal y regionales, hoy incluidas en el texto constitucional (CN, 75, inc. 22). ¿Cuál debe ser la duración de este plazo y cuál el modo de fijarlo? es hoy, todavía, discutible⁷⁴, a pesar del reconocimiento universal sobre la existencia del plazo y la obligación del Estado de juzgar en cierto lapso⁷⁵.

⁷¹ Ejemplo: CPP Nación, 346.

⁷² Ejemplo: el ya citado art. 400, II, CPP Nación.

⁷³ En esta categoría ingresan los plazos concedidos para recusar a un juez, CPP Nación, 60, para constituirse en querellante o en actor civil en los delitos de acción pública, CPP Nación, 84 y 90, la de acusar del querellante conjunto, en el plazo de ley con su eventual prórroga, CPP Nación, 346.

⁷⁴ Cf. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* [El plazo razonable].

⁷⁵ El único Código que toma a su cargo la fijación de ese plazo, con efecto material sobre la persecución penal, aunque de una manera complicada, es el Código de la Pcia. de Chubut (ley provincial n° 4566 del 9/12/1999), en el Libro II, Tít. I, Cap. 8, Sección 3ª,

Las demás clasificaciones posibles no tienen un valor explicativo adicional. Quizás la única que vale la pena aclarar, para el *cómputo* correcto, es aquella que divide entre plazos *individuales* y *comunes*. Los primeros, como su nombre ya lo indica, corren –eventualmente son prorrogados, suspendidos o interrumpidos– de manera individual para cada una de las personas a las cuales el plazo se le aplica como modo de regular su actividad procesal y, por lo tanto, el *dies a quo* de ellos –su nacimiento– así como su finalización –término– resultan diferentes para cada uno de los intervinientes en el procedimiento. Además de la indicación general acerca de la gran mayoría de los plazos del procedimiento penal son *individuales*, el ejemplo más claro de esta clase son, nuevamente, los plazos establecidos para recurrir las decisiones judiciales⁷⁶. En cambio, el cómputo de los plazos *comunes*, que rigen para varios intervinientes en el procedimiento, sucede a partir de un acontecimiento idéntico para todos aquellos para quienes el plazo está establecido y, por lo tanto, ellos finalizan también para todos en la misma oportunidad. Al menos según la intención de la ley es *común* el plazo para comparecer y mantener el recurso ante el tribunal de alzada⁷⁷ y debería serlo el plazo de oficina y de ampliación de fundamentos del recurso en el recurso de casación⁷⁸. Por supuesto que son comunes los meros *términos*, esto es, las fijaciones de día y hora para el comienzo de una actividad común o conjunta⁷⁹.

Más allá de ello, tiene escaso valor el par conceptual *ordinario-extraordinario*: sería extraordinario el plazo extendido para el emplazamiento, cuando el tribunal de alzada tuviere asiento en un lugar distante de aquél en el que reside aquél que dictó la decisión impugnada, por contraposición al plazo ordinario de tres días⁸⁰.

arts. 180 a 184, bajo el rubro *Duración razonable de la persecución penal* (ver PASTOR, *El plazo razonable*, p. 422); el CPP Pcia. de Buenos Aires, 141, pretende fijar el plazo razonable en dos años, con los descuentos o las prórrogas correspondientes a las actividades procesales que enuncia en la regla (párrafos II y III), pero, según su artículo siguiente, n° 142, la regla sólo se vincula al Derecho organizativo, eventualmente disciplinario de la función judicial, conforme al efecto previsto; sin embargo, la Corte Suprema nacional ha reconocido desde antaño el principio que concede el derecho a ser juzgado sin demora, aunque con dificultades serias para decidir casos concretos (ver *Fallos CSN*, t. 272, ps. 188 y ss.; para un análisis detallado de la jurisprudencia argentina y su comentario y crítica, PASTOR, *El plazo razonable*, Cap. III, 3.9, ps. 241 y ss.; se recomienda la lectura del Cap. III, ps. 99 y ss., que contiene, con erudición increíble, una multiplicidad de casos resueltos, incluso, por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos). PASTOR se inclina por utilizar los plazos admitidos para el encarcelamiento preventivo (*El plazo razonable*, 2.7.3, 438 y ss.), pero sin argumentos convincentes, a mi juicio –algo que él mismo descubre parcialmente–, a pesar de que los plazos existentes en la leyes nacionales 24.390 y 25.430, que, según su texto, reglamentan la institución del derecho internacional público de los derechos humanos y, por ende, de base constitucional y, además, forman parte del CPP Nación (ver art. 10 del texto ordenado por las modificaciones de la última ley citada; con detalles, este libro, § 18, B, c, II), parecen razonables a este efecto.

⁷⁶ En ocasiones la ley es específica y certera: CP, 67, V, referente al plazo de prescripción de la acción penal.

⁷⁷ CPP Nación, 451, I, y 453.

⁷⁸ CPP Nación, 465 y 466.

⁷⁹ Así, todas las audiencias fijadas, por ejemplo, las del CPP Nación, 454, II, y 465, II.

⁸⁰ CPP Nación, 451.

III. En nuestro vocabulario jurídico *interrupción* de un plazo quiere significar que el tiempo ya transcurrido de él se anula y comienza a contarse nuevamente el plazo (*dies a quo*) a partir del acontecimiento que lo interrumpe. En cambio, *suspensión* del plazo implica que el tiempo transcurrido de un plazo que ya ha comenzado se computa y el cómputo de detiene a partir del acontecimiento que genera la suspensión, para reanudarse una vez que ese mismo acontecimiento desaparece o que sucede otro acontecimiento distinto.

En materia penal, el paradigma de esta problemática está constituido por la *interrupción* y *suspensión* de la prescripción de la persecución penal (CP, 67). Pero en materia procesal penal, su paradigma, el debate, parte de la base de su *continuidad*, sin interrupciones, ni suspensiones, para regular posteriormente aquellas autorizaciones excepcionales para *suspenderlo* (máximo diez días), sobrepasadas las cuales se produce la *interrupción* del debate, esto es, la necesidad de recomenzarlo desde su iniciación⁸¹. Deberían existir normas que permitan a ciertas autoridades procesales suspender o interrumpir plazos en casos de fuerza mayor o por motivos graves que tornan imposible su prosecución⁸².

b) El modo o forma específica de los actos procesales

Desde el punto de vista externo, nuestro derecho positivo divide prácticamente dos formas principales de realización de los actos procesales por parte de quienes deben ejecutarlos: la primera, coincidente con el origen histórico de nuestras leyes procesales, está constituida por el registro por escrito del acto, por el *acta* que contiene la materia del acto procesal; la segunda, coincidente con la reforma de aquella regulación originaria, está constituida por la trasmisión oral de la voluntad y de la información contenidas en un acto procesal.

Raramente la ley positiva argentina autoriza o se refiere a otros registros, por ej., la grabación oral o audiovisual⁸³. Pero la exigencia de cumplir un acto *por escrito*, esto es, de hacer constar la materia del acto de ese modo, no parece conducir a una forma única de registro escrito. Casi siempre la ley procesal penal regula bajo el rubro *Actas*⁸⁴ las formas que deben observar los registros escritos de los funcionarios públicos (policía, tribunal, fiscalía) cuando documenten el contenido de un acto propio de sus funciones que ha transcurrido ante ellos: fecha, nombre y apellido de las personas que toman parte en el acto, diligencias realizadas y su resultado, declaraciones recibidas,

⁸¹ CPP Nación, 365.

⁸² Por ejemplo, catástrofes naturales, CPC Nación, 157, III.

⁸³ CPP Nación, 395, segunda oración.

⁸⁴ CPP Nación, Libro primero, Tít. 5, Cap. 4; CPP Pcia. de Buenos Aires, *idem*; CPP Córdoba, Libro primero, Tít. VI, Cap. II.

en su caso, el impedimento para la asistencia de las personas obligadas a intervenir, la constancia acerca de si la declaración fue espontánea o requerida, y si fue dictada por quien produjo la declaración, la firma de quienes intervinieron en el acto o la mención de que alguien no quiso o no pudo firmar y, en el caso de ciegos o analfabetos, la información acerca de la posibilidad de que la suscriba otra persona a su ruego y, en caso de ejercicio de esa facultad, la firma de esa persona⁸⁵. Carecen de validez los registros escritos que no cumplan las reglas básicas: fecha, firma del funcionario y, en su caso, del actuario que lo asiste o de los testigos de actuación, e información prevista para ciegos y analfabetos⁸⁶. Cuando nos referimos a la invalidez de los registros escritos, del *acta*, no estamos adelantando nada sobre la validez del acto cumplido, como sucede, por ejemplo, con un *acta* de debate perfectamente válida como documento de aquello que ha transcurrido ante el actuario, un debate sin asistencia de alguien obligado a la presencia en él, acto sin embargo inválido para justificar la validez de una sentencia dictada sobre la base de ese debate: el juicio de validez o invalidez sólo abarca al documento (*acta* de secuestro en un registro domiciliario cumplido sin orden judicial y fuera de los casos de necesidad para los cuales la ley autoriza a invadir un domicilio privado sin orden judicial). Pero la ley procesal penal, en algunas ocasiones, prevé formas especiales para diversos actos registrables por escrito: como ejemplo sirven las notificaciones⁸⁷ y las diversas formas de documentar decisiones judiciales⁸⁸. Por lo demás, a las instancias que exigen la forma escrita (*denuncia*, *querella*, *recursos*, por ejemplo), les basta ese modo de producirlas y la firma de quien insta, más allá de los requisitos de contenido (*motivación* o *fundamentos*, *denuncia del agravio*) del acto particular de que se trata.

En nuestro sistema, la oralidad no significa demasiado en extensión procesal, pero sí, en cambio, en importancia política⁸⁹. En efecto, ese sistema no tramita un procedimiento judicial *por audiencias*, como sería recomendable, sino que contiene un período principal del procedimiento —precisamente el llamado *procedimiento principal*—, que se desarrolla sobre la base de una audiencia pública en la cual reina la forma oral de transmisión de informaciones y requerimientos, sin perjuicio de la permisión de incorporación por la lectura de actos registrados por escrito⁹⁰, autorización cuya extensión resulta criticable. Sólo el CPP Chubut (ley provincial n° 4566 del 9/12/1999), entre nosotros, ha pretendido regular un procedimiento *por audiencias*, en el sentido de prever que toda decisión judicial se funde en una audiencia previa, con participación de los interesados en la decisión. Lo ha seguido, en ese sentido, el más moderno CPP para la Ciudad de Buenos Aires y, parcialmente, el CPP de la Provincia de Buenos Aires, algo que se observará, sobre todo, al estudiar las medidas de coerción en el procedimiento penal (§ 18, en especial, B, 5).

Existen, además, formas que se refieren al contenido de ciertos actos, que denominamos *internas* para separarlas de las anteriores y que, en

⁸⁵ CPP Nación, 139; CPP Pcia. de Buenos Aires, 118; CPP Córdoba, 135.

⁸⁶ CPP Nación, 140; CPP Pcia. de Buenos Aires, 119; CPP Córdoba, 137.

⁸⁷ CPP Nación, 147 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 126 y ss.; CPP Córdoba, 168 y siguientes.

⁸⁸ CPP Nación, 121, 124 y 399; CPP Pcia. de Buenos Aires, 104 y 107; CPP Córdoba, 140 y 143.

⁸⁹ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. I, Segunda parte, Cap. X, ps. 417 y siguientes.

⁹⁰ CPP Nación, 391 y 392; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366; y CPP Córdoba, 397 y 398.

cierta manera, resultan también *especiales* frente a las anteriores, comunes o generales.

Se trata, por ejemplo, de ciertas comunicaciones, instrucciones y advertencias previas de quien preside el acto a quien lo cumple⁹¹, del juramento de órganos de prueba⁹², de las constancias que deben existir en ciertas actas refrendadas por el funcionario que lleva a cabo el acto⁹³ y, fundamentalmente, de las exigencias de motivación o fundamentación para ciertas decisiones judiciales⁹⁴ o de los recursos contra ellas⁹⁵.

Naturalmente, la omisión de una de las formas previstas conduce a un defecto del acto que se ha llevado a cabo, defecto que, eventualmente, puede conducir a su invalidez para provocar las consecuencias deseadas con su realización; y decimos que tan sólo eventualmente priva de su validez al acto para producir ciertos efectos jurídicos, pues esos defectos son, en variadas ocasiones, *subsanales* y, en otras, la invalidez depende de la invocación del defecto y el requerimiento de la consecuencia por quien tiene interés en la observancia de las disposiciones legales y no ha contribuido a provocar el defecto⁹⁶.

c) El lugar de realización de los actos procesales

Tiene también su importancia —aun cuando menor⁹⁷—, para determinar la validez o invalidez de las acciones desarrolladas durante un procedimiento penal, el lugar en que deben ser cumplidos los actos procesales. La ley procesal penal casi nunca se refiere de modo expreso a un lugar pre-

⁹¹ Ejemplo: CPP Nación, 243, II (advertencia al testigo sobre su facultad de abstenerse de informar); 249, I (instrucción al testigo sobre el delito de falso testimonio y sus penas), y 298, I (advertencia al imputado sobre la posibilidad de abstenerse de declarar y otras formalidades previas).

⁹² CPP Nación, 249, I, y 257, III

⁹³ Ejemplo: CPP Nación, 298, II (constancia acerca de la abstención de declarar del imputado y del motivo por el cual expresó su voluntad de no firmar el acta de su interrogatorio sobre el hecho), y 394 (constancias del acta del debate).

⁹⁴ Ejemplo: CPP Nación, 123 y 399.

⁹⁵ Ejemplo: CPP Nación, 438 y 463.

⁹⁶ En verdad, la *subsanción* del defecto depende, en gran medida, de la falta invocación del defecto, en las oportunidades que la ley prevé, o de la aceptación expresa o presunta de los efectos del acto de quien tiene derecho a oponerse a él: CPP Nación, 169 y ss., CPP Pcia. de Buenos Aires, 204 y ss., y CPP Córdoba, 187 y siguientes.

⁹⁷ Un ejemplo de su menor importancia o de la importancia del error sobre el lugar de realización del acto puede observarse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (cf. *Constitución y Justicia* [Fallos TSJ] en "Benegas, Miguel Maximiliano s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 16/99, resolución del 18/3/99, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 31 y ss.): interposición del recurso de *inconstitucionalidad* ante el Tribunal Superior.

ciso en el cual el acto se deba desarrollar para ser válido, pues supone que todos ellos son cumplidos en la sede donde reside el tribunal ante el cual ellos son realizados o en el lugar en el cual se halla el funcionario que debe llevarlos a cabo. Sin embargo, no siempre es así y algunas especificaciones no carecen de importancia. La tiene, en primer lugar, la disposición constitucional, de sentido *federal*, que dispone que los juicios criminales sean llevados a cabo "en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito [imputado]; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso [de la Nación] determinará por una ley especial [ley de competencia] el lugar en que haya de seguirse el juicio" (CN, 118). Con ello, la Constitución Nacional ha reglamentado el principio del *juez natural* territorialmente y, a pesar de ciertas dificultades para la determinación del lugar de comisión del hecho punible imputado, en algunos casos⁹⁸, ha dispuesto, básicamente, sobre la competencia penal interna. En segundo lugar, es importante reconocer que nuestro sistema de recursos contra las decisiones judiciales prevé, en general, que ellos sean interpuestos en la secretaría del tribunal que dictó la decisión impugnada, con lo cual la impugnación carecerá regularmente de efecto si es interpuesta en otro lugar, salvo habilitación legal o verificación de un error justificado del recurrente⁹⁹.

B. EL VALOR DE LA INACTIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO

En la mayoría de las ocasiones la inactividad durante el procedimiento importa la pérdida de facultades que debieron ser ejercidas oportunamente. Así, por ejemplo, si no recurre una decisión impugnada, significa, normalmente, que no ejerzo esa facultad que me concede el ordenamiento jurídico y, más allá de ello, que la acepto y ella queda firme. En raras ocasiones, la omisión de obrar está prevista en la ley como presupuesto de alguna otra actividad posterior. Éste es el efecto, también, de la omisión de protestar durante el debate por la realización de un acto irregular y de reclamar la subsanación del defecto, actividad que, si no es cumplida, perjudica al recurso de casación, salvo el caso de los denominados vicios *absolutos*, que operan incluso *de oficio* o son *insubsanables*,

⁹⁸ Ver esta obra, t. II, § 12, C, 4, b, II.

⁹⁹ CPP Nación, 450 y 463; CPP Pcia. de Buenos Aires, 442, I; CPP Córdoba, 461, I, y 474, I. Constituye una excepción a ese criterio el CPP Pcia. de Buenos Aires, en el recurso de casación (art. 451, I), pues prevé su interposición ante el mismo tribunal de casación competente para revisar la sentencia impugnada y decidir el recurso, a pesar de que obliga a anticipar su intención de impugnar ante el tribunal que dictó la sentencia a recurrir (art. 451, II).

por ende, *motivos absolutos de casación*¹⁰⁰; lo mismo sucede si falta la impugnación oportuna de un acto procesal por su defecto, pues el acto queda subsanado en la mayor parte de los supuestos posibles¹⁰¹.

Empero, aunque el supuesto anterior se aproxime a la omisión de actividad que pretendemos aclarar, aquí tratamos a la *inactividad* durante el procedimiento como períodos procesales gobernados por ese principio, esto es, por la necesidad, impuesta por la ley, de dejar de cumplir cualquier tipo de actividad procesal durante ese período, presididos entonces por la necesidad de *no proceder*. Así sucede, por ejemplo, con la previsión que impone un plazo de inactividad antes del debate, como presupuesto de su validez, ejemplo clásico de ese tipo de plazos¹⁰².

Empero, la inactividad adquiere mayor valor como omisión del deber obrar de determinada manera, dentro de un acto, esto es, aunque resulte confuso, como presupuesto o condición de la actividad que alguien pretende cumplir—se supone, válidamente—, en particular los jueces y los funcionarios de la persecución penal. Los ejemplos son variados: el juez o funcionario que, en la primera declaración sobre el hecho del imputado, no lo advierte acerca de su derecho de abstenerse de declarar, de designar un defensor de su confianza y de ser asistido por él, o no le explica pormenorizadamente la imputación que contra él se dirige y los elementos de prueba que lo tornan sospechoso como autor del hecho punible o partícipe en él¹⁰³; del mismo tenor son la advertencia a los testigos que pueden abstenerse de prestar testimonio sobre ese derecho¹⁰⁴, la advertencia a los testigos acerca del hecho punible sobre el falso testimonio y sus penas y el juramento de los testigos y peritos¹⁰⁵. El yerro no consiste aquí tanto en una actividad cumplida sin las condiciones exigidas —formas internas y externas del acto, que también son, en cierto modo, omitidas—, sino, antes bien, en un específico deber de obrar que conforma, parcialmente, el contenido formal de un acto procesal y que no ha sido cumplido.

Según estas observaciones, la *inactividad* en el procedimiento, cualquiera que sea la forma en que se presenta —y en ello reside cierta trampa

100 CPP Nación, 456, inc. 2, y 170, inc. 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, 448, inc. 1 y 205, inc. 3; CPP Córdoba, 468, inc. 2 y 188, inc. 3.

101 CPP Nación, 170; CPP Pcia. de Buenos Aires, 205; CPP Córdoba, 188.

102 Ver *supra*, a: CPP Nación, 359, I; CPP Córdoba, 367, I.

103 CPP Nación, 107, I, 295 y 298, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 89, 309, I, y 312, I; CPP Córdoba, 118, I, 258 (presencia obligatoria del defensor) y 261, I.

104 CPP Nación, 243, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235, II; CPP Córdoba, 227, III.

105 CPP Nación, 249 (sin conminación de la nulidad) y 257, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 240, I (sin juramento, ni conminación de nulidad), 360 (en el debate, con juramento, que toma quien preside el acto), y 246, III; CPP Córdoba, 227, I.

para la diferenciación entre acción fallida y omisión de formas, similar a la contenida en la expresión negativa *no comer* y el verbo positivo *ayunar*—, resulta importante por conducir a defectos procesales, esto es, a fallas en el procedimiento mediante las cuales se determina su validez como procedimiento jurídico o la imposibilidad de un cierto acto para producir ciertos efectos en él. Si todo vicio se traduce como omisión de la forma exigida, el tema carece de relevancia práctica: en algunos casos el defecto consistirá en haber obrado cuando el orden jurídico mandaba dejar de hacerlo y en otros el defecto consistirá en la prescindencia de la actividad o de la forma exigida, o en su reemplazo por otra que no corresponde.

C. LA ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA

1. Las reglas que conceden una facultad (reglas potestativas)

I. Bajo el rubro de *nulidad* han sido estudiados siempre, en idioma castellano y en la ciencia jurídica que transcurre en ese idioma, fenómenos similares por los cuales un acto no puede provocar los efectos a los cuales está destinado. Estos fenómenos son, sin embargo, realidades algo diferentes a la hora del rechazo del acto por la autoridad que dirige el procedimiento. Se trata, así, de un símbolo genérico —idiomáticamente: de un *gentilicio*— que involucra, sin embargo, varias formas de emerger al mundo procesal, según la decisión de que se trate¹⁰⁶. Así, se ha llamado *caducidad* al defecto constituido por el vencimiento del plazo para la realización del acto, se ha mencionado como *preclusión* la observación de que ya ha transcurrido el período del procedimiento en cual debió ser llevado a cabo el acto, formas ambas de la pérdida de la facultad concedida por inacción, se ha señalado como *rechazo* o *inadmisibilidad* la indicación de otros defectos relativos a la carencia de la facultad ejercida y hasta su ejercicio erróneo e, incluso, se habló de *nulidad*, más específicamente, en estos últimos supuestos, sobre todo cuando se trata, a pedido de alguien autorizado, de la necesidad de explicitar, oficialmente, la carencia de efectos del acto cumplido¹⁰⁷. Aunque el estudio de los motivos de invalidez

¹⁰⁶ Cf., para el Derecho alemán, BELING, *Derecho procesal penal*, Sección segunda, Cap. IV, § 41, ps. 127 y ss., y Cap. V, § 48, ps. 154 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 33, ps. 225 y siguientes.

¹⁰⁷ Sobre las formas diferentes que adopta la invalidez de un acto procesal penal para provocar sus efectos regulares cf. la excelente monografía de PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Sección II, ps. 166 y ss., quien distingue cuatro maneras de presentarse: nulidad, preclusión, decadencia e inadmisibilidad; además, MANZINI, *Tratado*, t. III, Cap. I, § 3, ps. 98 y siguientes.

resulte importante e interesante, estimo, sin embargo, que desde el punto de vista procesal acierta CLARÍA OLMEDO¹⁰⁸ cuando reduce la visión a dos fenómenos concretos, la *inadmisibilidad* y la *nulidad*: el primero de los fenómenos procesales representa el rechazo de la incorporación del acto defectuoso a la actividad regular del procedimiento, como cuando se rechaza un recurso por intempestivo o carente de las formas previstas para su interposición, o cuando no se acepta la proposición de un testimonio prohibido (secreto profesional mediante), esto es, se advierte y aclara en origen la invalidez de un acto para provocar los efectos propios del acto regular, y, por ello, se impide su ingreso al procedimiento; el segundo de los fenómenos sucede cuando, por error (desconocimiento o inadvertencia), el defecto que invalida el acto se detecta posteriormente y existe la necesidad de expulsar del procedimiento —en sentido figurado—, de aclarar la invalidez o la imposibilidad de provocar el efecto característico del acto cumplido de esa manera y ya ingresado al procedimiento. Estos dos fenómenos, sin embargo, son representativos de un concepto único, cualquiera que sea el nombre por el cual lo conozcamos o la manera o momento según los cuales salga a la luz; en verdad, el concepto representa un *juicio de validez* acerca de un acto para provocar ciertos efectos deseados o sostenidos como operantes.

Luego veremos que, incluso en virtud de la legislación positiva, en ocasiones tal juicio procede *de oficio*, esto es, sin necesidad de excitación extraña, como sucede regularmente en la *inadmisibilidad*, por efecto propio de la decisión, y en otras resulta necesaria la demanda de quien no tolera la irregularidad del acto. Por lo demás, resulta preciso que el acto adquiera realidad procesal, intente provocar sus efectos propios, pues no existen decisiones abstractas sobre la nulidad¹⁰⁹.

Las próximas líneas aclararán que el concepto se corresponde con un tipo especial de reglas jurídicas y, derivado de ello, que no cabe utilizar para mejor aclaración el concepto genérico de *sanción* que domina en la doctrina jurídico-procesal¹¹⁰.

II. Según ya lo hemos observado¹¹¹, coexisten en el orden jurídico varios tipos de reglas, entre las cuales son destacables las *normas de deber*

¹⁰⁸ Cf. *Tratado*, t. IV, n° 966, ps. 149 y siguientes.

¹⁰⁹ Pasa algo similar a la misma institución del Derecho privado: mientras nadie intente aprovechar un legado o una sucesión establecida por un testamento que no respeta las condiciones legales para su validez, por ejemplo, disposición de última voluntad meramente oral que se pretende hacer valer como tal, los sucesores con derecho a la porción legítima no estarán en condiciones de denunciar la nulidad. Cf. PALACIO, *Dpc*, t. IV, Cap. XVII, II, n° 351, B, ps. 155 y ss.: es aquello que el autor llama *interés jurídico en la declaración*.

¹¹⁰ Cf. por todos, CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 966 y ss., ps. 149 y ss.; en contra y con razón, PALACIO, *Dpc*, t. IV, Cap. XXVII, I, n° 346, a, p. 140.

¹¹¹ Ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, en especial, e.

y las *reglas potestativas*. Estas últimas están representadas por aquellas reglas que conceden una *facultad*, poder que, de diferentes maneras, se expresa a través de reglas de competencia –incluso de manera obligatoria, cuando constituye también el objeto de una norma de deber– o de legitimación para ejercerlo, de reglas que definen el modo, tiempo y lugar de su ejercicio y de otras que definen el efecto jurídico de la actividad o inactividad bien emprendida. La *nulidad* –o la *inadmisibilidad*, cuando se trata de un procedimiento judicial– es, prácticamente, la contracara de una regla potestativa, así como la cruz es la cara contraria u opuesta de la seca en una moneda, de la misma manera que la oposición entre contratapa y tapa. Se puede concebir normas de deber sin sanción, incluso en el orden jurídico –obligaciones naturales del Derecho civil, CC, 515 y ss.–, pues resulta comprensible naturalmente que no operamos conforme a una prohibición o evitamos cumplir con un mandato por el mero hecho de la conminación de una sanción: en efecto, dicho de manera general, la mayoría evitamos matar no tanto por la pena amenazada, sino, antes bien, porque comprendemos la prohibición como regla de conducta antes de que ella sea atrapada por el Derecho penal; pero la concesión de una facultad por el orden jurídico, acto que significa dotarnos de poder para obrar con sentido, para perseguir un determinado efecto jurídico, y que implica definir el acto que ejecuta esa facultad, resulta incomprensible sin la negación de ese efecto a otros actos distintos, en el sentido de que carecen de alguna condición de modo, tiempo, lugar o contenido para su validez como tal, esto es, son incomprensibles sin relación con la *nulidad*¹¹². Más allá de toda norma que pueda fundar también un *deber* en el ejercicio obligatorio de un poder concedido (una facultad), y ello sucede con cierta asiduidad en el orden jurídico¹¹³, incluso sin disponer sanción alguna para su inobservancia, la *nulidad*, como invalidez o ineficacia del poder concedido y ejercido erróneamente, resulta necesaria al concepto de *regla potestativa*, imprescindible para comprenderla, pues es el mecanismo jurídico para determinar la carencia de vigencia de cierta acción para provocar ciertos efectos jurídicos a los que se pretende acceder¹¹⁴. Es correc-

¹¹² Cf. HART, *El concepto de Derecho*, ps. 42 y ss.; más allá de ello Caps. V y VII, ps. 99 y siguientes.

¹¹³ Así sucede, por ejemplo, con la obligación del juez de decidir los casos que le son planteados, que funda el hecho punible por *denegación o retardo de justicia* (CP, 273), o la infracción al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, que funda el llamado *prevaricato de los funcionarios encargados de perseguir penalmente* (CP, 274).

¹¹⁴ El árbitro de fútbol debe recurrir a ella para advertir a los jugadores que un disparo del delantero que empujó hacia el arco con la mano la pelota y la hizo ingresar en él por

ta, entonces, la opinión que parte de la base de que en el orden jurídico coexisten diferentes tipos de reglas –incluso definiciones sin valor normativo–, al menos aquellas que instituyen un deber u obligación, propias del Derecho penal material –pero también del Derecho civil–, seguidas de una sanción o coerción que conmina la desobediencia o, simplemente, sin sanción alguna, con otras reglas que conceden facultades (*potestades*) para desencadenar ciertos efectos jurídicos previstos por la regla y, para ello, describen el acto –forma, contenido, tiempo, lugar– que quien desee el efecto deberá cumplir, acto que, erróneamente ejecutado, puede conducir a la privación del efecto característico¹¹⁵. El Derecho procesal penal es, básicamente, un conjunto de estas últimas reglas, sin perjuicio de que pueda contener algunas reglas de deber.

Las reglas de deber o *normas*, en el lenguaje habitual para el Derecho penal, persiguen que las personas o cierta clase de personas realicen cierta clase de acciones (*mandatos*) o eviten llevar a cabo otras (*prohibiciones*) mediante el mecanismo de *castigar* –instituir penas o sanciones cuya amenaza consiste en la utilización de la fuerza pública [violencia legítima] para privar de derechos fundamentales– al desobediente o al incumplidor. No es habitual, pero, de la misma manera y con el mismo fin, el Derecho podría instituir *premios* para el obediente o el cumplidor¹¹⁶; según dijimos, incluso se comprendería esta regla aunque carezca de premio o de castigo. Por lo contrario, las reglas potestativas tienen como fin permitir que las personas operen con cierto sentido en la vida de relación: compren, vendan, donen, depositen o realicen cualquier

ese medio no vale como tal y ello difiere notablemente del árbitro que cobra un penal porque el defensor tocó, en el área cercana a su arquero, la pelota con la mano, a pesar de que las dos acciones son, en los hechos, significativamente iguales. Del mismo modo, quien pretende algo de una sucesión al invocar un testamento carente de forma o contenido que lo instituyó como legatario, sólo puede ser rechazado mediante una solicitud de declaración de nulidad del testamento para provocar ese efecto jurídico. Cf. con más detalle y ejemplos, MAIER, *Función normativa de la nulidad*, §§ 4 y 5, ps. 113 y siguientes.

¹¹⁵ Cf. HART, *El concepto de Derecho*. El recurso es la condición para el reexamen de la decisión judicial, pero no toda protesta, incluso airada, contra una decisión judicial constituye un recurso, sino tan sólo aquella protesta que cumple con las formas y contenido exigido para el recurso respectivo a interponer contra la decisión, y es interpuesta tempestivamente y en el lugar indicado por la ley. Del mismo modo, la sentencia de condena autoriza la ejecución de una pena, siempre que ella haya sido dictada por un tribunal del modo y en la oportunidad que la ley establece. Ni el recurso que no observa esas reglas, ni la orden de ejecutar una pena dada, por ejemplo, oralmente, podrán, eventualmente, producir sus efectos característicos.

¹¹⁶ De hecho, así se ha procedido, por ejemplo, en las leyes que procuran un aumento o disminución de la cuota de natalidad, según los casos y la política estatal a seguir (poblar-despoblar), mediante la concesión de un premio en dinero, un crédito extenso con facilidades de pago o una vivienda a los matrimonios o parejas que tengan muchos, pocos o ningún hijo.

contrato, testen, se vinculen entre las partes en un procedimiento judicial, los funcionarios ejerzan su competencia, etcétera. El mecanismo al que recurren para ello consiste en la concesión de una *facultad*, para lo cual describen el acto que determina su ejercicio. La *nulidad* es como la cara opuesta –contratara– de la moneda: cuando el acto no se conforma con los elementos descriptores que utiliza el orden jurídico, usualmente no vale como tal, salvo error o aceptación, cuando el derecho a denunciarla es disponible¹¹⁷.

III. Estas sencillas reflexiones justifican el abandono del llamado *principio de legalidad* de las nulidades o *sistema legalista* –de conminación legal *taxativa* de la nulidad–, supuesto por la doctrina tradicional e, incluso, por la ley¹¹⁸, que aparece como una reacción inmediata a la inseguridad que brinda el llamado *sistema judicial*, propio de nuestras leyes procesales penales antiguas¹¹⁹, cuando deja a la libre apreciación judicial la gravedad del defecto que contiene el acto para provocar su anulación, según que ese defecto afecte a formas *esenciales* o *sustanciales* del procedimiento o a formas estimadas meramente *accesorias*; este último sistema, a su vez, respondía a una reacción contra el excesivo rigor del llamado *sistema formalista*, para el cual cualquier defectillo del acto implicaba invalidez, aun cuando el acto hubiera alcanzado su finalidad, no hubiera interés alguno en su anulación o fuera inútil invalidarlo. Por otra parte, todos estos entredichos y correcciones parecen proceder de la falsa caracterización de la nulidad como una *sanción*¹²⁰, al estilo de una reacción punitiva, error que, más que en la incorporación de la nulidad al mecanismo de reacción nombrado, finca en la extensión que se adjudica, para ello, a la palabra “sanción”, extensión con la que se consigue vaciarla –prácticamente– de contenido¹²¹. En realidad, la regla de principio que determina que “los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen” (CC, 1037), interpretada como “los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las dis-

¹¹⁷ Así como una pelota, que no pasa entre el travesaño y los dos postes que lo sostienen, no constituye un gol, en el juego del fútbol.

¹¹⁸ Cf. por todos, CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 965, p. 149; en contra, claramente, PESSOA, *La nulidad en el proceso penal* (1ª ed.), en especial Cap. II, ps. 19 y ss. (2ª ed., Cap. II, ps. 23 y ss.); BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, I, § 30, p. 51; e *Invalidez de los actos procesales y formas de proceso*, punto II, ps. 214 y ss.; ver también CC, 1037, y CPP Nación, 166 y 456, inc. 2; CPP Pcia. de Buenos Aires, 201 (aun cuando parece adoptar otro sistema [formas esenciales - defecto grave - formas accesorias] en la casación, art. 448, inc. 1, segunda oración); CPP Córdoba, 184 y 468, inc. 2, que pretenden imponer en la ley el sistema nombrado.

¹¹⁹ Cf. *Código de procedimientos en lo Criminal para la justicia federal y los tribunales de la capital y territorios nacionales*, 509. Esa reacción y caracterización en CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 965, ps. 148 y s.; PALACIO, *Dpc*, n° 346, c, p. 142.

¹²⁰ Cfme. PALACIO, *Dpc*, n° 346, a, p. 140. En cambio, con señalamiento de la corrección de la terminología aplicada comúnmente o, cuando menos, de lo inocuo de la negación teórica de ella (comportamiento inadecuado a las reglas jurídicas, quizás diferente al de ilicitud del Derecho penal, pero válido para la construcción dogmática del Derecho procesal), CREUS, *Invalidez de los actos procesales penales* (2ª ed., 1ª reimp.), § 5, ps. 6 y siguientes.

¹²¹ Cf. HART, *El concepto de Derecho*, Caps. III, ps. 42 y ss., y V, ps. 99 y ss.; MAIER, *Función normativa de la nulidad*, § 5, ps. 129 y siguientes.

posiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”¹²² (repárese, ahora ya es “pena”, algo más que “sanción”), además de mal escrita, carece de sentido. No quiero plantear problemas puramente semánticos: sólo señalo que, después de dado ese paso, resulta inevitable la asimilación automática del instituto de la invalidez a la construcción dogmática de una infracción a una regla deber, a similitud del injusto activo u omisivo del Derecho penal, asimilación que no sólo resulta, más que parcializada, inexistente, precisamente porque carece de sentido para la reflexión sobre la validez o invalidez de actos (inténtese, por ejemplo, asimilar este juicio a la teoría de la ilicitud). Repárese que no se trata aquí de una teoría sobre la ilicitud, sino, por lo contrario, de una que pretende regular el ámbito de lo permitido, concediéndole a ciertos actos cierto valor jurídico. Empero, ese defecto originario y, por tanto, indicio del error en el que incurre la teoría “sancionatoria”, en tanto pretende asimilar la teoría de lo prohibido o de la infracción a un mandato a la construcción de aquello que está permitido y conlleva consecuencias jurídicas -esto es, la determinación del acto antijurídico a la del acto jurídico-, no marca las consecuencias prácticas irracionales, ni las contradicciones del equívoco. El principio sentado, la *legalidad* o *taxatividad* de la invalidez -en el sentido de conminación de la sanción-, *nunca* ha sido seguido consecuentemente por los juristas que lo defienden, ni por los prácticos, ni tan siquiera por la mismas leyes de las que extractamos las frases que lo definen. Comencemos por decir que la ley misma ha sentido la necesidad de establecer *nulidades genéricas*¹²³, esto es, cláusulas totalmente abiertas que intentan atrapar defectos desperdigados por todo el recorrido de la ley procesal penal e, incluso, provenientes de otras leyes¹²⁴, según reglas particulares. Aun si dejamos de lado el hecho de que ello contraviene expresamente el sentido del principio de *legalidad* en otras áreas del Derecho¹²⁵, lo cierto es que estas extensiones genéricas de las leyes, sobre todo de las procesales, han dado pie para que juristas prácticos “hallen” múltiples amenazas de nulidad en los códigos que, en verdad, no están señaladas directamente en la ley¹²⁶ e, incluso, “importen” al proceso penal nulidades provenientes de otras leyes, que tampoco las establecen¹²⁷. La razón para que los juristas procedan de esa manera, más allá del acierto o desacierto de la aplicación a un caso, es simple y correcta, en principio: si, entre nosotros, las leyes no significan ni están redactadas como simples consejos¹²⁸, sino que, antes

¹²² CPP Nación, 166; CPP Córdoba, 184.

¹²³ CPP Nación, 167; CPP Pcia. de Buenos Aires, 202; CPP Córdoba, 185.

¹²⁴ Ver CC, 1044 y 1045 y las demás reglas establecidas por el Tít. 6, Sección segunda, Libro segundo.

¹²⁵ Cf., por ejemplo, en el Derecho penal, BACTIGALUPO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Cap. II, bb, ps. 32 y ss., o el sentido del principio en el Derecho tributario en CASÁS, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente - a partir del principio de “reserva de ley tributaria”*, Caps. III y ss., ps. 213 y siguientes.

¹²⁶ Ver, por ejemplo, un debate suspendido en un caso distinto a los autorizados por la ley, CPP Nación, 365, o la inobservancia de alguna de las reglas o del orden de la discusión final, *idem*, 393.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, CP, 72, y CPP Nación, 6.

¹²⁸ Cf. idéntica afirmación ya en CARRARA, *Programa del curso de Derecho criminal de la Universidad de Pisa*, t. 2, § 813, ps. 188 y siguiente.

bien, poseen fuerza obligante, la forma de los actos jurídicos --entre ellos los actos procesales-- deben ser respetadas, en principio, si se desea obtener el efecto previsto para el acto y no se desea correr riesgos innecesarios; un juez debe conceder la última palabra al imputado y así respetar el orden de intervenciones previsto por la ley para la discusión al final del debate, pues no se trata de un simple consejo cuyo acatamiento o falta de cumplimiento es disponible para el tribunal. En principio, toda regla de autorización lleva implícita la señal de invalidez del acto cumplido sin acatar sus condiciones, desde el punto de vista conceptual; aquí no se trata --o, mejor expresado, no se trata aún-- de saneamientos y convalidaciones. Por ello juristas y prácticos han debido aceptar también, *más* nulidades o defectos graves de los actos que invalidan una actividad, aunque la ley no establezca la forma o condición, expresamente, "bajo pena de nulidad". Se debe aquí mencionar las categorías conceptuales de nulidades *implícitas* o *virtuales*, que permiten a nuestros autores trasladar el principio a las condiciones fijadas por su opuesto contradictorio¹²⁹. Y, en tren de subsanar problemas aún pendientes, tampoco los juristas y los prácticos, sostenedores del *sistema de la legalidad* o seguidores de él por impulso del Derecho positivo, trepidaron en crear otras categorías, incluso más vigorosas y anatematizantes, como la de la *inexistencia*, sobre la cual no vale la pena discurrir, salvo para indicar que, paradójicamente, se trata de actos verdaderamente existentes¹³⁰; de allí la necesidad teórica y práctica de adjetivarlos válidos o inválidos, según que produzcan o no produzcan el efecto jurídico esperado o pretendido.

2. La reacción frente a los defectos de la actividad procesal

I. Del discurso anterior ya se advierte que, en la mayoría de los supuestos, esta aclaración acerca de la invalidez del acto para producir ciertos efectos, depende de que el acto haya sido utilizado para provocarlos y se lo sostenga como tal. No necesita una declaración expresa de invalidez una ley que no haya reunido la mayoría de votos afirmativos en el parlamento, mayoría establecida por otra ley, de grado superior --la constitucional--, como condición de validez y modo de lograr la obligatoriedad prevista como sujeción de los ciudadanos a sus reglas, salvo que... alguien pretenda esgrimirla como vigente y aplicarla. Una protesta airada de uno de los protagonistas y participantes en el procedimiento, efectuada en forma oral contra el tribunal en el momento de lectura de la sentencia, no significa interponer el recurso de casación contra ella,... salvo el caso de que alguien sostenga a esa acción como significativa de la interposición de un recurso contra la sentencia que considera injusta.

¹²⁹ Cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 987, ps. 197 y siguiente.

¹³⁰ Cf., por todos, PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 349, ps. 147 y ss; decididamente a favor de la categoría en el procedimiento penal, CREUS, *Invalidez de los actos procesales penales* (2ª ed., 1ª reimp.), § 8, ps. 11 y siguientes.

Nadie objetará una disposición de última voluntad que no observa las formas y los contenidos que para los testamentos están disciplinados por el CC, por ejemplo, las del testamento ológrafo o por acto público y el marco de decisión legítimo para el testador cuando existen herederos forzosos respecto de su fortuna, ... salvo que un mensaje oral instituyendo un legatario o un heredero llegue al tribunal de la sucesión para lograr aquello que quien dispuso de su fortuna irregularmente manifestó de esa manera o de manera correcta, pero por encima de aquello que le era posible disponer, jurídicamente, para después de su muerte, ante la presencia de herederos forzosos.

II. El procedimiento judicial ofrece considerables ventajas a la hora de verificar el dato anterior. En efecto, los actos procesales son cumplidos, de ordinario, frente a una autoridad a cuya valoración están destinados, o en presencia de esa autoridad, con expresión de la voluntad específica de alcanzar ciertos efectos y, precisamente por ello, presuponen comúnmente un juicio de *admisibilidad*, provisional o definitivo, de esa misma autoridad ante la cual se obra o, en ciertas oportunidades, de otras autoridades encargadas de valorar el acto definitivamente. Se trata de un procedimiento oficial ante autoridades que, permanentes o accidentales, están allí para representar al Estado¹³¹. De allí que una de las formas de aparición de la invalidez procesal (nulidad en sentido general o material) sea, precisamente, la decisión sobre la *inadmisibilidad*¹³². Ella representa el modo de impedir que actos considerados irregulares por quien los lleva a cabo, por su forma, por el plazo o el modo en que fueron cumplidos, o por su contenido, ingresen al procedimiento o sean incorporados a él. La inadmisibilidad constituye el filtro, cedazo o tamiz que el Derecho procesal coloca cuando quien es incapaz o no está legitimado para llevar a cabo el acto o uno de los protagonistas en el procedimiento pretende incorporar una declaración de voluntad viciada: defensa o vacuna contra la enfermedad que le impide lograr sus efectos o consecuencias.

Sirven aquí como ejemplos la demanda que no posee las formas o los contenidos necesarios para provocar un pleito o para introducir la cuestión civil al procedimiento penal, o, en materia penal, la acusación que por carencias de formas o de contenidos no puede provocar un debate válido, la prueba ofrecida que, por impertinente, inútil o superabundante, se rechaza para que no se incorpore al debate, el recurso que, por variadas razones (plazo, forma, contenido, motivos), no puede provocar un nuevo exa-

¹³¹ Aun cuando en ocasiones ellas decidan con la fórmula "en nombre del pueblo" (OPP RFA, § 268, I; CPP modelo IA, 324, I) o "del pueblo de la República (Argentina)" (Pr. CPP Nación, 1986, art. 324).

¹³² Cfme. CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 973 y ss., ps. 166 y siguientes; MAIER, *Función normativa de la nulidad*, § 6, ps. 137 y siguientes.

men de la situación desde algún punto de vista y por algún tribunal, la recusación de un juez deducida por quien no es participante en el proceso (parte, al menos desde el punto de vista formal), en tiempo inhábil, de modo distinto al previsto por la ley o por fuera de los motivos que implican temor de parcialidad. Por excepción, el pronunciamiento acerca de la admisibilidad está a cargo de un juez o tribunal distinto de aquel que preside el procedimiento: cuando el *a quo* decide provisionalmente sobre la admisibilidad de un recurso y luego otro tribunal pronuncia el juicio definitivo sobre su admisibilidad¹³³ o cuando, como sucede en la Provincia de Buenos Aires, directamente rechaza, en algunos supuestos, el tribunal competente (*ad quem*) para decidir el recurso¹³⁴.

Por supuesto, esta característica y la reacción consecuente frente a la irregularidad sólo suceden cuando el acto es extraño a quien preside el procedimiento y tiene la misión de aceptar o rechazar los efectos jurídicos de los actos que otros llevan a cabo --metafóricamente: cuando la enfermedad es extraña al cuerpo que la recibe--, esto es, cuando esos actos son cumplidos por intervinientes en el procedimiento al que vulgarmente se denomina *partes* o, simplemente, por extraños a quien dirige el procedimiento (testigos o peritos, por ejemplo), pues, cuando son cumplidos por el órgano judicial que lo preside, en particular cuando se trata del *juez*, el acto por él llevado a cabo se incorpora *per se* al procedimiento, directamente por su realización, maguer cualquier defecto que contenga y sólo puede ser expulsado posteriormente, denunciado como defectuoso en las oportunidades que la ley prevé, por el mismo juez que lo llevó a cabo o por un tribunal diverso o integrado por jueces distintos, según los casos. A esta última forma de aparición procesal de la invalidez, los códigos la denominan, de ordinario, *nulidad* (en sentido formal¹³⁵) --o casación formal en el caso de la sentencia o de decisiones que ponen fin a la acción o a la pena, o impiden que ellas continúen-- y significa la expulsión del procedimiento de un acto considerado irregular, que no debió haber ingresado a él. Por ello, la decisión errónea pero positiva de un juicio de admisibilidad sólo puede ser corregida, eventualmente --sin perjuicio de la subsanación del defecto--, por vía de la *nulidad* (concepto formal). Sin embargo, cuando el acto ya se incorporó al procedimiento, pese a su defecto, pudo haber provocado otra actividad que, invariablemente, depende en su regularidad del acto viciado y, por ello, las leyes extienden en este caso

¹³³ CPP Nación, 444; CPP Córdoba, 455.

¹³⁴ CPP Pcia. de Buenos Aires, 433.

¹³⁵ CPP Nación, 166 y ss; CPP Pcia. de Buenos Aires, 201 y ss.; CPP Córdoba, 184 y siguientes.

la invalidez más allá del acto defectuoso, “a los actos consecutivos que de él dependan”¹³⁶. En otras ocasiones, pero por otra razón, la nulidad de un acto atrapa actos anteriores que le sirven de presupuesto¹³⁷.

El hecho de que el requerimiento de remisión a juicio (acusación) y, eventualmente, el auto de remisión sean ineficaces no permiten un juicio ni una sentencia válidos. La ineficacia de un medio de prueba por defectos que lo tornan inutilizable (no incorporable al procedimiento o invalorable) puede arrastrar a otros medios de prueba que surgieron a raíz de los conocimientos obtenidos ilícitamente¹³⁸. La invalidez de una sentencia por defectos propios de ella, por su parte, arrastra al debate que es su presupuesto, como consecuencia del principio de inmediación¹³⁹.

Estas últimas aclaraciones, con ejemplos demostrativos, de manera alguna justifican --ni pretenden justificar-- dos vicios que la práctica ha incorporado al sistema de la invalidez de los actos procesales defectuosos. El primer vicio corresponde regularmente a los jueces, cuyas decisiones acerca del punto conducen, frecuentemente, a retrotraer el procedimiento en busca del acto defectuoso para reiniciarlo nuevamente desde ese instante o, incluso, desde un instante anterior. No necesito advertir acerca de que esta práctica viciosa retrasa constantemente el procedimiento, al punto de, en ocasiones, tornarlo ya inútil. Un ejemplo característico sobre ello resulta de aquella jurisprudencia que anula procedimientos desde su iniciación --“de todo lo actuado”, palabras con las cuales las decisiones judiciales indican este efecto “singular” o, mejor dicho para no confundir sentidos, plural--, incluso cuando ellos ya se hallan en un período avanzado (desarrollo de la acusación o juicio), por carencia del acto impulsor inicial que la ley procesal le adjudica a la fiscalía o a la policía¹⁴⁰. En verdad, la razón de ser de esa adjudicación se vincula con la pretensión de evitar

¹³⁶ CPP Nación, 172, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 207, I; CPP Córdoba, 190, I.

¹³⁷ CPP Nación, 172, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 207, II; CPP Córdoba, 190, II.

¹³⁸ Ver esta obra, t. I, § 8, D, 3, b, III, 3, y t. II, § 9, F, 2, f, I.

¹³⁹ CPP Nación, 471; CPP Pcia. de Buenos Aires, 461, I; CPP Córdoba, 480.

¹⁴⁰ CPP Nación, 188. Cf. la discusión al respecto en la decisión de la CSN de fecha 7/6/2005 (*Fallos CSN*, t. 328, ps. 1874 y ss.), en el caso “Jurevich, Carlos A.”, publicado en “Doctrina Judicial”, 2005-3-335 y ss.; “La Ley”, 2006-A-837 y ss.; Suplemento Penal 2005 (diciembre), p. 77, cita Online: AR/JUR/2650/2005, con relato extenso del Procurador General de la Nación que ingresa al motivo criticado; ver, además, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, de fecha 10/03/2000, “Eurogen Argentina S. A. y otros”, publicado en “La Ley”, 2000-E-89, y en “Doctrina Judicial”, 2000-2-1221, cuya opinión en minoría reproduce el esquema criticado.

que el juez de instrucción, supuestamente tercero árbitro entre partes, no se vea precisado a formular, *de oficio*, la hipótesis cuya averiguación le compete. Pero cuando el titular de la actividad no reclama por la usurpación de la función —carencia de requerimiento de su parte— y, más aún, formula otros requerimientos persecutorios (procesamiento, acusación), carece ya de sentido regresar el procedimiento a su comienzo e invalidar todos los actos posteriores al defecto. No sólo sucede que quien tiene derecho al reclamo, el titular de la facultad de llevar a cabo el acto, ha consentido ya los efectos logrados con su omisión¹⁴¹, en el sentido de que ha realizado actos de persecución que suponen la iniciación válida del procedimiento, sino, además, que la omisión marcada no ha impedido de manera alguna que se cumpla el fin del acto omitido¹⁴²; empero, si alguna finalidad que se persiguió con la prescripción de la realización del acto no ha sido lograda, por ejemplo, la información defectuosa para la defensa durante el procedimiento preliminar, aquello necesitado de anulación no son, precisamente, la multiplicidad de actos instructorios, sino tan sólo aquellos alcanzados por la omisión, sin perjuicio de procurar la realización del acto omitido. Empero, cuando se advierte la omisión durante el juicio, frente a una acusación válida, carente de objeciones y que no ha provocado objeciones por parte de quien sufre la imputación contenida en ella, y a la posibilidad de respuesta de su parte, que resiste esa imputación durante el debate, no corresponde regresar, como he visto de ordinario, sino, a lo sumo, dejar de utilizar algún acto viciado por la falta de información correcta durante el período preliminar, no incorporarlo al debate conforme a ciertas posibilidades que la ley tolera o brinda. Carece totalmente de sentido retrotraer el procedimiento para comenzarlo de nuevo. Quizás este vicio práctico emerja, en cierto modo, de la actividad que la ley le ordena desplegar al juez o tribunal que declara una nulidad¹⁴³. Pero, no bien se observa la frase, ese deber resulta condicionado a la necesidad de volver a llevar a cabo el acto y a la posibilidad real de hacerlo, con lo cual parece que, en los ejemplos citados antes, tal necesidad y posibilidad queda, sin duda, exceptuada¹⁴⁴.

¹⁴¹ CPP Nación, 171, II, inc. 2.

¹⁴² CPP Nación, 171, II, inc. 3.

¹⁴³ CPP Nación, 172, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 207, III; CPP Córdoba, 190, III.

¹⁴⁴ No sería idéntico el caso de quien tiene que indagar nuevamente al imputado durante el período preliminar, por alguna razón, y advierte la omisión, que puede ordenar que la fiscalía lleve a cabo la acción encomendada por la ley, aun tardíamente.

El segundo vicio es, hasta cierto punto, dependiente o accesorio de esta idea. Se trata de la frase que el vulgo del foro ha acuñado tras la expresión: *nulidad de todo lo actuado*. Sólo son nulos o anulables actos procesales y no procedimientos íntegros, sin detalle de acto alguno. Ello resulta claro de las mismas previsiones y palabras de la ley¹⁴⁵.

III. Un problema mayúsculo está constituido por una serie de conceptos enlazados entre sí que, en principio, aquí enumero. El hecho de que existan actos defectuosos que pueden ser *convalidados* por diversas razones, esto es, que producen sus efectos naturales maguer el defecto, y otros que escapan a esa posibilidad, es decir, que *no pueden ser convalidados* por razón alguna, se une irremediablemente, y sin solución de continuidad, a la idea de que ciertos defectos de los actos procesales necesitan ser advertidos por alguien que no juzga acerca de su validez o invalidez para desembocar en la ineficacia del acto respecto de sus efectos (las llamadas *nulidades relativas*), regularmente las partes —en sentido formal— que intervienen en el procedimiento penal, y ello, a su vez, determina que la ley prevea que tal denuncia debe ocurrir dentro de cierto período temporal, fijado de ordinario como período del procedimiento¹⁴⁶, y sin renunciar antes, expresa o tácitamente (por su actividad: *venire contra factum proprio*), a denunciar la invalidez del acto. Otros defectos, en cambio, son advertibles *de oficio* por el magistrado encargado de juzgar o utilizar el acto, sin necesidad de una excitación extraña a él¹⁴⁷, razón por la cual ellos, regularmente, carecen de *subsanción* y, consecuentemente, los actos afectados no son susceptibles de *convalidación*. Esta división entre las llamadas nulidades *absolutas*, declarables por el tribunal actuante de oficio y sin sometimiento a plazo alguno, y las *relativas*, denunciabiles por quien puede presumir o demostrar un agravio por la irregularidad bajo amenaza de consentimiento y convalidación del acto pese a su defecto¹⁴⁸, provoca siempre discusiones prácticas imposibles de disipar íntegramente. La ley no auxilia para establecer una frontera más o menos firme entre estas dos categorías de defectos, pues, excepción hecha de la previsión específica, sólo remite a la “violación de

¹⁴⁵ CPP Nación, 172; CPP Pcia. de Buenos Aires, 207; CPP Córdoba, 190.

¹⁴⁶ CPP Nación, 170, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 200, I; CPP Córdoba, 188, I.

¹⁴⁷ CPP Nación, 168, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203, II; CPP Córdoba, 186, II.

¹⁴⁸ Algo similar a la distinción entre los defectos que provocan actos *nulos* y *anulables* del CC, 1038 y ss., y 1045 y siguientes.

normas constitucionales" (¿?) para identificar a aquellos defectos imposibles de subsanar de los previstos en la regla anterior, que determina aquellas *nulidades* tildadas de *orden general*, precepto que contiene cláusulas absolutamente abiertas¹⁴⁹. La dificultad emerge no bien reparamos que el procedimiento penal, si no totalmente, al menos como necesidad y en una gran proporción, resulta reglado por una ley que se propone, básicamente, el desarrollo reglamentario adecuado (CN, 28) de las diversas cláusulas constitucionales que imponen un proceso previo a la aplicación de la pena estatal (CN, 18 y 75, inc. 12)¹⁵⁰. Es evidente la necesidad de dilucidar ese límite y de un criterio que permita ceñirse a él en las decisiones, más allá de discusiones casuísticas, en los casos singulares a los que la práctica jurídica conduce¹⁵¹.

Por una parte, la *praxis* jurídica en materia penal y, en especial, los jueces en el procedimiento penal, con cierta razón proveniente de la misma ley, que los obliga a eliminar el defecto inmediatamente¹⁵² –después de reconocido–, se sienten obligados a indicar los defectos del procedimiento, sobre todo del procedimiento anterior a aquel que les toca dirigir a ellos, y a proceder, de conformidad con esa obligación, por revocación de la actividad defectuosa y renovación de actos, y, por otra parte, el hecho de que todo el procedimiento consista, al menos en una buena medida, en una reglamentación legislativa de garantías previstas constitucionalmente –o en tratados internacionales, hoy con jerarquía constitucional entre nosotros– (condición expresa del carácter absoluto que se adjudica al defecto y a la anulación correspondiente del acto¹⁵³) han conducido a determinar judicialmente como regla la nulidad absoluta, declarable de oficio –cuando, conforme al sistema, es la excepción–, y el regreso del procedimiento hasta el acto viciado. Por último, influye también en ello cierta razón práctica, consistente en la inveterada costumbre de la magistratura de “proceder” continuamente –como si esa fuera su misión esencial y la misión del procedimiento judicial–, con evitación, en lo posible, de la decisión material sobre el asunto.

Parte de la doctrina jurídica ha rechazado el concepto de *nulidad absoluta*¹⁵⁴. El argumento último para abogar de ese modo, esto es, para relativizar el concepto de

¹⁴⁹ CPP Nación, 167 y 168, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 202 y 203, II; CPP Córdoba, 185 y 186, II.

¹⁵⁰ Ver esta obra, especialmente, t. I, § 6, B, 2, y F. Éste es el criterio general que, aun cuando dividido en dos contenidos, propone PESSOA, *La nulidad en el proceso penal* (1ª ed.), § 8, ps. 35 y ss., para explicar la razón de ser de todas las nulidades del proceso penal.

¹⁵¹ Esta necesidad es, precisamente, el objetivo principal que pretende cumplir el libro de BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, más allá de la crítica a sus soluciones.

¹⁵² CPP Nación, 168, 1ª oración; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203, 1ª oración; CPP Córdoba, 186, 1ª oración.

¹⁵³ CPP Nación, 168, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203, II; CPP Córdoba, 186, II.

¹⁵⁴ Cf., en el Derecho argentino, por todos, PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 348, ps. 144 y ss., con citas jurisprudenciales y bibliográficas; también BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, § 76, ps. 100 y s., crítica, ahora en el procedimiento penal, esta distinción.

§ 14. Los actos procesales en general

invalidez de los actos procesales, consiste en advertir que, en definitiva, todos esos defectos son *subsanales* por *convalidación* del acto pese al defecto, incluso a pesar de la posibilidad legal para advertir el defecto del acto y anularlo de oficio –simplemente: en el caso de la *inadmisibilidad*–, en último término por la fuerza de convalidación que posee la sentencia firme –no recurrida o recurrida sin éxito– y aun cuando el defecto esté contenido en la misma sentencia; así, nunca un acto procesal sería *nulo* –carente de la posibilidad de producir efectos jurídicos *per se*, en el sentido de la ley civil (CC, 1038 y ss.)–, sino tan sólo *anulable* (CC, 1045 y siguientes)¹⁵⁵.

Recientemente la literatura jurídica ha pretendido gobernar el concepto de *nulidad absoluta*, en el sentido de defecto reconocible y reparable de oficio, de la mano de la protección de las garantías constitucionales del imputado¹⁵⁶.

Frente a estas dificultades yo pretendo definir estos términos mediante el mecanismo de tener presente, como concepto básico, que los procedimientos judiciales sirven al único propósito de lograr una decisión de parte de un tribunal. Por lo demás, el procedimiento principal o juicio resulta central en el procedimiento penal, porque su *debate* constituye la base procesal de una sentencia válida. Conforme a ello, estimo que provocan *nulidades absolutas*, que no soportan subsanación alguna, ni convalidación en la sentencia, en primer lugar, aquellos defectos que interesan al núcleo de los principios que gobiernan el debate y determinan su definición como procedimiento (*juicio*) regular, a saber: los que suprimen la *publicidad del debate* sin atenerse, incluso por error del juzgador, a las excepciones válidas que desarrolla la reglamentación del principio¹⁵⁷; los relativos a la reglamentación de la *asistencia* necesaria de las personas llamadas a intervenir en el debate, según los modos que la ley prevé¹⁵⁸; los relativos a la *concentración* del debate y, sintéticamente, al plazo después

¹⁵⁵ Cf., sobre esta idea, CREUS, *Invalidez de los actos procesales penales*, §§ 11 y 12, ps. 18 y siguientes.

¹⁵⁶ Cf. BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, § 76, ps. 100 y s., con crítica mía ("Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, 2000, B, sección "Bibliografía", II, ps. 810 y ss.) y respuesta de BINDER, en *Invalidez de los actos procesales y formas del proceso*, p. 219.

¹⁵⁷ CPP Nación, 363 y 413, I, inc. 1; CPP Pcia. de Buenos Aires, 342; CPP Córdoba, 372; la validez jurídica de las excepciones previstas por la ley se rige por el escrutinio de razonabilidad de la ley reglamentaria respecto de reglas de rango superior (constituciones y tratados o convenciones de derechos humanos) que imponen el principio.

¹⁵⁸ CPP Nación, 366, 368 y 396; CPP Pcia. de Buenos Aires, 345, 347 y 371, I; CPP Córdoba, 374, I, inc. 4, 375 y 405. La asistencia de los integrantes del tribunal y –con distintas modalidades– la del imputado en todos los actos del debate es considerada por nuestras leyes una exigencia absoluta; la asistencia de defensores y del acusador es considerada también necesaria en el sentido de su presencia ininterrumpida, pero el reemplazo durante el debate de la persona física que cumple la función no lesiona el principio. Existen otras excepciones y particularidades, incluso en ciertos procedimientos especiales.

del cual él se considera interrumpido y comparece frente a la necesidad, prevista por la ley, de volverlo a recomenzar¹⁵⁹; y los relativos a la *oralidad* como medio de comunicación de las personas durante el debate, con sus excepciones válidamente previstas en la ley¹⁶⁰. Estos defectos son previstos, normalmente, como motivos absolutos de casación de la sentencia¹⁶¹, de modo que no requieren protesta —reposición— previa para impugnar de modo admisible la validez de la sentencia dictada por el Tribunal. No debe dejarse de lado, para decidir los casos relativos a estos principios, la advertencia de que la realización de un *juicio justo* importa una garantía para quien es perseguido penalmente en ese juicio, esto es, para el acusado, y, anexo a ello, la regla hermenéutica de que estas garantías no pueden ser utilizadas en disfavor del acusado¹⁶², esto es, para anular decisiones que lo favorecen; todo se simplificaría, en relación al punto, si el mecanismo de los recursos contra la sentencia fuera concebido sólo como un instrumento de garantía, esto es, rigiera sólo en beneficio del acusado, con lo cual, a más de respetar íntegramente el principio *ne bis in idem*, adquiriría sustrato material la regla que impide la *reformatio in peius*¹⁶³.

Se trata de la *publicidad* como principio, esto es, de la posibilidad de ingreso del público a la sala de la audiencia, sin discriminaciones previas prohibidas o no permitidas por la ley¹⁶⁴, más allá del límite que tolera una sala de audiencia de tamaño razonable, de modo que no integran el principio las expulsiones que puede ordenar el presidente del tribunal por razones circunstanciales (higiene, moralidad o decoro y mal comportamiento durante la audiencia)¹⁶⁵, razón por la cual cualquier error o defecto de estas decisiones no daña la regularidad del procedimiento o, cuando menos, no la daña de modo absoluto, en el sentido de autorizar a proceder de oficio contra el error.

Del mismo modo, se trata de la *inmediación* como principio, esto es, para el caso, de la presencia del acusador en el debate como contradictor del acusado y sostenedor

¹⁵⁹ CPP Nación, 365, II, última oración; CPP Pcia. de Buenos Aires, 344, II, última oración; CPP Córdoba, 374, I (encabezamiento) y II.

¹⁶⁰ CPP Nación, 363, I, 383, I, 391 y 392; CPP Pcia. de Buenos Aires, 342, I, 365 y 366; CPP Córdoba, 372, I, 392, 397 y 398. Existen determinaciones de esta reglamentación que podrían ser objetadas, al menos parcialmente, desde el punto de vista de la regla de orden superior que impone el principio.

¹⁶¹ Cf. MAIER, *La Ordenaza procesal penal alemana*, vol. II, § 338, ps. 289 y siguiente.

¹⁶² Ver esta obra, t. I, § 6, D, 1, III.

¹⁶³ Ver esta obra, t. I, § 6, E, 4; H, y § 7, D.

¹⁶⁴ CPP Nación, 364, I; CPP Córdoba, 373, I.

¹⁶⁵ CPP Nación, 364, II, 369 y 370; CPP Pcia Buenos Aires, 343, 348 y 349, I; CPP Córdoba, 373, II, y 377, I.

§ 14. Los actos procesales en general

de la imputación. De ello sobreviene la pregunta acerca de aquello que sucede cuando, en los delitos de acción pública, la fiscalía *retira los cargos* (terminología extraña a nuestro Derecho, regido por el principio de *legalidad* según su repercusión en la persecución penal: *irretractabilidad*) o, mejor dicho en nuestro sistema, omite solicitar una condena al final del debate o, quizás, requiere la absolución del acusado, dos casos posibles y, también quizás, distintos para resolver; la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que tuvo la virtud de abrir la discusión, resulta hoy oscilante y no distingue adecuadamente los casos posibles¹⁶⁶, y mi impresión acerca de ella se vincula al hecho de que no debaten la racionalidad del sistema impuesto por el legislador¹⁶⁷, según debería discurrir la decisión de un tribunal que sólo mira al caso desde la óptica constitucional (escrutinio de racionalidad de una ley reglamentaria del principio de defensa¹⁶⁸). Sería posible que, como se trata de un escrutinio simple de racionalidad constitucional (categoría no sospechosa), varias formas de reglamentar el principio, la adoptada por la mayoría de los códigos procesales penales argentinos y la impuesta como solución por el CPP de la Pcia. de Buenos Aires, antes citadas, fueran correctas constitucionalmente o, en todo caso, ninguna de ellas lesiona *siempre* la regla constitucional que impone la necesidad de una posibilidad real de defensa eficaz. Por lo demás, se trata sólo de eso, de la presencia de un acusador frente al acusado durante el debate y por ello es que, en los delitos de persecución penal pública, basta con la presencia del acusador público (fiscalía), obligado a intervenir en nuestro sistema, razón por la cual la ausencia del acusador privado –conjunto o coadyuvante con el público– genera otra solución¹⁶⁹, que no se vincula a la invalidez de la sentencia.

Algo similar ocurre con el principio de *concentración de los actos del debate*. Resulta importante la *interrupción* del debate, que determina su nueva realización desde un comienzo, esto es, el vencimiento del plazo de suspensión concedido por la ley¹⁷⁰, solución que, si no es observada, puede esgrimirse contra la sentencia, como motivo de su invalidez, pese a la inexistencia de protesta (reposición de la decisión errónea). No sucede lo mismo con los errores relativos a los motivos de suspensión, que deben ser denunciados por quien puede verse perjudicado por ellos, para, de mantenerse, conservar su agravio en la eventualidad de una sentencia contraria al interés que persiguen.

Existe cierta dificultad axiológica para equiparar las reglas reglamentarias del modo *oral* de comunicación de requisitorias e informaciones durante el debate y entre las personas que en él intervienen, forma que termina por cerrar el círculo de aquello que se comprende por un juicio penal en un Estado de Derecho. Tal dificultad, inclu-

¹⁶⁶ Ver “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo” (M. 528. XXXV), res. 17/2/2004, cuya opinión en disidencia menciona todas las sentencias al respecto, incluso la de signo contrario (“Marcilese”, Fallos CSN, t. 325, ps. 2005 y siguientes). Cf., sobre el punto, CAGNOLA, Desde “Tarifeño” a “Mostaccio”, ps. 81 y siguientes.

¹⁶⁷ Básicamente, CPP Nación, 401, I; CPP Córdoba, 410. En sentido opuesto se pronuncia, claramente, el CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, VIII, como excepción a la máxima de la *irretractabilidad*.

¹⁶⁸ Cf. LANGER/MAIER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

¹⁶⁹ CPP Nación, 85; CPP Córdoba, 95 (el CPP Pcia. de Buenos Aires no posee solución específica al respecto).

¹⁷⁰ CPP Nación, 365, II, 3ª oración; CPP Pcia. de Buenos Aires, 344, II, 3ª oración; CPP Córdoba, 374, III.

so, tiene carácter físico, pues todo aquello que nació como documento es, por definición, *escrito o registrado* de alguna manera con anterioridad y, por lo tanto, sólo puede ingresar al debate por su lectura o reproducción en él. De allí las reglas respectivas. Sin embargo, cualquier infracción a estas reglas, como, por ejemplo, la lectura de un testimonio anterior vertido en un acta, fuera de las reglas que permiten esa lectura, determina, si influye en la sentencia y su signo, su anulación como motivo absoluto de casación, incluso sin la necesidad de protesta previa de parte del perjudicado (agraviado) por la sentencia. Claro es que algunas de estas reglas funcionan sólo con la anuencia previa del interesado o de los interesados, como, por ejemplo: la lectura de un testimonio prestado durante el procedimiento preliminar y documentado en un acta, con el consentimiento de las partes intervinientes como sujetos del procedimiento, incluso del tribunal juzgador¹⁷¹, caso en el cual quien contribuyó con su consentimiento a crear el problema no puede, luego, tachar de inválida la decisión que aprovecha la información (*venire contra factum proprium non valet*); en el caso de que la introducción por lectura o reproducción sea posible sólo por reclamo de uno de los intervinientes¹⁷², resulta también claro que quien pidió la lectura no puede argüir la infracción a este principio para tachar de inválida la decisión que lo perjudica. Ni esta advertencia, ni los ejemplos que la exponen, dicen algo acerca de la validez constitucional de la regla que permite la lectura o la reproducción de registros anteriores en el debate, pues, por ejemplo, mediante la vía característica para ello, podría sostenerse que un testimonio que la defensa no ha podido confrontar durante el procedimiento preliminar –pues no se llevó a cabo según las reglas de los actos definitivos e irreproducibles¹⁷³– resulta imposible de incorporar al debate por lectura o reproducción del registro (ejemplo: un testigo muerto o inhallable a la época de realización del debate, permisión que los códigos contienen¹⁷⁴) según reglas de garantía –defensa– del Estado de Derecho^{173 bis}.

Todas estas máximas, establecidas en leyes reglamentarias de aquello que se comprende como *juicio justo* en nuestras instituciones básicas, constituyen una petición de principio respecto de la *intervención* de los llamados sujetos procesales durante el debate previo a la sentencia; de allí su contacto con las llamadas *nulidades absolutas*, extraídas de las también llamadas *nulidades genéricas* o establecidas de modo general por la ley¹⁷⁵.

Pero, además, conforme a la regla de principio que impone la *imparcialidad* del tribunal, cualquier *integración* de él por un juez que está excluido *de pleno Derecho* para contribuir en la sentencia (escuchar el debate y dictar sentencia), conocida o desconocida al tiempo de esa integración original, constituye un motivo absoluto de casación de la senten-

¹⁷¹ CPP Nación, 391, inc. 1; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366, inc. 1; CPP Córdoba, 397, inc. 1.

¹⁷² CPP Córdoba, 397, inc. 2.

¹⁷³ CPP Nación, 200 y 201; CPP Pcia. de Buenos Aires, 274 y 276; CPP Córdoba, 308, 309 y 330.

^{173 bis} En el sentido del texto, ver la sentencia del caso “Benítez, Aníbal Leonel” (*Fallos CSN*, t. 329, ps. 5556 y ss.).

¹⁷⁴ CPP Nación, 391, inc. 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366, inc. 3; CPP Córdoba, 397, incs. 1 y 3.

¹⁷⁵ CPP Nación, 167 y 168, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 202 y 203, II; CPP Córdoba, 185 y 186, II.

cia, defecto que no se subsana por la omisión de la parte de indicarlo¹⁷⁶. Ello emerge, claramente, del juego conjunto de las reglas que imponen un defecto que se funde en la inaplicabilidad de una garantía constitucional, de la regla que establece la invalidez genérica fundada en la integración defectuosa del tribunal de mérito y de la que establece el deber del juez de apartarse del procedimiento¹⁷⁷. Integra estas reglas la norma de principio que sólo permite contribuir en la sentencia al juez que presenció todo el debate (*inmediación*).

Por otra parte, integran esta categoría, aunque por diferentes motivos, las reglas que, en sí mismas, dominan la validez de la sentencia como acto procesal, que definen a la sentencia dictada después de un debate como tal, se trate de formas externas de ella o del contenido necesario de la esa decisión¹⁷⁸, por la sencilla razón de que esos defectos aparecen sólo con el pronunciamiento de la misma sentencia y porque, en principio, el único modo de denunciarlos para acusar la invalidez del acto es el recurso de casación, previsto por la ley. Es necesario agregar a estos motivos el principio que domina la *correlación* entre la acusación y la sentencia, precepto cuya interpretación preside, precisamente, el contenido válido de la sentencia con referencia a la posibilidad de defenderse, esto es, con referencia a la posibilidad de resistir eficazmente la imputación de que se es objeto e influir de modo idéntico en la decisión¹⁷⁹.

Resta discutir el plano de las *prohibiciones probatorias*, más próximamente, de las *prohibiciones de valoración probatoria* o, mejor expresado, el papel que esas infracciones cumplen en la sentencia, esto es, discurrir acerca de la importancia del defecto que la infracción a esas reglas de prueba generan para la validez de la sentencia. Aquí cabe distinguir entre reglas de garantía que derivan directamente de una ley básica (constitución o tratado) y reglas cuyo contenido, si bien observable, no deriva de ese nivel normativo y no tiene por misión la aseguración de la posición del imputado en el procedimiento penal. Las infracciones a las reglas probatorias que constituyen *prohibiciones probatorias*, en el lenguaje más usual entre nosotros¹⁸⁰, y que, al mismo tiempo, constituyen reglamentaciones

¹⁷⁶ Ver esta obra, t. II, § 12, D, 2.

¹⁷⁷ CPP Nación, 55, 168, II, y 167, inc. 1; CPP Pcia. de Buenos Aires, 47, 203, II, y 202, inc. 1; CPP Córdoba, 60, 186, II, y 185, inc. 1.

¹⁷⁸ CPP Nación, 399 y 404; CPP Pcia. de Buenos Aires, 371, I y II; CPP Córdoba, 408 y 413.

¹⁷⁹ CPP Nación, 401, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, VI; CPP Córdoba, 410. Cf., al respecto, LANGER/MAIER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

¹⁸⁰ Ver esta obra, t. I, § 6, G, 5, y t. II, § 9, F, 2, f.

de reglas constitucionales significantes de verdaderas limitaciones para la adquisición de conocimientos por parte de funcionarios que, de alguna manera, ejecutan el poder penal del Estado, se traducen siempre, en la sentencia y en tanto persiste la infracción, en *prohibiciones de valoración probatoria*, esto es, en elementos vedados para fundar el conocimiento necesario para la decisión que, a mérito del debate, concluye en una condena. Así, por ejemplo, la tortura o el tormento, físico o psíquico, para obtener una confesión de parte del imputado, el engaño o las promesas no permitidas con el fin de arribar al mismo fin, el allanamiento o requisa irregular, la interceptación de comunicaciones ilegítima, etc. Todas estas prohibiciones, cuando influyen en la sentencia decisivamente, constituyen siempre reglas *absolutas* –incluso por la vía de la necesidad de que la sentencia sea fundada¹⁸¹, calidad que pierde cuando la base de la decisión es irregular–, invocables contra la sentencia sin necesidad de protesta previa, es decir, sin subsanación anterior, cualquiera que sea su fuente. En cambio, las reglas probatorias que sólo derivan su obligatoriedad para el tribunal de la ley o de una finalidad distinta a la protección de la posición del imputado, necesitan, para ser invocables contra la sentencia que lo perjudica, de la protesta previa y oportuna (reposición o revocatoria al cumplirse el acto): tómese como ejemplo el hecho, tolerado por la defensa, de la falta de instrucción al familiar próximo acerca de su derecho de abstenerse de declarar, regla que sólo protege el interés de quien declara y que, por ello, es únicamente actuable por la expresión de voluntad autónoma del titular del derecho, es decir, del declarante¹⁸²; para poder hacer valer el defecto contra la sentencia que lo perjudica y que tiene a la declaración testimonial amparada por la facultad de abstención y por la instrucción previa sobre ella, quien invoca la nulidad debió haber advertido al tribunal la importancia del defecto en tiempo oportuno, sin aceptar su subsanación de modo alguno.

IV. Merece una menor atención el mismo problema de las nulidades pero referido a períodos previos del procedimiento penal. Con exclusión de las exigencias procesales particulares de los debates públicos, en ocasiones no sólo de aquellos realizados para decidir definitivamente acerca de la condena o de la absolución penales¹⁸³, los problemas y modos de resolverlos son similares a los indicados, con la salvedad de que el recur-

¹⁸¹ CPP Nación, 404, inc. 2; CPP Pcia. de Buenos Aires, 106, I; CPP Córdoba, 413, incs. 3 y 4.

¹⁸² CPP Nación, 243; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235; CPP Córdoba, 220 y 227, III.

¹⁸³ Procedimiento por audiencias: cf. CPP Chubut (ley provincial n° 4566 del 9/12/1999), 6 y ss., y 110 y siguientes.

so de referencia para hacer valer la invalidez de un acto procesal y así impugnar una decisión interlocutoria no es, en principio, el de casación, sino el de apelación, cuando él está previsto, porque, de otro modo¹⁸⁴, o cuando sólo está prevista la reposición de la decisión, la advertencia del litigante sobre el defecto del acto sólo cumple con el fin de conservar su poder de motivo de injusticia para decisiones posteriores, respecto de aquellos defectos que son subsanables (*relativas*).

Aquí el punto de tensión está ubicado en la inveterada costumbre de los tribunales penales de regresar en los procedimientos hacia atrás, hasta el acto que contiene el defecto y recomenzar desde allí la persecución penal. Ello, la mayoría de las veces, carece de sentido¹⁸⁵. Por ejemplo: si la primera declaración sobre el hecho del imputado resulta viciada por un defecto de información o por otro más grave (tortura o engaño, por ejemplo), que importe un defecto capital del acto y, por tanto, una nulidad de las llamadas *absolutas*, tiene sentido dejar de utilizarlo para fundar decisiones futuras y, quizás, sirva para revocar decisiones que todavía representan efectos gravosos para el interesado (el encarcelamiento preventivo, por ejemplo), con renovación de esas decisiones y del acto, en su caso, por el tribunal que la declara o la advierte, pero carece de sentido regresar el procedimiento hacia atrás hasta el momento en el cual se realizó el acto viciado; el caso se presenta, por ejemplo, cuando el tribunal de juicio advierte defectos del procedimiento preliminar, como el anunciado o la falta de requerimiento de instrucción una vez producida una acusación en sí correcta como tal, caso en el cual sólo tiene sentido que el tribunal no utilice la declaración inicial como fundamento de una decisión nueva y, si resulta necesario, escuche de nuevo inmediatamente al acusado, le dé la oportunidad de contestar la imputación, acto que, en el último de los casos, deberá llevar a cabo de manera correcta y formalmente en el debate. Quizás la misma ley haya contribuido a estos excesos de interpretación, cuando permite y regula la *instancia de nulidad*¹⁸⁶, pero tal determinación legislativa –sobrante– sólo indica la manera de protestar por la realización defectuosa del acto y la admonición de que, en caso de que el tribunal utilice el acto para perjudicar el interés defendido, dará lugar a la impugnación de la decisión, cuando ella estuviere prevista. La verificación de oficio de la regularidad de la acusación por parte del tribunal de juicio que inicia su tarea¹⁸⁷ se justifica por la importancia de ese acto para la validez del procedimiento posterior.

3. Subsanación de defectos y convalidación de actos

I. De lo ya dicho se advierte que la actividad de los intervinientes, sobre todo cuando no representan al tribunal que juzga o decide, se vin-

¹⁸⁴ Valga como ejemplo la irrecurribilidad del auto de remisión a juicio: CPP Nación, 352, 1ª oración.

¹⁸⁵ Parece ser esto lo que desea manifestar la prohibición expresa de un proyecto reciente de CPP Nación, 149, II (cf. *Proyecto de Código procesal penal de la Nación*, expte. 2589-D-04, presentado por Alberto M. BINDER e Ileana ARDUINO, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 78; ver asimismo su *Exposición de motivos*, p. 41).

¹⁸⁶ CPP Nación, 170, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 205, II; CPP Córdoba, 188, III.

¹⁸⁷ CPP Córdoba, 361, I.

cula estrechamente con la reacción posible frente a los defectos del procedimiento y con la *subsanción* de esos defectos o, como conviene expresar en mejores términos, con la *convalidación* de actos defectuosos. Por una parte el mismo tribunal, por excepción, está llamado a denunciar esos defectos, según sucede en el ejemplo inmediato anterior y en ciertas reglas generales referidas a la subsanción inmediata del defecto o a las llamadas *nulidades absolutas*¹⁸⁸, y a resolverlos mediante su eliminación –reconocimiento del defecto y cumplimiento correcto del acto– o declaración¹⁸⁹. Con esta posibilidad y con el hecho de que la ley declare ciertos defectos insubsanables –reconocibles de oficio–, cabe tener ciertos cuidados en su aplicación: en primer lugar, la autorización no importa, salvo excepción prevista en la ley¹⁹⁰, la facultad de retrogradar el procedimiento; en segundo lugar, las formas o modos de comportamiento relativos a la reglamentación de una garantía para el imputado o enjuiciado *nunca* pueden ser utilizados para invalidar actos en su perjuicio¹⁹¹.

Una sentencia absolutoria, por ejemplo, no puede ser anulada de esta manera, porque el acusado declaró –incluso durante el debate– coacto (amenaza para él o sus familiares), aun cuando esa declaración sea utilizada para fundar la sentencia o como uno de sus fundamentos. No tiene sentido, por ejemplo, anular una declaración del imputado, prestada bajo tormento, cuando él, a pesar de ello, mencionó prueba decisiva que fue valorada en su favor. Existen múltiples ejemplos posibles; quien desee estudiar el punto, debería detenerse en la consideración de casos jurisprudenciales en los cuales los tribunales, a contrario de aquello que aquí recomendamos, utilizaron reglas de garantía como fundamento de decisiones desfavorables para el acusado. Yo mencionaré sólo una, pero de nuestra CSN –varias veces reincidente en este proceder–: hubo una vez una persona encarcelada preventivamente por un tiempo prolongado; cuando transcurrieron un par de años, aproximadamente, la Cámara de Apelaciones consideró que las reglas sobre condenación condicional autorizaban a poner fin a la prisión preventiva, sobre todo con el argumento de que el proceso no sólo no había terminado, sino que ni siquiera había terminado el procedimiento preliminar (instrucción preparatoria); la CSN revocó la excarcelación, encarceló nuevamente al imputado y se extendió increíblemente sobre el fundamento de esa decisión, (...) el principio de inocencia del imputado (CN, 18) que le daba carácter constitucional al instituto del encar-

¹⁸⁸ CPP Nación, 168, I, 1ª oración, y 168, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203, I, 1ª oración, y 203, II; CPP Córdoba, 186, I, 1ª oración, y II.

¹⁸⁹ A la facultad de corregir inmediatamente los defectos, por eliminación y realización del acto de manera correcta, facultad concedida a los tribunales conforme a la primera regla positiva citada inmediatamente antes, PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 350, p. 151, la incluye dentro de un sistema de *prevención* de nulidades, según su concepción como *ultima ratio*, y denomina a esa actividad como “saneamiento”.

¹⁹⁰ CPP Córdoba, 361, I. De la misma manera, juicio de reenvío: CPP Nación, 471, 485 y 486; CPP Pcia. de Buenos Aires, 461, 473 y 474; CPP Córdoba, 480, 495 y 496.

¹⁹¹ Así lo dispuso el Proyecto CPP Nación (1986), 1, II, lo dispone el CPP Chubut, 78, II, y el nuevo Proyecto CPP Nación (2004), 29.

lamiento preventivo; nada más hipócrita que ello¹⁹². Me apropio de una respuesta de Soler a Orgaz con motivo de la incapacidad civil de los condenados: "Tengo la impresión de que los afanes protectores nos obligarían a proteger...; pero sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos"¹⁹³.

Los demás defectos deben ser siempre denunciados por quien esté interesado en la pureza formal del acto, regularmente por aquél en protección de cuyo interés la forma o exigencia ha sido establecida o funciona en la ocasión; pero, además, él soporta la exigencia material de no haber contribuido a provocar el defecto, para poseer la facultad de denunciarlo y ejercerla de modo eficaz, esto es, para provocar la declaración de nulidad del acto y de aquellos que dependen de él¹⁹⁴. Si el interesado no denuncia el defecto, él se *subsana* y el acto, más tarde o más temprano, se *convalida*, es decir, el defecto no puede ser más denunciado para impugnar la validez del acto. Ello supone, también, que la ley establece oportunidades temporales para el ejercicio de esta facultad, generalmente previstas por períodos del procedimiento, oportunidades dentro de las cuales debe producirse la denuncia del defecto y la impugnación del acto, bajo amenaza de subsanación y convalidación en caso contrario¹⁹⁵.

Generalmente, los defectos del procedimiento preliminar no son trasladables al procedimiento principal o juicio, los defectos que pudieren existir en la preparación del debate no son trasladables al debate en sí mismo o tan sólo pueden ser invocados hasta inmediatamente después de su apertura, como *cuestiones previas*, los defectos de los actos del debate sólo son denunciabiles, como los de las audiencias en general, durante el transcurso del acto o inmediatamente después de que él concluyó, y los que pudieren existir en la tramitación de los recursos sólo son trasladables hasta la última intervención del interesado antes de la decisión del tribunal. Elípticamente se comprende que los defectos de las decisiones judiciales sólo son hechos valer por el interesado mediante los recursos respectivos que la ley concede, eventualmente, contra la decisión (reposición, apelación, casación o inconstitucionalidad). Estimo que de este discurso genérico también se comprende que los defectos más importantes y de más riesgo están ubicados en el debate y en la sentencia. Unos porque sin denuncia inmediata se *subsanan* y producen la *convalidación* del acto, y entonces no pueden ser invocados por las partes para invalidar una sentencia que les resultó desfavorable, aspecto que requiere conocimientos y ojos bien abiertos durante el debate para interponer la *reposición*: se conserva así la posibilidad de casar la sentencia en virtud del defecto y de conseguir,

¹⁹² Cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, ps. 48 y ss., donde, en apéndices, están consignadas todas las decisiones.

¹⁹³ Cf. ORGAZ/SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, p. 44.

¹⁹⁴ CPP Nación, 168, I, 2ª oración, y 169; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203, I, 2ª oración, y 204; CPP Córdoba, 186, I, 2ª oración, y 187.

¹⁹⁵ Ver esas distintas oportunidades en la regulación específica: CPP Nación, 170, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 205, I; CPP Córdoba, 188, I.

eventualmente, una nueva oportunidad para defender su interés. Otros porque, a pesar de que su denuncia no es urgente, son sólo observables mediante el recurso de *casación*¹⁹⁶, recurso que, prácticamente, puede ser considerado *in extremis*, porque su fracaso conduce, de ordinario, a la sentencia firme. De lo dicho también se deduce que, a pesar de que la ley permite la mera *instancia de nulidad*, interpuesta con el único fin de invalidar un acto y tratada por la ley correctamente como una reposición, el mecanismo más desarrollado y más utilizado para denunciar defectos de los actos del procedimiento está constituido por los recursos contra las decisiones de los tribunales.

II. En las nulidades llamadas *relativas* (que, a la vez, dependen de denuncia oportuna de alguna de las partes), la *subsanción* del defecto y la *convalidación* del acto suceden también por dos razones distintas a la anterior, diversas entre sí, pero, a la vez, similares o analógicas. El primero de estos motivos se vincula al principio de carencia de regreso contra actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), pues quien aceptó los efectos procesales del acto, expresa o tácitamente, no puede denunciar el defecto ni impugnar el acto¹⁹⁷. Aceptar los efectos del acto pese a su defecto, significa consentir la producción válida de ese efecto; el vencimiento del plazo para denunciar el defecto y requerir la nulidad del acto constituye, precisamente, uno de los casos de consentimiento presunto (aceptación tácita) establecido de modo claro por la ley, pero también ingresa dentro de la categoría la realización, por el autorizado a denunciar el defecto, de actos propios incompatibles con la misma denuncia¹⁹⁸.

Es ésta la regla que demuestra la carencia de sentido de anular actos de instrucción del procedimiento de investigación preliminar por el hecho de no existir un requerimiento fiscal de instrucción, cuando la fiscalía ya produjo la acusación, de modo en sí válido y a pesar del defecto, imputación que el acusado puede responder plenamente en el debate (audiencia y prueba), y vicio que, por lo demás, el acusador no denunció como privación de su intervención en el momento oportuno, ni el acusado verifica el interés propio en que se declare la nulidad (perjuicio que sufre) más allá de su interés eventual por la demora del procedimiento. También este criterio verifica que, si el imputado no ha sido informado convenientemente –según las reglas que la ley prevé– antes de su primera declaración sobre el hecho –por ejemplo, no se le comunicó que podía abstenerse de declarar–, la denuncia del defecto y la impugnación de nulidad, incluso durante el debate, frente a una declaración válida –porque ya conoce el principio *nemo tenetur* o se lo advierte convenientemente–, sólo implica, eventualmente, que el acto anterior, de su primera declaración durante el procedimiento preliminar, no puede ser utilizado como fundamento de una decisión contraria a él –por ejemplo,

¹⁹⁶ CPP Nación, 456, inc. 2; CPP Pcia. de Buenos Aires, 448, I, inc. 1, 2ª oración; CPP Córdoba, 468, inc. 2.

¹⁹⁷ CPP Nación, 171, inc. 2; CPP Pcia. de Buenos Aires, 206, inc. 2; CPP Córdoba, 189, inc. 2.

¹⁹⁸ Cf. PALACIO, *Dpc*, t. IV, n° 351, D, ps. 159 y siguientes.

§ 14. Los actos procesales en general

como presupuesto del encarcelamiento preventivo (procesamiento) o introducido al debate por su lectura, conforme a la previsión legal que lo permitiría y para ser tenido en cuenta en la sentencia-, pero no constituye base alguna para retrotraer el procedimiento a sus comienzos.

Por último, ciertos defectos no consiguen evitar, según la razón que preside la determinación de la forma especial que requiere el acto, que él consiga realizar la *finalidad* a la cual está destinado y, cuando ello sucede, tampoco es posible la denuncia con éxito del defecto, pues la propia realidad lo *subsana* y el acto resulta plenamente válido (*convalidado*), a pesar del defecto¹⁹⁹.

El principio deriva de la calidad de *ultima ratio* de la declaración de nulidad, de la presunción de validez de los actos del procedimiento judicial, similar a la norma del derecho administrativo para los actos de la Administración²⁰⁰ o al principio que rige las leyes respecto de su constitucionalidad²⁰¹, y de la comprensión del procedimiento como camino hacia una meta, que debe alcanzarse, la sentencia o la decisión judicial (no se trata de un mero camino, por el gusto de andar). No tiene sentido alguno la denuncia del defecto acerca de la omisión de la advertencia sobre el *neino tenetur*, obligada para la declaración sobre el hecho del imputado, si él se ha abstenido de declarar, esto es, si ha optado por no decir nada sobre la imputación que le comunican. La ausencia de un requisito de la notificación cuando, de todos modos, el imputado se ha enterado del contenido del acto, es otro buen ejemplo para el principio estudiado. De él deriva también la exigencia de tornar explícito y plausible el *interés* en la declaración o el *perjuicio* concreto al que conduce el defecto del acto para aquél facultado a denunciarlo, cuando solicita la nulidad del acto.

D. CLASIFICACIÓN Y EXIGENCIAS GENÉRICAS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

I. El afán clasificatorio de los juristas ha permitido distinguir desde diversos puntos de vista la actividad procesal, según la persona que lleva a cabo el acto (actos del tribunal, de las partes, de terceros, como mínimo), según el momento del procedimiento en el cual el acto se ubica (actos del procedimiento preliminar o de la instrucción, del procedimiento intermedio, del procedimiento principal o juicio y actividad recursiva),

¹⁹⁹ CPP Nación, 171, inc. 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, 206, inc. 3; CPP Córdoba, 189, inc. 3. Cf. *idem*, n° 346, c, p. 142 y s.

²⁰⁰ Ley nacional de procedimientos administrativos (n° 19.549), art. 12; ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (dto. n° 1510-GCBA-97 y sus modificatorios, aprobado por resolución legislativa n° 41 del 7/4/1998 y modificada por ley n° 32 y ley n° 104 de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, art. 12.

²⁰¹ Cf. *Fallos CSN*, t. 310, ps. 1401 y ss.; t. 312, p. 496 (disidencia José Severo Caballero); t. 312, p. 809 (disidencia José Severo Caballero y Augusto C. Belluscio); t. 312, p. 851 (*idem*); t. 314, p. 424; t. 315, p. 1563; t. 319, p. 178; t. 324, p. 3219; y t. 327, p. 1122; en contra, parcialmente, voto en disidencia de Carlos S. Fayt, en t. 314, p. 1531.

D. Clasificación y exigencias genéricas de la actividad procesal

según el destino o la finalidad del acto (decisiones, requerimientos, prueba, de comunicación, persecutorios, de defensa, ejecutivos, etc.) y hasta según la exigencia del contenido interno del acto (fundados, no fundados, como mínimo)²⁰². Todas estas clasificaciones son, como tales, infecundas, en el sentido de que no permiten dilucidar caso alguno o no auxilian para su solución. Nosotros no insistiremos en agregar erudición al texto. Las leyes procesales penales, sin embargo, contienen ciertas divisiones generales, antes bien por la llamada *naturaleza del acto* (decisiones judiciales, comunicación, prueba y las diversas posibilidades de conocimiento e información en el procedimiento) que hacen más al destino o finalidad del acto y las diversas reglas o exigencias que según ese destino conviene agrupar dentro de cada una de esas decisiones.

Consecuentes con este criterio puramente pragmático, a nosotros nos ha parecido importante distinguir los *actos probatorios*, cuyas principales manifestaciones y problemas pretendemos analizar en primer lugar, de aquellos que importan un *requerimiento* de los intervinientes en el procedimiento —que no son decisiones judiciales, sino que pretenden provocarlas o influir en ellas—, y culminar ese párrafo con la actividad que se caracteriza por significar una *impugnación* de la solución brindada por una decisión judicial que el recurrente no tolera, para estudiar después las principales manifestaciones de las *decisiones judiciales* básicas, y dejar para el final el estudio del poder que implican las *medidas de coerción* concedidas a los funcionarios del procedimiento penal o a sus sustitutos ocasionales durante su transcurso, con sus límites. La distinción sólo se justifica por la distinta clase de exigencias que la ley requiere para estos actos.

Sin embargo, conviene aclarar que existen ciertas reglas que operan genéricamente sobre toda actividad procesal.

II. *El idioma*. En todas las manifestaciones, escritas u orales, los procedimientos judiciales utilizan, como medio de comunicación entre las personas, nuestro idioma oficial —o *nacional*, según lo denomina la ley—, esto es, el *castellano*, según hubiera correspondido decir²⁰³, razón por la cual la ley prevé la invalidez del acto, si se usa otro idioma²⁰⁴. Sin embar-

²⁰² Por todos, CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 943 y ss., ps. 99 y ss., quien ya advierte la inexpressividad jurídica de estas clasificaciones.

²⁰³ La República Argentina, en verdad, emplea como idioma oficial el idioma prevaleciente en su conquista y colonización (esto es, un idioma que no es originario de estas tierras, sino perteneciente a otra "nación", a pesar de la enfática declamación de la ley: *idioma nacional argentino* [cf. CPP Pcia. de Buenos Aires, 99]).

²⁰⁴ CPP Nación, 114; CPP Pcia. de Buenos Aires, 99, I; CPP Córdoba, 128.

go, para actos particulares, como las declaraciones de órganos de prueba o los documentos escritos en otros idiomas, las leyes procesales prevén su traducción por interpretación, aun cuando el destinatario principal –el juez o los jueces del tribunal o la fiscalía– domine el idioma de su producción²⁰⁵. Más aún, las leyes procesales se preocupan por los sordos, que no pueden recibir las preguntas verbalmente, por los mudos, que no pueden contestarlas de ese modo, por los sordomudos, que no pueden recibir las preguntas o admoniciones de modo oral, ni pueden tampoco contestarlas verbalmente, y, por ello, prescribe la forma escrita para preguntar o para responder, o para preguntar y responder, y la ley hasta se preocupa porque estas personas puedan declarar, cuando no entienden el idioma escrito o no puedan escribirlo (sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), caso en el cual prevén la intervención de un maestro de sordomudos o de alguien que pueda entenderse con ellos y transferirles preguntas o admoniciones o transferir sus respuestas en el procedimiento²⁰⁶. Pero todas las leyes vernáculas han olvidado disciplinar el aspecto principal en discusión cuando uno trata el tema del idioma del procedimiento: la posibilidad de que sus protagonistas, en el sentido de quienes intervienen en él sin ser sus jueces, especialmente el imputado, comprendan los actos que son realizados en el procedimiento y, para ello, esos sujetos deben entender el idioma en el cual él transcurre –oficial o inoficial–, con lo cual tendrán acceso a la comprensión del procedimiento penal concreto como un todo. Éste, por lo demás, es un derecho humano reglado por las convenciones universal y regionales respectivas, a propósito del procedimiento judicial y bajo la condición de gratuidad, exigencia que debe asumir el Estado en el procedimiento penal²⁰⁷.

Los países de América, en cuyo territorio se habla más de un idioma –pero, especialmente, aquellos en lo cuales conviven pueblos originarios, que hablan y dominan idiomas sin escritura, con quienes hablan el idioma castellano adquirido por conquista y colonización–, deberían tomar en serio este problema. El CPP Guatemala, 142, III, aun cuando con errores –y, seguramente, de manera insuficiente–, ha intentado dar solución a este problema. Raramente, no le dan solución al problema las leyes que pro-

²⁰⁵ CPP Nación, 268; CPP Pcia. de Buenos Aires, 102, III, y 255; CPP Córdoba, 247; la advertencia final de estas reglas, relativas a la traducción a pesar del dominio del idioma distinto al oficial utilizado en el acto, es correcta, pues tanto la declaración vertida en un idioma extranjero, como el documento escrito en otro idioma, no tienen sólo por destinatario a quien debe decidir o dictaminar, sino, también, a los demás intervinientes y, en ocasiones, al público en general.

²⁰⁶ CPP Nación, 119; CPP Pcia. de Buenos Aires, 102, I y II; CPP Córdoba, 133.

²⁰⁷ PIDCyP, 14, 3, f, y CADH, 8, 2, a.

claman, incluso, la posibilidad de un juzgamiento comunitario, que desplaza al oficial, aun cuando se comprenda que cuando el procedimiento es interno de la comunidad cultural con otro idioma, el juzgamiento pueda trascurrir en un idioma que no es el oficial: ver, por ejemplo, Proyecto CPP Neuquén, 26, 40 y 127; Proyecto CPP Nación (expte. 2589-D-04), 28 y 118. El art. 2, inc. 2, *b*, del *Convenio C 169* de la O.I.T. (Organización Internacional del Trabajo), llamado *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1969, obliga a los estados a desarrollar acciones que incluyan medidas "que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones". No existe la menor duda acerca de que el idioma, a la par de ser una tradición añeja, constituye la principal marca de identidad cultural a respetar. No sólo esa regla, que hemos elegido como ejemplo, se refiere a la necesidad de respetar el idioma de la manera invocada en el texto; otras, como aquella que figura bajo la letra *c*, de esa misma regla (medidas que ayuden a los miembros de esos pueblos a eliminar diferencias con los otros miembros de la comunidad nacional), o la del art. 3, inc. 1, que obliga a los estados a garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales a los miembros de esos pueblos, entre los cuales se halla, como explicamos en el texto, el deber del Estado de proporcionar gratuitamente un traductor a la lengua que habla el enjuiciado, y algunas más, que me eximo de mencionar ahora, se refieren al problema ahora examinado. Ello no debe oscurecer el hecho de que los estados están obligados a respetar las tradiciones, la cultura y las instituciones de esos pueblos, y a desarrollar acciones para asegurarlas (art. 2, inc. 2, *b*), con lo cual el Convenio genera la obligación de respetar su forma de administración de justicia y las soluciones a las que ella conduce, sin sustituirla por las formas y soluciones oficiales (CPP y CP), al menos cuando el conflicto se genera dentro de la comunidad y no implica un apartamiento ostensible de los derechos fundamentales reconocidos universalmente²⁰⁸.

III. *El lugar y el tiempo de cumplimiento*. Los actos, en verdad, pueden ser cumplidos en cualquier día y en cualquier momento del día, pues el horario no afecta su validez. La regla aconseja realizarlos ordinariamente *en días y horas hábiles*, pero no invalida de manera genérica los actos procesales realizados fuera de esos días o de esas horas, ya porque la regla no se aplica durante cierto período del procedimiento (la instrucción o procedimiento preliminar) o porque, para la realización de otros actos, el tribunal puede *habilitar los días y horas que estime necesarios*, supuesto que, en el caso de actos presididos por el mismo tribunal o por el funcionario competente para practicarlo, se verifica con la mera realización del acto (decisión no sujeta a formas especiales)²⁰⁹.

Pueden existir exigencias temporales más vigorosas para ciertos actos, según sucede, por ejemplo, con la autorización judicial necesaria para allanar domicilio una

²⁰⁸ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés, *Diversidad cultural y responsabilidad penal. Controles informales y delito en el Perú*, tesis doctoral de la Universidad de Buenos Aires, aún no publicada según mi conocimiento.

²⁰⁹ CPP Nación, 116; CPP Pcia. de Buenos Aires, 99, V y VI; CPP Córdoba, 130.

vez que se pone el sol²¹⁰. En este caso, la falta de autorización puede representar, eventualmente, una prohibición probatoria.

Pero la determinación precisa del lugar y la fecha (día, mes y año, eventualmente hora) en los que se lleva a cabo el acto procesal tiene su importancia, cuando el acto se registra en un acta, esto es, por escrito²¹¹. No obstante ello, la invalidez proveniente de la falta de la fecha o del yerro en ella sólo es *relativa* y, antes bien, sólo se verificará cuando no pueda establecerse con certeza la fecha omitida o errónea, por elementos del mismo acto en crisis o de otros actos distintos.

Los actos procesales son cumplidos, ordinariamente, en la sede --secretaría o sala de audiencias-- del tribunal ante el cual tramita el asunto en el momento de su realización. Pero existen actos que son cumplidos fuera de la sede del tribunal, para los cuales se acude a jueces o funcionarios comisionados²¹². A más de las reglas que en los códigos procesales penales prevén la forma de realizar actos fuera de la competencia territorial del tribunal existen convenios interprovinciales, con fines de administración de justicia (CN, 125), que, regularmente, prescinden de formas excesivas para comisionar actos, permiten utilizar directamente órganos ejecutivos de otro Estado federado por los jueces que comisionan un acto o, incluso, permiten, bajo ciertos recaudos, la constitución de un juez en otra circunscripción territorial, en la cual él carece de competencia²¹³.

La ley nacional n° 24.767 regula las relaciones con el extranjero: extradiciones pasiva y activa, el tránsito de personas extraditadas por otros estados por territorio argentino, el auxilio judicial en materia de prueba y juzgamiento, y el cumplimiento de condenas de estados extranjeros y de condenas argentinas. Existen, además, múltiples convenios bilaterales y multilaterales con países extranjeros sobre estas materias, y convenciones internacionales sobre ciertos delitos que contienen reglas de este tipo.

IV. *Los registros*. Más allá de los actos cumplidos oralmente, cuya cantidad e importancia resaltó el movimiento de reforma del procedimiento

²¹⁰ CPP Nación, 225, I, y 224, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 220, I, y 219, II; CPP Córdoba, 204, I, y 203. Se entiende fácilmente que el juez, al fijar el día y la hora, puede autorizar un allanamiento nocturno.

²¹¹ CPP Nación, 115; CPP Pcia. de Buenos Aires, 99, II, III y IV; CPP Córdoba, 129.

²¹² CPP Nación, Libro I, Tít. 5, Cap. 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, Libro I, Tít. 5, Cap. 3; CPP Córdoba, Libro I, Tít. VI, Cap. V.

²¹³ Internamente, los principales convenios con fines de administración de justicia penal fueron suscriptos y ratificados por autoridades y órganos legislativos nacionales y de la provincia de Buenos Aires, convenios a los que luego se adhirieron otras provincias. Los principales son la ley nacional n° 20.711, *Convenio sobre detención y extradición de imputados o condenados por delitos*, y la ley nacional n° 22.055, *Convenio para obtener prueba*.

penal en la República Argentina y en Hispanoamérica en general, los códigos de cuño europeo-continental conceden a la escritura, como modo de registrar los actos cumplidos en el procedimiento, bastante importancia, al punto de que las llamadas *actas* (registros escritos de los actos) tienen en la parte general su capítulo propio²¹⁴. Ese capítulo responde, genéricamente, las preguntas principales acerca de la forma de documentar por escrito un acto y cuándo ello debe suceder de esa manera, más allá de las disposiciones específicas sobre el particular, para un acto procesal, que también existen en esos códigos. Estos registros deben existir cuando un funcionario público competente para llevar a cabo actos del procedimiento penal realice uno de ellos en un proceso concreto y deba dar fe de aquello que se cumple en su presencia. No sólo la firma del funcionario es necesaria, sino también la de aquél otro que le presta asistencia en el acto y que lo refrenda, y la de todos aquellos que intervienen en él, incluso de los testigos de actuación cuando ellos son requeridos, o la mención de que un interviniente no quiso o no pudo firmar; a quien se halle imposibilitado de suscribir el acta, por su ceguera o porque no lo sabe hacer, lo sustituirá, a su pedido, una persona de su confianza que pueda controlar el contenido del acta y suscribirla. Las actas deben ser fechadas y, además, debe constar en ellas la identificación de quienes intervinieron o la ausencia de aquellos que debieron intervenir o fueron citados para que intervengan en el acto, las diligencias realizadas y su resultado y, cuando se trata de declaraciones, si ellas fueron espontáneas o a requerimiento del funcionario que preside el acto, más la constancia de que las dictaron quienes declararon, en su caso. Existen actas específicas en las cuales deben constar otras prevenciones e informaciones²¹⁵.

Está limitada la capacidad para ser testigo de actuación, que para algunos actos son requeridos por la ley²¹⁶, pues los menores de cierta edad, los dementes y, graciosamente, los borrachos o aquellos que se hallen en situaciones análogas (quienes se encuentren en ese momento en estado de ebriedad, de inconsciencia o de enajenación mental) no pueden serlo²¹⁷.

Un acta especial es el *acta del debate*, porque ella documenta la existencia del debate, núcleo del juicio público, el lugar y fecha de su realización, comienzo y terminación,

²¹⁴ CPP Nación, Libro I, Tít. 5, Cap. IV; CPP Pcia. de Buenos Aires, *idem*; CPP Córdoba, Libro I, Tít. VI, Cap. II.

²¹⁵ Por ejemplo, CPP Nación, 298 y 301; CPP Pcia. de Buenos Aires, 310, 312 y 315; CPP Córdoba, 258, 259, 261 y 264.

²¹⁶ Por ejemplo, CPP Nación, 138; CPP Pcia. de Buenos Aires, 117; CPP Córdoba, 134.

²¹⁷ CPP Nación, 120; CPP Pcia. Buenos Aires, 141; CPP Córdoba, 136, que menciona expresamente el estado de ebriedad como descalificante.

sus suspensiones y reanudaciones, la presencia de las personas que intervinieron en él, las instancias de las partes intervinientes previstas por la ley o requeridas por ellas, las decisiones interlocutorias dictadas en su transcurso, y las conclusiones finales de los acusadores, de los defensores y de los acusados, eventualmente las propuestas sobre la acción civil²¹⁸.

No todas las exigencias anteriores, cuando no son cumplidas, tornan inválida el acta, en general. Sólo la firma del funcionario que preside el acto y la de su asistente, eventualmente la del testigo o la de los testigos de actuación, o la información al ciego o al analfabeto de que, a su ruego, puede leer y suscribir el acto otra persona de su confianza, en su nombre, son exigencias genéricas significativas –con diversos alcances según la ley procesal de que se trate– para la nulidad –en todo caso *relativa*– del acta o de la carencia de su valor como documento del acto realizado, en caso de impugnación²¹⁹. Actas específicas incluyen necesidades también específicas, que pueden conducir a su anulación.

El llamado “cargo” del actuario, esto es, la certificación de que un acto o instancia de parte, producido originariamente por escrito, fue presentado en un lugar y en una fecha que él determina, constituye un acta especial, porque sólo tiene como objeto ese fin antes descripto, dar fe de la realización por otro de una actividad en una fecha y en un lugar que certifica el “cargo”. Rigen para él las reglas generales antes estudiadas, aunque aquí el acto de fechar tiene un valor principal –objeto del registro–, pese a lo cual ella no determina por omisión o error un defecto cuya invalidez pueda ser considerada de oficio por los jueces (sólo *nulidad relativa*): no sólo el acto vale según su efecto, si el defecto no es denunciado, sino que, además, según se observó para la fecha, el defecto puede ser corregido cuando ella, por el acto mismo o por otros actos, puede establecerse con certeza. El “cargo” del actuario es sumamente importante para los actos de parte sometidos a plazo, en especial para los recursos, cuando no se autoriza a interponerlos por diligencia (verbalmente ante el actuario, que lo registra por escrito en un acta).

Ya en pleno siglo XXI, los códigos procesales penales no deberían ignorar otros modos de registrar los actos, a los que aluden tan sólo muy parcialmente²²⁰. Lo mismo puede expresarse para fecharlos y hasta para presentar los actos originariamente escritos ante el tribunal y suscribirlos.

²¹⁸ CPP Nación, 394; CPP Pcia. Buenos Aires, 369; CPP Córdoba, 403.

²¹⁹ CPP Nación, 140; CPP Pcia. Buenos Aires, 119; CPP Córdoba, 137.

²²⁰ CPP Nación, 395; CPP Pcia. Buenos Aires, 370; CPP Córdoba, 404. No se trata aquí, por lo demás, de la posibilidad de grabar el debate o parte de él, para recordarlo, en forma audiovisual o meramente sonora; se trata, por lo contrario, de documentar actos procesales y suscribirlos.

V. *Informaciones orales e informantes*. Los llamados “códigos modernos” de la República Argentina, hoy vigentes para la justicia federal y, prácticamente, en todas las provincias, con algunas modificaciones, movimiento legislativo que, en su origen, preside el CPP Córdoba (1939), introdujeron la *oralidad* de los actos del debate como una de sus características principales. Empero, si prescindimos de su valoración jurídica, existieron siempre transmisiones de conocimientos verbales, mediante el idioma hablado, como los testimonios --sin distinguir entre los testigos, peritos e intérpretes y los imputados u otras formas de información personal--, que, a pesar de sólo ser pasibles de ser valorados por los intervinientes en un procedimiento judicial mediante su documentación en un acta, según los “códigos antiguos” de la República, procedentes del Derecho español colonial, no pudieron evitar que el acto, en origen, fuera oral, hablado, y que luego fuera registrado por un funcionario público para su valoración en el procedimiento²²¹. A esas *declaraciones* se refiere la reglamentación legal que contiene previsiones acerca de estas transmisiones de conocimiento. Tales previsiones no son demasiado importantes, pues --advértase-- no generan invalidez alguna desde su origen (su inobservancia no está amenazada con la nulidad eventual del acto), a pesar de que, en algún contexto, puedan dañar la credibilidad de la información contenida en él²²².

Las previsiones se refieren: a la imposibilidad del *declarante* de consultar notas o documentos, precepto que reconoce excepciones tan amplias como la misma previsión, pues ella queda de lado cuando la consulta es autorizada por quien dirige el acto, por razones personales o contextuales, o en el caso de tratarse de una peritación; al orden de la declaración y del interrogatorio, que comienza con una versión libre del informante y prosigue, cuando es necesario, por el interrogatorio de quienes desean conocer algo específico de él; y culmina con la admonición de que quienes pregunten no lo hagan en forma *capciosa* o *sugestiva*, calificación del interrogatorio que, por una parte, transmite criterios para la valoración de la información y, por la otra, permite a quien preside el acto moderar el interrogatorio conforme a esos criterios. *Sugestivas* son las preguntas que contienen en ellas mismas las respuestas, casi siempre las preguntas que pueden ser contestadas con un *sí* o un *no* (como sucede en la llamada absolució de posiciones del Derecho procesal civil): ¿Tiene este cuchillo la hoja grande?; *capciosas* son las preguntas que ocultan una afirmación bajo el engaño de una pregunta: ¿este cuchillo, con el que Ud. hirió a la víctima, tiene hoja grande o pequeña?²²³.

221 Procedimiento al que se dio el nombre de *verbal y actuado* (cf. C. Proc. Crim. para los tribunales federales y la capital de la República (1882), art. 569), expresión ciertamente hipócrita acerca de la ubicación ideológica e histórica del tipo de proceder judicial, con ciertas pretensiones de confundir a ingenuos sobre el punto (adecuación al Estado de Derecho).

222 CPP Nación, 118; CPP Pcia. de Buenos Aires, 101; CPP Córdoba, 132.

223 Este es el verdadero problema de las actas, de los registros en general, las preguntas sugestivas o capciosas quedan ocultas: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. I, Cap. X, II, ps. 422 y siguiente.

El *juramento* o *promesa de decir verdad*, indispensable para los órganos de prueba (testigos, peritos, intérpretes), está previsto también genéricamente y de su existencia depende la validez del acto de información, cuando él está previsto. No obstante, la invalidez, por omisión del juramento o error en la toma del juramento, es tan sólo *relativa*²²⁴.

Respecto del juramento nuestras leyes procesales penales –y las leyes judiciales en general– poseen dos características especiales: en primer lugar, se trata siempre de juramentos *promisorios*, mediante los cuales quien jura promete que, en el futuro, dirá la verdad y no ocultará nada; en segundo lugar, quienes proporcionan información deben jurar o prometer decir verdad ante cualquier autoridad competente que presida el procedimiento –por ejemplo, ante la fiscalía y, más ampliamente aún, ante los funcionarios policiales en el llamado “sumario de prevención policial”– y en cualquier período en el que ese procedimiento se halle. Es posible y recomendable concebir el problema de diferente manera: por una parte, resulta más real y de mayor efectividad el juramento *asertorio*, mediante el cual quien informa afirma, una vez finalizada su declaración, haber dicho la verdad y no haber ocultado nada (asimismo, en este caso, la información acerca de las consecuencias de una acción desviada se proporciona también al final de la declaración); y, por la otra, el compromiso con la verdad, de una manera formal, sólo debería exigirse cuando la declaración se preste ante un juez y, básicamente, durante el juicio o el debate.

²²⁴ CPP Nación, 117; CPP Pcia. Buenos Aires, 100; CPP Córdoba, 131.

La prueba (actos probatorios) § 15

BIBLIOGRAFÍA

- BELING, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt (RFA, 1903, reimp.), 1968;
- BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990;
- BOVINO, Alberto, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 219 y ss.;
- BRUZZONE, Gustavo A., *La "nulla coactio sine lege" como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 241 y ss.;
- CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994 (2ª ed.), 1998 (3ª ed.);
- CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 279 y ss.;
- D'ÁLBORA, Francisco J., *Curso de Derecho procesal penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. 1, Caps. VI a IX, ps. 145 y ss.;
- DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Ed. Karl Heimann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977; y *Criminalidad organizada y procedimiento penal* (traducción de Fabricio Guariglia y Gustavo Herbel; título original: *Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg [RFA], 1998), en "Nueva Doctrina Penal", 1998/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 479 y ss.;
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Víctor P. de Zabala, Buenos Aires, 1981;
- DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires;
- DÖRING, Erich, *La prueba: su práctica y apreciación* (traducción de Tomás H. Banzhaf), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972;
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [*Diritto e ragione*], Ed. Laterza, Bari, 1990, Cap. I, n° 3 a 5, ps. 18 y ss. (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al., *Derecho y razón: teoría del galantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2000);
- FEZER, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1995;
- FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales* (traducción de Jorge Guerrero; título original: *Delle prove penali* [3ª ed.], Ed. Cisalpino, Varese-Milano, Italia, 1961), Bogotá, 1982; y *Elementos de Derecho procesal penal* (traducción de L. Prieto Castro), Ed. Bosch, Barcelona, 1933, Cap. V, ps. 305 y ss.;
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (3ª ed.), Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, en especial para nuestro tema, Tercera conferencia;
- FRAMARINO DE MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Ed. General Lavalle, Buenos Aires, 1945;
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones probatorias en el procedimiento penal. Un ensayo de fundamentación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005;
- GULLCO, Hernán V., *¿Es necesaria una orden judicial para el registro de automóviles?*, en "La Ley", 1994-E-129 y ss., Buenos Aires;
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el procedimiento penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006;
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002;
- HENDLER, Edmundo S., *El Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, Cap. 12, II, ps. 175 y ss., Cap. 14, II, ps. 200 y ss., y Cap. 15, II a VI, ps. 207 y ss.;
- HENKEL, Friedrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953, §§ 55 a 69, ps. 245 y ss.;
- JÄGER, Christian, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2003;
- LANGER, Máximo, *La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal* [*La requisita personal*], en "Nueva Doctrina Penal", 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, apartado 2, A, ps. 229 y ss.;
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 375 y ss.;
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, t. V, Tit. V, Cap. III, ps. 69 y ss.;
- PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IV, Ed. Abeledo-

Perrot, Buenos Aires, 1999, t. IV, Caps. XXXII a XXXVIII, ps. 323 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *El interrogatorio como medio de defensa*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 411 y ss.; PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1966, §§ 37 a 45, 46 y 48, ps. 245 y ss.; ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, en "ZStW", Bd. 91, De Gruyter, Berlin, 1991; ROMERO, Francisco y PUCCIARELLI, Eugenio, *Lógica* (16ª ed.), Ed. Espasa Calpe, México, 1958, p. 42; *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier; título original: *Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München [RFA]), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, §§ 24 a 28, ps. 185 y ss.; y *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 421 y ss.; ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2009, §§ 24 a 28, ps. 149 y ss.; SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, XVI y XVII, ps. 141 y ss.; SYDOW, Franz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Holzner Verlag, Würzburg (RFA), 1976; TEDESCO, Ignacio F., *La garantía contra la autoincriminación*, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, Cap. II, ps. 29 y ss.; VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2005, §§ 21 a 29, ps. 207 y ss.; ZAMBRANO P., Alfonso, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Quito, 2009.

A. LA VERDAD Y EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

I. La ciencia moderna, incluso las ciencias duras (naturales), se basan cuando menos en el intento y la pretensión de descubrir la verdad. Cier- to es que, en ese camino, fueron rudos los golpes que la ciencia recibió, pues debió aprender acerca de la modestia del conocimiento humano, siempre simplificador, siempre acotado a cierto contexto, a ciertos límites, el último de los cuales la enfrentó decididamente a la *relatividad* de ese conocimiento¹, pero es justo también reconocer que ese conocimiento limitado, de alguna manera mostrenco, propio de la modernidad, nos ha conducido, más allá de su valoración positiva o negativa, a un desarrollo sin par de las posibilidades del género humano, sin comparación histórica alguna, a un dominio del mundo natural y a un avance incomparable de las ciencias y técnicas aplicadas, que ya amenaza con conducirnos a mundos distintos, en períodos de tiempo sumamente breves. Pretendo

¹ Conviene la lectura de BUNGE, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*; cf., trasladada la idea al Derecho penal, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, ps. 88 y ss.; también, en relación con ciertos problemas específicos del Derecho penal, trasladados al procedimiento penal, SARRABAYROUSE, *Responsabilidad penal por el producto*, ps. 249 y ss. Esa *relatividad* en el conocimiento judicial, pero propia de cualquier conocimiento, es, confesadamente, el hilo conductor de un estudio de tesis sobre *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica [La verdad en el proceso penal]*, de Nicolás GUZMÁN, p. 3.

aquí sólo mostrar el impacto que la búsqueda de la verdad ha tenido en el mundo moderno, impacto que todavía se mantiene y se acelera en el llamado *posmodernismo*, maguer quizás la transformación de su concepto² y cualquiera que sea la valoración moral o de otro tipo que este desarrollo suscita. Ese impacto también alcanzó a las ciencias culturales, a la historia y a la actividad judicial, mejor aún, a la comprensión de valores tan básicos como el valor *justicia*, según pretendo explicar en este punto.

No se trata sólo de las ciencias naturales y de la técnica, que hoy logran que manejen cotidianamente cosas y elementos cuyo funcionamiento nos resulta imposible entender y sólo podemos manipular casi por reflejos adquiridos al utilizarlos³. Se trata, antes bien, de la reacción de nuestra propia ciencia cultural frente a tamaña variación de los mundos que habitamos. La regla de principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que, entre otras cosas, impone al juez –o a quien interroga a un sospechoso– prevenirlo acerca de su posibilidad de silencio frente a la imputación, sin que ese silencio lo perjudique, casi carece hoy de sentido, cuando mediante ciertos medios técnicos se puede escuchar aquello que el sospechoso habla con otros, inclusive con sus familiares, en predios cerrados o en la vía pública: para operar la misma prevención valdría la pena aclararle al sospechoso no tan sólo que puede callarse ante quien lo interroga, sino, antes bien, en todo momento y cualquiera que sea su interlocutor, hasta frente a su cónyuge, y darle a conocer la gama de posibilidades técnicas de escucharlo⁴.

Podría decirse, con alguna licencia de vocabulario, que hoy en día el concepto de justicia es casi sinónimo con el de hallazgo de la verdad o, cuando menos, éste implica un elemento básico de aquél, sin el cual no se

² Hoy la *probabilidad* reemplaza en variadas ocasiones a la afirmación genérica de la regla científica (*certeza*) como parámetro de medición estadística de la repetibilidad del fenómeno explicado o a explicar: cf. los estudios citados en la nota anterior y, específicamente, con una afirmación distinta, en tanto defiende la certeza como verdad objetiva, FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ps. 47 y ss. Si se quiere, la simple *asociación* –que no la relación de *causa a efecto*– establece la determinación de un suceso por otro.

³ Me parecieron paradigmáticos los ejemplos de Juan SASTURAIN, en un artículo de opinión del periódico *Página/12*, de Buenos Aires, del 8/12/2004, p. 3, llamado *Una webada*, escrito a propósito de un error en un servidor informático de nuestra cancillería que dejó sin correo electrónico casi medio día a todos los sitios *com.ar*: el primer ejemplo fueron los premios nobel de física, cuyos trabajos están fuera de toda valoración de parte nuestra y de muchas personas más ilustradas que nosotros, incluso profesionales en esa materia, y, con ello, fuera de nuestro control (nunca sabremos si fueron bien dirimidos, según opinamos, acertada o desacertadamente, cuando se trata del premio nobel de literatura); el segundo ejemplo fue el ADN y sus secretos, un misterio insondable, incluso para muchos médicos y químicos orgánicos.

⁴ Cf. DENCKER, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, ps. 479 y ss. (en especial, p. 487), quien rubrica a ésta y otras garantías como “piezas de museo”, parafraseando a un autor que cita.

puede comprender el concepto del valor que ella menta⁵. En realidad, tal sinonimia o proximidad resulta de un enorme cambio de paradigma de la forma según la cual son resueltos los conflictos sociales por la organización social, transformación que operó la modernidad en su conjunto, según un cambio político de la misma dimensión: la centralización del poder, la creación y el desarrollo del Estado-nación, organización que, aun transformada, todavía gobierna el tipo de asociación gregaria de los seres humanos⁶. El apego a la verdad como forma de dirimir conflictos sociales es tan sólo una idea moderna acerca de la *justicia*, que ni siquiera persigue una ideal *distributivo e igualitario*, según se esperó en un comienzo, y que, en materia penal, nos llega con el advenimiento de la *Inquisición* --después del siglo XIII para el mundo occidental que pergeñó esa imagen--, institución que, ciertamente, no goza de una valoración positiva, a pesar de la proposición duradera que hoy estudiamos y su influencia en la cultura universal. Sólo se trató de una idea derivada de la concentración del poder político --al mismo tiempo, de la concentración del ejercicio de la violencia legítima--, en una medida antes insospechada tanto en la cantidad de personas que abarcó, como territorialmente, que el *Estado liberal* transformó luego en garantía ciudadana frente a los funcionarios competentes para averiguar y determinar esa verdad con el fin de castigar.

No se trata, en cambio, de una única manera de concebir a la *justicia*. Por de pronto, ya el antiguo testamento contempla otras formas de dirimirla, atribuidas al Rey Salomón⁷, y la justicia de Cadí es un verdadero ejemplo de esa manera de dar solución a los conflictos sociales, mediante la solución más justa que muestra el desarrollo del mismo caso⁸. Pero, además, antes de ingresar a la justicia formalizada, según la cual procede el Estado, hemos atravesado épocas --por ejemplo, las del Derecho común germano, propio de la Edad Media-- en las cuales la separación Derecho privado -- Derecho penal era inexistente, el daño era la medida objetiva de la ilegitimidad, y el procedi-

⁵ Aun cuando domina el principio de la *autonomía de la voluntad*, según sucede en el Derecho privado y, por ende, en el procedimiento judicial (procesal civil y comercial) que lo realiza, ha debido reconocerse que la investigación o la referencia a la verdad juega un papel importante en la administración de justicia (cf. *Fallos CSN*, t. 238, p. 550, "Colalillo, Domingo c/Cía. de Seguros España y Río de la Plata", res. del 18/9/1957; BERTOLINO, *La verdad jurídica objetiva*).

⁶ Es brillante la explicación de FOUCAULT sobre este cambio en *La verdad y las formas jurídicas* (3ª ed.), en especial para nuestro tema, Tercera conferencia, ps. 63 y siguientes.

⁷ *Antiguo Testamento*, 1 Reyes 3, 16-28, 1 Reyes: Introducción, *Un sabio juicio de Salomón*.

⁸ Cf. WEBER, *Economía y sociedad*, ps. 607 y ss. Un buen ejemplo de esta justicia edificada "caso por caso", sin pretensiones de previsibilidad, ni de sistematización, está representado, en la literatura, por los círculos de tiza de Bertolt BRECHT (ausburgués o caucásico: ver *Der kaukasische Kreidekreis*, ps. 415 y siguientes).

miento consistía en un enfrentamiento ofendido-ofensor para lograr, en primer lugar, la permanencia de ambos polos de discordia en la comunidad vecinal mediante su sometimiento voluntario a deberes y obligaciones mutuos sobre la base de la reparación del daño (acuerdo de paz - *Friedensvertrag*), y, si ello resultaba imposible, mediante la realización de un *combate* para decidir cuál de ambos podía seguir perteneciendo a la sociedad vecinal, combate que, si bien comenzaba con métodos carentes de violencia física, podía finalizar violentamente (ordalías o pruebas de Dios y combate físico entre ambos contendientes) en busca de la indicación divina o empírica sobre el punto, la solución justa del caso. Casi de más está decir que todas estas ideas acerca de la administración de justicia se corresponden con cierta organización del poder político.

Sin embargo, indicar que *la verdad*, o su *averiguación*, constituye la base del concepto actual de justicia —así, a secas, como un absoluto— significa, cuando menos, una simplificación extrema⁹. Precisamente, no son todos los elementos de la realidad los que interesa averiguar en un procedimiento penal —estos datos de todo el contexto sí parecen importar, al menos en teoría, en la llamada “justicia de Cadí” o salomónica, que se dirime caso por caso, según su singularidad—, sino que, por lo contrario, resultan importantes para definir el concepto contados elementos de esa realidad, tanto empíricos, como valorativos, según lo imponen reglas jurídicas materiales que recortan del contexto único e irrepetible en el que un hecho se lleva a cabo, precisamente aquellos elementos que, en definitiva, interesa averiguar, en una suerte de selección y simplificación extremas, sin las cuales el mismo conocimiento, en el sentido hoy utilizado, sería imposible¹⁰. Pero, además, sostener que el descubrimiento de esa verdad, incluso reducida según esos límites que le impone la ley penal, constituye un fin excluyente de la administración de justicia penal es, a la vez, un exceso formal, pues el Derecho procesal penal implica un límite metódico, más estrecho aún, para la capacidad del conocimiento humano, en tanto sólo permite conocer por los medios indicados por la ley y prohíbe ciertos otros medios de conocimiento, según diferentes razones¹¹. De ello

⁹ La *verdad*, concebida como un absoluto, resulta inalcanzable para la condición humana: cf. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Cap. I, IV, ps. 19 y siguientes. Sobre dos definiciones del concepto de verdad y sus implicaciones para la teoría jurídica y el Derecho procesal penal, BOVINO, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, ps. 219 y siguientes.

¹⁰ Cf. esta obra, t. I, § 8, D, 2, II. Sobre el conocimiento histórico y el significado de la abstracción, SOLER, *La interpretación de la ley*, ps. 141 y ss.; sobre el principio de *infinitud de lo real*, que verifica cómo a un suceso real se le puede preguntar sin límites —esto es, resulta imposible conocerlo en plenitud—, es decir, resulta cognoscible en una extensión ilimitada, por el infinito de elementos, notas y circunstancias características que lo componen, ROMERO/PUCCIARELLI, *Lógica*, p. 42.

¹¹ Cf. PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal* (2ª ed.), ps. 60 y ss.; GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedi-*

se desprende que la vocación de nuestro concepto actual de justicia por la verdad es tan sólo parcial, condicionada tanto en extensión como en mecanismos para hallar esa verdad, sólo una guía que le enseña cierto camino al procedimiento, camino que se cruza con otros tan importantes como él y que sólo permite alcanzar metas acotadas¹². Debe tenerse presente, también, que la vocación por la verdad del procedimiento penal descansa sobre la verificación posible de una mera hipótesis, esto es, no consiste en la comprobación lisa y llana de un suceso real, sino que reside en la verificación de la mera afirmación hipotética acerca de la existencia o inexistencia de un suceso¹³ o, mejor aún, de una acción humana; y conviene anotar, asimismo, que el procedimiento penal alcanza incluso su finalidad —esto es, no carece de razón de ser— aun cuando la llamada *verdad* no pueda ser descubierta, esto es, aun cuando no alcancemos por su intermedio el conocimiento real necesario para afirmar o negar la hipótesis cuya existencia o inexistencia pretendemos verificar¹⁴.

De tal manera, no sólo el conocimiento de la verdad, en general, sólo puede afirmarse *relativamente*, con modestia, aun si, como se lo define históricamente, se trata del conocimiento sobre una realidad pasada y, por tanto, de la *correspondencia* de nuestra idea con esa realidad¹⁵, sino que, además, la modestia debe ser todavía mayor en relación al procedimiento penal —y, con mayor razón, en general, al procedimiento de administración de justicia—, pues los métodos con los que contamos para esa pesada tarea son también limitados, más limitados que una imaginaria investigación libre; por lo demás, ésta, la verificación de la verdad sobre

miento penal. *Un ensayo de fundamentación [Concepto, fin y alcance]*, Cap. III, ps. 37 y ss., y esta obra, t. I, § 8, D, 2, III y 3. Para graficar la perplejidad de los resultados de esta situación, abordada aquí en idioma positivo, pero susceptible también de ser observada desde el punto de vista negativo (regla de *exclusión* de material probatorio), nada mejor que el gráfico cómico, en idioma cotidiano, que aparece en HAIRABEDÍAN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 19.

¹² Ello ya surge de los fines del procedimiento judicial: cf. ROXIN, *Dpp*, § 1, A y B, ps. 1 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO*, § 3, ps. 4 y siguientes.

¹³ Cf. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Cap. I, III, ps. 16 y siguiente.

¹⁴ Cf. esta obra, t. I, § 6, C, 2: el principio de garantía para el inculpado que representa el *in dubio pro reo* y su consecuencia explican por sí solos esta afirmación, con cuyo aserto contribuye la realidad de que, aun en esas circunstancias, debe existir una solución para el asunto. Más allá de ello, la prohibición de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*, ver esta obra, t. I, § 6, E) termina de explicar la necesidad de que el procedimiento judicial finalice con una solución, maguer la confesión del tribunal de no haber arribado al conocimiento de la verdad.

¹⁵ FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Cap. I, p. 17.

una hipótesis, no es la única tarea que se propone llevar a cabo el procedimiento penal para conseguir sus fines y, menos aún, la administración de justicia en otras materias ajenas a la realización del Derecho penal.

II. Exagerar la importancia de la verdad para el procedimiento judicial sólo conduce a excesos¹⁶. Sin embargo, hoy en día no sólo se sostiene que la verdad, en el sentido de *verdad correspondencia* con la realidad, posee un valor en sí misma, definidor de la justicia, sino, además, que refleja también un valor que no se corresponde con su origen o, cuando menos, que no responde a su presentación originaria: tal valor, agregado modernamente, la estima una de las máximas de garantía y una de las máximas garantías de quien sufre la persecución penal¹⁷. Ello ha conducido a afirmar –parafraseando la definición de HOBBS para la legislación, pero a la inversa–, sin limitación de tipo alguno, que *veritas non auctoritas facit iudicium*¹⁸. Resulta difícil, sin embargo, extender esta sentencia definitoria, por ejemplo, a los principios de autonomía de la voluntad y dispositivo, que dominan el Derecho privado e, incluso, el concepto privado del Derecho penal (acciones privadas o de instancia privada, CP, 72, 73 y ss.), existentes universalmente, en más o en menos, en todos los Derechos penales. Parece ser que la llamada *verdad consensual* se vincula también a la administración de justicia, aunque, quizás, no deba dominar la administración de justicia penal¹⁹.

Aun en la justicia penal pública, por llamar de algún modo a aquella que funciona presidida por la *estatalización*, la verdad consensual podría tener un ámbito de desarrollo, al menos en tanto ella pudiera servir, vía *reparación*, para dejar de lado la apli-

¹⁶ La Inquisición es sólo el más célebre de esos ejemplos. Este juicio puede sostenerse con dos sentencias irreprochables en idioma extranjero, una académica y la otra judicial: “Anziutto, dovremmo stradicare qualche pregiudizio e, per cominciare, l’idea che nessun prezzo sia eccessivo per la verità” (CORDERO, Franco, *Ideologie del processo penale*, 1966, citado por PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal* [2ª ed.], p. 63), y “Es ist kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte” (BGHSt [Corte Suprema Federal de la RFA, penal], 14, 358, 365).

¹⁷ A él se refiere FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Cap. I, 3, ps. 8 y ss.; sobre las consecuencias distintas a las que conduce un concepto de verdad como principio político procesal penal y como garantía de quien soporta la persecución penal, BOVINO, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, ps. 219 y siguientes.

¹⁸ FERRAJOLI, *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, p. 118; NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 449 y s., quien cita al autor anterior.

¹⁹ Cf., acerca del significado de la verdad para el sistema basado en la autonomía de la voluntad y la dicotomía *verdad materia-verdad formal*, GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Cap. I, VI y VII, ps. 311 y siguientes.

cación del sistema penal en su conjunto, esto es, en tanto ella sustituya a ese sistema punitivo, de reacción violenta, por uno que intente poner al mundo en el estado en que debería estar de no haberse llevado a cabo la acción ilícita o de haberse llevado a cabo la acción mandada jurídicamente (restitución al *statu quo ante*, real o simbólica), solución que, de modo cierto y naturalmente, es de mayor valor que la pena, y que, además, permite concebir realmente al Derecho penal, antes bien, a la pena estatal, como *ultima ratio* de la política social (principio de *subsidiariedad*)²⁰.

Pero incluso la *verdad correspondencia* resulta difícil de aceptar como noción única o exclusiva que gobierna el concepto de justicia, aun para quienes no negamos ni pretendemos negar su influencia para el procedimiento judicial en el mundo moderno. A mi juicio, no es el concepto de verdad o el sentido del procedimiento judicial como búsqueda de ella --limitadamente según se ha visto-- el que proporciona una garantía judicial para quien es perseguido penalmente, sino, antes bien, la regla jurídica de principio que ordena --en sustancia-- absolver si no se logra la certeza acerca de la comisión por el acusado de un hecho punible, regla conocida universalmente por el aforismo *in dubio pro reo*²¹. De tal manera, parecería que la verdad funciona sólo como garantía respecto de una condena penal, o de la imposición de una medida de seguridad y corrección en un Derecho penal de doble vía, pero nunca es presupuesto de una absolución, esto es, de la falta de aplicación del sistema penal o de la pena estatal --o medida--, sino todo lo contrario: cuando no alcanzamos esa verdad o, desde el punto de vista subjetivo, la probabilidad suficiente para afirmar la certeza sobre la hipótesis imputativa, debemos absolver²².

La exageración de la remisión a la verdad de todo concepto de justicia conduce también a excesos, como aquel que no puede explicar el juicio de jurados, una institución propia del liberalismo más clásico de cuño anglosajón o, por imitación²³, de la revolución liberal en Europa continental. Un ejemplo de ello resulta ser la preferencia por la fundamentación externa de la sentencia como arma única para garantizar la libertad del ciudadano²⁴, aunque ella nos conduzca a remitir todo juzgamiento y toda

²⁰ Cf. MAIER, *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?*, ps. 215 y siguientes.

²¹ Cf. esta obra, t. I, § 6, C, 2, a y b. Resulta discutible hoy el concepto de *certeza*, frente a los grados de *probabilidad*, pero cualquiera que él sea, lo cierto es que el aforismo exige cierto grado de conocimiento máximo sobre la hipótesis delictiva para habilitar la reacción violenta (pena) estatal.

²² Cf., en igual sentido, GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Cap. I, VII, p. 37.

²³ Cf. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (4ª ed.), Libro XI, Cap. VI, p. 105; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 14, ps. 58 y s. (trad. castellana, § XIV, ps. 213 y ss.).

²⁴ Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, ps. 257 y ss. (también en "Ciencias penales", ps. 9 y ss.); entre nosotros, DÍAZ CANTÓN, *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*, ps. 155 y ss., y *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, ps. 99 y siguientes.

la justicia a los jueces profesionales y permanentes, es decir, a los burócratas, funcionarios estatales, por lo tanto, portadores del poder público, pertenecientes a una organización judicial que no puede prescindir de su ordenación vertical, pese a sus declaraciones de *independencia*²⁵, o aquella que renuncia a la *inmediación*, prescindible frente a la necesidad de control de la sentencia²⁶. Varios errores asume esta exageración pues supone: a) que cuando la fundamentación no es expresada, y por escrito, ella no existe en la realidad; b) que, consecuentemente, cuando esa expresión no existe, la decisión es *arbitraria per se*, necesariamente, esto es, tiene como trasfondo bajos instintos, como el juego del azar y, peor aún, la prevaricación; y c) que esa decisión resulta incontrolable, en lenguaje procesal, irrecurable, cuando lo único que se suprime –en el juicio de jurados tradicional– es, en verdad, el control jerárquico de superiores (presuntamente más justos, honrados e inteligentes) sobre inferiores (presuntamente menos idóneos, sabios y honrados y, con ello, menos justos o injustos), esto es, la organización vertical del sistema de justicia, todos asertos que, si son expresados afirmativamente, dejan de contestar la razón por la cual estos “inferiores” no son suprimidos.

III. A esta altura de la exposición convendría preguntarse algo más seriamente por el concepto de *verdad* que ya manejamos, al cual nos referimos hasta ahora intuitivamente, sin pretensiones filosóficas, sino, antes bien, meramente prácticas²⁷. Ese concepto –referencia obligada para la *prueba* de algo, incluso para la judicial– ha dejado de lado: a) la antigua discusión, en la teoría del conocimiento, acerca de si, para el ser humano, es posible conocer; y b) desde el sujeto cognoscente hacia afuera, la pregunta sobre la existencia del mundo llamado real y las posibilidades de que él conozca ese mundo. Se ha dejado de lado, por ello, un conocimiento *absoluto* de la verdad, en tanto adjudicación *sine qua non* de una idea a algo existente y externo a ella, a un hecho o a un acontecimiento. Este conocimiento absoluto de la verdad, parece ser propio de las ciencias matemáticas, formales (la lógica formal, por ejemplo), que pueden utilizar sus *criterios* sobre la verdad para testear, en un caso, si la operación realizada y su resultado son correctos o incorrectos –binomio opuesto: *verdad/falsedad*–, ciencias que, sin embargo, no refieren esos predicados a algo externo a ellas mismas. Se trata aquí, como ya hemos dicho²⁸, del conocimiento motor, creador de objetos inexistentes en el mundo natural.

En cambio, la *verdad* de la que nosotros hablamos pertenece al conocimiento *reproductor*, copiadore de objetos existentes o declamatorios de

²⁵ Cf. esta obra, t. I, § 7, B, 2.

²⁶ Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)*, ps. 57 y ss.; mi contestación a ese criterio: *¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición*, ps. 13 y siguientes.

²⁷ Según se conoce, la *teoría del conocimiento*, incluso diferente para conocimientos diversos, constituye uno de los capítulos principales de la filosofía: cf. HESSEN, *Teoría del conocimiento*.

²⁸ Ver esta obra, t. I, C, 2, a, II.

aquellos carentes de existencia, en particular, pronunciamientos acerca de comportamientos activos u omisivos de las personas a quienes les son atribuidos esos comportamientos. Se trata de la llamada *verdad correspondencia*²⁹, esto es, correspondencia con la realidad, en tanto resulta relacionada con la verificación humana, en el proceso judicial, de algo que ya ha sucedido o dejado de suceder históricamente, de una hipótesis de comportamiento humano, afirmado por alguien y sometido a investigación por los métodos que la ley prevé. Aquí no existe la posibilidad de *absolutos* –según sucede, por otra parte, en todas las ciencias naturales aplicadas– y la única medida responde a la razonabilidad del juicio sometido a un proceso de refutación. De tal manera, aun cuando definamos *verdad*, en este ámbito, como *correspondencia* correcta entre la representación ideológica, que practica el sujeto que conoce, y la realidad –definición: *representación ideológica correcta de una realidad ontológica*–, entre la idea del sujeto cognoscente y el acontecimiento real en el cual piensa, contenido en su juicio –concordancia del pensamiento con el objeto pensado–, lo cierto es que esta idea objetiva sobre la verdad sólo se manifiesta a través de criterios subjetivos: *certeza*, o estimación de estar convencido de que nuestra idea sobre la realidad coincide con ella; *probabilidad*, o afirmación de que un supuesto es más razonable que otro u otros, pero sin poder afirmarse frente a su refutación; y *duda*, como manifestación de la más aguda perplejidad, que se traduce vulgarmente como desconocimiento³⁰. Si se sigue un proceso aceptable de refutación de la hipótesis, esos estados espirituales tendrán sustento o dejarán de tenerlo en caso contrario. Esto es aquello que pretende descubrir la fundamentación de la sentencia, pero es viable, también, que una demostración más allá de lo que permite o aspira la propia ley, no sea una condición exigible al extremo para los jueces. El límite se observa claramente cuando se permite la intervención de jueces accidentales en el juicio, que dictan o contribuyen a dictar la sentencia, jueces que, de ordinario, sólo podrán afirmar que la solución no procede de un prejuicio o de una acción ilícita de ellos; pero ese límite también resulta observable cuando intervienen en ese quehacer sólo jueces profesionales, funcionarios estatales, a quienes la ley les requiere explicaciones, para que den razones convincentes a fin de *fundar* la decisión –algo que se corresponde con su carácter de funcionarios estatales en una república democrática– y les exige que esas razones no lesio-

²⁹ En el sentido de TARSKY, múltiplemente citado por FERRAJOLI, *Diritto y ragione*, Cap. I, ps. 21 y ss., notas al pie 27 y ss., ps. 52 y siguientes.

³⁰ Sobre todo ello, FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Caps. I y II, ps. 17 y ss. (ver, también, esta obra, t. I, § 8, D, 1).

nen los principios lógicos básicos --identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente--, ni los que sugiere la experiencia común o exige la ley (prueba legal), a pesar de que esa exigencia no pueda ser absoluta, ni máxima, ni verificable y controlable en extremo³¹.

Estadísticamente --según el método que hoy emplean en sus investigaciones las ciencias naturales con un éxito rotundo, que, sin embargo, reconoce un porcentaje de casos fallidos por diversas razones, algunas desconocidas³²--, la *certeza* no es más que un grado de *probabilidad*, esto es, tampoco representa un *absoluto*, sino, antes bien, el convencimiento del investigador de estar en posesión de la verdad o de que no existe un yerro en su afirmación, convencimiento que logra mediante sucesivas hipótesis posibles y contrapuestas sometidas a la crítica sobre la base de los elementos probatorios existentes³³. Existen estudios en materia penal que pretenden establecer el porcentaje de probabilidad necesario para afirmar la certeza --¿cuánto de probabilidad resulta necesario para afirmar la certeza?--³⁴, que no logran convencer, ni fijar criterios correctos y universales, a mi juicio.

Las diversas posiciones subjetivas frente a la verdad resultan importantes para el estudio de las distintas decisiones que los órganos de persecución penal o los jueces toman en el curso del procedimiento penal y a su finalización³⁵.

Se ha dicho que *certeza* y *probabilidad*, frente a la hipótesis de imputación, se comportan como estados bipolares, de modo *positivo* o *negativo*, según el proceso de refutación. Con la primera caracterización pretende expresarse, de modo general, una decisión favorable a la imputación, por ejemplo, aquella que contiene una sentencia condenatoria o el procesamiento de una persona, más allá de cuánta exigencia contenga la ley para la fundamentación de cada una de esas decisiones. En cambio, la *duda* resulta un estado neutro, esto es, la confrontación no se inclina a favor de la hipótesis

³¹ Según alguna vez dijimos, los jueces profesionales y permanentes no son lógicos --estudiosos de esa disciplina--, ni tan siquiera escriben en idioma correcto y sin contradicciones sus sentencias, siempre impugnables frente a aquellas leyes, ni carecen de prejuicios relativos a su cultura, tolerables pero prejuicios al fin, ni siempre poseen experiencia sobre diferentes situaciones de vida, ni tan siquiera representan a los mejores juristas del momento. Se trata de una corporación de tamaño gigantesco y, por ende, dicho de manera absolutamente genérica, de personas más comunes y menos formadas intelectualmente de aquello que se cree públicamente, según yo estimo.

³² Cf. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad penal por el producto*, § 3, C, 2, ps. 373 y siguientes.

³³ Cf. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, I, Cap. 10, ps. 107 y ss. (*Derecho y razón*, ps. 129 y siguientes).

³⁴ Cf. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad penal por el producto*, § 3, C, 1, II, ps. 373 y ss., con cita de los intentos en Alemania.

³⁵ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), ps. 6 y ss.; ver esta obra, t. I, § 6, C, 2, a, II; FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Caps. I y II, ps. 17 y siguientes (ver, también, esta obra, t. I, § 8, D, 1).

a verificar o, en su contra, la tacha por falsa. Más allá de la posibilidad de conceder un valor absoluto a estos puntos de vista, lo que ha querido expresarse es la posibilidad de indicar en palabras ciertas exigencias, según el tipo de decisión de que se trate. Así, por ejemplo, el auto denominado *de procesamiento*³⁶ o el presupuesto cognoscitivo de la *prisión preventiva*³⁷ no requieren del juez que los apruebe certeza sobre la imputación —esto es, convencimiento acerca de haber alcanzado la verdad sobre todos los elementos del hecho punible³⁸—, como se exige para la sentencia condenatoria, sino que, tan sólo, la ley exige reunir para afirmarlos judicialmente “elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea (*sic*) *probablemente* autor o partícipe penalmente responsable del hecho”³⁹ o “que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como *probable* la participación punible del imputado en el hecho investigado”⁴⁰; caso contrario, corresponde expresar la decisión opuesta contradictoria: la *falta de mérito* (probabilidad negativa o duda)⁴¹. Ello refiere, sin duda, a una exigencia menor —como quedó dicho— en comparación con la sentencia que condena a pena privativa de libertad, lo que no deja de ser paradójico, pues ambas medidas, con abstracción de su nombre, implican cancelaciones de un derecho básico, fundamental, a la libertad locomotiva y resulta claro que el tribunal que sentencia se halla en mejor posición cognoscitiva que aquel que interviene en un comienzo del procedimiento⁴².

Todavía se podría agregar que, con un lenguaje más certero, la certeza o la probabilidad son *positivas* cuando el elemento del hecho punible también lo es, como sucede, por ejemplo, con la acción típica. La regla de inversión nos conduciría a afirmar que, en el caso de la omisión, tales estados de ánimo son *negativos*, pues consisten en la negación de la existencia de la acción debida. Otro tanto sucede con la excusas, se trate tanto de la justificación de haber obrado u omitido criminalmente, como de aquellas que recaen sobre la culpabilidad o la punibilidad. La investigación acerca del estado que requiere cada decisión respecto del elemento del delito por el cual se pregunta requiere un trabajo monográfico⁴³.

IV. Existe todavía otro punto de observación que mira al procedimiento judicial, en materia penal, a través del hallazgo de la verdad: aquella referida a los órganos del sistema penal oficial encargados de averi-

³⁶ CPP Nación, 306 y siguientes.

³⁷ CPP Pcia. de Buenos Aires, 157 y s.; CPP Córdoba, 281 y siguiente.

³⁸ Cf. MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, ps. 39 y siguientes.

³⁹ CPP Pcia. de Buenos Aires, 157, inc. 3, énfasis en bastardilla nuestro.

⁴⁰ CPP Córdoba, 281, énfasis en bastardilla nuestro; la fórmula del CPP Nación, 306, es equivalente a las dos mencionadas en el texto.

⁴¹ CPP Nación, 309; CPP Pcia. de Buenos Aires, 147 y 157, incs. 1 y 3, interpretados a *contrario sensu*; CPP Córdoba, 283, inc. 1.

⁴² Por lo demás, la condena exige una rigidez y certeza mayor sobre el tiempo de duración de la privación de libertad, que el encarcelamiento preventivo, sin duración estimada del procedimiento.

⁴³ Cf. esta obra, t. I, § 6, C, 2, a, y § 8, D, 1, II; y CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), ps. 6 y ss., ambos antes citados, que distan de ser monografías sobre el tema y sólo lo indican.

guarla y ponerla de manifiesto. Y en este ámbito parece que también se arriba a excesos. Quienes exageran la virtud del *principio inquisitivo* o de *investigación*, conforme incluso a declaraciones de su Derecho procesal penal positivo⁴⁴, instituyen un *deber de esclarecimiento* para el tribunal de mérito, deber que consiste en *hallar la verdad*, hallarla por todos los medios posibles, incluso *ex officio*, esto es, por sus propios medios, lo que significa que el tribunal no está limitado por los requerimientos probatorios de otros⁴⁵, ni vinculado tan sólo a ellos para indagar acerca del acontecimiento puesto a estudio y, además, que sobre él pesa el deber de agotar los medios probatorios posibles. Si ello rige durante todos los períodos del procedimiento, “particularmente, para el juicio oral mismo”⁴⁶, la máxima es sumamente importante, porque su infracción coloca a quien la infringe y a su acto fundamental, la sentencia, vale la pena repetir, al tribunal de mérito que dicta la sentencia después del juicio público, en situación de crisis: su decisión puede ser invalidada si él no respeta esta máxima genérica⁴⁷.

El fundamento último de la máxima depende de la diferencia que se marca entre el procedimiento judicial del Derecho privado, ligado a la llamada *verdad formal*, por efecto del *principio dispositivo*, cuya transcendencia procesal consiste, precisamente, en dejar en manos de las partes interesadas y enfrentadas, legitimadas para intervenir en él, la recolección de los elementos que conducirán a la decisión, y el procedimiento de persecución penal que, como regla casi absoluta, erige al Estado en protagonista ineludible de la pena estatal (CN, 18) y, por tanto, del hallazgo de la *verdad real o material* (por contraposición a formal, hoy llamada *correspondencia*), afirmación que conduce a la entronización del *principio inquisitivo* o de *instrucción*⁴⁸.

Claro es que tamaño *deber de esclarecimiento*, consecuencia extrema del modelo todavía inquisitivo de procedimiento penal, produce, a su vez,

⁴⁴ Cf. en Alemania, OPP RFA, §§ 244, II, y 155, II, párrafos que, según los juristas de esa nacionalidad, fundan el llamado *deber de esclarecimiento* de los tribunales penales; por todos, ROXIN, *Dpp*, § 15, A, I, ps. 99 y siguiente.

⁴⁵ ROXIN, *Dpp*, § 15, A, I, 3, p. 100.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, § 43, A, 380 y ss., con abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de la RFA, tribunal de casación de la República, y citas bibliográficas, y § 53, E, I, p. 475. Se trata, sin duda, de una cláusula general y abierta, pues abarca motivos concretos tan disímiles como el no haber citado a testigos no ofrecidos por las partes, pudiendo hacerlo (por ejemplo, si se escucha decir a un testigo que otro le explicó algún dato importante para decidir), como, bajo el mismo supuesto, a la falta de citación de un perito no propuesto y hasta a la omisión de confrontación de testigos con versiones opuestas sobre un punto decisivo de la resolución.

⁴⁸ Cf. esta obra, t. I, § 8; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Cap. I, n° VI y VII, ps. 31 y ss.; ROXIN, *Dpp*, p. 99.

dos consecuencias que no parecen virtuosas: a) el *principio acusatorio* rige sólo formalmente, únicamente para evitar que la hipótesis a averiguar, de modo general, proceda del tribunal, pues se trasladan al tribunal y confunden en él y con su labor propia, juzgar, tareas que deberían estar a cargo del órgano –estatal o privado– legitimado para la persecución penal; y b) por consiguiente, la mella al *principio de imparcialidad* del tribunal resulta patente y enorme, pues ofrecer prueba por sí mismo –mejor dicho, asumirla de oficio–, conforme al *deber de esclarecimiento*, impuesto aparentemente por la ley, implica siempre un punto de partida y de llegada parcial, sobre todo si el medio de prueba asumido de esa manera influye en el dispositivo, juicio que se presume *ex ante*, de allí la pertinencia del medio de prueba asumido de oficio.

Podrían quizás ser evitadas las consecuencias negativas que, para esos principios, íntimamente unidos⁴⁹, conlleva el llamado *deber de esclarecimiento*, si se admitiera una especie de prohibición de valoración probatoria, en tanto, como alguna vez se dijo para las entonces llamadas “medidas para mejor proveer”, sólo eran valorables en la sentencia aquellos resultados favorables a quien sufría la persecución penal. Una solución tal, además de apartarse de la citada *verdad correspondencia* (real o material), no elimina los riesgos que pretenden ser evitados: como sucede con la lectura previa del *sumario* o legajo de actas que documenta la investigación preparatoria por parte de los jueces de mérito que participarán en el juicio, con el supuesto fin de preparar su intervención, los resultados desfavorables a los cuales se ha arribado previamente son imposibles de apartar, en la práctica, de la solución posterior del caso, maguer un esfuerzo de abstracción del juez –y para la mayoría de los jueces, incluso son aceptables y valiosos–, a pesar de que, por conocimiento de la prohibición, no integrarán, de ordinario, los fundamentos de la sentencia; por lo demás, resulta difícil explicar que una proposición de asunción de un medio probatorio concreto, en este caso de oficio por el mismo juez que decidirá, no vaya unida casi necesariamente a la espera de un resultado más o menos cierto en relación al elemento a incorporar, prejuicio imposible de erradicar.

Pero no sucede lo mismo cuando, para lograr el mismo efecto, dividimos tajantemente las tareas de quienes intervienen en el procedimiento y le adjudicamos al acusador, a la fiscalía o al acusador privado, en su caso, tanto el poder de investigar como la responsabilidad de verificar mediante prueba la hipótesis que coloca en tela de juicio, esto es, el *deber de escl-*

⁴⁹ Cf. BOVINO, *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Cap. II, ps. 49 y siguientes.

recer, y evitamos, de todas maneras, que el tribunal asuma esa función. Se podrá objetar que, en el caso de la *acción penal privada*, el supuesto de hecho queda en las manos exclusivas del acusador privado y del imputado, esto es, la *verdad* carece de intervención oficial y se asemeja a la *formal* del procedimiento judicial para el Derecho privado, pero ello es tan sólo una consecuencia previamente diseñada por la característica de la reacción penal, que fija políticamente el Derecho penal según sus propios criterios. También el Derecho penal⁵⁰ ha concedido valor de cancelación de la persecución penal y, más allá de ello, de extinción de la incriminación, en estos casos, a la renuncia de la acción penal. La proposición de este párrafo es, a mi juicio, la única viable para el resguardo de los *principios acusatorio y de imparcialidad* de los jueces y, francamente, no se comprende cuál es la razón por la cual se estima, al menos en nuestra organización judicial, que los jueces son más correctos o creíbles, en este aspecto, que los fiscales. Una división de funciones y de responsabilidades entre los funcionarios estatales que intervienen en el procedimiento, fiscales y jueces, o entre los oficios que cumplen la labor estatal en la realización del procedimiento penal, fiscalía y tribunal, es también deseable desde otros puntos de vista, vecinos al ahora estudiado.

B. EL CONCEPTO DE PRUEBA⁵¹

1. Sus referencias a la verdad y al procedimiento judicial

I. Intuitivamente resulta sencillo definir la *prueba* por referencia al conocimiento, como todo aquello que, en el marco de un procedimiento penal y de sus reglas, produce en quien interviene en él un conocimiento cierto o probable acerca de la hipótesis contenido del procedimiento, la imputación a una persona de un hecho punible. Pero el lenguaje natural utiliza la palabra prueba en muy diferentes sentidos. Unas veces se refiere a la verificación de una realidad mediante ciertos *rastros* que de ella quedan en el mundo, rastros que alguna vez surgen espontáneamente después de un hecho punible y, en otras ocasiones, son previstos por las leyes en una suerte de regulación jurídica para alcanzar la *certeza* sobre un hecho punible o alguno de sus elementos, como en el caso de las formas *ad probationem*, específicamente, de los documentos requeridos para probar ciertos actos jurídicos. En ese sentido, el idioma natural menta, por

⁵⁰ CP, 59, inc. 4, y 60.

⁵¹ En lo que sigue, cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, y, sintéticamente, *Elementos de Derecho procesal penal*, Cap. V, ps. 305 y siguientes.

B. El concepto de prueba

ejemplo, que el certificado expedido por la oficina del Registro Civil donde se contrajo el matrimonio –instrumento público– verifica con certeza el acto del casamiento y las personas que en él intervinieron o contrajeron matrimonio en un determinado lugar y fecha: *prueba*, así, el matrimonio de Juana y Pedro. Otras veces, el hecho de que algunas personas informen acerca de que otra persona fue vista salir de un lugar en el cual se cometió un homicidio en los momentos en que ese hecho punible fue cometido torna *probable* la imputación y la autoría y, quizás, en conjunto con otros *indicios* –por ejemplo, la tenencia del arma homicida, el cabello o la sangre a él pertenecientes halladas junto al cadáver–, *prueban* que esa persona es el autor del hecho punible. En estos ejemplos, la palabra *prueba* –*certeza* o *probabilidad*– posee un significado de atribución, esto es, confirmatorio de la hipótesis a investigar. Con el mismo sentido se utiliza la misma palabra en las ciencias naturales: tal experimento u observación prueba tal ley, tal regla científica o tal suceso.

Pero los juristas, algo más sofisticados, se preguntan acerca de qué puede ser *objeto* de prueba, esto es, sobre aquello que resulta correcto como soporte objetivo del juicio acerca de su existencia o inexistencia, esto es, sobre la pregunta de aquello sobre lo cual resulta lícito jurídicamente que recaiga un juicio de esa índole, verdadero o falso. Y, del mismo modo, las leyes comprenden bajo la rúbrica (de la) *prueba*, la regulación jurídica de los *medios de prueba*, esto es, de las distintas maneras según las cuales quien interviene en el procedimiento penal puede obtener y conducir al procedimiento los conocimientos necesarios, ciertos o probables, acerca de la hipótesis a investigar y conocer (el testimonio, la peritación, los documentos), más las autorizaciones coercitivas que las leyes conceden para poder llevarlos a cabo, como facultad de alguno de los intervinientes. Bajo la misma rúbrica esas mismas leyes se refieren, también, a los *órganos de prueba*, personas que introducen en el procedimiento penal un conocimiento determinado sobre un objeto de prueba, y, además, al *procedimiento probatorio* específico, que responde a las preguntas sobre quién ofrece la prueba, quién la asume y de qué modo, y quién la valora para determinados actos del procedimiento. Intentaremos despejar esas incógnitas en las próximas secciones de este parágrafo.

De todos modos, parece ya resultar claro que éste no es, jurídicamente, un ámbito arbitrario o, mejor dicho, libre de regulación jurídica, sino, antes bien, un campo bastante circunscripto por reglas jurídicas que se refieren tanto a aquello que está permitido que sea probado, de modo genérico, como a las condiciones bajo las cuales ello puede ser probado en un procedimiento penal singular, a los medios mediante los cuales algún elemento útil para ese procedimiento debe ser verificado, al modo según el cual debe desarrollarse el procedimiento probatorio en sí mismo y, tam-

bién, al valor de aquello que se ha, eventualmente, descubierto⁵². Esta intrincada trama de reglas jurídicas, que suele observarse cotidiana y vulgarmente como impedimentos para hallar la verdad y, con ello, para la justicia del caso, condenan al juez que integra un tribunal a una ardua labor de historiador con fronteras cognoscitivas bastante rígidas --y hasta acaso irracionales e injustas cuando se las observa como impedimentos desde algún caso concreto--, límites que impone la ley, genéricamente llamados *prohibiciones probatorias*, cuando, en verdad, sólo se trata de condiciones de admisibilidad para la adquisición de conocimientos sobre una materia que conforma el objeto del procedimiento penal⁵³.

II. Pero es posible y útil fijar un concepto restringido de *prueba*, referido específicamente al procedimiento penal y a sus formas básicas. Tal concepto parte de la *sentencia judicial* y define la palabra prueba en relación con las propiedades básicas que debe poseer la incorporación de un conocimiento para poder ser valorado en la sentencia de un tribunal de mérito. Por de pronto, él debe ser legítimo, esto es permitido y obtenido mediante un procedimiento consentido por el orden jurídico, reglas entre las cuales no sólo están comprendidas aquellas que integran específicamente el capítulo denominado *prohibiciones probatorias*⁵⁴, sino, además, aquellas que hacen a la publicidad e inmediación del procedimiento y, como consecuencia, a la posibilidad del control probatorio, especialmente al defensivo⁵⁵, esto es, normas referidas al modo específico --el juicio público o debate-- de incorporar elementos de prueba que puedan aportar conocimiento cierto o probable a valorar en la sentencia de mérito. Este concepto de *prueba* resulta válido y útil para identificar qué conocimientos pueden ser valorados por los jueces que integran el tribunal al momento de dictar sentencia: sólo ellos, los incorporados válidamente al debate. Y, como consecuencia, ese concepto determina también la validez o invalidez del contenido de la sentencia de mérito.

⁵² Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, § 1, 4, ps. 46 y siguientes.

⁵³ Ver este párrafo, *infra* C.

⁵⁴ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. 1, ps. 1 y ss., quien, con referencia al tema, explica, de modo genérico y con cita de Franco CORDERO, que "la suerte de la prueba depende de las reglas de admisión y del modo de su adquisición"; sobre la relación de estos límites y estas prohibiciones con el principio de inocencia, esto es, con el *in dubio pro reo*, DÍAZ CANTÓN, *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*, y reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, ps. 57 y siguientes.

⁵⁵ Ver esta obra, t. I, § 6, D, 2, f, y 3, d; y § 7, C.

B. El concepto de prueba

Soy consciente acerca de que lo específico del procedimiento penal consiste en su *estatalidad* u *oficialidad* y de que, precisamente por ello, él está configurado como algo más extenso que los demás procedimientos judiciales, en el sentido de que contiene períodos preliminares hasta lograr ingresar en un verdadero *juicio*, y también tengo conciencia de que ello, por consiguiente, reclama un concepto de *prueba judicial* más amplio que aquel vinculado a los procedimientos judiciales básicos, específicamente, a los civiles o comerciales de conocimiento y hasta a las demandas contencioso-administrativas, para todos los cuales es válida, en principio, la contracción del concepto al aquí ensayado restrictivamente. El hecho de que sea necesario *decidir* antes del juicio, en múltiples ocasiones, y que para ello sea también imprescindible valorar prueba (procesamiento, medidas de coerción, también existentes en los demás procesos de conocimiento, pero menos importantes que en materia penal, al menos como período autónomo del procedimiento) avala la necesidad de un criterio más amplio que defina el concepto de prueba. Pero también es correcto afirmar que la función principal del concepto de *prueba*, en materia judicial, tiene que estar referida a la sentencia de mérito en el proceso de conocimiento⁵⁶. Me ha sido de mucha utilidad docente el utilizar este concepto limitado para explicar qué es aquello que está facultado a valorar, según la ley, el juez del mérito para arribar al conocimiento que expone en la sentencia, condición de validez de ella.

III. La prueba, como la referencia del procedimiento penal a la verdad (ver este párrafo, A, I y II), es para muchos, debido a cuestiones de índole cultural, a la pronunciada cuasi-sinonimia entre *justicia* y *verdad*, un capítulo casi excluyente de los procedimientos judiciales, en especial del penal, y sus reglas constituyen según ellos la mayor garantía contra la arbitrariedad, sobre todo referida a los órganos estatales que administran justicia penal⁵⁷. Dentro del reconocimiento de la relatividad cultural del concepto, tal importancia concedida a la prueba es únicamente correcta tan sólo cuando la referimos a una sentencia que, en aplicación de la ley penal, condene a alguien y lo someta a una pena o, en un Derecho penal de doble vía o vicariante, a una medida de seguridad y corrección, esto es,

⁵⁶ Cf. PETERS, *Sttrafprozeß* (2ª ed.), § 37, I, p. 246.

⁵⁷ Cf., entre nosotros, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (2ª ed.), Cap. único, 3, p. 5; en la mejor exposición que conozco, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Parte prima, I, 3 a 5, ps. 18 y ss. (trad. castellana: *Derecho y razón*, Parte I, 3 a 5, ps. 45 y ss.); en Alemania, como se verá, rige aún el principio inquisitivo (*Instruktionsmaxime*) en su modo originario, pues funda el deber de los jueces de investigar las circunstancias que constituyen el objeto procesal –incorporar toda la prueba posible sobre los hechos que importan para la decisión– *de oficio*, aun cuando los otros intervinientes, las partes del procedimiento, hayan sido remisos en esa actividad, con la única excepción de los hechos notorios; empero, ello no significa definir la búsqueda de la verdad en términos de garantía para el justiciable, pues el deber no viene a reemplazar la desidia del imputado o de su defensor para incorporar prueba que favorezca la posición del acusado, sino que rige también en sentido contrario y es por esa razón que la infracción a ese deber funda la casación aun en contra del imputado, recurso que puede interponer un acusado para arribar a una sentencia de condena o más grave para el imputado que dictada con lesión de esa obligación (cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, §§ 15 y 45, A, ps. 78 y ss., y 336 y siguiente).

al ejercicio de la fuerza pública (violencia) por parte de los órganos estatales, ejercicio que implica la pérdida o disminución de derechos fundamentales atribuidos a una persona por el solo hecho de ser tal, como la libertad locomotiva: tamaña utilización de la fuerza pública contra una persona sólo deviene legítima por referencia a la *verdad*, una vez que ella pasó por el tamiz subjetivo de la *certeza* acerca del hecho punible, expresada por el número de jueces necesario según la ley, conforme a la regla de principio del *in dubio pro reo*.

No siempre la aplicación de la fuerza pública está sometida a tales condiciones extremas en el procedimiento penal. En él mismo es posible la reducción, limitación o cancelación de un derecho básico con conocimientos limitados acerca de la *verdad*, esto es, con grados de *probabilidad* menores a la certeza, según sucede, en general, con todas las medidas de coerción (*fumus boni juris*) y, especialmente, con el encarcelamiento preventivo, autorizado por la CN, 18, según cualquier interpretación, esto es, de conformidad con el Estado de Derecho a la que ella se acoge (en igual sentido las convenciones internacionales sobre derechos humanos).

La afirmación del texto sufre hoy, incluso, un fuerte rechazo del derecho positivo, al autorizar alguna de sus reglas aplicaciones por "consenso" entre acusador y acusado --llamada *verdad consensual*-- de la pena mediante procedimientos penales denominados *abreviados*, que ocultan su apartamiento de la *verdad correspondencia* como fundamento de la condena penal y, consiguientemente, de su modo de obtenerla respetuoso de los principios de inmediación, contradicción y correlación entre la la sentencia y la acusación, llamativamente bajo el título de *juicio abreviado*, allí donde no parece existir juicio alguno⁵⁸. Cuando la consecuencia jurídica implica la privación de libertad, ello parece afectar gravemente el Estado de Derecho.

2. Objeto de prueba⁵⁹

Objeto de la prueba es el *tema* o situación real a la que ella se refiere. En algunas ocasiones ese tema coincide básicamente con el que hemos llamado *objeto del procedimiento*, esto es, el hecho punible en sí mismo con todos sus elementos⁶⁰, aunque ello sucede tan sólo raramente, en contadas ocasiones --más aún si extremamos el concepto--, pues el objeto del procedimiento no abarca únicamente acontecimientos reales, tan sólo relativamente unitarios, sucedidos en un tiempo breve, sino, además, según veremos, circunstancias meramente valorativas y normativas que distan de

⁵⁸ Cf. MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, con gran información acerca de su incorporación al Derecho procesal penal nacional, el Derecho comparado y su valoración en el Derecho procesal penal extranjero. Cf., asimismo, diferentes versiones en nuestro país, siempre limitadas, pero más o menos limitadas, en ocasiones bastante amplias de esta permisión, en CPP Pcia. de Buenos Aires, 395 y ss.; CPP Nación, 431; y CPP Córdoba, 415.

⁵⁹ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, Cap. II, ps. 95 y siguientes.

⁶⁰ Como sucede cuando oímos a un testigo presencial del crimen investigado, que conoce todos sus elementos, la víctima, por ejemplo.

B. El concepto de prueba

pertenecer al acontecimiento fáctico en sí mismo⁶¹. Más común es, en cambio, que el *objeto de prueba* coincida sólo parcialmente con el *objeto del procedimiento* –referencia a uno de sus elementos– o, incluso, que no se refiera a este último objeto, algo que sucede de ordinario en la llamada prueba de *indicios*, conjeturas sobre algún elemento del objeto del procedimiento derivadas de un hecho verificado que, en sí mismo, no lo contiene⁶². La referencia del tema de la prueba al objeto del procedimiento puede ser, entonces, directa o indirecta, afirmación que, según también veremos, tiene influencia en las reglas que rigen la determinación del objeto admisible de prueba (*pertinencia*) de un proceso concreto o singular.

Desde otro punto de vista, podemos abordar el estudio del tema probatorio por indagación de aquellos sucesos, cosas o estados que necesitan o admiten ser verificados, esto es, que admiten la asunción de elementos de prueba para poder ser afirmados o rechazada su existencia en una decisión judicial. Y este punto de vista es aquel que preferimos encarar en primer lugar, cuando, sin relación con procedimiento alguno, nos preguntamos acerca de los objetos de prueba posibles, sin relación con un procedimiento penal singular o, dicho de otra manera, con un objeto procesal en particular. Se ha indicado a esta última aproximación como el estudio del objeto de prueba *en abstracto*⁶³, mientras que el otro de los atalayas nombrados ha dado origen al estudio de las condiciones que en un procedimiento singular –que tiene también un objeto particular determinado– deben ser cumplidas para ser admitidos ciertos *objetos de prueba* y, por tanto, ciertos medios de prueba para verificarlos, *en concreto*, esto es, con el fin de poder incorporar conocimiento sobre elementos concernientes al objeto de ese procedimiento.

a) Los elementos factibles de ser probados (objeto de prueba en abstracto)

La pregunta clave en este punto debe ser formulada de la siguiente manera: ¿Sobre qué aspectos de la realidad puede recaer la prueba en un procedimiento judicial sin nombre y sin apellido? Se tiende a contestar esta pregunta con la alusión a la ley penal, que fija los elementos sobre los

⁶¹ La calidad de “reincidente” del autor, de “honesta” de la víctima o la propia regla que influye sobre el caso, precisan de la verificación de ciertos supuestos ajenos al acontecimiento en sí que conforma el núcleo del objeto del proceso, elemento que, en ocasiones, resulta puramente valorativo.

⁶² Cuando, por ejemplo, pretendemos probar que el autor estuvo en un lugar determinado en el día y a la hora que, por alguna razón, interesa al objeto del procedimiento.

⁶³ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, § 5, ps. 99 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (2ª ed.), nº 11, ps. 21 y siguiente.

cuales pesa la necesidad de verificación: por ejemplo, en un hurto, la existencia de la cosa, la atribución de su tenencia a la víctima, la sustracción de esa tenencia por parte del autor, o, en algunos casos, incluso, la inexistencia de ciertas circunstancias, como, por ejemplo, la de una autorización del tenedor para llevarse o usar la cosa o las condiciones fijadas por el orden jurídico para que el autor mantenga la cosa en su poder (derecho de retención). Esta respuesta manifiesta una coincidencia plena entre objeto del proceso y objeto de prueba, coincidencia que, según advertimos al comienzo de este punto, no existe siempre o sólo existe en contadas situaciones. El objeto del procedimiento resulta ser, básicamente, la imputación dirigida contra una persona humana, incluso con sus características jurídicas, y aun, conduciendo la definición a un extremo, la misma persona imputada y alguna de sus características. *Objeto de la prueba* es, en cambio, la materia concreta sobre la cual recae el conocimiento que se pretende incorporar con un medio de prueba, esto es, aquello que se pretende verificar mediante cierto método (*thema probandum*), por ejemplo, el estado civil de una persona, su edad, la existencia o la inexistencia de una acción llevada o no llevada a cabo por alguien, la existencia o inexistencia de un suceso de la naturaleza (lluvia, sequía, humedad), una actividad o inactividad determinada de una o varias personas reunidas, la permanencia en el tiempo de esa actividad o de su significado, la fecha de acaecimiento de una acción o de un suceso, ciertos atributos de una acción, de un suceso o de una persona (veloz, lento, copioso, honesto, caluroso). La pregunta es ahora más comprensible, quizás por vía de ejemplos, y más sencilla de ser contestada, pues parece que todo aquello que hemos nombrado puede verificarse. Aunque iremos desmenuzando con el vocabulario a nuestra disposición de manera positiva el interrogante, la verdad es que él debería versar sobre la propuesta negativa: ¿qué es aquello que está excluido como objeto de la prueba?

Vale la pena todavía ensayar otra advertencia o clasificación. La prueba no sólo sirve a la verificación o falta de verificación de la hipótesis de imputación que constituye el objeto del procedimiento penal, aun cuando éste sea el atalaya principal desde el cual se la entiende y observa jurídicamente, sino que, además, sirve para verificar los hechos del procedimiento en sí mismos, con el fin de observar si son adecuados a la previsión de la ley procesal penal⁶⁴. En este sentido, no rigen las mismas reglas que gobiernan la verificación material de la imputación, por ejemplo, el *in*

⁶⁴ Cf. BELING, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 57, III, 1, p. 210. Por ejemplo, para conocer si las verificaciones históricas que detalla el acta del debate son correctas o incorrectas en un recurso que tenga por objeto la comprobación de un error procesal (debate público o exclusión de la publicidad).

B. El concepto de prueba

dubio pro reo, pues es posible que, a manera también de ejemplo, la carga de la prueba del suceso que se considera un vicio de actuación le corresponda al recurrente.

I. Cualquiera colocaría a *los hechos* como la primera materia sobre la que recae la prueba. Por *hechos* se comprende, en principio, todo aquello que es externo a la persona humana, esto es, sus acciones o actos, pero también sucesos que la actividad o la inactividad humana no domina o no domina totalmente (la lluvia, por ejemplo), cosas o, en ocasiones, o actividades que no son adjudicadas a quien sufre la imputación en la que consiste el procedimiento penal. Estos han sido llamados *hechos externos*, por su relación con el mundo físico y por contraposición con los denominados *hechos internos*, relativos a la psique del individuo, a su conocimiento y a su voluntad⁶⁵. Vale la pena aclarar que estas acciones, los sucesos, los estados o las cosas a conocer son históricos, esto es, ya sucedidos, existentes o inexistentes al momento de la indagación, aunque ellos puedan repercutir sobre un pronóstico futuro, y, por tanto, comprobables por cualquiera de los métodos conocidos de observación y adquisición de conocimiento que nos proponemos estudiar posteriormente desde su individualidad.

II. Las calidades o atributos de esos hechos, de esas personas o de esas cosas son también, por supuesto, cognoscibles y, por ende, pueden ser objeto de la prueba. Estas calidades han sido denominadas *juicios* y, en ocasiones, han sido rechazadas como posibles objetos de prueba, pues, en su versión extrema, las opiniones sobre una persona, una cosa o un hecho son sólo eso y, por tanto, de ellas, en rigor, no se puede predicar verdad o falsedad, existencia o inexistencia. No parece ser más cuestionable⁶⁶ el hecho de que los *juicios* sobre comportamientos, sucesos, personas o cosas son verificables. Probablemente toda la discusión de antaño al respecto no observó el concepto de *verdad relativa*, refractario de la calificación "verdadero-falso", pero válido y perseguido en el procedimiento penal y, en general, en las ciencias aplicadas, por contraposición a los criterios de verdad de las ciencias formales (ver *supra*, A).

El frío, el calor, lo bello y lo horrible, lo honesto y lo deshonesto, un color u otro, la velocidad o la lentitud, sólo por nombrar algunos ejemplos, son cualidades verificables de personas, cosas o sucesos sobre las cuales puede recaer prueba y que, por tanto, constituyen posibles objetos de prueba. En ocasiones, tal referencia es obligada, por-

⁶⁵ Cf. FLORIÁN, *Derecho procesal penal*, t. I, n° 24, ps. 101 y s.; BELING, *Derecho procesal penal*, § 57, III, ps. 209 y ss.; PETERS, *Strafprozeß* (2ª ed.), § 37, IV, 3, p. 251.

⁶⁶ Cf. el problema en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, n° 25, ps. 102 y siguientes.

que la ley penal contiene calificaciones de tal índole o, del mismo modo, definidas jurídicamente, entre las prohibiciones y mandatos o entre las reglas punitivas de aplicación⁶⁷. Por lo demás, resulta claro que cualquier medio de prueba de los conocidos como *personales* (testimonio, peritación, interpretación), y aún aquellos que no lo son, consiste en un juicio, esto es, en la valoración de un acontecimiento o una cosa, pues los seres humanos no son, precisamente, robots que graban aquello que perciben para reproducirlo después, sino que representan a sujetos cognoscentes: ellos, para dar fe de un acontecimiento, de una cosa, procesan con su mente, con sus conocimientos y su experiencia, aquellos datos que proporcionan sus sentidos y, además, dejan de procesar aquellos a los cuales sus sentidos no alcanzan. Los testigos, por ejemplo, no sólo expresan un juicio cuando dicen “delgado” o “grueso”, “alto” o “bajo”, “veloz” o “lento”, “valioso” o “desvalioso”, “se defendió”, sino también cuando refieren todo aquello que se acerca más a una realidad puramente fáctica, como “corrió”, “caminó”, “utilizó un arma”, pues refieren en palabras la interpretación de aquello que, según ellos, le indicaron sus sentidos. Si se quiere extremar la explicación, piénsese en la interpretación o en la peritación, que, básicamente, consisten en un *juicio* –o varios– que el intérprete o el perito le proporcionan al juez.

III. Tributaria de esta discusión es la pregunta acerca de si los *principios o máximas de la experiencia* pueden constituir un objeto de la prueba. El hecho de que el testigo y el perito relatan “su” verdad conforme a estas máximas ha sido reconocido desde antiguo genéricamente⁶⁸. Por lo tanto, el hecho de que el juez aplica estas leyes para construir su decisión, cuando depende de otros, que le proporcionan información y que, para ello, aplican esas máximas, parece ser incontestable. Precisamente, la pregunta necesitada de respuesta se vincula con la determinación de cuáles principios de la experiencia puede aplicar el juez sin que ellos sean incorporados por opinión calificada (peritos) al procedimiento para decidir o, si se quiere, cuáles conocimientos personales del juez –correctos o incorrectos– son utilizables sin más para fundar una decisión. Por lo demás, en este campo existen también máximas de experiencia incorporadas a las definiciones del Derecho penal aplicable o necesarias para poder aplicarlo⁶⁹.

⁶⁷ La cualidad de ser *honesta* de la mujer como elemento del estupro –cualesquiera que fuere su definición–, en el texto originario de la ley penal, hoy desaparecida (CP, 120, texto derogado por la ley n° 25.087), era el ejemplo histórico, pero una rápida recorrida por el Código penal seguramente encontrará otros casos (CP, 80, inc. 4), a más de aquellos juicios que se resuelven con la experiencia jurídica y los que emergen espontáneamente, por ejemplo, al decidir sobre la imprudencia (pavimento *húmedo*, *velocidad inadecuada*, o *excesiva*, etcétera).

⁶⁸ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, n° 30, ps. 112 y s.; BELING, *Derecho procesal penal*, § 57, III, 3, p. 211, y § 61, ps. 223 y ss.; PETERS, *Strafprozeß* (2ª ed.), § 37, V, 2, p. 251; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, n° 149 al margen, p. 90.

⁶⁹ Tómese como ejemplo el concepto de venta al *contado* en el mundo comercial: cualquiera diría que un negocio tal sucede cuando la entrega del precio y de la cosa suceden al mismo tiempo, pero el comercio, por sus necesidades, tolera ciertos intervalos breves de tiempo entre una y otra entrega y considera *de contado* a aquellas ventas en las cuales el pago o la remisión de la mercadería no sucede exactamente al mismo tiempo. Además, ¿qué quiere significar al mismo tiempo y cuál es la tolerancia de diferencia temporal?

B. El concepto de prueba

La *inspección* del lugar del hecho, de una persona o de una cosa por el mismo juez supone la aplicación por su parte de máximas de experiencia para extraer conclusiones, porque él —como los testigos y los peritos— conoce sólo a través de su intelecto. El juez sólo puede aplicar conocimientos muy comunes y generales a toda persona humana con un nivel cultural mínimo, pues, aunque sus conocimientos personales superiores se lo permitan (por ejemplo: el juez es también médico), quienes intervienen en el procedimiento tienen interés en conocer e incorporar al procedimiento judicial esos principios de razonamiento, por una razón simple: la defensa de su interés. Pero cabe observar que la regulación de este límite no es, en la realidad, tan difícil como se presenta en la teoría, pues, al pertenecer la iniciativa probatoria a las partes del procedimiento, ellas tienen oportunidad de completar los conocimientos que no poseen y que resultan necesarios para defender su interés en el caso. No obstante, se puede presentar en la sentencia —raramente en la práctica— el uso de un conocimiento personal del juez, que sorprenda a quien soporta esa decisión (agravio).

Por lo tanto, si esos principios o máximas de la experiencia son aplicables para decidir, ellos pueden ser probados y pueden constituir un objeto de prueba. No hay que olvidar que el mismo sistema de valoración probatoria, según lo veremos a su turno (ver 4, III), conduce a la aplicación de estas máximas como signo de racionalidad de la decisión.

IV. Más prolífica resulta la discusión acerca de si pueden probarse los *principios, máximas o normas jurídicas*. Por de pronto, nuestro CC, 13, se ha pronunciado desde antiguo positivamente, aun cuando sólo con respecto a la ley extranjera —que, cuando interesa al pleito⁷⁰ debe ser verificada por quien la invoca—, pues la ley civil siempre reputó que las leyes nacionales *debían* ser conocidas por los jueces, como obligación funcional, por definición de la organización judicial adoptada, sólo integrada por jueces profesionales y permanentes, y hasta, en principio, por las personas para sus negocios jurídicos y en su vida cotidiana⁷¹. Pero ese requerimiento de erudición, que tiene su punto de partida en nuestra formación jurídica enciclopédica (currículo de las Facultades de Derecho), es, aunque no se desee reconocer, una falacia: nadie conoce todas las leyes de un país, no sólo porque ello es imposible, más aún en la actualidad, sino, además, porque todos los días y a horas en las que nuestro conocimiento no está activo, están siendo sancionadas o derogadas leyes por los diferentes parlamentos de nuestro país y también otras normas jurídicas por doquier. Por lo demás, la obligación de conocer puede extenderse, como obligación de conocer e investigar de oficio la vigencia de la ley que rige

⁷⁰ E interesa en múltiples ocasiones: por ejemplo, validez del matrimonio celebrado en el extranjero (ley del lugar del acto), capacidad de las personas (nacionalidad), etcétera.

⁷¹ CC, 20.

el caso (*iura curia novit*)⁷², a lo sumo, al ámbito territorial en el cual operamos y a su parlamento, nunca a otros parlamentos y menos aún a las reglas generales que parten de la administración. Sin duda, un juez puede informarse antes de decidir (hoy más y mejor mediante bancos de datos y sistemas de búsqueda informática), pero, precisamente, si puede informarse, también pueden tornarle accesible esa información mediante la prueba. Todo ello no quiere decir que quienes intervienen en un procedimiento deban probar *toda* norma jurídica que utilicen en sus dictámenes o decisiones, pues de ordinario ellas serán reconocidas y aplicadas por quienes dictaminan o deciden⁷³, por tratarse de un caso de *hecho notorio* (*infra b*), pero la afirmación sí significa que ellas pueden ser objeto de la prueba, cuando sea necesario o conveniente.

Por lo demás, las leyes pueden ser impugnadas tanto en su contenido, como sobre su validez. La aplicación de la ley en la sentencia justifica la posibilidad de prueba que verse sobre ella.

Cuando, por ejemplo, se discute el texto de una ley y se sostiene que ese texto es erróneo, incluso en la colección oficial, porque el texto votado al sancionarla es otro, habrá que acudir a las actas parlamentarias para observar cuál es el texto aprobado. Algo similar podría ocurrir con la existencia de un veto, para las constituciones que lo admiten. Lo mismo sucedería si se cuestiona el *quorum* obtenido para tratar la ley o la cantidad de votos de legisladores necesarios para sancionarla. En ambos casos se está cuestionando, probatoriamente, la existencia o inexistencia de la regla jurídica. Y ello, que supone actividad probatoria en sede judicial, es enteramente posible.

b) Las referencias de la prueba al objeto de un procedimiento singular (objeto de prueba en concreto)⁷⁴

I. Cosa distinta es preguntarse por aquello que puede ser probado en un procedimiento penal determinado. Allí la referencia al objeto del procedimiento, a los elementos que lo constituyen, es incluíble, de modo que el tribunal, para aceptar o rehusar un medio de prueba específico, que le haya sido propuesto o que, en ocasiones, él mismo proponga, debe, en principio, comparar aquello que se pretende verificar por ese medio con

⁷² No se trata de un deber cuya lesión esté amenazada con una pena, pues el prevaricato (CP, 269) es un delito punible sólo a título doloso, uno de cuyos elementos es, precisamente, la contrariedad de la decisión con la ley invocada expresamente por las partes o por el juez mismo.

⁷³ Allí comienza, precisamente, el deber penal cuya lesión conduce al prevaricato del juez (CP, 269).

⁷⁴ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, Cap. II, § 6, b, ps. 120 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 11, b, p. 21, y n° 8, 3 y 4, ps. 18 y siguiente.

B. El concepto de prueba

los elementos que contiene el objeto del procedimiento penal singular tramitado ante él. A esa característica, denominada de manera positiva, se la llama entre nosotros *pertinencia*⁷⁵; negativamente, *impertinencia*.

Según vimos⁷⁶, el objeto del procedimiento penal está conformado, básicamente, por el hecho de la vida real —acción u omisión— atribuido a una persona, si se lo describe singularmente (esto es, con abstracción de procedimientos plurales por su objeto, o por las personas sobre quienes recae la atribución o por ambos extremos a la vez). Pero es claro que la ley penal recorta los *elementos* de ese hecho y de su contexto que resultan importantes para conocer y decidir, elementos de muy variadas características, *fácticos* o *descriptivos* y *normativos* o *valorativos*, *objetivos* y *subjetivos*, en una suerte de *selección*, así llamada, sin la cual sería imposible conocer en el sentido moderno de la expresión. Ese recorte o selección de elementos representa el cuadro ante el cual se mira la *pertinencia* del medio de prueba a incorporar, según su propio objeto. Similar cuestión se produce, pero con referencia a la ley civil, cuando se permite introducir la acción resarcitoria al procedimiento penal; ejemplo típico: el daño, incluso futuro o meramente retributivo (moral), y su tamaño.

Empero, como también dijimos, esa referencia no significa coincidencia total, esto es, no funciona como dos círculos idénticos e incluidos el uno en el otro. Por lo contrario, con frecuencia y normalmente el objeto a verificar por el medio de prueba que se pretende incorporar no coincide totalmente o ni siquiera parcialmente con el objeto del procedimiento, sino que, tan sólo, observa con él un ligamen de mera referencia, de interés para conocerlo o para conocer algún elemento de él, característica que debe ser invocada tanto por quien lo propone como fundada por quien lo dispone. Unas veces el problema funciona a manera de círculos concéntricos o secantes, en el sentido de que el objeto de prueba concreto pretende verificar o se refiere a algún elemento del objeto del procedimiento, y otras veces los círculos apenas se rozan (tangentes) o ni siquiera se rozan, como sucede normalmente en los *indicios*.

Este es el ejemplo más claro de la última categoría. Verificar que una persona se hallaba en determinado lugar en un momento también determinado o que se lo vio salir de ese lugar, incluso de un modo específico, no coincide, posiblemente, con alguno de los elementos que componen el objeto del procedimiento penal —supóngase: el homicidio de X—, pero puede conducir tanto a descartar que A sea el autor del hecho punible, como a afirmar su autoría o participación, situaciones ambas que son sencillas de imaginar.

⁷⁵ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 4, p. 19.

⁷⁶ Ver esta obra t. II, § 9, C.

II. La segunda de las características a comprobar en un medio de prueba con un objeto determinado es su *utilidad*⁷⁷. El calificativo de *útil* –o *inútil*, desde el punto de vista negativo– no se mide por un único parámetro. Sin embargo, no cabe duda en afirmar que el parámetro principal está constituido por la ley misma. En ocasiones, el medio propuesto para verificar cierto elemento es inútil, porque la verificación de su objeto, aquello que se pretende comprobar, está prohibido por la ley⁷⁸. En otros casos, lo prohibido no es el objeto de prueba en sí mismo, sino el modo según cual se lo pretende verificar, porque la ley determina la exclusión de algún medio de prueba o determina la necesidad de la verificación sólo por alguno de ellos⁷⁹, o, de otra manera, prohíbe verificarlo mediante un órgano de prueba determinado⁸⁰. Por lo demás, el calificativo puede derivar ya no de una respuesta jurídica, sino, antes bien, de una característica empírica. Esto es aquello que sucede con los denominados *hechos notorios* y sus significados próximos, como aquellos que trae la misma ley cuando le permite al tribunal de mérito rechazar ciertos medios de prueba ofrecidos para el debate por evidente o manifiestamente *superabundantes* o *superfluos*⁸¹. Tal es también el caso cuando se pretende verificar algo conocido por la generalidad, como una catástrofe sucedida, la llegada del hombre a la luna o, incluso, una ley científico-natural que, por experimentada continuamente por el hombre de cierta civilización, se ha vuelto un principio de la experiencia (la ley de la gravedad, por ejemplo, si no son requeridas precisiones extremas). En estos últimos casos la *inutilidad* no resulta establecida por una prohibición jurídica, ni por la ineficacia o ineptitud del medio, la persona o el procedimiento mediante el cual el dato (objeto de prueba) pretende ser probado, sino, por lo contrario, por una característica empírica inversa: la falta de necesidad de la prueba, pues su objeto ya es conocido o puede conocerse con un esfuerzo judicial menor.

Éste, el de los *hechos notorios*⁸², es un campo fértil para una utilización racional del *consenso* o para la aplicación del principio de autonomía de la voluntad (*dispositi-*

⁷⁷ En ocasiones llamada *relevancia*: cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 8, 3, p. 18.

⁷⁸ Como sucedía con la filiación adulterina según el CC, 341 (derogado por la ley n° 23.264): por ejemplo, la pretensión de demostrar un adulterio, antes punible según el CP, 118, mediante la demostración de la filiación adulterina.

⁷⁹ CC, 197, 80, 1184 y 1185; ver esta obra, t. I, § 6, G, n° 5.

⁸⁰ CP, 156; CPP Nación, 244; CPP Pcia. de Buenos Aires, 236; CPP Córdoba, 221, I.

⁸¹ CPP Nación, 356, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 338, III, inc. 1; CPP Córdoba, 364, II.

⁸² Acerca del tema cf. ROXIN, *Dpp*, § 24, C, 2, ps. 187 y siguiente.

B. El concepto de prueba

vo) -en dosis razonables- durante el procedimiento penal. En múltiples ocasiones acusador y acusado no discuten acerca de todos los elementos que conforman la pretensión punitiva, en particular, no debaten sobre elementos que, sin conformarla, sirven para que el tribunal y las partes aprecien el contexto en el cual se sitúa la discusión y la decisión. Por ejemplo, en la mayoría de los casos de aplicación de causas de justificación, el hecho básico que conforma la prohibición o el mandato amenazado penalmente no resultan discutidos: en la *defensa legítima* (CP, 34, incs. 6 y 7), el hecho que constituye la prohibición (matar o lesionar, p. ej.) resulta regularmente afirmado por ambas partes y lo importante del caso son los demás elementos que conducen a la exposición de la legitimidad de la reacción defensiva. En menor medida aún, se puede coincidir en los sucesos del contexto del hecho importantes para el debate y la decisión, como, por ejemplo, con ocasión de un accidente en el tráfico vehicular que provoca la imputación de homicidio o lesiones culposas, en el hecho de que el pavimento estaba mojado por la lluvia el día y a la hora en que sucedió.

El Proyecto de CPP Nación 1986, art. 148, III, contenía una regla en ese sentido mediante la cual el tribunal, con el acuerdo de todos los intervinientes, incluso el suyo, podía declarar verificado el hecho acerca del cual trataba el consenso probatorio. En el Derecho argentino y en materia de apartamiento de magistrados, el trámite de la recusación prevé un ahorro probatorio del motivo aducido para excluir al funcionario, cuando quien es recusado admite ese motivo⁸³, trámite que no significa otra cosa que el convertir en algo similar a un *hecho notorio* uno que pudo ser controvertido y no lo fue, razón por la cual se lo tiene por existente y se decide conforme a ese consenso alcanzado. En otro sentido, el consenso de los intervinientes también tiene importancia para fijar el contenido informativo de un medio de prueba por el acta de la investigación preliminar, sin citar al órgano de prueba al debate para la producción de su interrogatorio oral y público, suplido, en el caso, por la lectura del acta o dictamen⁸⁴. Como se observa, todas ellas son oportunidades en las que el principio *dispositivo* (autonomía de la voluntad de los intervinientes en el procedimiento) refleja un valor procesal, en ocasiones extremo, pues requiere el consenso de todos los intervinientes, incluidos allí los jueces integrantes del tribunal de mérito o, al menos, el tribunal por mayoría de votos.

No parece que este consenso pueda ser utilizado cuando la ley prevé la necesidad de un medio específico para verificar ciertos hechos; ejemplo: el acta o el certificado del Registro Civil respectivo para verificar el matrimonio y, en general, el estado civil de las personas.

III. Conviene estudiar con más detalle estas características desde el ángulo de visión del Derecho positivo y, en particular, desde el atalaya de las prohibiciones probatorias o de adquisición de los conocimientos en el procedimiento penal. Bajo el rubro de *limitaciones probatorias* o como excepciones al *principio de la libertad probatoria*⁸⁵, la tradición del Dere-

⁸³ CPP Nación, 61, primera oración; CPP Pcia. de Buenos Aires, 51, III, primera oración; CPP Córdoba, 68, I, primera oración.

⁸⁴ CPP Nación, 355, II, y 391, inc. 1; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366, I; CPP Córdoba, 363, III, y 397, inc. 1.

⁸⁵ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (2ª ed.), n° 12, ps. 23 y ss., principio al que define: "en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba" (énfasis en el original).

cho argentino, siguiendo a FLORIÁN⁸⁶, conoce el enorme capítulo del Derecho procesal penal que, en otras explicaciones y para otros órdenes jurídicos, conforman, en principio, las *prohibiciones probatorias* o las *prohibiciones de valoración probatorias*⁸⁷. Al partir de la regla genérica de que la ley no se pronuncia sobre el valor de los medios de prueba –por regla no le trasmite al juez directiva alguna acerca del valor de un elemento de prueba obtenido a través de un medio probatorio–, con lo cual, por vía de principio, cualquier medio puede verificar cualquier dato, automáticamente todas las *prohibiciones*, ya relativas al objeto (tema) de la prueba, o al medio probatorio, o a la persona que introduce la información (órgano de prueba) o al modo utilizado para ganar la información (procesamiento de la información), se transforman en *limitaciones* a ese principio, esto es, en excepciones de una regla. Tales excepciones surgen de la ley y representan siempre a intereses que la ley prefiere a la información procesal, esto es, considera superior en rango al fin de averiguar la verdad mediante el procedimiento penal; así, por ejemplo, el etiquetamiento dentro de una categoría de individuos, en la prohibición de averiguar la descendencia adulterina, la libertad de decisión o la dignidad humana en el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, en especial la prohibición de la tortura y de métodos crueles o degradantes para el interrogatorio, la reserva de información en la práctica de algunas profesiones, oficios o empleos, el vínculo familiar en la facultad de abstenerse de proporcionar información, etcétera. En sí, por lo demás, la mera categorización como *prohibición*, indica que se trata de una excepción o limitación de una regla, pues la *permisión* opera siempre lógicamente como tal –como regla general– y es interdefinible con la prohibición⁸⁸.

De este modo, las prohibiciones que versan sobre el objeto (tema) de la prueba representan siempre *prohibiciones absolutas*, en el sentido que impiden verificar un hecho, cualquiera que sea el medio o la vía elegida para ello, según sucede, por ejemplo, con la antigua prohibición de comprobar la filiación adulterina, antes mencionada, que no permitía por esa

⁸⁶ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, § 9, ps. 146 y ss., y § 12, n° 90 y ss., ps. 244 y ss., quien también trata a estas reglas, semánticamente, como prohibiciones probatorias; resumidamente, FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, ps. 314 y siguientes.

⁸⁷ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, en especial sobre la discusión terminológica, Cap. II, 1, ps. 7 y ss.; también HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Introducción, 3, p. 21.

⁸⁸ Así, por ejemplo, el principio *nullum crimen*, cláusula de cerramiento del sistema penal material de prohibiciones: cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Cap. VII, ps. 169 y siguientes.

B. El concepto de prueba

vía hallar la verdad acerca de un delito o de un elemento de él⁸⁹. En este sentido, estas prohibiciones conducen al juicio de *inutilidad* del objeto de prueba examinado en concreto, porque cualquier esfuerzo probatorio colisiona sin remedio con un hecho que la ley impide verificar. Algo similar ocurre con las presunciones *iuris et de iure* pero en sentido inverso, porque allí la *inutilidad* deriva del hecho que la ley considera cierta y verificada la circunstancia a probar, dadas algunas condiciones, sin admitir la prueba en contrario. Las limitaciones probatorias de este tipo son muy escasas en el Derecho positivo.

En cambio, las prohibiciones o limitaciones referidas al medio de prueba o al órgano de prueba, e incluso al procedimiento probatorio, cuando se quiere utilizar uno excluido por las leyes, denominadas *prohibiciones* o *limitaciones meramente relativas*, porque proscriben algunas vías de información por diferentes razones, pero admiten que aquello que se desea comprobar sea verificado por otros medios, personas o modos⁹⁰, sólo conducen a tachar de *inútil* el intento de comprobar por ese medio, por esa persona o de esa manera un objeto probatorio que, en sí, está permitido y puede ser verificado. Las limitaciones probatorias de este tipo son innumerables y, por vía de ejemplo, serán observadas en la próxima sección.

3. Medio y órgano de prueba

I. Se denomina *medio de prueba* al acto mediante el cual se pretende incorporar al procedimiento un determinado conocimiento sobre un objeto de prueba. Son medios de prueba las *inspecciones* de lugares, cosas o personas, el *testimonio* o la *declaración de testigos u otras personas* (imputado y coimputados), la *peritación* o el *dictamen* o *testimonio de peritos*, y la *documental, instrumental* o, más ampliamente denominada, *prueba de registros*.

Ni la doctrina vernácula ni los códigos base de esa doctrina acostumbran a observar esta división relativamente sencilla de los *medios de prueba*; regularmente clasifican múltiples medios de prueba que, a mi juicio, sólo representan modos especiales de alguno de los mencionados inmediatamente antes⁹¹, como es el caso del *reconocimiento de personas o cosas*, la *confesión* o *declaración del imputado*, y el *careo*, medios

⁸⁹ Por ejemplo, el antiguo y ya derogado delito de *adulterio* o una agravante fundada en el parentesco.

⁹⁰ Ver esta obra, t. I, § 8, D, 3, b.

⁹¹ Cf., como ejemplos, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (2ª ed.), Parte segunda, ps. 45 y ss.; CPP Nación, Libro Segundo, Tít. 3.

subsumibles todos en el testimonio o las declaraciones personales, de la *traducción* o *interpretación*, que, como medio de prueba, no es sino una peritación especial sobre una declaración o un documento, y la prueba de *informes*, una clase de documento o instrumento emanado de una persona de Derecho público o privado, o de otro modo significan, en su caso, una combinación entre dos o más medios de prueba antes mencionados, como, por ejemplo, la *reconstrucción del hecho*, que puede combinar declaraciones con inspecciones de personas, lugares o cosas. Los *indicios* o las *presunciones* –en el sentido probatorio–, en cambio, no constituyen un medio de prueba⁹², sino razonamientos valorativos sobre objetos de prueba indirectos que conducen a alguna conclusión acerca de algún elemento del objeto del procedimiento (operación de inferencia⁹³). La clasificación del texto –*supra*– se aproxima más a la de Heinrich HENKEL⁹⁴ y a la de Eberhard SCHMIDT⁹⁵. Quizás sea todavía más claro distinguir entre los medios de prueba que se valen de la información de personas (testimonial, peritación e interpretación o traducción, declaración de imputados y coimputados) –*medios de prueba personales*– y aquellos que se valen de lo que expresan directamente las cosas o los sucesos reales (lugares, etc.) –*medios de prueba reales o materiales*–⁹⁶. Quizás, también, ésta sea la percepción que se esconde tras la expresión *testigo en causa propia*, común para el Derecho angloamericano, o la denominación de *testigo*, que incluye también al *perito*. Se observará que a esta obra le interesa y acepta esta división bilateral, pero que, para agrupar normas del Derecho vernáculo que rigen los medios y órganos de prueba, común por lo demás a todas las leyes procesales penales descendientes del sistema europeo continental, le conviene extraer escasas mayores distinciones como las invocadas en el texto (*supra*)⁹⁷.

La ley procesal penal regula estos actos y la forma de llevarlos a cabo. Empero, como muchos de estos actos no constituyen unidades temporales, ni territoriales, esto es, pueden prolongarse en el tiempo y un único acto aun cumplirse en lugares diferentes, o constar de un sinnúmero de acciones determinadas por otros cánones, a las que, quizás, podamos

⁹² Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (2ª ed.), Cap. XI, ps. 179 y siguientes.

⁹³ Cf. *idem*, n° 88 y 89, p. 180.

⁹⁴ HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, Parte sexta, ps. 245 y ss., quien, precisamente, distingue entre prueba de testigos, el perito, la inspección ocular y los documentos.

⁹⁵ SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, § 22, ps. 86 y ss., quien, de la mano de los órganos de prueba, distingue entre el testigo, el perito, los documentos y las inspecciones oculares.

⁹⁶ Así, PETERS, *Strafprozeß* (2ª ed.), §§ 40 a 45, ps. 271 y ss.; en sentido similar, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. II, Introducción, Sección primera y Sección segunda, ps. 5 y ss., quien distingue, claramente entre la *información ajena* y la *percepción directa*.

⁹⁷ En ese sentido, modernamente, ROXIN, *Dpp*, §§ 26 a 28, ps. 217 y ss. y, exactamente como lo pretendo, VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 21, ps. 162 y ss., con la ventaja de que explica los medios de prueba como parte del debate o procedimiento principal, del juicio público, en el cual el significado de la palabra prueba adquiere su exacta dimensión.

B. El concepto de prueba

denominar *complejas*⁹⁸, en ocasiones la ley procesal penal contiene el procedimiento interno del acto⁹⁹. Las exigencias que contiene la regulación de estos actos constituyen regularmente la base de las *prohibiciones probatorias* o de *valoración probatorias*, pues representan condiciones para el valor de esos actos como transmisores de conocimientos.

El estudio de los medios de prueba en particular proporcionará, así, a la par de las exigencias, las limitaciones o prohibiciones probatorias referidas a cada medio en particular.

II. Se llama *órgano de prueba* a la persona mediante cuya información se pretende incorporar al procedimiento un conocimiento cierto sobre un objeto de prueba determinado. Se trata del *testigo*, del propio *imputado*, cuando hace uso de la palabra e informa sobre aquello que le es preguntado y que interesa al conocimiento sobre el objeto del procedimiento (*testigo en causa propia*, según lo denomina el Derecho anglosajón), del *perito* y del *intérprete*, todos, según se observa, referidos a medios de conocimiento de los llamados *personales*. Las leyes procesales penales se refieren a estas personas para fijar ciertas reglas y exigencias que determinan la valoración del conocimiento que transmiten, ya sea por su validez o rango. Por ejemplo, ellas se refieren a la idoneidad del perito¹⁰⁰ y a los motivos por los cuales él puede o debe ser excluido de la tarea de informar¹⁰¹, al deber o a la posibilidad de abstenerse de informar del testigo según sus lazos parentales con el imputado o su relación con él y a la necesidad de informar a quien declara sobre esos derechos previamente, durante el procedimiento de su declaración¹⁰². De la misma manera sucede con la *declaración del imputado*, cuya regulación tanto de forma como de procedimiento es materia de una reglamentación minuciosa en las leyes procesales¹⁰³. También las condiciones que estas reglas fijan sobre los órganos de prueba constituyen la materia de las *prohibiciones probatorias*.

⁹⁸ El debate, por ejemplo, si se lo menciona como un acto único.

⁹⁹ Piénsese en la primera declaración del imputado en el procedimiento, regulada detalladamente por los códigos procesales penales: CPP Nación, 297 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 311 y ss.; CPP Córdoba, 260 y siguientes.

¹⁰⁰ CPP Nación, 254; CPP Pcia. de Buenos Aires, 244, II; CPP Córdoba, 232.

¹⁰¹ CPP Nación, 255 y 256; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245; CPP Córdoba, 234 y 235.

¹⁰² CPP Nación, 242 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 234 y ss.; CPP Córdoba, 220, 221 y 227, III.

¹⁰³ CPP Nación, 294 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 308 y ss.; CPP Córdoba, 258 y siguientes.

4. El procedimiento probatorio

Usualmente se divide temporalmente a la *actividad probatoria*, esto es, aquella que se desarrolla con la finalidad de poder obtener conocimientos relativos al objeto del procedimiento judicial —aquí denominada: procedimiento probatorio—, según sus tres labores básicas y momentos principales: la *proposición* o el *ofrecimiento de prueba*, la *asunción*, *recepción* o *incorporación* del medio de prueba en el procedimiento y la *valoración probatoria* para decidir¹⁰⁴. Tanto las normas que regulan estos momentos procesales, como todas aquellas relativas a los medios y órganos de prueba, constituyen la materia del capítulo que los códigos procesales penales suelen abarcar bajo el rubro “Prueba” o “De la prueba”, aun cuando sin agotar la reglamentación referida a ella, que, de ordinario, también se halla dispersa en los códigos por varios de sus títulos y capítulos.

I. En el procedimiento penal nuestro se estilaba decir que, si bien las personas que intervienen en él poseen iniciativa probatoria, en el sentido de que pueden —tienen la facultad de— *proponer* u *ofrecer* medios y órganos de prueba a quienes, según los diferentes períodos procesales, representan a las autoridades que conducen el procedimiento —la fiscalía, en el caso de la investigación preparatoria, el juez de instrucción, en aquellos códigos que lo conservan como director del procedimiento preparatorio, o el tribunal de mérito del juicio en ciertos casos, y hasta el tribunal de los recursos—, ella procede *aun de oficio*, pues, como el procedimiento penal está enderezado a la búsqueda de la verdad, resulta un deber de las autoridades que lo dirigen *investigar la verdad*¹⁰⁵, aun cuando las llamadas *partes*, esto es, los demás intervinientes extraños a los jueces del tribunal, omitan la acción de proponer medios de prueba. Precisamente esta actividad de quienes juzgan, admitida y prohijada por los códigos continentales europeos y sus descendientes conforme a la naturaleza pública de la pena estatal y a la pretensión de aplicarla justamente, es aquella que, en general, abona su adscripción al *principio inquisitivo*, rótulo por el cual

¹⁰⁴ Cf. FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 71, II, ps. 319 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), n° 13, e, ps. 39 y siguientes.

¹⁰⁵ Este razonamiento ha conducido al exceso, en el procedimiento penal alemán, de computar como motivo de casación de la sentencia, tanto para el acusador como para el acusado, el hecho de que el tribunal de juicio no haya agotado, por sí mismo, todas las posibilidades de conocer la verdad: cf., por todos, ROXIN, *Dpp*, §15, A, I, ps. 99 y s., § 43, A, ps. 381 y s., § 53, E, I, 1, p. 475.

B. El concepto de prueba

tales ordenamientos procesales penales son conocidos por quienes explican el Derecho anglosajón, ordenamiento legal de sentido contrario y similar al procedimiento de Derecho privado; efectivamente, esos ordenamientos, llamados a sí mismos *adversariales*, porque remedan a un procedimiento judicial de partes en disputa, son aquellos que, en lenguaje continental, se aproximan más al llamado *principio acusatorio*¹⁰⁶. Ello tiene múltiples aplicaciones en los diversos momentos de la actividad probatoria, pero, sin duda, su influencia más importante, por la naturaleza específica del estadio respectivo, ocurre en el primer momento, el de la proposición u ofrecimiento de los medios de prueba. Por lo demás, el principio inquisitivo que gobierna en nuestras leyes procesales penales, de tendencia europeo-continental, parece perder fuerza a medida que avanza el procedimiento hacia la sentencia, hasta trasformarse en su contrario en el período de los recursos.

Durante el procedimiento preliminar –o instrucción–, quien lo dirige goza de una amplia facultad para ingresar al procedimiento los medios de prueba que repunte convenientes para conocer el hecho objeto del procedimiento, al punto de que la investigación de la verdad –llamada *real*–, esto es, el conocer por su propia actividad, se transforma en un deber funcional del cargo, en los delitos de acción pública¹⁰⁷. Por lo demás, a estas facultades amplísimas sobre la recepción de los medios de prueba que quien dirige la investigación considere necesarios, corresponde también, de ordinario, la facultad de rechazar la prueba ofrecida por los demás intervinientes, decisión que, regularmente, no es pasible de recurso alguno¹⁰⁸.

El procedimiento intermedio de nuestros códigos, para autorizar al acusador a provocar la realización de un juicio público mediante su acusación, es poco menos que inexistente, tanto jurídica como prácticamente, a partir de que lo desarrolla el propio juez unipersonal que ha intervenido anteriormente, durante la investigación preparatoria. Ni aun en las leyes procesales que prevén una preparación de la acción pública para la realización del juicio por la fiscalía o en los delitos de acción privada, la reglamentación, verdaderamente escuálida, se ocupa del problema y todo conduce a rechazar la posibilidad del juez y de cualquier interviniente de incorporar elementos de prue-

¹⁰⁶ Para una exposición y comparación inteligente y completa de ambos sistemas, cf. BOVINO, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, ps. 143 y ss.; un punto de vista interesante sobre el problema de la prueba y la carga probatoria en ambos sistemas, que conduce la explicación de las diferencias a un punto de vista material, anterior lógicamente a la distinción entre procedimiento adversarial e inquisitorial, a la concepción de la culpabilidad criminal, en FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, § 7, ps. 515 y siguientes.

¹⁰⁷ Ver CPP Nación, 183, I, y cc., 194 y 196; CPP Pcia. de Buenos Aires, 293, I, 59, I, y 266, I; CPP Córdoba, 321, 75, y 329.

¹⁰⁸ CPP Nación, 199; CPP Pcia. de Buenos Aires, 273; en sentido contrario, CPP Córdoba, 335, que no sólo prevé el control del rechazo por un juez (investigación preparatoria en manos del ministerio público), sino que, además, torna recurrible por apelación la resolución de rechazo por este último, que confirma el rechazo de quien dirige la investigación preliminar.

ba durante ese momento del procedimiento. Las leyes más modernas, que prevén una audiencia preliminar al juicio público, permiten también el ofrecimiento de prueba en este momento del procedimiento o la asunción de oficio de medios de prueba por el juez, aun cuando de modo excepcional¹⁰⁹.

Por lo contrario, la prueba constituye un capítulo importantísimo del juicio público, al punto de que no significaría un yerro llamar *prueba* tan sólo a aquellos medios de conocimiento que son incorporados a él de la manera prevista por la ley. Nuestros códigos prevén que el ofrecimiento de los medios de prueba sea una tarea natural de las partes, en principio las únicas autorizadas a requerir la asunción de medios de prueba durante el debate, pero colocan en manos del juez presidente o del tribunal de mérito o del tribunal con su integración completa, tanto la facultad excepcional de incorporar prueba de oficio, como la resolución que admite o rechaza un medio de prueba ofrecido por las partes¹¹⁰.

La ausencia de disposiciones en los recursos contra la sentencia y el hecho de la limitación jurídica a la competencia del tribunal que decide el recurso¹¹¹, induce a pensar que en ellos sólo quien recurre está habilitado para intentar producir prueba, cuando ello es admisible, pues es el recurrente quien debe tornar plausible la injusticia de su agravio. Correctamente, el CPP Pcia. de Buenos Aires, 457, I, permite la incorporación de prueba en casación, cuando se trate de mostrar vicios en la actividad del tribunal de mérito que lesionan la ley del rito, y, naturalmente, corresponde a quien invoca la lesión su demostración, por tanto, el ofrecimiento de esta prueba debe acompañar la interposición del recurso (art. 457, II). Ello permite pensar en que, para recursos amplios según sus motivos, como el de apelación, esa disposición rige analógicamente, aun cuando la ley calle al respecto al indicar el trámite del recurso respectivo; ello quiere decir que se trata de un precepto de vigencia general para todos los recursos.

II. En lo relativo a la *asunción o recepción* de los medios de prueba, esto es, a la *incorporación* al procedimiento judicial del conocimiento que ellos aportan, rigen reglas particulares de cada medio u órgano de prueba, así como reglas específicas relativas a cada período del procedimiento.

Por ejemplo, es claro que existen testigos y peritos inhibidos de informar, esto es, cuyo deber consiste en no prestar testimonio o en no intervenir como peritos¹¹², o cosas que no pueden ser secuestradas y exhibidas como elemento de prueba¹¹³. También a manera de ejemplo pueden ser citadas condiciones específicas que refieren a la validez de la información proporcionada, como la observancia de la facultad de abstenerse de declarar de determinados testigos o el deber correspondiente del funcionario

¹⁰⁹ Cf. CPP Chubut, 9, inc. 3.

¹¹⁰ CPP Nación, 355 y ss., y 388; CPP Pcia. de Buenos Aires, 338, III, n° 1 y 2, y IV, que no parece tolerar la asunción de oficio, salvo en el caso del art. 362 (ver, además, art. 367); CPP Córdoba, 362 y ss., y 397.

¹¹¹ CPP Nación, 445, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 434 (texto confuso por su aclaración); CPP Córdoba, 456, I.

¹¹² CPP Nación, 242 (salvo excepción), 244, I, 255 y 256, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 234 (salvo excepción), 236, I, y 245, I y II; CPP Córdoba, 221, I, 234 y 235, I.

¹¹³ CPP Nación, 237; CPP Pcia. de Buenos Aires, 230; CPP Córdoba, 212.

B. El concepto de prueba

que recibe la declaración de informarle al testigo sobre la existencia de tal facultad¹¹⁴. Por lo demás, las declaraciones están sujetas a formalidades especiales, que varían, incluso, según el papel que cumpla en el procedimiento la persona que informa o transmite cierto conocimiento o sus condiciones y capacidades especiales¹¹⁵.

Desde el otro punto de vista, en relación a los períodos del procedimiento, es natural, en los códigos argentinos, que las declaraciones e informes producidos durante el procedimiento preliminar y con anterioridad al debate (juicio público) sean registrados, documentados en actas¹¹⁶. En cambio, todo lo contrario sucede durante el debate, en el cual las declaraciones se producen oralmente y, por excepción, en caso de exponerse el contenido de documentos, por su oralización por lectura, o, en el caso de las cosas secuestradas, por su exhibición en la audiencia¹¹⁷. Estas formas, tanto la oralidad del debate como la presencia de ciertas personas (jueces que dictarán la sentencia, acusador y defensor del imputado) y la publicidad de la audiencia, condicionan la validez del conocimiento incorporado en relación con la sentencia a dictar: *inmediación, oralidad y publicidad*, con las excepciones a esas reglas, conforman un núcleo básico de principios del debate (juicio público) que condiciona la validez del conocimiento adquirido y, a través de ese condicionamiento, la validez de la sentencia obtenida sobre la base de ese conocimiento. Es por ello que, desde un punto de vista restrictivo, sólo merece el nombre de *prueba* legítima aquel conocimiento obtenido durante el debate por intermedio de un medio de prueba legítimo, en el sentido de no prohibido e incorporado de conformidad con su regulación jurídica.

III. La prueba se asume para poder ser *valorada*, por una parte, por quienes intervienen en el procedimiento en posición de partes, quienes utilizarán esa valoración para convencer a quienes deben juzgar sobre la posición que adoptan en el procedimiento y el sentido con el cual verán satisfecho en la decisión su interés en el caso, y, por la otra parte, por los jueces que dictarán la sentencia o la resolución que corresponda para dictaminar fundadamente acerca de la solución del caso. En este punto, las leyes actuales han tomado partido por la imposición del método de valoración que se conoce bajo el rótulo de *libre convicción* o *sana crítica racional*¹¹⁸. Él importa, a más del deber de los jueces de fundar el voto en uno u otro sentido, esto es, de exigir de ellos la expresión de las razones por las cuales adoptan una u otra posición respecto de los elementos relevantes del caso singular a decidir, la libertad de hacerlo, en principio, sin impo-

¹¹⁴ CPP Nación, 243; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235; CPP Córdoba, 220 y 227, III.

¹¹⁵ CPP Nación, 117, 118, 119, 249, 250, 294 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 100, 101, 102, 240, 241, 308 y ss.; CPP Córdoba, 132, 133, 227, 228 y 258 y siguientes.

¹¹⁶ CPP Nación, 138 y 139; CPP Pcia. de Buenos Aires, 117 y 118; CPP Córdoba, 134 y 135.

¹¹⁷ CPP Nación, 363, I, 383, 385, 392 y 393; CPP Pcia. de Buenos Aires, 342, I, 360, VIII, 365 y 366; CPP Córdoba, 372, I, 392, 395, 397 y 398.

¹¹⁸ CPP Nación, 123 y 398, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 106, I, 210 y 373; CPP Córdoba, 142, 193 y 406, II.

sición de reglas legales --genéricas, abstractas y lógicamente previas a la decisión del caso-- sobre la valoración concreta de los medios de prueba incorporados legítimamente, que no sean aquellas que fija el buen sentido común, referidas al pensamiento lógico y a la experiencia común¹¹⁹. No obstante ello, se debe reconocer que la denominada *libertad probatoria*, enunciada sintéticamente con la afirmación "todo se puede probar y por cualquier medio de prueba"¹²⁰, reconoce variadas excepciones referidas unas veces al objeto de la prueba (prohibiciones o limitaciones absolutas) y otras a los medios u órganos de prueba (prohibiciones o limitaciones relativas). De todo ello, incluido el número anterior, se ocupa, precisamente por su importancia, el próximo capítulo de este parágrafo. Todas estas excepciones están previstas por la ley, pero no sólo por la ley procesal penal, sino, antes bien, por cualquier ley que se refiera a la manera de conocer algún elemento real de importancia para el procedimiento judicial, ya descriptivo, ya valorativo, de ordinario por el CC o el CP, que limitan el modo de conocer ciertas realidades o, más drásticamente, impiden (prohiben) conocerlas.

Algunos ejemplos aclararán, al menos por el momento, el problema. Como ejemplo académico de prohibición o limitación absoluta, referida al tema probatorio, en el Derecho argentino ha servido siempre la antigua prohibición de verificar la *filiación adulterina* (CC, 341, texto originario derogado). Un caso similar, sin indagar sobre la racionalidad o sobre la función de la limitación a la *prueba de la verdad*, es aquél que aparentemente emerge del CP, 111. A mi juicio, sin embargo, se trata allí de decir que la prueba de la verdad de la imputación está fuera del proceso por injuria, salvo en los casos de excepción nombrados por ella, pues aun el éxito de la prueba no exime de la ofensa, esto es, no constituye justificación alguna del hecho: la ofensa, aun sobre la base de una imputación verdadera, es punible, por regla general¹²¹. Ello nos demuestra que también el objeto concreto, la materia sobre la cual versa el procedimiento penal, mirada a través de los elementos importantes para el orden jurídico, funciona asimismo como limitación probatoria¹²², a través de la condición de admisibilidad que hemos denominado *pertinencia*.

¹¹⁹ CPP Córdoba, 192. Sobre el principio de libertad probatoria y sus limitaciones, cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, n° 168 y ss., ps. 362 y ss. (sintéticamente: *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, ps. 314 y ss.); ROXIN, *Dpp*, § 24, B, ps. 185 y ss., y D, ps. 190 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO* (4ª ed.), § 28, ps. 271 y ss.; ver también *supra*, n° 2, b, III.

¹²⁰ Ver, con una fórmula menos vulgar, la ley misma en la cita anterior del CPP Córdoba, 192.

¹²¹ En el mismo sentido, como determinación del tipo de la injuria, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. IV, n° 1, p. 19 y n° 12, ps. 96 y siguientes.

¹²² Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), n° 12, b, p. 28.

B. El concepto de prueba

Los ejemplos de *prohibiciones* o *limitaciones relativas* son innumerables, pues toda norma regulatoria del medio u órgano de prueba, regulatoria de su admisibilidad, del método elegido para la incorporación del conocimiento o, incluso, de la posibilidad de su valoración entra en consideración en este aspecto de la cuestión¹²³. Aquí nos referimos, sin embargo, a ciertas reglas de *prueba legal*, excepciones al principio de la libertad probatoria, en tanto ellas impiden probar un hecho real con ciertos medios de prueba o imponen verificarlo mediante un medio de prueba determinado. Entre ellas se puede citar: la necesidad del principio de prueba por escrito para afirmar la existencia de un contrato superior a un determinado valor (CC, 1193) o la necesidad de probar el matrimonio, en principio, por el acta o certificado de los registros civiles (CC, 197). Desde otro punto de vista, referido al órgano de prueba (persona que introduce la información valiosa), se halla a la facultad de ciertas personas de abstenerse de brindar sus conocimientos en el procedimiento por el cual se persigue a un cónyuge, pariente o persona ligada al testigo por ciertos afectos o relaciones¹²⁴, el deber de abstenerse de informar para ciertos profesionales o personas que practican un oficio o tienen un empleo determinado, por existir una cláusula legal de reserva acerca del conocimiento obtenido a través del oficio o de personas perseguidas penalmente¹²⁵, o la exclusión de un perito dictaminante por razón de parcialidad¹²⁶. Con referencia al procedimiento o método de obtención de la información, hallamos a la tortura, al trato cruel o degradante para con el interrogado, al ejercicio de la coacción sobre él¹²⁷ o a la exigencia de proporcionarle al testigo, perito o imputado información previa sobre su derecho o facultad¹²⁸. Por supuesto, estas prohibiciones o limitaciones son denominadas relativas porque el hecho en sí que se pretende demostrar es plenamente verificable, aunque por otro medio de prueba que sea admisible, por información de un órgano de prueba que pueda proporcionarla legítimamente o por métodos no prohibidos. En estos últimos casos, cuando el conocimiento se ha obtenido a través de algún medio, órgano o método de prueba ilegítimo, se trata de un fenómeno similar a aquel que fundara, por años, el único correctivo de la *exclusionary rule* en el Derecho de cuño anglosajón o, mejor aún, americano del norte: la excepción de “fuente independiente” de prueba (*independent source*), correctivo que, en verdad, nada corrige ni equilibra, pues se trata del hecho —totalmente correcto— de la verificación por medios, órganos o métodos legítimos de prueba, independientes de la lesión a una regla probatoria, de aquello que también verificaba la prueba ilegítimamente obtenida¹²⁹.

¹²³ Cf. VOLK, *Grundkurs StPO* (4^a ed.), § 28, ps. 270 y siguientes.

¹²⁴ CPP Nación, 243, I, y 255; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235, I, y 245, I; CPP Córdoba, 220 y 234.

¹²⁵ CPP Nación, 244, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 236, I; CPP Córdoba, 221, I.

¹²⁶ CPP Nación, 256, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245, II; CPP Córdoba, 235, I.

¹²⁷ CPP Nación, 296; CPP Pcia. de Buenos Aires, 310; CPP Córdoba, 259: la regla se refiere al imputado, pero se aplica también, en principio, a cualquier órgano de prueba, testigo o perito, quienes sólo pueden estar sujetos a los medios de compulsión que la ley permite (*nulla coactio sine lege*: CPP Nación, 248; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239; CPP Córdoba, 225).

¹²⁸ CPP Nación, 243, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235, II; CPP Córdoba, 227, III.

¹²⁹ Cf. GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, ps. 20 y siguiente.

No se ha arribado al principio de *libertad probatoria* ni al método de la *sana crítica* en la valoración de la prueba por un desarrollo plenamente lineal, racional y argumental, sino a través de un proceso político con enorme cantidad de aristas, incluso contradictorias entre sí. Su opuesto contradictorio, el llamado sistema de la *prueba legal* o de la valoración *tarifada legalmente* reinó durante toda la Inquisición¹³⁰. En verdad, las reglas abstractas y generales para la valoración de la prueba, entre las cuales sobresalen aquella que, al menos, requiere dos testigos hábiles y con-testes para acreditar un hecho (*testis unus testis nullus*), que rigió por espacio de siglos, incluso entre nosotros¹³¹, y las referidas a la confesión bajo tortura (diferentes grados y ratificación posterior), de las cuales alguna se conservaba entre nosotros aun suprimida la tortura¹³², eran con-naturales al sistema inquisitivo, pues se trataba de la cimentación de un poder político concentrado, en una organización vertical, que funcionaba por delegación, y ella sólo es posible si quien concentra el poder y delega dicta reglas con respecto a las cuales se produzca el control posterior que implica la *devolución* del poder delegado¹³³. El rechazo del sistema de prueba legal en la valoración se produce conjunta y caóticamente con el ingreso de las ideas de la Ilustración, seguramente unido al combate contra los tormentos, regulados por la ley detalladamente en su virtud probatoria en los manuales inquisitivos, a la postulación de regreso al juicio oral y público, y al juzgamiento por jueces accidentales (jurados); empero, algunas reglas de prueba legal, como la anunciada *testis unus testis nullus*, fueron defendidas, en principio, por MONTESQUIEU y BECCARIA¹³⁴. Lo cierto es que, cuando se estabiliza el sistema, con el Código francés de 1808, ya el sistema de prueba legal ha perdido toda su influencia, a merced del *juicio por jurados*¹³⁵.

Con posterioridad a ello, con la aparición de los tribunales de escabinos y los integrados tan sólo por jueces profesionales, ya los sistemas de

¹³⁰ Ver esta obra, t. I, § 5, D, en especial, n° 3, VI; ROXIN, *Dpp*, § 15, C, I, p. 103.

¹³¹ Cód. Proc. en materia penal de 1882, con vigencia general hasta 1993, arts. 306 y concordantes.

¹³² *Idem*, 316, inc. 7, y 317 y siguientes.

¹³³ Por ello es que los *recursos* no nacieron, en principio, como mecanismos de garantía de los justiciables, sino, antes bien, como mecanismos de control jerárquico, de concentración del poder, dentro de una organización vertical, y aún subsisten como tales en gran medida. Ver esta obra, t. I, § 6, H, 1.

¹³⁴ Ver esta obra, t. I, § 5, E, 1, II.

¹³⁵ Ver esta obra, t. I, § 5, E, 3.

B. El concepto de prueba

valoración probatoria pueden ser clasificados en tres categorías, siempre que no se exija una coherencia absoluta¹³⁶: el sistema denominado *de prueba legal*, que persiste actualmente sólo como excepción a la libertad probatoria, según ya hemos visto; el nombrado como *íntima convicción*, propio de los tribunales integrados por jurados a la usanza angloamericana, que deliberan y votan en secreto sin explicar las razones de sus votos¹³⁷; y aquel que mezcla la libertad de la prueba (*libre convicción*) con la exigencia de motivar o fundar racionalmente las sentencias (*sana crítica racional*), condición de su validez, propio de los tribunales integrados por jueces profesionales y, aun, de los tribunales de escabinos¹³⁸.

La discusión moderna pasa otra vez por el trabajo racional de la prueba ya que algunos consideran a la fundamentación de la sentencia de condena una base de garantía para el justiciable, aun cuando, en ciertas formulaciones, parezca más una base insustituible de la decisión estatal (esto es, también de la sentencia absolutoria)¹³⁹. No se ha aclarado aún la contradicción que ello implica para el *juicio por jura-*

¹³⁶ Sintéticamente, sobre la evolución de los llamados sistemas probatorios, cf. a FREDAS, continuador explícito de la obra de FLORIÁN, en *De las pruebas penales*, § 3 de la "Introducción a la tercera edición", por aquél desarrollada, t. I, ps. 21 y ss.; con mayor sentido político sincrónico, en el sentido de la teoría del conocimiento humano, FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, en especial 3ª conferencia.

¹³⁷ Ver esta obra, t. I, § 5, E, 3, II, nota al pie n° 138, que transcribe la admonición hecha al jurado para que, aunque no exprese razones, se interrogue racionalmente (art. 352, trad. del texto transcrito por ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, ps. 545 y siguiente).

¹³⁸ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, Segunda parte, Cap. VIII, ps. 341 y ss.; ver también CPP Nación, 399 y 404, inc. 2; CPP Córdoba, 408, inc. 2, incluso con valor para el tribunal integrado con jurados, y 413, inc. 4.

¹³⁹ Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, I, Cap. 3, ps. 117 y ss., y III, Cap. 9, ps. 537 y ss.; ver, del mismo autor, *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, n° 4 y ss., ps. 448 y ss. ANDRÉS IBÁÑEZ atribuye valor ético, en la función judicial, a la averiguación de la verdad sobre los hechos y a su demostración: *Ética de la función de juzgar*, p. 22. El mismo Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ cita un trabajo suyo sobre el particular en la nota n° 26 de este trabajo, p. 59, que conviene leer: *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en el libro *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, ps. 217 y ss.; ver también, del mismo autor, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, ps. 257 y ss. (también en "Ciencias penales", ps. 9 y siguientes). Esta comprensión del problema revierte también sobre principios antes indiscutibles del procedimiento penal, hoy puestos en duda: cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el valor de la inmediación*, ps. 57 y ss. Entre nosotros, ha sostenido a la fundamentación de la sentencia como extrema necesidad del proceso penal y garantía de seguridad máxima del imputado, DÍAZ CANTÓN, *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*, ps. 155 y ss., y en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, ps. 99 y ss. De cómo el control casatorio de la sentencia se ha ido extendiendo, a través de la motivación, al control de las realidades (hechos) que la sentencia reproduce, cf. PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal*, V, ps. 54 y siguientes.

dos, institución básica de la Ilustración, y hasta se ha llegado, por esta vía, a desconocer la importancia del *principio de inmediación*, aspecto que, en verdad, coloca en crisis al *juicio público* en sí mismo, en homenaje al control burocrático de las decisiones por órganos judiciales de mayor jerarquía dentro de una organización judicial vertical¹⁴⁰.

C. LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS¹⁴¹

1. El nacimiento del tema y algunas aclaraciones semánticas¹⁴²

I. El estudio de cómo es *lícito*, en un procedimiento judicial –en uno penal por añadidura–, alcanzar cierto conocimiento sobre la realidad o convencerse de estar en posesión de la verdad o de no estarlo, conocer una propiedad o un calificativo de esa realidad empírica, esto es, la formulación de las reglas jurídicas y teorías dogmáticas que regulan ese juicio, es un tema moderno, relativamente reciente¹⁴³, a pesar de lo que puede leer-

¹⁴⁰ Cf. MAIER, *¿Es la "inmediación" una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición*, ps. 13 y ss.; o en *Derecho penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Ramón C. Leguizamón*, ps. 347 y siguientes.

¹⁴¹ Creo que fui de los primeros en el Derecho argentino –y quizás en el de habla hispana– en hablar de las llamadas "prohibiciones probatorias" como una unidad más o menos autónoma (ver esta obra, 1ª ed., t. 1b, § 6, G, 5, ps. 462 y ss.; actualmente, 2ª ed., t. I, § 6, G, 5, más incursiones en el texto del § 8, D, n° 2 y ss.). Faltaría a la moral, sin embargo, si no reconociera desde el comienzo la ayuda invalorable del amigo y discípulo que me auxilió en la conformación de la unidad y del texto que sigue, joven jurista a quien, como superior académico, le asigné el tema y que ha logrado con la tesis dedicada a él el título de doctor en Derecho de la Universidad de Münster, con la calificación de *summa cum laude*, el día 11/8/2004: el libro ya citado de GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*. Entre nosotros, con anterioridad a este trabajo, la tesis doctoral de la Universidad de Córdoba, debida a HAIRABEDIAN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, quien hace hincapié en la versión americana del norte acerca de la *regla de exclusión*.

¹⁴² Cf. MUÑOZ CONDE, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, ps. 375 y siguientes.

¹⁴³ En Alemania se menciona siempre a BELING como el autor que inició el estudio sistemático del problema con su *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, en 1903 (1ª ed.), citado según la edición facsímil de la Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt (RFA), 1968; en Italia se menciona a FLORIAN, *Delle prove penali*, 1917 (1ª ed. muy pequeña, desconocida para mí, pero cuando menos antes de 1924, fecha de la 2ª ed., definitiva, Ed. Valardi, Milán (Italia), 1934; ver t. I, ps. VII y 38, nota al pie, de la ed. aquí citada), cit. según la edición en castellano, *De las pruebas penales* (trad. Jorge GUERRERO de la 3ª ed. italiana, Ed. Cisalpino, Varese-Milano, 1961, revisada y completada por Pietro FREDAS), Ed. Temis, Bogotá, 1982; en Brasil estimo precursora a PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Liberdades públicas e processo penal*, Primeira parte, Cap. 2, ps. 91 y ss.; *Pruebas ilícitas*, en "Ciencias Penales", año 7, n° 10, San José de Costa Rica, 1995, ps. 21 y ss.; y *Novas tendências do direito processual*, Ed. Forense Universitária, Sao Paulo, Brasil, 1990, I, 4, ps. 60 y siguientes.

se en glosadores y posglosadores del sistema de prueba legal, necesitados de interpretar reglas jurídicas para aceptar un conocimiento adquirido, cierto o probable, como válido¹⁴⁴. Tal como el tema se conoce ahora, está siempre presidido por el principio de la *libertad probatoria* en la base del sistema, principio ordenador que reza: mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede verificar por cualquier medio de prueba; de tal manera las exclusiones probatorias resultan ser siempre, desde el punto de vista lógico, *excepciones* a aquel principio y revelan que no se trata de un sistema nuevo de *prueba legal*, su opuesto contradictorio¹⁴⁵. Por esta razón se habla siempre de las *prohibiciones probatorias* como una excepción a la regla general de permisión, en el sentido de que sólo cuando las reglas jurídicas no admiten la prueba de un determinado hecho o situación (excepción casi inexistente), o no admiten la prueba de ese hecho o situación por la vía de ciertos medios de prueba, o indican ciertos medios de prueba concretos para verificar un hecho, o prohíben ciertos métodos de realización del medio de prueba o mandan a cumplir ciertos actos de incorporación de la prueba con determinados requisitos o bajo condiciones determinadas, allí únicamente se produce el fenómeno que se estudia bajo el rubro mencionado en el epígrafe.

El estudio del tema, sin embargo, tiene enorme importancia, porque, si prescindimos de la regla general de apertura y nos centramos en las llamadas --en ocasiones impropiaemente, pero muy alegórica y demostrativamente-- *prohibiciones probatorias*, ellas nos proporcionan el sentido de la licitud del conocimiento humano en los procesos judiciales, esto es, el sentido de aquello que puede ser incorporado como prueba en un procedimiento penal y valorado en una decisión judicial --por ejemplo, en una sentencia-- y, además, consiguientemente --sobre todo cuando ella requiere la expresión de sus fundamentos, esto es, la expresión de las razones por las cuales alguien considera que tal hecho o tal característica son probables o están totalmente verificados--, también nos informa acerca del concepto de validez de la decisión. De allí la importancia que se le adjudica al aforismo, atribuido modernamente a FERRAJOLI, *veritas non auctoritas facit iudicium*, por contraposición al definitorio del poder legislativo, *auctoritas, non veritas facit legem* (apoteagma de HOBBS), tributario de la concepción

¹⁴⁴ Cf. FREDAS, "Introducción", en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, ps. 24 y siguientes.

¹⁴⁵ Cf. CPP Córdoba, 192 y 194, aun con defectos de concepción.

anterior¹⁴⁶, incomprensible por fuera de ella dentro de un sistema de garantías jurídicas: "la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal", ni "debe ser averiguada a cualquier precio"; "el esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales"¹⁴⁷.

II. Aun cuando el tema es idéntico como objeto de meditación de cualquier Derecho procesal penal que se precie de conformidad con un Estado de Derecho¹⁴⁸, no existe uniformidad de criterio para su abordaje y, peor aún, el lenguaje con que él es tratado analíticamente resulta muy diverso, aun cuando uno se interne en un mismo Derecho nacional y su dogmática jurídica¹⁴⁹. Así, según ya lo advertimos, unos hacen hincapié en el sentido lógico de excepción a la regla sobre libertad probatoria y, por ello, ponen el acento en la calidad de *limitación* política respecto de la adquisición de un conocimiento necesario para el procedimiento penal¹⁵⁰. Quienes así lo hacen reconocen en las reglas que regulan la asunción de la prueba y su valoración normas potestativas, que conceden facultades a distintas personas, órganos estatales o persona privadas, y, por lo tanto, las someten a reglas para su funcionamiento práctico, reglas

¹⁴⁶ Cf. FERRAJOLI, *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extraprocessuale*, en *Hacia una nueva justicia penal*, t. II, p. 118. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, § 48, ps. 449 y s., rescata la importancia del aforismo.

¹⁴⁷ Tal como lo expone ROXIN, *Dpp*, § 24, D, II, 1, p. 191, y todo autor actual alemán de la mano de la sentencia de la Corte Suprema Federal de aquel país, BGHSt 14, 358, 365; también CORDERO, *Ideologie del processo penale*, 1966, p. 220, citado por PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal* (2ª ed.), p. 63.

¹⁴⁸ Con la excepción lamentable del Derecho procesal penal aplicado por los llamados tribunales penales internacionales, que parecen dispuestos a esconder el problema tras generalizaciones que conceden facultades abiertas de todo tipo —a la par de angustia por la carencia de medios y métodos propios de información—, más parecidas a reglas de competencia decisorias máximamente discrecionales de sus órganos, al estilo del llamado *Derecho penal del enemigo*: cf., para la descripción, GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. VI, ps. 211 y ss., y para la caracterización, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, IV, ps. 43 y ss., y VII, 6, p. 56.

¹⁴⁹ Cf., en idéntico sentido para el Derecho alemán, ROXIN, *Dpp*, § 24, D, p. 190; en el Derecho del ámbito latinoamericano es paradigmática la opinión de PELLEGRINI GRINOVER, *Pruebas ilícitas*, n° 4, ps. 23 y ss. (con mayor enjundia en *Liberdades públicas e processo penal*, 2.2, ps. 91 y ss.), quien distingue entre "prueba ilegítima" y "prueba ilícita" y extrae de la distinción ciertas consecuencias.

¹⁵⁰ Así, claramente, FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, ps. 314 y ss.; ROXIN, *Dpp*, § 24, D, p. 190; reconoce que "bajo el concepto general de *prohibiciones probatorias* se sintetiza aquí a todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal".

que operan como límites del ejercicio de esas facultades. Otros acentúan en primer lugar el deber del juez en el procedimiento de no utilizar en sus decisiones los conocimientos obtenidos a contrapelo de la ley y, por ello, utilizan la designación genérica de *prohibiciones probatorias*¹⁵¹. Por último, los americanos del norte, dentro del derecho anglosajón, fieles a su manera de pensar, prefieren mencionar el efecto práctico que produce la ilicitud del medio o del método de recolección o incorporación de conocimiento al proceso, y tratan el tema bajo el título de *regla de exclusión* del material probatorio (*exclusionary rule*)¹⁵². En gran medida --por no decir: en absoluto-- todas estas distinciones representan diferencias sólo semánticas¹⁵³, vinculadas únicamente al desarrollo histórico concreto del tema y a su contenido en un orden jurídico nacional determinado.

Todavía menos uniforme y menos fundada resulta ser el análisis categorial del tema, con sus reglas y excepciones, cuyo contenido real también discrepa según se trate de uno o de otro Derecho nacional¹⁵⁴. Así, por ejemplo, la distinción en el Derecho procesal penal alemán entre prohibiciones de adquisición o incorporación de prueba (*Beweiserhebungsverbote*) y prohibiciones de valoración de prueba (*Beweisverwertungsverbote*), o entre prohibiciones dependientes e independientes (*unselbständige* y *selbständige Beweisverwertungsverbote*)¹⁵⁵. Del mismo modo, en el Derecho angloamericano acostumbra a distinguirse a las reglas de exclusión *intrínsecas* de las *extrínsecas* y a designarse ciertas excepciones a la regla de exclusión como aquella de la fuente independiente (*independent sour-*

¹⁵¹ Esta es la denominación corriente en el Derecho procesal penal alemán (*Beweisverbote*): cf. ROXIN, *Dpp*, § 24, D, ps. 188 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO*, § 28, p. 270. Hay en Alemania mucha literatura jurídica sobre el particular, pero el primer estudio serio que conozco corresponde a BELING, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß* (1903), antes mencionado, quien habría rotulado de esa manera su fe de bautismo; en el siglo XX pertenece a la tesis profesoral (*Habilitation*) de DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß* (1977), la utilización del nombre según una de las categorías dogmáticas de su análisis; recientemente, JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*; entre nosotros, un único estudio monográfico, que adopta la designación alemana y constituye la tesis doctoral de GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*.

¹⁵² Cf. HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, quien aborda su exposición desde la creación del derecho angloamericano de la *regla de exclusión* (ver ya desde la Introducción, ps. 19 y ss.); GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, ps. 7 y siguientes.

¹⁵³ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 1, C, ps. 19 y siguiente.

¹⁵⁴ Esto es aquello que impide llegar a consensos fructíferos en el ámbito del llamado Derecho penal internacional, a contrario de lo que opina GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. VI, 2, D, ps. 239 y siguientes.

¹⁵⁵ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 1, D, ps. 21 y ss., y IV, 1, ps. 103 y ss.

ce), la del peligro para la seguridad pública (*public safety exception*), la del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) y la de la buena fe (*good faith exception*), caminos que, con ciertas salvedades, sólo representan abdicaciones más o menos rigurosas de la regla general afirmada, en casos particulares¹⁵⁶. Algo similar, en el mismo sentido, resultan ser explicaciones teóricas acerca del funcionamiento del principio, como la “teoría del ámbito de derechos” (*Rechtskreistheorie*)¹⁵⁷ o, sin ir más lejos, la aminoración de su influencia (limitación de la limitación) por la vía de la “proporcionalidad”, según cualquiera de las fórmulas conocidas¹⁵⁸.

III. El tema es, sin duda, como lo dijimos, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. Tal caracterización me obliga a exponer, sintéticamente, las aristas generales del problema: para ello me valdré de una pequeña reseña histórica y después avanzaré sobre el estado actual de la discusión y sus perspectivas futuras.

Son, como dije, varias las fórmulas que han sido históricamente utilizadas para designar la inadmisibilidad procesal de aquellos elementos de prueba obtenidos mediante la inobservancia o vulneración de las normas –procesales o constitucionales– que regulan el objeto o el mecanismo de recolección de prueba en miras a un conocimiento determinado, conectado al objeto del procedimiento. Ello, sin duda, ha contribuido a crear cierta confusión en torno a qué es “lo prohibido” y a cuáles son los alcances de la prohibición. En el ámbito europeo-continental, fue BELING, sin duda, el primero en desarrollar analíticamente el problema en su ya célebre trabajo “Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad”¹⁵⁹. Allí se planteaba, en una formulación que carece hoy de eficacia, pero que revela la necesidad intrínseca del estudio, la existencia de límites a la misión de averiguar la verdad que preside la persecución penal estatal. Estos límites eran designados, genéricamente, como “prohibiciones probatorias”. Dentro de ellas, se formuló la distinción –hoy todavía utilizada por algunos y criticada por otros– entre *prohibición de temas de prueba* (*Beweisthemaverbote*), cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, *prohibición de medios*

¹⁵⁶ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Caps. II, 1, B, ps. 13 y ss., y III, 3, ps. 46 y ss.; ver también, del mismo autor, *Las prohibiciones probatorias*, ps. 20 y siguiente.

¹⁵⁷ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, p. 105.

¹⁵⁸ Como ejemplo, el amplísimo de nuestra Corte Suprema federal en la conocida sentencia de “Fiscal c/Fernández” o “Rivas Graña” (*Fallos CSN*, t. 313, ps. 1305 y siguientes).

¹⁵⁹ BELING, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*.

de prueba (*Beweismittelverbote*), cuando lo inadmisibile yace en el medio probatorio y *prohibiciones de métodos de prueba* (*Beweismethodenverbote*), cuando lo que se prohíbe es, precisamente, la utilización de ciertos modos o formas de recolectar la prueba. Todos estos casos son estudiados actualmente bajo el rótulo de *prohibiciones de admisión o incorporación de prueba* (*Beweiserhebungsverbote*)¹⁶⁰. Por otro lado, unida a la distinción entre *prueba libre* (*Freibeweis*) y *prueba rigurosa* (*Strengbeweis*), según que ella se refiera a decisiones de índole procesal o a decisiones que, aunque referidas al Derecho penal material, no sean sentencias que diriman la cuestión de culpabilidad, o, precisamente, a estas últimas –por tanto, al debate y su resultado–, respectivamente, aparecen aquellas prohibiciones como opuestas a las *prohibiciones de valoración probatorias* (*Beweisverwertungsverbote*), de suma importancia para apreciar aquello que puede ingresar al juicio público –específicamente, al debate– y ser valorado por los jueces del tribunal en la sentencia sobre la culpabilidad y la pena, que le pone fin¹⁶¹.

Pero, según ya se advirtió, no sólo la ciencia jurídica alemana aportó a la discusión. En Italia, sobre todo por influencia de FLORIÁN¹⁶², el problema se estudió más directamente de la mano de las *limitaciones* al principio de la *libertad probatoria* en materia penal: todo hecho o circunstancia relevante para el procedimiento y su decisión puede ser probado por cualquier medio de prueba. Existen, sin embargo, escasas *limitaciones absolutas*, referidas al objeto de la prueba (*thema probationis*) –esto es, al hecho, circunstancia o calificativo de aquello que se desea verificar– y, ciertamente, muchas *limitaciones relativas*, referidas a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido en él la valoración de la prueba. Las primeras aluden a la posibilidad de que el hecho, circunstancia o calificación a probar esté excluido de la posibilidad de ser probado por una regla de Derecho positivo fundada en la defensa de un bien o interés reconocido que, para el orden jurídico, posee un valor superior que la utilización judicial del dato para decidir un conflicto social, como sucede, a guisa de ejemplo, con la filiación adulterina según la regla originaria del CC argentino (art. 341, texto originario). Las

¹⁶⁰ Sintéticamente, cf. VOLK, *Grundkurs StPO* (4ª ed.), § 28, I, 1, p. 270.

¹⁶¹ Sobre el punto, cf. ROXIN, *Dpp*, § 24, B, ps. 185 y s., y D, IV, p. 194; VOLK, *Grundkurs StPO* (4ª ed.), § 226 y s., y § 28, 2, p. 271; GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 2, B y II, 3, ps. 34 y siguientes.

¹⁶² FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, § 9, ps. 146 y ss.; sintéticamente, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Cap. V, § 70, ps. 314 y siguientes.

limitaciones relativas proceden también de la ley, con idéntico fundamento, pero no impiden, abstractamente, que el hecho, circunstancia o calificación, tema de la prueba, pueda ser probado, sino, tan sólo, prohíben que ellos sean verificados por intermedio de algún órgano o medio de prueba específicos o que sea probado a través de un procedimiento extraño al que prevé la ley, o, de otra manera, imponen un medio, órgano o procedimiento probatorio particular, reglas a respetar para alcanzar el conocimiento requerido. Nuevamente a guisa de ejemplo: las legislaciones positivas impiden, en ocasiones, que ciertas personas presten testimonio contra el imputado (cónyuge o parientes, en grado próximo, sacerdotes, abogados o, en general, personas vinculadas por el deber de la reserva profesional o en la práctica de un oficio); otras veces, el orden jurídico excluye ciertos medios para averiguar una circunstancia, según sucede casi siempre con las formas *ad probationem* y, más concretamente, con el estado civil de las personas, que, en principio, sólo puede ser probado mediante los certificados que expide la autoridad pública competente; por último, las reglas referidas al procedimiento de asunción y valoración de la prueba deben ser respetadas, razón por la cual, por ejemplo, el tribunal de juicio, en la sentencia, no podría valorar en ella —al menos, en contra del imputado— un medio de prueba que no fue incorporado al debate y sometido al procedimiento de contradicción y a la publicidad que para él se prevé. Empero, según se observa, las limitaciones relativas no impiden que el hecho o circunstancia valioso para la decisión pueda ser probado por otro órgano o medio de prueba admitido por la ley y conforme al procedimiento que la ley prevé.

Se debe advertir que, como indica la exposición anterior, el desarrollo de las llamadas prohibiciones probatorias no emerge, en el derecho continental europeo, en principio, para afianzar ciertas garantías procesales del imputado, en el marco de sus derechos fundamentales en un Estado de Derecho, como sucede en el Derecho angloamericano, según lo veremos. Por lo demás, el esquema de razonamiento resulta distinto en ambas culturas jurídicas: la tradición angloamericana piensa estas reglas como judiciales, en cierta manera dirigidas al juez o impuestas por la labor judicial, mientras que la teoría europeo continental observa, en primer lugar, lo que dice la ley que, en ocasiones, resulta reglamentaria de las garantías constitucionales, pero, en otras, su motivación no parece muy emparentada con ellas sino con otras razones, entre las cuales la certeza de los medios de prueba y la valoración de ciertos bienes jurídicos tienen variada importancia¹⁶³.

¹⁶³ Cf. sobre este punto, GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 1, ps. 7 y siguientes.

IV. Junto con esta evolución en el derecho europeo-continental se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano, un sistema conceptual menos rígido –y seguramente más pragmático– en torno al tema en análisis: la doctrina de la *exclusión probatoria*, o, simplemente, la *regla de exclusión*, elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del fallo “Weeks vs. U.S.” (1914)¹⁶⁴. Este desarrollo, que si bien ha conducido a resultados prácticos similares al de las tesis europeo-continentales, al menos en el ámbito de aquello que llamamos prohibiciones de valoración probatorias, partió, sin embargo, de postulados políticos esencialmente distintos: la *regla de exclusión* surge como un método para reforzar la vigencia de ciertos derechos constitucionales (en el fallo mencionado, la protección del domicilio, papeles privados y efectos personales contra búsquedas y secuestros irrazonables), y no emerge, por lo contrario, como una excepción a las facultades de indagación de un Estado, en principio sin limitación alguna, en el desarrollo de esta tarea.

Esto marca, a su vez, una importante diferencia entre los respectivos ámbitos de la discusión académica: mientras en los Estados Unidos siempre se ha argumentado sobre la base de las garantías constitucionalmente tuteladas y de la eficacia de la *regla de exclusión* para su protección, la discusión europeo-continental –aunque aquí me limito en verdad a la República Federal de Alemania– se ha ceñido históricamente de manera fundamental –y acaso, excesivamente– al derecho positivo común, el cual rara vez contiene disposiciones expresas en cuanto al tema que nos ocupa (una excepción es el § 136 OPP, RFA, que prohíbe expresamente la valoración de la declaración del imputado obtenida mediante coacción o engaño). Prueba de esto es que sólo en una decisión sumamente reciente la Corte Suprema alemana (BGH) reconoció la existencia de una prohibición de valoración probatoria frente a la omisión del deber de advertencia previa a la declaración del imputado sobre su derecho a guardar silencio, recogido en el § 136 OPP, tras años de concebir a dicha regla como una “mera disposición de orden”, cuya vulneración no arrojaba consecuencia jurídica alguna –ni siquiera para fundar la casación–, a pesar de la crítica sostenida de la doctrina. A partir de BGH 38, 214 (27/2/1992), la Corte afirmó la existencia de una prohibición de valoración probatoria derivada de la lesión al § 136 OPP, para lo cual tuvo que abandonar el plano normati-

¹⁶⁴ Cf., a partir de esta afirmación, HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Segunda parte y ss., ps. 33 y ss., quien, a pesar de dedicarse en su tesis doctoral a las excepciones que el principio de la *regla de exclusión* generó, trae una buena síntesis del Derecho de los EE.UU. y de su repercusión entre nosotros (jurisprudencia y doctrina).

vo del derecho positivo común y fundar el derecho a guardar silencio en "la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso".

Todos estos intentos conceptuales pretenden designar, cada cual a su modo, y conforme sus propias fundamentaciones, un problema más acotado: la inadmisibilidad de la valoración en contra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vulneración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas. De aquí en más, me referiré a dicha inadmisibilidad utilizando la expresión "prohibiciones de valoración probatoria", ya que, posiblemente, ella resulte más familiar en nuestro ámbito¹⁶⁵.

2. La delimitación de las prohibiciones de valoración probatoria

La dogmática jurídica alemana divide a las prohibiciones de valoración en *dependientes* e *independientes*, según se apoyen en la lesión a una prohibición de adquisición o incorporación de prueba para obtener determinado conocimiento (como, por ejemplo, las normas referidas al derecho de ciertos testigos de no declarar contra el imputado) o no se vinculen con una regla de este tipo¹⁶⁶. En el primer caso, la delimitación no presenta mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición o incorporación establecida en el precepto legal. El problema se plantea, como es natural, en el segundo grupo, claramente el más polémico y, quizás, el mayoritario, y en el que se incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales (*verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote*). Allí, según la opinión dominante, se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde el último, el interés estatal por la persecución penal, prevalezca sobre el primero, el interés individual. Fundamentalmente, ello ocurre en los casos de "criminalidad grave y de difícil esclarecimiento". Este modo de solucionar el punto e, incluso, de fundar esa solución es muy cuestionable. Por lo pronto, ella parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria, *exclusivamente*, como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden o no

¹⁶⁵ Éste es el interés principal revelado por la doctrina: cf. MUÑOZ CONDE, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, ps. 379 y siguientes.

¹⁶⁶ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 1, D, ps. 21 y siguientes.

ceder frente a la potestad de persecución penal estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema ético y jurídico que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de una actividad irregular, incluso según la ley del Estado, reñida, en ocasiones, con su propio estatuto constitucional. Prueba de ello es que, hasta hoy, el único intento de respuesta que sostienen quienes afirman la solución para responder a la crítica desemboca siempre en el aforismo "*in delictis atrocissimis... iura transgredi licet*"¹⁶⁷, y, en el mejor de los casos, no ha sido otra cosa que una aceptación parcial del aforismo en cuestión¹⁶⁸. Ello significa que, en la práctica, la limpieza del procedimiento penal dependerá, en verdad y en el mejor de los casos, de la magnitud de la imputación deducida en él —en la mayoría de los casos apreciada subjetivamente por el juez, sin ley que, al menos, lo imponga—, ya que el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución penal reza algo así como: "en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, tal proceder no constituirá un obstáculo para la persecución penal y la decisión final de condena, o, si se quiere, aminoradamente, sólo lo constituirá excepcionalmente". Tampoco desde el punto de vista *preventivo*, ésta es una estrategia aconsejable.

No corre mejor suerte la tesis de la Corte Suprema alemana que circunscribe el círculo de prohibiciones de valoración independientes a la lesión efectiva de una norma que afecte el "ámbito de derechos" del imputado (*Rechtskreisstheorie*). La teoría, limitativa de la propia limitación, recurre al "fundamento de la disposición" vulnerada y al interés para el que ella ha sido creada. Esta teoría ignora directamente el derecho del imputado a que sean respetadas no sólo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos, sino también la regularidad del procedimiento seguido en su contra (*legalidad o formalidad* del procedimiento)¹⁶⁹. La crítica ácida de SYDOW subraya la base de aquella crítica anterior con un sarcasmo: "quien se encuentra en la cárcel porque el tri-

¹⁶⁷ SYDOW, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, ps. 59 y 108.

¹⁶⁸ ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, p. 34. Un ejemplo claro en la sentencia de nuestra Corte Suprema, Fallos t. 313, ps. 1305 y ss., "Fiscal c/Fernández" o "Rivas Graña". El mismo problema se plantea, aun cuando fuera del tema de las prohibiciones probatorias, en todas aquellas sentencias que, a pesar de reconocer el Derecho a la *intimidad* o a la *privacidad* (CN, 19), punen el consumo de sustancias de comercialización prohibida (vulgarmente, drogas) o la tenencia para ese consumo, porque, de otra manera, dejarían de obrar efectivamente contra el llamado "proveedor" o él sería inaccesible.

¹⁶⁹ ROXIN, *Dpp*, § 24, D, II, ps. 192 y s.; en alemán: *Justizförmigkeit des Verfahrens*.

bunal ha lesionado una disposición procesal, y sin la vulneración él hubiera sido con seguridad, o incluso con probabilidad, absuelto, no olvidará esta teoría, y no lo tranquilizará el hecho de que la lesión procesal no haya afectado esencialmente su ámbito de derechos”¹⁷⁰.

La evolución en el derecho angloamericano, en este aspecto –limitación de las limitaciones– tampoco resulta satisfactoria¹⁷¹. La opinión dominante ha basado siempre la necesidad de la *regla de exclusión* probatoria a partir de los efectos *preventivos* que ella debe producir sobre los órganos de la persecución penal. Precisamente por ello, la exclusión de la prueba obtenida en forma irregular ha sido negada en aquellos casos en los cuales se considera que esos fines preventivos no resultan necesarios: cuando, por ejemplo, un oficial de policía actúa en la “creencia objetivamente razonable” de que su conducta respeta los derechos fundamentales del afectado, aunque objetivamente los lesione, es innecesario recurrir a la exclusión de la prueba adquirida mediante la injerencia irregular (*good faith exception*). En casos de este tipo, según la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, los beneficios preventivos que presentaría la regla de exclusión quedan superados por sus propios costos (“imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas”)¹⁷²; con otras palabras: en estos casos “la finalidad preventiva pierde mucha de su fuerza” argumental¹⁷³. La discrepancia de la minoría de la Corte frente a esta excepción al ámbito de aplicación de la regla resume la crítica que se debe formular tanto al fundamento como a la excepción: la vigencia de la regla de exclusión no depende de los eventuales efectos preventivos; ella se deduce directamente de un imperativo constitucional; por ello es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como “factor de corrección” frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado¹⁷⁴.

El mismo razonamiento dio lugar a otro tipo de argumentación limitativa de la limitación, esto es, a la excepción que acude a la *seguridad pública* (*public safety excep-*

¹⁷⁰ SYDOW, *Kritik der Lehre von den “Beweisverboten”*, p. 69.

¹⁷¹ Sobre dicha evolución, cf. HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, ps. 33 y ss., con aplicación a la jurisprudencia argentina; GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, ps. 18 y siguientes.

¹⁷² “U.S. v. Leon” (468 U.S. 897) (1984). Cf., sobre el particular y con cita de otras sentencias, GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, ps. 54 y s.; HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Tercera parte, 3, ps. 79 y siguientes.

¹⁷³ Cf., con cita de las sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU., en GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, p. 48.

¹⁷⁴ “No es la regla de exclusión, sino la Enmienda misma la que ha impuesto este costo”.

tion), pues “la necesidad de respuesta del sistema penal en situaciones que supongan una amenaza para la ‘seguridad pública’ sobrepasa ‘la necesidad de una regla profiláctica que protege el privilegio contra la autoincriminación, contenido en la Quinta Enmienda’¹⁷⁵. La misma regla “costo/beneficio” informa la teoría alemana de la *proporcionalidad* o de la *ponderación de bienes jurídicos* (*Abwägungslehre*), según la cual la exposición al fracaso de una persecución penal concreta, debido a la prohibición de valoración, supera, en muchos casos, al mantenimiento incólume de la regla abstracta que impide valorar un elemento de prueba.

Más allá de la fundamentación de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de medios de prueba, en el Derecho angloamericano, o a las limitaciones o prohibiciones de valoración probatoria, en el Derecho europeo-continental, existen otras explicaciones que procuran fundar esas exclusiones, limitaciones o prohibiciones¹⁷⁶, aunque, según mi opinión, también procuran y sólo logran fundar límites a esos límites. La primera y más antigua –*peligro para el hallazgo de la verdad-confiabilidad*– confunde las prohibiciones de valoración, que suponen un sistema de libre convicción en la valoración de la prueba por el juez de mérito, con un sistema de *prueba legal* y pretende establecer parámetros para indicarle al juez de mérito cómo debe valorar la prueba. La segunda de ellas –*perturbación de los efectos preventivo-generales de la pena*– afirma que sólo las sentencias con autoridad moral, esto es, las que confluyen y son obtenidas con las formalidades de la ley procesal penal (procedimiento correcto), poseen ciertos efectos empíricos preventivo-generales, fin de la pena estatal. La tercera resulta ser la versión *garantista* de las prohibiciones de valoración, en tanto las funda sólo en la *protección de intereses individuales frente a la persecución penal estatal*, claro que con la regla de corrección que significa la *ponderación de bienes*, de modo que ellas sólo operan cuando el interés individual prevalezca sobre los intereses persecutorios del Estado¹⁷⁷. Sospecho que todas estas teorías tienen más por fin poner límites a las prohibiciones de valoración que establecerlas. Con el conocido caso académico del cadáver hallado mediante un allanamiento autorizado para otro objeto específico, distinto del descubrimiento de un homicidio, puede describirse el temor que al intérprete le sugiere la afirmación absoluta de prohibiciones de valoración probatorias.

Lo expuesto hasta aquí permitiría identificar dos líneas argumentales en tensión constante: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedi-

¹⁷⁵ Cd. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, p. 48.

¹⁷⁶ Todas ellas son tomadas en cuenta y criticadas en la tesis de GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. III, ps. 37 y ss., n° 2, p. 40 y ss., n° 4, ps. 58 y ss., y n° 5, A, ps. 68 y ss.; puede confrontarse, también, en idioma alemán, VOLK, *Grundkurs StPO*, § 28, III, ps. 272 y siguientes.

¹⁷⁷ Tras de ciertas justificaciones parece ondear siempre el *principio de proporcionalidad* como única puerta de salida analítica de solución del interrogante sobre la valoración probatoria en casos límites: cf., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, III, ps. 383 y ss. Subsidiaria de esa idea resulta ser aquella de encolumnar en una lista los delitos que permiten una determinada injerencia: *idem*, A, p. 388.

miento¹⁷⁸, y, unido a ella, la de que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su pretensión punitiva aquella información que haya obtenido en forma irregular; por otro, la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso a argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos concretos o abstractos, generalmente graves, queden impunes supera a la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales como límites a la persecución penal.

Para ello, se ha dejado de lado el simple hecho de que aquí se trata, fundamentalmente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren una potestad de injerencia a la persecución penal, o bien de la injerencia realizada en ausencia de una norma semejante. Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen políticamente *autolimitaciones* para el Estado —o si se quiere, jurídicamente, negaciones de esas facultades que conducen, por carencia de competencia funcional, a la ilegitimidad del acto— y son el producto del proceso de reforma decimonónico en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo¹⁷⁹. El Estado de Derecho está obligado, por ello, a respetar el *rito* establecido para su actividad persecutoria¹⁸⁰. El incumplimiento de estas reglas conlleva el contrasentido ético ya señalado por Eberhard SCHMIDT: el Estado ya no puede mostrar frente al acusado “buena conciencia con la pretensión de superioridad moral”¹⁸¹. Ello es aún más evidente cuando se advierte que cada norma de recolección de prueba afecta significativamente derechos individuales de los ciudadanos (algunos ejemplos: el allanamiento y registro domiciliario, el derecho a la intimidad; el secuestro, el de propiedad; el deber de declarar como testigo, la libertad de información, etcétera).

Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria sólo puede ser, entonces, la prohibición de un *venire contra factum proprium* del Estado. Este calificativo de la acción estatal se encuentra vinculado a las autolimitaciones descriptas, quien no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata

¹⁷⁸ Como lo ha expresado múltiplemente la Corte Suprema de la RFA (BGHSt, 14, 358) y los autores de esa escuela jurídica citados en el texto, pensamiento que, sin embargo, no han seguido siempre fielmente.

¹⁷⁹ FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, ps. 22 y siguiente.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 621, con cita de CARRARA.

¹⁸¹ SCHMIDT, *Gustav Radbruch als Kriminalist*, “ZStW”, 63, 1951, p. 160.

el carácter *imperativo* que BELING le había conferido a las prohibiciones probatorias: la prueba irregular es "un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer"¹⁸².

Por ello, parece tener razón la tesis de Fabricio GUARIGLIA, al establecer que una prohibición de valoración probatoria sólo necesita como fundamento la lesión objetiva a una regla procesal sobre la adquisición en el procedimiento judicial de un conocimiento determinado¹⁸³, se trate la regla de una referida a la limitación por el objeto a conocer, por el órgano que proporciona la información, por el medio que regula el ingreso de la información o por el método o procedimiento que posibilita ese ingreso, se trate de una previsión negativa que determina aquella vía por la cual no puede obtenerse la información, que deja abierta otras posibilidades de incorporar la misma información, o bien de una prescripción positiva que determina cómo se puede obtener determinado conocimiento¹⁸⁴. La razón de ser que informa esta tesis es clara y elimina todo atisbo de trasladar el problema a una *lesión subjetiva* de derechos individuales. Los ciudadanos de un Estado sólo están obligados a hacer lo que la ley manda y carecen de todo deber relativo a la ejecución de actos que la ley no prohíbe¹⁸⁵; todo lo demás es ámbito de libertad, facultativo para ellos y su voluntad, de signo deontológico *permitido*. En cierta manera el Estado también posee en la regulación de sus actos una cláusula de cerramiento, pero de sentido inverso: sus órganos sólo están facultados a llevar a cabo aquellos actos que la ley les permite y de la manera que la ley se los permite; todo lo demás, aquello para lo que no están facultados, integra el ámbito de la ilicitud, más allá de las consecuencias más graves, menos graves, variadas o únicas que la ley establezca para la irregularidad. De tal manera, "(e)l 'mínimo ético' del Estado —que procuraba Eberhard SCHMIDT para el procedimiento penal (aclaración nuestra)— debería residir, en consecuencia, en el respeto irrestricto a estas reglas durante la persecución penal, es decir, en la observación de las autolimitaciones que él se ha

¹⁸² BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, p. 25.

¹⁸³ Ésta es, también, la tesis que escuché y discutí con Eberhard STRUENSEE (Profesor de Derecho penal en Münster [RFA]), en el Congreso argentino de Derecho Procesal realizado en Termas de Río Hondo (Santiago del Estero), donde él tomó a su cargo el tema: cf. su trabajo *La prueba prohibida* (trad. Patricia Ziffer), ps. 231 y ss., en especial B, ps. 236 y s.; también en "Justicia penal y sociedad", revista guatemalteca de ciencias penales, ps. 105 y ss., en especial, B, ps. 108 y siguiente.

¹⁸⁴ GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. III, 5, C, ps. 84 y siguientes.

¹⁸⁵ Cláusula de cerramiento del Derecho penal: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*.

impuesto para la represión de hechos punibles”; “(e)n suma: la persecución penal sólo puede tener ‘derecho’ a la obtención e incorporación de una prueba determinada y a la formulación de un conocimiento concreto cuando ha cumplido con todos los requisitos –materiales y formales– que el legislador le ha impuesto. ‘Decisivo es el reconocimiento de que no pueden estar desde el inicio al alcance de la averiguación de la verdad judicial todos los medios de prueba que son *fácticamente* accesibles para los funcionarios de la persecución penal, sino sólo aquellos que pueden ser adquiridos en un procedimiento ordenado conforme a (D)erecho, bajo observancia de los límites de injerencia allí contenidos”¹⁸⁶. De ese modo toda regla referida a la adquisición de material para el conocimiento (prueba) se transforma automáticamente en una regla de valoración probatoria para la decisión judicial; todo mandato legal de obtener el conocimiento de cierta manera o toda prohibición legal de obtenerlo de tal o cual manera se transforma automáticamente en una de las llamadas prohibiciones de valoración, así como el desconocimiento de cualquier forma prevista para que un acto produzca determinados efectos (potestad o facultad) genera la invalidez del acto, en origen, más allá o a pesar de las posibilidades de subsanación –corrección de errores por acción, por omisión o, simplemente, en razón de la finalidad del acto, o de su ubicación temporal o procesal– que el orden jurídico reconozca¹⁸⁷.

3. Efectos

Me voy a referir ahora a las consecuencias jurídicas o efectos de la adquisición estatal irregular de elementos de prueba, desde el punto de vista del procedimiento penal; vale la pena esta última aclaración porque, con independencia de las consecuencias que admitiremos, el orden jurídico puede, libremente, estatuir otras consecuencias para el acto, por ejemplo, también consecuencias penales, como sucede –también de manera paradigmática– con la tortura o los tormentos.

I. Como su misma denominación lo expresa, la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces no tanto el *objeto* de prueba, lo cual sólo sucede en el caso de la *prohibición de temas de prueba*, o *limitaciones absolutas*, sino únicamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuo-

¹⁸⁶ GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, ps. 86 y 92 (cita final de FEZER, *Comentario a BGH*, p. 295).

¹⁸⁷ Cf. MAIER, *La función normativa de la nulidad*, § 6, ps. 137 y siguientes.

sa o irregular. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba. Hasta aquí no existe mayor discusión sobre el punto que no verse sobre aquello que fue explicado con anterioridad, en general, sobre el perímetro de las prohibiciones de valoración y sobre su fundamento. Cuando, con cualquiera de las teorías afirmadas o criticadas, se admite estar en presencia de una de estas prohibiciones, el efecto ya detallado es claro e indiscutible: si el medio de información fracasa por ilegítimo, el conocimiento eventual adquirido a su través debe ser también eliminado del procedimiento.

II. La discusión gira antes bien –como es sabido– en torno al *alcance* de la prohibición: ¿abarca ella también al conocimiento mediato, obtenido por la vía de un medio de prueba regular y llevado a cabo conforme a la ley, pero cuyo origen proviene de un conocimiento obtenido en forma irregular, o ella está circunscripta exclusivamente al obtenido en forma *directa* mediante el acto irregular? Esta pregunta se refiere a aquello que en la terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos se denomina *doctrina del fruto del árbol venenoso* (*fruit of the poisoned tree doctrine*) y en la discusión alemana, prohijada e influenciada por la anterior, se nombra como *efecto extensivo* (*Fernwirkung*)¹⁸⁸. En esta discusión también hallamos problemas y contradicciones similares a las señaladas en el punto anterior.

En Alemania, el desarrollo dogmático y jurisprudencial no ha logrado presentar un esquema analítico claro: la jurisprudencia ha negado, históricamente, la existencia de un alcance extensivo de la prohibición¹⁸⁹, al menos, como regla general. Algunos sectores de la dogmática lo han afirmado, pero discrepan en torno a su ámbito de vigencia¹⁹⁰.

Sin duda, es en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en donde se halla la exposición más completa de la teoría en análisis, aun con las limitaciones posteriores introducidas por la misma Corte¹⁹¹. En dos fallos iniciales (*Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 1920 y

¹⁸⁸ Cf. ROXIN, *Dpp*, § 24, D, V, ps. 205 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO*, § 28, VI, p. 286.

¹⁸⁹ BGHSt 27, 355; 32, 68; 34, 362; entre otros; VOLK, *Grundkurs StPO*; ROXIN, *Dpp*, revela un caso en el cual la Corte Suprema alemana admitió un efecto semejante.

¹⁹⁰ ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, ps. 38 y siguientes; ROXIN, *Dpp*; VOLK, *Grundkurs StPO*.

¹⁹¹ Cf. sobre el punto, ampliamente y con detalles, GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, Cap. II, 1, B, ps. 13 y ss. y IV, 5, A y B, ps. 158 y siguientes. Llegados a este punto no se igno-

Nardone v. U.S., 1939)¹⁹², la Corte excluyó prueba adquirida por medios regulares, pero a cuyo conocimiento la persecución penal había arribado mediante una actividad irregular anterior. Según la Corte, la introducción en el juicio, y consecuente valoración, de la prueba *mediata*, supondría “fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal” (*Nardone*, voto del juez Frankfurter). La única excepción admitida por la Corte en esa época quedaba delimitada por la llamada “fuente independiente” (*independent source*): la prueba puede ser admitida si ella es el producto de un curso de investigación *actual* (es decir, no hipotético), *regular* y totalmente *independiente* de la infracción previa llevada a cabo por los órganos de la persecución penal. En verdad, tal como se explicó más arriba, ello no constituye, en sentido estricto, excepción alguna, pues el *objeto* de la prueba, en los casos de aquello que FLORIÁN denominaba *limitaciones relativas*, permanece accesible a la persecución penal: la existencia de una línea de investigación independiente y legítima –previa o contemporánea a la lesión procesal– que conduce también a la adquisición del conocimiento –y, quizás, del medio probatorio de ese conocimiento– en cuestión, constituye un modo lícito de obtención de ese conocimiento y de su prueba, salvo que sea imposible determinar con precisión de qué modo la persecución penal tomó conocimiento de ella; en un caso semejante, el peligro de que se incorpore prueba irregular debe prevalecer sobre el interés estatal en la persecución penal y la prueba debe ser excluida¹⁹³.

Una derivación crítica de esta justificación resulta del caso *Won Sun v. U.S.*¹⁹⁴. En la sentencia se sostiene la posibilidad de que un acto independiente intervenga en

rará que toda esta sección del parágrafo, en especial esta parte, reconoce la influencia de los estudios, discusiones y hasta intentos monográficos de Fabricio GUARIGLIA, por entonces mi discípulo y doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, al punto de que, recorriendo las páginas de su tesis con motivo de dar mi opinión sobre tema tan importante, he advertido similitudes de exposición que tienen su origen en aquellos trabajos iniciales. Estimo suficiente esta confesión –no alcanzada por prohibición de valoración alguna– para agradecerle a Fabricio aquella colaboración, ya que él fue, como lo explico en el Prólogo a su libro, aquí citado, el primer jurista que se ocupó ordenadamente del tema en nuestro país –y, según creo, en la literatura jurídica de habla hispana–, incluso a instancia mía.

¹⁹² 251 U.S. 385 y 308 U.S. 338, citados según GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, nota al pie n° 465, p. 162.

¹⁹³ Cf. sobre el particular, con detalles, DIAZ CANTÓN, *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*, ps. 333 y siguientes.

¹⁹⁴ 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407, 9 L. Ed. 2d. 441 (1963), citado según GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, nota al pie n° 475, p. 165.

el curso causal, de modo tal que el conocimiento adquirido por un medio de prueba legítimamente llevado a cabo no fluya de un conocimiento irregular (*intervening independent act*): el ejemplo paradigmático –caso en el que doctrina tuvo aplicación– no parece ser, sin embargo, de los más propicios para aceptar la teoría¹⁹⁵.

Más complejo es el análisis de la segunda excepción introducida en fecha más reciente por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁹⁶: la doctrina del “descubrimiento inevitable” (*inevitable discovery*). Según ella, una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos¹⁹⁷. La teoría pretende determinar, en cada caso, a través de un *curso causal hipotético*, si se hubiera llegado en forma regular a la obtención de la misma prueba. Las críticas a un criterio semejante son varias: por un lado, se señala que lo decisivo es que la lesión al derecho individual efectivamente ha acontecido: “la evitabilidad de la acción lesiva no es apta para compensar o reparar el ilícito de la lesión”¹⁹⁸. Por otro, se critica que la responsabilidad del Estado por la violación a las normas constitucionales, o por la lesión a las reglas del procedimiento, se diluya a través de la especulación¹⁹⁹.

Contemplado desde el prisma del Derecho penal material, el problema se aproxima a la relevancia del curso causal hipotético –y del comportamiento alternativo conforme a derecho– para la imputación objetiva del resultado. Es decir, si en el caso concreto el resultado es imputable aun cuando él también habría sido –con certeza– producido por un comportamiento alternativo conforme a derecho. Ello, según la opinión dominante, conduce a excluir la imputación objetiva y lleva a la impunidad en el caso del ilícito imprudente; por lo contrario, si el autor ha obrado con dolo, responde por tentativa²⁰⁰. Esta tesis –que de todos modos no llega a

¹⁹⁵ Cf. GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, ps. 165 y ss.: comparecencia absolutamente voluntaria al procedimiento de una persona que confesó su delito, persona que, en principio, fue identificado con origen en un acto irregular y que luego solicitó la invalidación de su confesión; sin embargo, el mismo autor reconoce que, bajo ciertas condiciones, la doctrina del caso se podría aplicar sin inconvenientes o, lo que implica decir lo mismo, se asimila a la *fuerza independiente*.

¹⁹⁶ “Nix v. Williams”, 467 U.S. 431 (1984), citado según GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance*, nota al pie n° 479, p. 167.

¹⁹⁷ Incluso yo mismo, en esta obra, he sido partidario de esta teoría, aun antes de conocerla: ver t. I, § 6, G, 5, y nota al pie n° 409.

¹⁹⁸ ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, p. 33.

¹⁹⁹ Voto del juez Stevens en “Nix”. Cf. DÍAZ CANTÓN, *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*, XI, c. 9, ps. 344 y s., a propósito de una aplicación del principio de inocencia y del aforismo *in dubio pro reo*.

²⁰⁰ ROXIN, *Strafrecht AT*, C.H. Beck, München, 1992, § 11, p. 240.

excluir el disvalor de acción en el caso de los delitos dolosos, ni, por ello, el ilícito de la tentativa— no es trasladable al campo del Derecho procesal penal, en general, ni al de las prohibiciones de valoración, en particular; no sólo porque el fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria, como fue dicho, no es —o al menos, no lo es exclusivamente— el eventual efecto preventivo que ellas podrían tener en los órganos de la persecución penal, como remarca AMELUNG²⁰¹, sino, fundamentalmente, porque los planos en los cuales operan las normas penales y las normas procesales son distintos y, consecuentemente, las consecuencias de la infracción de unas y de otras también son absolutamente diferentes, con prescindencia de si una sola y misma acción consume ambas lesiones²⁰². Del mismo modo que las autorizaciones que la ley penal le confiere a los ciudadanos para lesionar bienes jurídicos en determinadas circunstancias (*causas de justificación*) no pueden ser utilizadas por el Estado para fundar injerencias no previstas de modo alguno en la legislación procesal²⁰³, tampoco pueden ser utilizados los criterios de delimitación de la imputación de la acción al resultado, concebidos para extraer o no consecuencias penales de las acciones de los ciudadanos, para determinar los resultados de la actividad irregular de la persecución penal.

Pero, más allá de ello, y ésta es una crítica que posiblemente abarque también a las consecuencias que la dogmática penal extrae de estos casos, lo cierto es que los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán ya jamás en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido y a cuya afirmación se puede arribar con certeza, en el caso, absolutamente necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales, esto es, producir la *falsación* de la hipótesis. Esto implica, necesariamente, la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio *in dubio pro prueba*, naturalmente en contra del perseguido penalmente.

²⁰¹ AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, p. 51.

²⁰² Un simple ejemplo puede contribuir, de nuevo, a poner en claro esta realidad jurídica: si, sin justificación alguna, se tortura o atormenta a un imputado para que confiese, y él no lo hace, sino que proporciona elementos para individualizar al verdadero autor y demostrar su inocencia, o confiesa ser el autor pero proporciona elementos para determinar que el hecho fue cometido al amparo de la defensa legítima ante una agresión injusta, no existe prohibición de valoración alguna y, sin embargo, el autor de la tortura o el tormento es eventualmente punible.

²⁰³ Cf. AMELUNG, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*, ps. 833 y siguientes.

III. Lo expuesto hasta ahora demuestra, a mi criterio, la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de aquella prueba inmediata o mediatamente adquirida mediante una acción estatal irregular, con total prescindencia de consideraciones complementarias, como la gravedad del hecho atribuido al investigado, o el error del agente de la persecución penal sobre la ilicitud de su actuación. Ello aún más frente a las tendencias deformantes del procedimiento penal, que hoy son percibidas claramente, y que amplían las facultades de inferencia estatal a niveles que, poco tiempo atrás, no hubieran sido imaginables, tales como la introducción del “agente encubierto” en varias legislaciones, o el desarrollo de nuevos métodos de vigilancia electrónica.

D. LOS DISTINTOS MEDIOS Y ÓRGANOS DE PRUEBA

1. Medios de prueba de información personal. El testimonio o la prueba de testigos

a) Concepto

Mucho se ha discutido en relación al concepto de *testigo* o, dicho de otra manera aunque con el mismo significado, acerca de la *prueba de testigos*. En ocasiones, este medio de prueba, principal para el procedimiento penal, y el órgano que la lleva a cabo se confunden en un único concepto más amplio, el de *prueba personal*, por referencia al relato o información que alguien –extraño a la percepción directa del juez– aporta verbalmente o por exposición en el procedimiento²⁰⁴, concepto que abarca al llamado normalmente *testigo* por nosotros, pero también al *perito* y al *intérprete*, y hasta al mismo *imputado*, cuando decide informar en su propia causa²⁰⁵. Empero, el principal problema de este rubro ha sido siempre diferenciar –si se puede– al *testigo* del *perito* o a la *prueba testimonial* de la *peritación*. Con prescindencia de las similitudes, apreciables

²⁰⁴ Así, PETERS, *Strafprozeß*, 3ª parte, 1º Capítulo, B y C, ps. 271 y ss., en especial §§ 40, ps. 271 y ss., y 45, ps. 345 y ss., lugares donde ensaya la distinción entre prueba personal o subjetiva (versiones de declaraciones) y prueba material u objetiva (documentos, cosas, lugares).

²⁰⁵ Cf., en este sentido, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. II, § 1, 2, p. 5; y Sección primera, ps. 9 y ss., aunque luego distingue, en los diferentes capítulos, para su exposición, entre los diversos medios de prueba llamados aquí personales. Por lo demás, según el Derecho angloamericano, el *acusado*, cuando se presta a declarar o manifiesta su conformidad para ello, es un *testigo en causa propia* (ver Enmienda V de la Constitución de los EE.UU.: “no ser compelido a ser testigo contra uno mismo”; cf. HENDLER, *El Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Cap. 12, B, p. 177; TEDESCO, *La garantía contra la autoincriminación*, Cap. II, III, 2, b, ps. 39 y siguiente).

a simple vista por resultar ambos medios de prueba relatos verbales ajenos al conocimiento directo por parte del juez, a mí me parece útil la discriminación de ambos conceptos, que, a decir verdad, entre nosotros opera ya de manera intuitiva, quizás porque las leyes procesales penales ofrecen desde antiguo la distinción, claramente. La gran diferencia estriba en que el *perito* conoce el hecho o la circunstancia por la que se le pregunta sólo por iniciativa judicial, esto es, porque alguien lo propuso en un litigio judicial para estudiar un caso o uno de sus aspectos, el funcionario competente aceptó tal proposición y él, por esa razón, se pone a estudiar esa proposición y a adquirir conocimientos sobre su objeto, mientras que el *testigo* conoce espontáneamente el hecho o la circunstancia por la que se le pregunta, porque, casualmente, estuvo presente, vio, escuchó, tocó, o experimentó algo, sin que nadie haya provocado judicialmente ese conocimiento, ni las operaciones eventuales realizadas para adquirirlo. También puede decirse, como lo hace la ley procesal penal alemana, precisamente para deslindar conceptos²⁰⁶, que el testigo –simple o perito– informa sobre hechos que ha conocido en el pasado, sin intervención judicial, mientras que el perito pretende conocer los mismos hechos o circunstancias pero en el presente, por los rastros o datos que ellos han dejado en el mundo. De modo resumido podría señalarse la distinción mediante la advertencia de que el testigo conoce *ex ante*, con referencia al procedimiento penal, mientras que el perito conoce *ex post*, con la misma referencia temporal. Según veremos algunos renglones más adelante, la idoneidad de la persona o su capacidad específica para abordar un objeto de conocimiento no constituye, de manera alguna, el rasgo diferencial entre uno y otro medio de prueba: la calidad específica de conocimientos científicos, técnicos o del arte o profesión, exigida y necesaria en el caso de los peritos, sólo resulta una calidad eventual, quizás poseída pero no exigida jurídicamente, en el caso de los testigos.

Por supuesto, esta diferencia entre ambos conceptos tiene consecuencias importantes que emergen directamente de ella: la más importante reside en que el perito es –por así decirlo con un giro utilizado jurídicamente– *fungible*, en el sentido de que puede ser reemplazado por otra persona de idénticos o similares conocimientos para conocer el caso que se le presenta a dictamen²⁰⁷, mientras que el testigo es irremplazable, no

²⁰⁶ Cf. OPP de la RFA, § 85: Testigos peritos. En tanto para probar hechos o situaciones ya sucedidos, para cuya verificación resulta necesaria una pericia especial, sean interrogadas personas peritas, rigen los preceptos sobre la prueba de testigos (trad. nuestra).

²⁰⁷ Por ejemplo, cuando no puede aceptar el cargo o es recusado, o cuando sea necesario dirimir dudas: CPP Nación, 255, 256 y 262, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245 y 249, II; CPP Córdoba, 234, 235 y 241, I.

es *fungible*, en el mismo sentido: se puede prescindir de él²⁰⁸, pero, en ese caso, se prescindirá también de su conocimiento o experiencia particular, única e irrepetible. Es precisamente por eso que, para evitar el interés de los peritos en el asunto que se trata, se reclame de ellos, a semejanza de la exigencia aplicable a los jueces, *imparcialidad* o *neutralidad* frente al caso, como se puede ver en los ejemplos citados al pie anteriormente, supuesto en el cual se los puede reemplazar por otro u otros, mientras que los testigos, cualquiera que sea su cercanía con las personas comprometidas en el caso o su interés en él, resultan irremplazables y todo se resume en criterios que sirven para valorar su testimonio y, en algunos casos genéricos, en la concesión de ciertas facultades para guardar reserva o en la imposición de ciertos deberes de rehusar el testimonio²⁰⁹. Por esta razón, precisamente, está vedado que los *peritos* sean *testigos* del hecho, o, más aún, que hayan sido tan sólo citados como tales, como lo determina, incluso, una de las reglas de excusación y recusación a las que remite, con alusión a las que rigen para el juez, la ley procesal penal²¹⁰. Por lo demás, la verificación de la calidad específica de conocimientos abstractos, científicos, técnicos o de un determinado arte o profesión, resulta parte fundamental del juicio de credibilidad del perito, en tanto exigencia jurídica que es necesario acreditar, mientras que tal verificación resulta sólo eventual para los testigos, cuando el conocimiento que transmiten se relaciona con esa idoneidad. Por supuesto, de modo similar puede predicarse en la relación conceptual entre la *prueba de testigos* y el *intérprete* o la *interpretación*, razón por la cual ya las leyes procesales la equiparan, en su regulación, a la *peritación*²¹¹.

La *declaración del imputado* merece un párrafo aparte²¹². Ella, en principio, cumple el papel de permitirle al imputado su autodefensa, esto es, ingresar al procedimiento su versión acerca del acontecimiento de la vida real que constituye el *objeto del proceso*, los elementos que él procura para demostrar esa versión, más la interpretación

²⁰⁸ Por ejemplo, por resultar superabundantes: CPP Nación, 356, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 338, III, n° 1; CPP Córdoba, 364, II.

²⁰⁹ Cf. CPP Nación, 240 a 244; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232 a 236; CPP Córdoba, 218 a 221.

²¹⁰ Cf. CPP Nación, 255 y 256, I, en relación al art. 55, inc. 1; CPP, Pcia. Buenos Aires, 245, I y II, en relación con el art. 47, inc. 1; CPP Córdoba, 234, 235, I, en relación con el art. 60, inc. 1.

²¹¹ CPP Nación, 269; CPP Pcia. de Buenos Aires, 256; CPP Córdoba, 248.

²¹² Así parece considerarlo correctamente FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. II, § 3, ps. 15 y ss.; en cambio, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), Parte segunda, Cap. VI, ps. 159 y ss., se ocupa sólo de la *confesión*, tan sólo una de las posibilidades –eventuales– del imputado como órgano de prueba.

intelectual que, a su juicio, merece ese suceso. Vale la pena advertir, sintéticamente, que esa declaración se puede referir a muy distintos puntos de vista: en alguna ocasión puede contener una *confesión* pura y simple, como se decía antaño, en el sentido de admitir todos los elementos de la imputación que van dirigidos hacia el imputado; en otras, puede contener una admisión parcial de elementos de la imputación y la negación de otros elementos; todavía en otras ocasiones, tal declaración puede aceptar la imputación, pero agregarle otros elementos del contexto de vida que constituye el objeto del procedimiento, como cuando, por ejemplo, se acepta haber matado al otro, pero se agrega la agresión de la víctima (necesidad: defensa legítima o exceso en ella); aun en otras, la manifestación sólo puede discurrir acerca de la valoración jurídica; más allá de ello, es lícito sólo *citar*, en el sentido de ofrecer elementos de prueba para verificar cualquier hipótesis de las mencionadas anteriormente e, incluso, sólo valorar los medios de prueba ya incorporados al procedimiento. Todas estas diversificaciones no oscurecen el papel de medio de prueba que ostenta la declaración del imputado cuando agrega conocimiento al proceso, pero fundan la necesidad de tratarla autónomamente --no confundirla con la prueba de testigos--, dada su regulación jurídica especial que coloca en un primer plano su papel de *medio de defensa*.

Testigo es, entonces, la persona física --o de existencia visible, como la denomina el CC, 31 y cc.-- que, ante la autoridad judicial competente y por su requerimiento, relata --oralmente o por escrito, según la ley aplicable²¹³-- un suceso o dato que, se supone, él ha conocido espontáneamente (sin alusión a un procedimiento judicial determinado previamente), conocimiento que se estima importante para averiguar el objeto del procedimiento o uno de sus aspectos. *Prueba de testigos* o *testimonial* es, por lo tanto, el relato, positivo o negativo, de esta persona. Como se observa, no resulta determinante para el concepto el hecho, relevante para algunos, de poseer conocimientos especiales sobre una ciencia, técnica, profesión, arte u oficio, pues el médico que realiza una necropsia por orden judicial será siempre un perito, mientras que el mismo médico que observa esa autopsia o interviene profesionalmente durante la muerte del paciente, de manera casual --esto significa: sin provocación judicial--, será siempre un testigo²¹⁴. De este concepto sólo cabe eliminar genéricamente al imputado, que también puede conocer eventualmente de la misma manera que

²¹³ Cf., incluso en códigos modernos, la autorización para responder por escrito a las preguntas de la autoridad judicial: CPP Nación, 250, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 241, IV y V (otro modo de registración ¿no escrito?: quiere decir, tan sólo, que no contesta en soledad por escrito a preguntas también formuladas de ese modo); CPP Córdoba, 228, II.

²¹⁴ Fangio y yo somos testigos de un accidente que hemos presenciado, a pesar de la diferencia de capacidades para conducir un vehículo automotor y, por tanto, en principio, también para apreciar los factores de un accidente de tránsito; un accidentólogo llamado a esclarecer en un caso las causas y el contexto de un accidente de tránsito de conformidad con las reglas de su ciencia, arte o técnica, cualquiera que sea su virtud para ello, es un perito. Por ello, la OPP de la RFA contiene un párrafo que deslinda este concepto: OPP, RFA, § 85.

el testigo el hecho o la circunstancia relevante en un procedimiento penal, esto es, espontáneamente, de conformidad con los motivos que hemos expuesto inmediatamente antes de modo sintético, que generan reglas especialísimas para su declaración en nuestro Derecho procesal penal; por ello, su intervención probatoria se estudiará por separado, precisamente, al tratar esas reglas bajo otro rubro de este mismo parágrafo²¹⁵.

Fuera de la persona a la que se atribuye participación en la conducta criminal que es objeto del procedimiento, técnicamente llamada *imputado*, toda persona física es hábil para ser llamado como testigo a un procedimiento: no existen incapacidades para testimoniar y, a lo sumo, existen reglas para la valoración de ciertos testimonios en algunas leyes procesales penales, de modo que la invalidez del conocimiento eventualmente adquirido induce a la inoperancia de su citación como testigo y a la ineficacia de su relato²¹⁶. Empero, debe concluirse en que toda persona física posee capacidad jurídica para testimoniar, maguer su edad, su aptitud psíquica o cualquier otra característica de su personalidad, y sólo resulta excluida la declaración del imputado por las razones antedichas. La forma en que se expresa la ley procesal penal, por ejemplo, con prohibición de ciertos testimonios de parientes cercanos, carece de importancia para fijar incapacidades legales y sólo plantea, a lo sumo, prohibiciones referidas a la admisibilidad de un medio de prueba y, consecuentemente, limitaciones o prohibiciones de valoración probatoria.

b) Deberes y facultades de los testigos

I. Son deberes básicos de los testigos, en primer término, el de comparecer ante el tribunal o funcionario judicial que lo cita y, en segundo lugar, el de informar al tribunal o a ese funcionario sobre el hecho o circunstancia que él pretende conocer. Cada uno de estos deberes y sus excepciones son independientes uno de otro, a pesar de que, en determinadas ocasiones, la excepción pueda valer tanto para uno como para otro o ser la misma, o de que las leyes procesales penales, al regular ambos deberes y sus excepciones, confundan unos con otras.

Los deberes del testigo comienzan el día en que él conoce su *citación*. Para ello, la autoridad judicial correspondiente (la policía, la fiscalía o los tribunales) emite una notificación al domicilio del testigo o al lugar en el que él se halla, que debe contener, necesariamente, la explicación de las

²¹⁵ Este parágrafo, D, 3.

²¹⁶ CPP Nación 239, 241 y 242; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, I, 233 y 234; CPP Córdoba, 218 (con razón, sin reglas que impidan el testimonio de parientes de modo absoluto).

sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la orden de comparecencia y la advertencia de la posibilidad de ser inmediatamente conducido al despacho del funcionario que cita con utilización de la fuerza pública, si desoye el llamado, salvo en los casos en que el deber de comparecer está excluido por la ley; no existe una forma rígida establecida para la notificación, la que deberá traducir claramente su propio significado y el papel de testigo que da nacimiento a la obligación de comparecer, así como el lugar al que el testigo debe acudir, diligencia que puede ser cumplida por distintos medios y autoridades (policía, correo [carta con aviso de retorno o telegrama certificado] u oficiales notificadores, e, incluso, ser transmitida telefónicamente en caso de urgencia)²¹⁷.

Los códigos autorizan, asimismo, la presentación espontánea del testigo que conoce algo del hecho objeto del procedimiento ante la autoridad que estima competente, en el momento, para recibir el relato, sin citación alguna que lo convoque, extremo que debe constar en el acta respectiva²¹⁸.

II. Correlativo al deber de investigar la verdad (correspondencia) acerca del objeto del procedimiento –que incumbe a ciertos funcionarios judiciales (sobre todo en los delitos de acción pública)–, expresado aquí como deber de interrogar a toda persona que conozca algo respecto de él²¹⁹, es la obligación del testigo de concurrir a la citación judicial²²⁰. A pesar de que las reglas enunciadas parecen equiparar deberes o colocar en un mismo nivel al deber de comparecer con el de informar la verdad de quien es citado como testigo, lo cierto es que las reglas posteriores permiten distinguir, por sus excepciones, ambas obligaciones como deberes distintos. Excepciones al deber de comparecer no son, por ello, aquellas referidas a la posibilidad de abstenerse de declarar o al deber de reserva, justificaciones que deben ser hechas valer ante los jueces o funcionarios competentes para recibir el testimonio –esto es, después de cumplir con el deber de comparecer–, según se verá, sino, por lo contrario, a esta obligación sólo se refieren como excepción el impedimento físico, la residencia distante del oficio judicial que deba recibir la declaración o la dificultad de comunicación con él, por una parte, y la autorización para ciertos funcionarios de declarar en el lugar en el que cumplen funciones o por infor-

²¹⁷ CPP Nación, 245 y 154; CPP Pcia. de Buenos Aires, 237 y 133; CPP Córdoba, 222 y 175.

²¹⁸ CPP Nación, 245, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 237, III; CPP Córdoba, 222, III.

²¹⁹ CPP Nación, 239; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, I; CPP Córdoba, 218.

²²⁰ CPP Nación, 240; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, II; CPP Córdoba, 219.

me escrito²²¹, por la otra. Ninguna de estas justificaciones a la concreción del deber de comparecer parece haber sido regulada como excepción absoluta a esa obligación. En el primer caso, quien cita al testigo puede, en razón de la gravedad del hecho investigado o de la importancia del testimonio, eliminar la excepción, imponiendo al testigo la obligación firme de comparecer, a pesar del problema, concediéndole todos los recaudos materiales para superar el inconveniente y hasta una indemnización por la molestia excesiva, o, incluso, trasladarse él y, eventualmente, las partes del procedimiento al domicilio del testigo; de todos modos, aun cuando se observe la regla, la excepción es sustancialmente relativa, porque pesará sobre el testigo el deber de comparecer ante un juez comisionado del lugar de su domicilio²²². En el segundo caso, es el funcionario judicial, al que le interesa la versión del testigo, quien dirime la solución de la excepción entre el informe por escrito o el interrogatorio en el lugar de la residencia de la persona autorizada a no comparecer²²³. La excepción, además, no es idéntica en todas las leyes procesales penales locales y de la Nación en relación a las personas que abarca: basta indicar que el código nacional y el cordobés enuncian cuáles son las personas comprendidas en la excepción, en más o en menos, por el nombre del cargo oficial o por su rango²²⁴, mientras que el CPP de la Provincia de Buenos Aires contiene una cláusula totalmente abierta a la discrecionalidad judicial, con indicaciones genéricas acerca de la necesidad del testimonio en la sede judicial²²⁵. En verdad, esta última excepción, como el título de la regla lo indica, sólo se trata de un *tratamiento especial* concedido a ciertos funcionarios, precisamente para no obstruir la importante función que

²²¹ Cf. CPP Nación, 246, 250 y 251; CPP Pcia. de Buenos Aires, 238, 241 y 242 (la regla rechaza el informe escrito); CPP Córdoba, 223, 228 y 229.

²²² CPP Nación, 246; CPP Pcia. de Buenos Aires, 238; CPP Córdoba, 223.

²²³ CPP Nación, 250, II; CPP Córdoba, 228, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 241, III. Las leyes procesales penales no son idénticas en la reglamentación material del caso: el CPP Córdoba, 228, II, prohíbe que las personas autorizadas a no comparecer e indagadas en la sede de la residencia oficial sean interrogadas por las partes y sus defensores, reglamentación que se coloca en el extremo opuesto a la del CPP Pcia. de Buenos Aires, 241, V, que no sólo prohíbe el informe por escrito, sino que, además, prevé expresamente la posibilidad de asistencia de las partes al acto y sus preguntas, con lo cual la primera ley nombrada arriesga el ingreso al ámbito de la posible lesión constitucional, en el caso de que el testimonio fuera, efectivamente, dirimente entre absolución y condena, o para afirmar una agravante o dejar de aplicar una figura privilegiada. Por lo demás, el CPP Pcia. de Buenos Aires, 241, VI, regula el desacuerdo entre quien pretende estar autorizado a no comparecer y la fiscalía, que no considera aplicable la excepción, mediante la intervención del juez llamado *de garantías*.

²²⁴ CPP Nación, 250, I; CPP Córdoba, 228.

²²⁵ Art. 241, II.

desempeñan, que reside en la posibilidad de no comparecer a declarar en la audiencia del juicio público y, para ello, en autorizar que, eventualmente, su versión conste en un registro a reproducir en la audiencia, ya sea escrito por el mismo funcionario o en otro elaborado judicialmente (acta o grabación), cuando se lo interroga en su domicilio legal, privilegio que, por supuesto, es renunciable por su portador.

Por lo demás, como se dijo, este último Código no admite el informe escrito del autorizado a faltar al deber de comparecencia y contiene una cláusula para el caso de desacuerdo entre la fiscalía y quien pretende estar autorizado a no comparecer acerca de la razón justificante, cuya resolución coloca en manos del llamado *juez de garantías* de la provincia²²⁶, mientras que los demás códigos, además de pronunciarse por la posibilidad del informe escrito, que se leerá en la audiencia del debate eventualmente, callan sobre el conflicto fiscalía – autorizado, aun cuando el CPP Nación siempre menciona a un juez como la persona que concede la autorización y resuelve el problema, pues, como es sabido, no conocía, en sus comienzos, parte del procedimiento alguna que no fuera presidida por un juez–.

III. El segundo deber de un testigo, aquel referido a su obligación de informar y de informar la verdad²²⁷: según el CP –regla citada al pie– el deber no se agota en la acción de relatar la verdad y no expresar una falsedad acerca de aquello que él conoce, sino que contiene también la omisión de callar o el hecho de ocultar algo importante acerca de aquello que se pretenden conocer. Ambos deberes pueden ser infringidos, así, tanto por acción como por omisión, totalmente equiparables como injusto, en abstracto²²⁸.

Este deber registra diferentes excusas que revelan distintos niveles de rigidez o de prohibición probatoria. Como se dijo, él soporta, en principio, el deber de comparecer, o de dirigirse al funcionario director del procedimiento, para hacer valer la excusa. La excepción más fuerte, pues contiene una prohibición de admitir y, en su caso, de valorar el testimonio, que nace con su infracción sin necesidad de cualquier condición extraña, es aquella referida a otro deber y a otra prohibición, la de brindar información. Este deber pesa, en principio, sobre toda persona obligada a guardar reserva por su estado, profesión, cargo, oficio o empleo, deber impuesto bajo la amenaza de una pena (CP, 156 [secreto particular] y 157 [secreto oficial]); las diferentes leyes procesales penales mencionan ejemplos de

²²⁶ Art. 241, V.

²²⁷ CP, 275 y 276; CPP Nación, 240; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, II; CPP Córdoba, 219.

²²⁸ Sobre su repercusión penal, cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. VII, Tít. XI, Cap. XII, ps. 161 y siguientes.

los obligados –abogados, procuradores, escribanos, ministros de cultos religiosos, profesionales del arte de curar, militares y funcionarios públicos alcanzados por un secreto oficial²²⁹–, pero esta enumeración no es exhaustiva y permite ampliaciones, pues se refiere a los delitos que el texto del Código penal enuncia en relación al deber de reserva. Por supuesto, la infracción por el tribunal de esta regla de admisión del testimonio o, mejor dicho, del deber de informar y decir verdad, funda una *prohibición de valoración probatoria* clara, tan es así que está alcanzada por una amenaza de nulidad. Algunos códigos procesales penales²³⁰ extienden esta prohibición al cónyuge y a ciertos parientes próximos, con un lenguaje confuso, que abarca también, en principio, al deber de comparecer, prohibición que proviene de una regla histórica entre nosotros, incluso incorporada a alguna constitución provincial histórica, cuyo nacimiento se vincula a la protección de la familia y proviene del sistema de prueba legal²³¹; en este último caso genérico, la prohibición deja de existir cuando el delito ha sido ejecutado contra el mismo testigo o contra un pariente de grado igual o más próximo.

En verdad, la prohibición es anacrónica y ni siquiera resulta eficiente para aquello que pretende proteger, pues, decidido el cónyuge o pariente próximo a testimoniar, sea o no sea el delito ejecutado contra él o un pariente de grado igual o más próximo, la familia pretendidamente protegida ya ha perdido los lazos parentales que la unía, al menos entre denunciante y denunciado. Bastaría con la *facultad de abstenerse de declarar* que, bajo ciertas condiciones, abarca a los parientes que siguen. Por ello esa prohibición no sólo ha desaparecido del CPP Córdoba actual, sino que, además, fue excluida del texto constitucional actual, que ya no la contiene, como sí lo hacían ciertas constituciones históricas de la Provincia²³².

Resulta incorrecto, también, el lenguaje que utilizan los códigos que establecen el llamado *deber de abstención* (de guardar secreto o reserva, antes estudiado) para poner en manos del juez la decisión acerca de *liberar* al comprendido por la prohibición del deber respectivo²³³. En realidad, no existe juez en el mundo que pueda *liberar* de un deber establecido por la ley y, en este caso, por la ley penal: si ella establece como deli-

229 CPP Nación, 244, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 236, I; CPP Córdoba, 221, I.

230 CPP Nación, 242; CPP Pcia. de Buenos Aires, 234.

231 Cf. C. Proc. Crim. 1882, arts. 278 (prohibición de citar) y 277 (incluye también amigos y otras relaciones, pero se trata, en verdad, de reglas de valoración probatoria); Constitución de Córdoba (texto de 1870, con reformas hasta el año 1923, anterior a la actual), art. 10: cf. sobre el particular, CLARÍA OLMEDO (relator de una sesión del Instituto de DPP, Universidad Nacional de Córdoba, del 21/5/1963), *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el Código Procesal Penal* (sesión del Instituto de Derecho Procesal Penal del 21 de mayo de 1963), ps. 89 y siguientes.

232 Cf. CLARÍA OLMEDO, *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el Código Procesal Penal*, ps. 89 y siguientes.

233 CPP Nación, 244, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 236, II; CPP Córdoba, 221, II.

to la infracción al deber de guardar el secreto (CP, 156 y 157), el deber permanece maguer la "liberación" pronunciada por el juez. Ante la discrepancia del juez con el testigo que invoca la facultad resulta claro que el juez procederá a interrogarlo para que cumpla con el deber de informar que él cree que concierne al testigo citado²³⁴ —e, incluso, aplicará medios coercitivos (ver *infra*) a su riesgo—, pero también resulta de meridiana claridad que subsiste el deber legal de guardar reserva por parte del afectado y la prohibición probatoria resultante de él, si quien decide es de una opinión contraria a la del juez "liberador". Para el Derecho penal y su sistema analítico de tomar decisiones queda la explicación acerca del posible *error de prohibición* del afectado, cuando el juez le aclara que él no está comprendido por la prohibición, o, incluso, el *estado de necesidad* —justificante o exculpante—, cuando, a pesar de conservar su convicción acerca de la prohibición, el afectado se ve amenazado en forma inminente por una sanción grave (la pérdida de su libertad).

La *facultad de abstenerse* de declarar, atribuida a ciertos parientes o a otras personas según su estado, representa al segundo motivo que excluye el deber de informar²³⁵. El motivo es considerablemente más débil que el anterior, porque no fija un deber absoluto de guardar reserva, sino, tan sólo, un derecho que puede ser utilizado por su titular o dejar de ser utilizado por él a voluntad. Por ello, lo importante de esta facultad concedida no sólo reside en la posibilidad de su utilización, cuya regulación denota ciertos defectos en las leyes procesales penales argentinas, sino, antes bien, en la información que ella supone como deber del funcionario judicial ante el cual se presta el testimonio, relativa, precisamente, a dar a conocer al testigo su facultad de abstención, advertencia que, al estar prevista bajo la amenaza de la nulidad del acto, constituye a su defecto en un motivo explícito de prohibición probatoria²³⁶.

Las leyes procesales penales argentinas observan diversos tipos de defectos en su texto. Uno primero se refiere a que la facultad se concede para abstenerse de declarar "en contra" del imputado, con lo cual, en primer lugar, la advertencia, obligatoria para el funcionario, al aparecer antes de iniciarse la declaración, acepta que el funcionario no sólo no conoce el extremo sobre el cual debe advertir, sino que, antes bien, parece decirle al interesado que debe declarar si, a su propio juicio, el relato favorece a quien pretende proteger la regla o lo favorecerá en mayor medida que el perjuicio que le provoca, valoración *ex ante* que puede resultar fallida a mérito de las demás pruebas a incorporar posteriormente o de los elementos de prueba ya incorporados que el titular del derecho puede desconocer (no está obligado a asistir al juicio), a más de que la ley no le encomienda al testigo la tarea de valorar la prueba. Un defecto posterior, relativo al mismo problema pero quizás más importante, se advierte cuando se afirma que sólo la sentencia, en tanto utilice el relato del testigo —valoración *ex post*—, puede despejar la

²³⁴ CPP Nación, 244, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 236, III; CPP Córdoba, 221, III.

²³⁵ CPP Nación, 243, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235, I; CPP Córdoba, 220, I.

²³⁶ *Idem*, párr. II.

incógnita acerca de la utilización del medio de prueba “en favor” o “en contra” del acusado, con lo cual, en primer lugar, la cláusula sería inoperante durante todo el transcurso del procedimiento y, en segundo lugar, sólo valdría como regla para el juez acerca de una prohibición de valoración probatoria para la sentencia. Este defecto es compartido por la excusa de comparecer y declarar para el cónyuge y ciertos parientes que hemos reseñado anteriormente²³⁷. Es por ello, también, que nosotros no compar- timos la prohibición absoluta de admitir el testimonio de ciertos parientes y propo- nemos tan sólo su ingreso a la categoría de quienes pueden abstenerse de prestar testi- monio, según lo norma el CPP Córdoba actual, bajo una única solución. Pues, además, un defecto común en las leyes procesales penales consiste en designar, en razón de su origen diverso, a ciertos parientes una vez bajo la regla de la prohibición de declarar y, a continuación, como incluido en la regla de quienes están facultados para abstenerse de testimoniar. Un tercer defecto lingüístico de estas reglas consiste en no establecer la prohibición, claramente, como una prohibición de admisión del testimonio, converti- ble –en el caso extremo de su desconocimiento–, en una prohibición de valoración pro- batoria, no bien el derecho habiente ejerce la facultad según su voluntad y por motivos que no debemos indagar –pertenecen a su intimidad–, o en el caso de ausencia de la advertencia preliminar que ya hemos comentado; lo contrario es alentar presunciones *hominis* “en contra” del imputado, pues la abstención sucede en tanto el mismo dere- chohabiente, en franco tren de auxiliarlo, valora como desfavorable para él su testi- monio e induce al juez a establecer un prejuicio del tipo indicado, “en contra” del impu- tado (el derechohabiente sabe algo desfavorable para aquél a quien la ley protege, que no me quiere revelar).

En verdad, la regla debe interpretarse como derecho de los titulares para rehusar el testimonio, según su propia apreciación. Para ello se les advierte a ellos acerca de “su” derecho y se debe conceder que no pesa sobre ellos el deber de informar, propio de los testigos en general. Quizás, más allá de ello, se puede interpretar que, cuando el pariente, según la regla argentina, ha expresado que sólo declara para favorecer al imputado, se funda una prohibición de valoración probatoria para la autoridad judi- cial que debe apreciar el testimonio, en el sentido de no utilizar la declaración en dis- favor de él.

IV. Pueden ser mencionados como deberes accesorios de los testigos aquellos provenientes de dar a conocer al funcionario que lo cita las dis- tintas situaciones de las que parten las diferentes justificantes que exclu- yen los deberes principales. Ese conocimiento no tiene regla alguna corre- lativa que predique sobre su forma: tanto vale que el testigo, antes del día de su comparecencia, dé a conocer al funcionario que lo cita por escrito su inhabilidad o su voluntad de abstenerse de declarar, o que prefiera con- currir al tribunal u oficio judicial ante el cual le exigen su comparecencia para advertir acerca de su posición en el procedimiento o respecto del imputado, o su voluntad de abstenerse de declarar.

²³⁷ CPP Nación, 242; CPP Pcia. de Buenos Aires, 234.

c) Forma del testimonio

La forma de la declaración del testigo se resume en tres exigencias básicas:

I. *Advertencias preliminares y juramento.* El funcionario judicial que dirige el acto debe instruir al testigo acerca del delito de falso testimonio y de su pena, previo a recibirle el juramento o la promesa de decir la verdad, y antes de que comience el relato o interrogatorio; inimputables o condenados por el mismo delito investigado o por otro conexo no prestan juramento o promesa, ni, por ello, son destinatarios de la admonición²³⁸. Tampoco presta juramento o promesa de decir verdad el imputado por razones que trataremos en el lugar respectivo, pero que pueden ser resumidas al afirmar que nuestro Derecho procesal penal no lo considera un *testigo*²³⁹. Es aquí, precisamente, donde corresponde que quien dirige el acto efectúe las advertencias especiales, para ciertas personas, como aquella referida a la posibilidad de abstenerse de declarar por parentesco cercano, matrimonio o lazos de convivencia similares, si conoce el vínculo ya en ese momento²⁴⁰.

II. *Interrogatorio sobre datos personales.* Cumplidas las advertencias preliminares, quien preside el acto interroga al testigo sobre sus señas personales (nombre y apellido, estado civil, edad, profesión domicilio) y, eventualmente, sobre su parentesco o vínculo con los intervinientes en el procedimiento o con su objeto; pero el interrogatorio, sobre el cual la ley sólo ejemplifica lo habitual para todo testigo, se puede extender a todo dato útil para apreciar la confiabilidad de su declaración sobre el hecho²⁴¹. Incluso las partes intervinientes y sus letrados pueden sugerir las preguntas que estimen convenientes para la consecución de esta finalidad. Si, con motivo de los vínculos expuestos por el testigo corresponde su facultad de abstenerse de prestar testimonio, quien dirige el acto tiene el deber de pronunciar la advertencia ya expuesta anteriormente²⁴².

²³⁸ CPP Nación, 249, I, y 117; CPP Pcia. de Buenos Aires, 240, I, y 100 (no parece exigir juramento en general o durante la instrucción preparatoria y sólo lo exige durante el debate, art. 360); CPP Córdoba, 227 y 131.

²³⁹ CPP Nación, 296 y 249, I, este último por extensión racional; CPP Pcia. de Buenos Aires, 310; CPP Córdoba, 259 y 227, I (interpretado extensivamente); ver VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. II, Tercera parte, Cap. VIII, ps. 335 y ss.; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. II, Capítulo cuarto, ps. 375 y ss. Ver *supra*, a.

²⁴⁰ CPP Nación, 243, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 235, II; CPP Córdoba, 227, III.

²⁴¹ CPP Nación, 249, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 240, II; CPP Córdoba, 227, II.

²⁴² Por ello Córdoba, 227, III, ubicó aquí la regla.

III. *Declaración sobre el hecho del testigo.* Una vez informado por quien dirige el acto acerca del objeto del procedimiento y del dato o situación que se pretende averiguar, el testigo debe tener oportunidad de pronunciarse libremente sobre aquello que conoce al respecto y de dar razón de sus dichos, esto es, de comenzar el relato por sí mismo sin interrogatorio formal alguno; si no lo hace o si culmina su relato, él puede ser interrogado tanto por el funcionario director del procedimiento y, eventualmente, por los demás jueces, como por las partes que asistan al procedimiento o sus letrados. La declaración es, en principio, oral y de viva voz, sin que sea posible, por regla, consultar documentos o notas, salvo autorización del funcionario que dirige el acto; por supuesto, como en el caso del imputado, no sólo está prohibida todo tipo de coacción, sino que, además, están proscriptos los interrogatorios mediante preguntas *capciosas* (aquellas que inducen a error en la respuesta por afirmación de circunstancias sobreentendidas fuera de la pregunta) o *sugestivas* (aquellas que contienen la respuesta en la misma pregunta; que son factibles de contestar por *sí* o por *no*)²⁴³.

Los sordos reciben preguntas por escrito y responden oralmente; los mudos son preguntados oralmente y responden por escrito; los sordomudos reciben preguntas por escrito y las contestan de la misma manera, salvo que sean analfabetos, caso en el cual declaran con la ayuda de un intérprete; quienes desconocen el idioma nacional, el castellano, declaran en su idioma y son también auxiliados por un intérprete tanto para recibir como para contestar preguntas²⁴⁴.

El CPP Nación, por virtud de la ley n° 25.852, incorporó una regla especial para el testimonio de menores que no hayan cumplido los dieciséis años y que fueron víctimas de un abuso sexual, objeto del procedimiento (art. 250 *bis*). El menor debe ser indagado por un psicólogo especialista en niños, sin la presencia de otra persona, entre las cuales están los jueces y los intervinientes en el procedimiento, quienes sólo pueden instruir previamente al psicólogo acerca de los datos que se pretende averiguar mediante la declaración, y ellos sólo podrán ver y oír la versión del menor por intermedio de medios técnicos que impidan que el menor conozca que lo escuchan u que lo observan. En los reconocimientos de lugares o cosas no debe estar presente el imputa-

²⁴³ CPP Nación, 118; CPP Pcia. de Buenos Aires, 101; CPP Córdoba, 132. El CPP Pcia. de Buenos Aires, probablemente por las variadas fuentes originarias de las que procede su texto –nunca confesadas–, contiene una aparente contradicción entre la declaración durante el debate (art. 360, II y ss.), cuyas reglas prevén el interrogatorio inicial por la parte que ofreció el testigo, y la regla aquí mencionada que sigue al texto: la contradicción sólo puede resolverse por la afirmación de que el testigo declara primero aquello que tiene por pertinente sobre el objeto de su llamado a testimoniar, para luego ser interrogado, si fuera menester, en el orden previsto.

²⁴⁴ CPP Nación, 119; CPP Pcia. de Buenos Aires, 102; CPP Córdoba, 133.

do. Francamente, deberá contarse con la aquiescencia de las partes, especialmente del imputado, para proceder de este modo o de un modo análogo pactado entre todos para no provocarle un daño al menor, pues, en principio, el método deja de lado la máxima procesal de la *inmediación*, sobre todo en el debate del juicio público. Entre los dieciséis años y los dieciocho años cumplidos sólo se procede según las reglas anteriores cuando un especialista, consultado al respecto, dictamina que existe riesgo para la salud psicofísica del menor. Es seguro que el método no representa al interrogatorio de un testigo, al menos, no se trata del menor-testigo, sino, en todo caso, del interrogatorio del psicólogo (interviniente)-testigo.

Salvo el caso de la confrontación (careo²⁴⁵), los testigos declaran separadamente, uno después del otro, si son varios, y sin la presencia de los demás testigos en la sala donde transcurre el acto²⁴⁶. Durante el debate (*juicio público*), los testigos no pueden comunicarse entre sí, ni con otras personas, o conocer aquello que sucede en la audiencia²⁴⁷. Cuando la declaración del testigo sucede por ruego o por comisión, suplicatoria o exhorto, son aplicables, normalmente, las exigencias establecidas en la ley del funcionario exhortado, salvo que el exhortante requiera la aplicación de su propia ley y transcriba las disposiciones aplicables, y siempre que no interese normas de orden público de la jurisdicción que le es extraña²⁴⁸.

d) Registro

A la forma, fuera de la descripción acerca de cómo debe transcurrir el acto, pertenece también, en ciertas ocasiones, la documentación del acto. Nuestro procedimiento penal, por pertenecer a aquellos denominados *mixtos*, bajo la influencia de la Europa napoleónica, observa siempre un dualismo que, por un lado, conserva el procedimiento registrado por escrito y, por el otro, prevé el procedimiento por audiencias. De tal manera, en el *debate* (juicio público) resulta claro que de la declaración del testigo sólo queda una constancia histórica en el *acta del debate* acerca de su comparecencia y del cumplimiento de las exigencias antes estudiadas, sin que, necesariamente, conste el contenido de su versión²⁴⁹; cuando los intervinientes consideran que algo de ese contenido debe constar en el

²⁴⁵ CPP Nación, 276 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 263 y ss.; CPP Córdoba, 255 y siguientes.

²⁴⁶ CPP Nación, 249, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 240, II; CPP Córdoba, 227, II.

²⁴⁷ CPP Nación, 384, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, no contiene reglas al respecto; CPP Córdoba, 393, II.

²⁴⁸ Cf. ley nacional n° 17.009, art. 2, a la cual adhirieron, según mi conocimiento, todas las provincias argentinas.

²⁴⁹ Ver CPP Nación, 394; CPP Pcia. de Buenos Aires, 369; CPP Córdoba, 403.

acta, sintéticamente, lo requieren a quien preside el debate, pero cualquier carencia del acta del debate, por sí misma, no implica la invalidez de la sentencia, estimación propia del procedimiento por audiencias que, según mi experiencia, muchos operadores judiciales, aquí, no comprenden del todo; de la misma manera y con el mismo efecto puede ordenarse el resumen escrito del contenido de una o varias versiones, su versión taquigráfica o la grabación audiovisual del debate²⁵⁰. Debe quedar absolutamente claro, sin embargo, que no son los registros, de cualquier índole, los que determinan la sentencia o, dicho de otro modo, aquellos que los jueces integrantes del tribunal pueden expresar para fundarla, sino, por lo contrario, son aquellos elementos que ellos han visto y oído durante la audiencia del debate, por intermedio de sus sentidos, los que permiten una decisión válida; es por ello que, como es sabido (*inmediación*), sólo los jueces que han asistido íntegramente a todo el debate están en condiciones de dictar una sentencia válida²⁵¹: allí reside, a mi juicio, el yerro enorme de las sentencias dictadas por nuestra CSN, en consecuencia de la anteriormente decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias mencionadas inmediatamente después²⁵². Sintéticamente expuesto: los tribunales de casación no son tribunales de mérito, aun cuando sí pueden intervenir como tribunales que examinan la existencia, el valor y la importancia de los agravios expuestos en un recurso contra la sentencia de mérito (condenatoria y por recurso defensivo, solamente); salvo que el error sea inmediatamente ponderable respecto del signo o calificación de la sentencia, situación que se produce sólo excepcionalmente y siempre en caso de absolución²⁵³, es preciso que, para verificar el agravio en toda su extensión --incluso la medición de la consecuencia jurídica-- ellos reenvíen a un nuevo juicio, por supuesto parcial, en relación al agravio y ante los tribunales de mérito competentes.

La llamada *persistencia cultural de la Inquisición* ha tergiversado todos los principios básicos del juicio público, incluso para tribunales superiores que, de ordinario,

²⁵⁰ CPP Nación, 395; CPP Pcia. de Buenos Aires, 370; CPP Córdoba, 404.

²⁵¹ Ver esta obra, t. I, § 6, F, 3.

²⁵² Critican estas sentencias con advertencia parcial del yerro: PASTOR, *Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación condenada?*, ps. 257 y ss.; del mismo autor, *Apostillas al futuro de la casación penal*, ps. 15 y ss.; BOVINO, *El caso "Herrera Ulloa" de la Corte Interamericana y el derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria*, ps. 21 y siguientes.

²⁵³ Por ejemplo: yerro de derecho penal material que no modifica circunstancia alguna de hecho de aquellas afirmadas por la sentencia de mérito; yerro fáctico más que evidente que conduce a la absolución.

fijan la jurisprudencia y la práctica aplicables. Tal incomprensión se revela, por ejemplo, en la que hasta ahora es la tesis de nuestra CSN acerca del derecho al recurso del condenado según las convenciones internacionales sobre derechos humanos que nos rigen (CADH, 8, n° 2, *h*, y PIDCyP, 14, n° 5)²⁵⁴. A decir verdad, el yerro es contemporáneo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y efecto de él, que también lo contiene²⁵⁵. La argumentación de estas sentencias olvida que todos los códigos argentinos, y también el Código de Costa Rica, regulan dos recursos contra la sentencia de los tribunales de mérito –y no tan sólo uno–, el de *casación*, del que se ocupan largamente esos fallos de modo algo liviano e irrespetuosamente, en relación a su historia, y el de *revisión*. Cualquiera que sea la línea divisoria entre ambos, si en realidad existe, y con prescindencia ahora de toda cuestión semántica o, mejor dicho, nominal, lo cierto es que “el legislador” no fue tan ingenuo, ni tan poco previsor, como lo pintan esas sentencias: estaba precedido por siglos de desarrollo e historia de yerros judiciales y de remedios contra ellos –que no son excepcionales como se acostumbra a creer en ámbitos judiciales o en el foro de abogados²⁵⁶– que le concedían sapiencia –alguna más que los jueces que sentencian– y le impedían nuevos yerros legislativos. Sin adherirnos a teoría alguna sobre la distinción –incluso a aquella que distingue entre error *de hecho* y *de derecho* en la sentencia, sobre la que se plantan los fallos citados para tornar a su negación en argumento fuerte contra la casación– aun por fuera de la letra de la ley –por otra parte, no demasiado equivocada como para provocar desastres interpretativos– resulta evidente que la *casación* pretendió dar solución y remedio a los yerros de Derecho penal material y formal de la sentencia, mientras que la *revisión*, prevista incluso intemporalmente y sólo en favor del condenado –razones por las cuales con acierto se ha dicho que, en su contra, no existe sentencia penal firme de condena que adquiriera calidad de cosa juzgada, con efecto de cancelación del debate sobre el asunto (ni aun la muerte del condenado cancela la discusión judicial del asunto)–, atendió a los graves yerros en la reconstrucción, sobre la base de la prueba oída en el debate, del contexto de vida único sobre el que se apoyaba la sentencia. Representa una falsedad, entonces, discutir estos casos sobre la base unilateral del recurso de casación y sus supuestas limitaciones; los códigos criticados ni limitan, ni son ingenuos. Sólo que –para ser sinceros, razonablemente–, ellos le imponen al recurrente no tan sólo la enunciación de un agravio, cualquiera que él fuere, sino, antes bien, la verificación ante el tribunal del recurso –para el caso de las leyes criticadas, el mismo tribunal–, argumental o probatoria, de que la sentencia condenatoria del tribunal de mérito contiene uno o varios errores que la descalifican como tal, al menos en grado de probabilidad (tornar plausible el yerro)²⁵⁷. Si el

254 “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo en grado de tentativa”, CSN, 9/8/2005, causa n° 1681: su texto y el dictamen del Procurador General de la Nación en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, “Casación”, n° 5, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 71 y siguientes.

255 “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004: su texto en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, “Casación”, n° 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 271 y siguientes.

256 Uno de los argumentos simple pero incontestable contra la pena de muerte residió y reside en la imposibilidad total de reparación del yerro.

257 Convendría que, como muchos neófitos, también los juristas vieran ciertas películas, incluso ya antiguas: me refiero a *En el nombre del padre*, filme casi documental que comenté varias veces por su eximio carácter docente desde el punto de vista jurídico.

problema es reparable inmediatamente²⁵⁸, el mismo tribunal pronunciará la sentencia absolutoria; si depende de una constatación probatoria más compleja, reenviará a un nuevo juicio sobre el agravio ante un tribunal de mérito integrado por otros jueces, agravio que, constatado, brindará fundamento, junto a los demás elementos de la primera decisión eventualmente, a la nueva sentencia (absolución o *doble conformidad*, en caso de condena). El hecho de exigirle al condenado que verifique el agravio como plausible se entiende por sí solo: es condición de todo recurso frente a una decisión judicial con presunción de legitimidad, como cualquier acto estatal (incluso administrativo). Los problemas reales son aquí otros que, al parecer, los tribunales superiores no se animan a abordar: en primer lugar, como ya sucede en la *revisión* de la sentencia, debería cancelarse el recurso acusatorio (la ley no puede conceder al acusador, en principio, dos posibilidades de arribar a una condena: *ne bis in idem*), al menos para cuando la sentencia pueda contener errores que no residan en un injusto penal cometido por los jueces que integran el tribunal de mérito o contra ellos, aspecto del problema que permitiría reducir notablemente los recursos contra la sentencia y, así, tornar posible una organización judicial racional; en segundo lugar, cabe asegurar a la prohibición de la *reformatio in peius* como una garantía material y no tan sólo formal –fácilmente evitable– del acusado.

Por supuesto, los registros que el tribunal de mérito ordena dejar en el acta del debate y las versiones taquigráfica o audiovisual del debate son, como todo otro elemento de prueba, eventualmente citables y criticables por el recurrente para indicar que la sentencia es errónea y verificar como plausible el yerro²⁵⁹, así como también se puede demostrar la eventualidad del error en las constancias del acta del debate con cualquier otro elemento de prueba²⁶⁰.

En cambio, durante el procedimiento preliminar, la instrucción preparatoria o la preparación de la acción pública, sea ella llevada a cabo por un juez o por la fiscalía, la regla es inversa: todo, lugar, fecha, firma, advertencias, informaciones y contenido de la versión, debe constar en un acta escrita de quien preside el procedimiento o de sus auxiliares²⁶¹. Ello, por supuesto, es aplicable a los actos definitivos e irreproducibles y durante todo el trascurso escrito del procedimiento, que llega hasta la apertura

²⁵⁸ Por ejemplo, ley más benigna que descalifica hoy, como delito del Derecho penal, al hecho antes punible o aparición con vida de la víctima de un homicidio o de una privación de libertad que aclara, sin dudas, su ausencia voluntaria del hogar durante un período de tiempo, o existencia del mendigo, citado continuamente por la defensa, conocido por la acusación, pero dato ocultado por ella durante el juicio público, a más de la falsedad de la peritación sobre rastros de sustancias explosivas en la persona de varios acusados, según sucede en la película antes mencionada.

²⁵⁹ Por ejemplo, si alguno de esos registros contradice la afirmación de los jueces de modo claro.

²⁶⁰ Cf. MAIER, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, vol. II, §§ 272 a 274, ps. 243 y siguientes.

²⁶¹ CPP Nación, 249, IV; CPP Pcia. de Buenos Aires, 240, IV, 117 y ss.; CPP Córdoba, 227, V.

del debate²⁶². La audiencia preliminar, a la que toda ley de procedimientos penales bien nacida convoca, sirve, precisamente, para examinar la seriedad y valor de ese procedimiento con el fin de remitir a juicio público o sobreeser el procedimiento.

e) Coerción

Más allá de medidas coercitivas específicas, aplicables a lugares o cosas, que se estudiarán por separado (ocupación del domicilio, de papeles privados o de cosas), quien dirige el procedimiento dispone de ciertas facultades coercitivas para lograr la producción de la prueba de testigos que él o las partes intervinientes necesitan producir para verificar la verdad, una obligación, por lo demás, de quien dirige el procedimiento²⁶³. Todas estas medidas, autorizadas por la ley al director del procedimiento para poder cumplir con su deber en él, son correlativas al deber de comparecer y responder al interrogatorio puesto en cabeza del testigo –salvo excepciones antes mencionadas–²⁶⁴, presuponen por ello una citación correcta del testigo, aun cuando sea posible su comparecencia espontánea²⁶⁵, e implican la utilización de la fuerza pública, aunque en una proporción menor a aquella regularmente estudiada en Derecho penal, esto es, se trata de injerencias verdaderamente pequeñas del Estado en los derechos del ciudadano. El testigo que, citado de cualquier manera, no comparece a la citación puede ser conducido al lugar en el que debe prestar su declaración por intermedio de la fuerza pública, esto es, ser arrestado provisionalmente hasta el cumplimiento del acto ordenado²⁶⁶. Por lo demás, si el testigo niega su declaración, esto es, omite contestar el interrogatorio, a más de su enjuiciamiento eventual conforme al delito pertinente (CP, 275), si correspondiere, existe la facultad de corrección mediante su arresto inmediato por un plazo breve²⁶⁷. Por último, la sos-

²⁶² CPP Nación, 200 y ss., 357; CPP Pcia. de Buenos Aires, 276 y ss., 338, III, inc. 7; CPP Córdoba, 308 y ss., 365.

²⁶³ CPP Nación, 239; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, I, extensible a los jueces durante el período de prueba, cuando ellos dirigen el procedimiento (arts. 353 y 355); CPP Córdoba, 218.

²⁶⁴ CPP Nación, 240; CPP Pcia. de Buenos Aires, 232, II; CPP Córdoba, 219.

²⁶⁵ CPP Nación, 245 y 246; CPP Pcia. de Buenos Aires, 237 y 238; CPP Córdoba, 222 a 224.

²⁶⁶ CPP Nación, 247, I, y 154, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, I, y 133, I; CPP Córdoba, 225, I, y 175.

²⁶⁷ CPP Nación, 247, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, II; CPP Córdoba, 225, II.

pecha de incomparecencia (carencia de domicilio, ocultación, fuga o ausencia) autoriza también la coacción directa: privación de libertad hasta cumplir el acto y por un plazo máximo breve (24 horas)²⁶⁸.

Aunque no implique directamente coerción, conviene apuntar también que el testigo responde por las costas provocadas al tribunal o a cualquiera de los intervinientes a consecuencia de su incomparecencia²⁶⁹.

f) Valoración

La prueba alcanza todo su sentido al ser *valorada* tanto por los intervinientes en el procedimiento (partes) como por los jueces del tribunal de mérito. Cabe la advertencia de que nos referimos al contenido material del testimonio, a su *crédito* como información sobre los hechos objeto del procedimiento, aunque esa credibilidad o la carencia de ella provenga de la persona del testigo —un condenado por el mismo hecho, un mendaz reconocido como tal, un niño fantasioso o quien se titula víctima del hecho punible, por ejemplo— o de la forma del testimonio —coacción, dependencia, omisión del juramento o promesa de decir verdad, etc.—. Según lo aclaramos en este parágrafo *supra* (B, 4, III) nuestras leyes procesales, en consonancia con los estándares alcanzados en Europa continental después de la irrupción de la Ilustración en la materia, dejó de lado el llamado *sistema de la prueba legal*, caracterizado por la existencia de reglas jurídicas que pretendían gobernar la convicción judicial²⁷⁰ —de allí el nombre de *prueba tasada* o *tabulada*, con el que también se lo conoce— para ingresar al de *libre convicción*, sistema este último que, básicamente, ignora toda regla —por tanto, norma jurídica general y abstracta— que fije las condiciones bajo las cuales un hecho, circunstancia o calidad determinados deben tenerse por verificados, cierta o probablemente. La *prueba de testi-*

²⁶⁸ CPP Nación, 248; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, III; CPP Córdoba, 226; cf. por todos, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), Parte segunda, Cap. I, ps. 53 y siguientes.

²⁶⁹ CPP Nación, 154; CPP Pcia. de Buenos Aires, 133, II; CPP Córdoba, 175, I.

²⁷⁰ El viejo Cód. Proc. en lo Crim. para la justicia federal y los tribunales de la capital y territorios nacionales contenía algunos artículos que pueden servir de suficiente ejemplo acerca de las reglas del llamado *sistema de prueba legal*: art. 306 (*testis unus testis nullus*), arts. 307 y 486 y ss. (testigos hábiles y tachas de testigos), arts. 316 y ss. (confesión idónea, su división en simple y calificada y su retractación), art. 358 (prueba por indicios y sus condiciones); por lo demás, contenía numerosas alusiones a un vocabulario típico: *plena prueba* (arts. 306, 321 y 358), *prueba semiplena* (art. 366, prisión preventiva). Empero, al lado de estas reglas de valoración de la prueba ya existían otras que mentaban la *sana crítica racional*: art. 305 (para las declaraciones de los testigos al lado de la regla *testis unus testis nullus*), art. 346 (para la peritación).

gos no es una excepción a esta realidad, sino, antes bien, su más perfecta confirmación. La ley no establece condición alguna –por ejemplo, edad, nivel de educación o de inteligencia, aptitud física o psíquica, etc.– para estimar creíble un testimonio y somete a la experiencia y sentido común del juez de mérito su valoración final en la decisión, en conjunto con los demás elementos de convicción. Niños y dementes, por ejemplo, pueden ser testigos, tienen aptitud jurídica para ello, más allá de la aceptación (credibilidad) que su información merezca de parte del juez de mérito en el caso concreto y de aquella que los intervinientes le concedan al bregar por su interés.

Con independencia de que decidan *jueces profesionales y permanentes* o *jurados*, esto es, mejor expresado, de que se exija, como condición de validez de la decisión, que ella posea *fundamentos* o *motivación* –la explicación de las razones según las cuales los juzgadores tuvieron por cierto o por probable un hecho, circunstancia o cualidad determinados, según lo determina la ley–, ello significa una apelación a la *crítica* del material probatorio por parte de quienes deben decidir y esto es, precisamente, aquello que caracteriza al sistema de reemplazo del llamado de *prueba legal* en la valoración de la prueba, sistema al que la ley misma denomina *sana crítica racional*²⁷¹. A contrario de aquello que en ocasiones se enuncia, incluso el método de valoración conocido como *íntima convicción* –esto es, el que utilizan los jurados, pues, de ordinario, ellos no están obligados a proporcionar explicaciones respecto de la decisión que finalmente adoptan (fundamentación o motivación)-- supone la crítica racional de los elementos de prueba, pues también las condenas que ellos eventualmente emiten resultan descalificables frente a un recurso que las ponga en crisis por haber resultado de un método distinto: por ejemplo, sorteo, coacción, cohecho, prevaricato o, simplemente, grave inadecuación con la realidad²⁷². Con

²⁷¹ CPP Nación, 398, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 210 (sin denominarlo); CPP Córdoba, 193.

²⁷² Aun el Derecho continental europeo, cuando incorporó a los jurados, consignó, a la par de que no les requería motivación alguna, el deber de decidir conforme a la “impresión [que] le han producido, sobre su *razón*, las pruebas recogidas contra el acusado y los medios de defensa (...) Les hace esta única pregunta: tenéis vosotros una íntima convicción?” (cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. I, Segunda parte, Cap. VIII, 3, p. 355 (nota al pie n° 34). La *appeal* del Derecho americano del norte y, en general, del Derecho anglosajón (cf. ROXIN, *Dpp*, § 73, A, III, 4, ps. 584 y ss., con extensa bibliografía, y CAVADINO/DIGNAN, *The penal system* [2ª ed.], *Introduction*, p. 4, y Cap. 4, ps. 89 y ss.; HENDLER, *Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Cap. 16, ps. 217 y ss.), se vincula, precisamente, con la posibilidad del condenado de revisión de su condena, entre otros motivos, por los genéricos arriba descriptos, conforme a su derecho según convenciones internacionales (ver esta obra, t. I, § 6, E, 4).

ello quiero decir que, exigida o no exigida la expresión escrita de los fundamentos al pronunciar la sentencia –que a ello se refiere la exigencia, sin permitir la expresión oral²⁷³–, la apelación al buen sentido lógico del juez, profesional y permanente o accidental, al valorar la prueba siempre está presente, porque son descalificables aquellas decisiones que derivan del capricho o de una elección irracional de premisas.

La exigencia de *motivación* o *fundamentación* de las decisiones judiciales –sobre todo de la sentencia–, según la cual la decisión debe contener la expresión escrita de sus motivos, esto es, el relato de la crítica racional a la que es sometido el material probatorio para arribar a una decisión judicial de contenido determinado, es propia de los tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes; ella se apoya, básicamente, en la necesidad sentida de controlar la decisión por un tribunal superior, esto es, en una organización judicial que privilegia la *verticalidad* como principio para establecer justicia²⁷⁴. Tal exigencia, en cambio, no es propia de los tribunales integrados por jurados de enjuiciamiento o de acusación, salvo el caso de la intervención de jueces accidentales al lado de los profesionales y permanentes (*escabinado*: jueces profesionales y permanentes más jueces accidentales –genéricamente el doble de estos últimos en relación a los primeros–, que trabajan a la par y poseen los mismos deberes y facultades), pues el sistema, por regla general, trabaja más, como garantía de justicia para la decisión, con el principio de *independencia judicial* concebido de modo interno (dentro del sistema judicial), con el número de jueces y con el control excepcional, en principio sólo de la sentencia de condena, por requerimiento del condenado, que carga con la demostración de un error factible en ella, control que, aun cuando positivo para el recurrente, reenvía la decisión a un nuevo jurado, del cual depende la ratificación o la rectificación de la sentencia; aquí, como reacción contra la Inquisición, se dejó de lado, sin duda, la expresión de los fundamentos como método de control y la organización judicial vertical de los tribunales (inferiores-superiores) como inmanente a ese control, para privilegiar la organización horizontal y la garantía judicial de aserto tanto por el número de jueces necesarios para condenar, como por su extracción social (equilibrio y representación de mujeres-varones, por edad de los convocados, o por su condición socio-económica entre los jurados), por el procedimiento judicial aplicado, claramente adversarial con ventaja para el acusado, y, por fin, por la necesidad de la *doble conformidad* para condenar, si, seriamente, la exige el condenado. Pero éste no es un problema que atañe sólo a la prueba de testigos y a su valoración, sino un problema de mayor amplitud, que toca varias áreas del Derecho procesal penal y de la teoría jurídica y política sobre la justicia. Algo, sin embargo, todavía se puede decir, sin profundi-

²⁷³ Cf. esta posibilidad en el CPP modelo para Iberoamérica, 324, II.

²⁷⁴ Cf., en estos términos, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, ps. 257 y ss. (también en “Ciencias Penales”, ps. 9 y ss.); a tanto llega la exigencia y el principio organizativo de los tribunales de justicia en los que ella se apoya, que se ha arribado, por esa vía, a postular la supresión –al menos parcial– de la *inmediación* como principio del procedimiento penal moderno: del mismo autor, *Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)*, ps. 57 y ss.; mi breve y amable contestación a ese criterio: *¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición*, ps. 13 y ss. El mismo criterio sobre fundamentación o motivación y su control entre nosotros, DÍAZ CANTÓN, *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*.

zar demasiado: la lectura “garantista” de aquellos que exigen la motivación de la sentencia no parece sincera, pues ellos descalifican también las absoluciones o las sentencias contrarias al interés estatal por la represión –más benignas para el acusado–, al consentir, en el mejor de los casos, que también la fiscalía tenga la facultad de interponer un recurso contra ellas (en este caso, de casación, pero, como ciertos derechos positivos europeos, también de revisión²⁷⁵), en procura de una sentencia de condena o de una condena más grave para el acusado, determinación que, como ya lo dijimos *supra* en la remisión a este mismo libro, lesiona tanto la garantía del único enjuiciamiento penal por un mismo hecho (*ne bis in idem*), como la prohibición de la *reformatio in peius*, ambas de origen constitucional o principista: creo que, tras la afirmación de la exigencia como garantía ciudadana, se esconde, hipócritamente, la defensa de una organización judicial vertical.

2. Medios de prueba de información personal. La peritación o la prueba de peritos

a) Concepto

El segundo medio de prueba, cuyo núcleo representa la información de una persona, por lo regular extraña al procedimiento, es la *peritación* o *prueba de peritos*. Una definición acerca del *perito*, cuando el mecanismo probatorio que él significa y la prueba que de él emana es tratada por la legislación y la doctrina de modo independiente, según sucede en nuestras leyes procesales y, consecuentemente, en nuestra literatura y en nuestras costumbres jurídicas²⁷⁶, contiene, básicamente, dos elementos: el primero, que, a contrario de lo expresado en varias definiciones, no resulta exclusivo de este medio de prueba, pero sí necesario para él y su conceptualización, consiste en una acreditación de idoneidad del perito en una ciencia (médica, química, etc.), una técnica (informática, manejo de armas y balística, conducción de automóviles, etc.) o un arte (literatura, pintura, escultura, circense, etc.), pues la *peritación*, básicamente, se traduce en un acto de conocimiento fundado en leyes o reglas del tipo citado; y el segundo, que sí es exclusivo de este medio de prueba, se resume en un aspecto negativo y otro positivo, que confluyen en el mismo elemento: no haber percibido el hecho o circunstancia por el cual se le pregunta espontáneamente –por medio de sus sentidos y sin convocatoria judicial alguna– al momento de acaecer y haberlo sólo conocido por convocatoria judicial, mediante un

²⁷⁵ Ver OPP de la RFA, § 362.

²⁷⁶ Ver, por ejemplo, CPP Nación, Libro segundo, Tít. 3, Cap. 5, y CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), Parte segunda, Cap. I, ps. 45 y ss.; por lo contrario, algunos no diferencian –o sólo establecen meras diferencias formales– al perito y al testigo cuando explican estos medios de prueba caracterizados por el relato o la información ajena al tribunal: cf. FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Quinta parte, Sección primera, ps. 273 y siguientes.

procedimiento de investigación dependiente de aquel conocimiento especial que caracteriza al perito y que le permite afirmar fundadamente --de modo cierto o probable-- aquello en lo que concluye. De estos dos elementos sólo el segundo es, en verdad, definitorio --en el sentido de exclusivo y excluyente--, según ya lo hemos visto inmediatamente antes (este párrafo, D, 1, a). El primero sólo representa una característica general de los peritos, aun cuando también factible de hallar en los testigos, que sirve a los efectos de valorar la seguridad del conocimiento que transmiten. El segundo, la provocación judicial al conocimiento, que no se obtiene espontáneamente por la presencia en un lugar determinado o en un momento determinado, o por la posibilidad de otro tipo de percepción sensorial en el momento del hecho averiguado, es, precisamente, el que define a la *peritación*. Así, como ya lo hemos visto, un especialista en la conducción de vehículos --vulgarmente llamado piloto profesional de automóviles, de carrera, si se quiere-- que presencia un accidente de tránsito y depone acerca de la velocidad del vehículo es, a pesar de sus conocimientos especiales, un testigo, y no es un perito, como sí lo es una persona con los mismos conocimientos llamada a calcular la velocidad del mismo vehículo según distintas operaciones de su arte o técnica; un médico de cabecera que presencia una operación quirúrgica es, también, respecto de ese hecho, un testigo, y no lo es el forense que, después de ocurrido el hecho debe dictaminar, a través de ciertas operaciones, lo sucedido en ella. La conclusión reside en que no son los conocimientos especiales aquellos que definen por exclusividad al perito y lo diferencian del otro medio de prueba personal, la prueba de testigos, sino la necesidad de dictaminar, mediante operaciones racionales para su ciencia, técnica o arte, y provocado por la actividad judicial, acerca de un hecho o circunstancia por la cual se le pregunta, a pesar de que él no los haya observado, presenciado o percibido en origen. El testimonio y la peritación también tienen en común el hecho de que consisten en una versión humana --información personal-- sobre cierto conocimiento incorporado al proceso judicial mediante una declaración o interrogatorio, esto es, en la información de un tercero respecto del juez y de los participantes en el procedimiento²⁷⁷.

Según también hemos anticipado, los órdenes jurídicos que no distinguen el testimonio de la peritación, ni tampoco de la declaración del imputado, proceden de manera similar a quienes ordenan a estos dos medios de prueba bajo el rubro de prue-

²⁷⁷ Esto último con excepciones, como cuando el deber de testimoniar alcanza también a personas que pueden constituirse en parte o intervenir como tales en el procedimiento penal: CPP Nación, 86 y 96; CPP Pcia. de Buenos Aires, 67, II, y 80; CPP Córdoba, 94, II, y 107, II.

§ 15. La prueba (actos probatorios)

ba *personal* o mediante *informaciones ajenas*²⁷⁸, criterio absolutamente formal que, sin ser erróneo, no posee ciertas cualidades que, por ejemplo, nos conduzcan indudablemente y sin tropiezos a la necesidad de elegir y designar peritos imparciales. Es conocido el ejemplo del Derecho anglosajón, en especial del vigente en los Estados Unidos²⁷⁹; él no puede prescindir, sin embargo, de reglas especiales para los peritos, pero, sobre todo, en relación con la declaración del acusado²⁸⁰. No obstante, es preciso aclarar que, materialmente, no existen diferencias mayúsculas pues se trata de hacer valer los mismos principios²⁸¹ y que, para resaltar la diferencia, ha sido preciso hacer hincapié en la *imparcialidad* o *neutralidad* del perito y su consiguiente carácter fungible, incluso en el Derecho positivo²⁸².

La opinión que ubica al perito como un auxiliar del juez, aun parcialmente, en tanto con los conocimientos propios de la ciencia que profesa, la técnica de su profesión, de su arte o de su oficio lo auxilia a tomar decisiones²⁸³, no modifica los criterios jurídicos sobre este medio de prueba de manera importante, ni las conclusiones sobre él a las que aquí se arriba.

La *interpretación* no es más que una peritación específica y el *intérprete* no es otra cosa que un perito entendido en el idioma o gesticulación por la cual se da a entender una persona que declara o un documento que

²⁷⁸ Cf. estas designaciones generalizantes en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, Sección primera, § 1, 2, p. 5, y Cap. II, ps. 9 y siguientes.

²⁷⁹ Cf. HENDLER, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Cap. 15, p. 206.

²⁸⁰ Cf. HENDLER, *Sistemas procesales penales comparados*, Segunda parte, *La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra*, n° 4, ps. 395 y siguientes.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² LA OPP alemana contiene un párrafo expreso dedicado a la definición del *testigo-experto*, según ya lo hemos anunciado (§ 85); en nuestro Derecho positivo, que separa claramente ambos medios de prueba, no existe una regla similar, pero toda la regulación tiende a reconocer la diferencia y las características apuntadas.

²⁸³ Cf., por ejemplo, HENKEL, *Strafverfahrenrecht*, §64, I, 4, p. 269; ver también la sentencia de la Corte Suprema Federal de la RFA (BGHSt 9, 292) que cita ROXIN, *Dpp*, § 27, D. p. 245, incidentalmente; crítico respecto de esta opinión judicial de la Corte Suprema Federal alemana, VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 21, II, p. 173, con mención de otras sentencias de la Corte. PETERS, *Strafprozeß*, § 42, I, p. 286, indica, con razón, que discutir acerca del carácter de medio de prueba o de auxiliar judicial que ostenta el perito carece en sí de sentido, pues él es, como el testigo, a la vez un medio de prueba y, como tal, un auxiliar de la justicia para el conocimiento de la verdad, aunque, parcialmente, cumpla una función distinta a la del testigo; con una metáfora elegante titula al testigo como "amplificador de los ojos del juez" (o de la fiscalía o de la policía), en tanto él le proporciona una mayor visión (por medio de cualquier sentido) del acontecimiento a conocer, mientras que apoda al perito como "amplificador del cerebro –o de la facultad de comprensión– del juez", en tanto lo auxilia, o auxilia a la fiscalía o a la policía, para comprender el significado de ciertos datos. Pero, además, PETERS (*ibidem*) considera peligrosa la comparación y diferenciación entre testigo y perito que concluye en que sólo el primero es un medio de prueba, mientras que el segundo es un auxiliar judicial: tal diferenciación conduce, de ordinario, a elevar al perito como un interviniente en el procedimiento y a que, por ello, el juez descargue su deber de decidir y, con él, de valorar la prueba –tanto el testimonio como la peritación– en el perito.

D. Los distintos medios y órganos de prueba

está escrito en un idioma, con signos o con vocablos distintos del castellano o a los cuales no es posible entender por defectos de la expresión castellana. Por lo tanto, como no podía ser de otra manera y a pesar de la regulación aparentemente independiente de ese medio de prueba, resultan aplicables todas las reglas relativas a la prueba de peritos²⁸⁴.

No se debe confundir al *intérprete-perito* con el auxiliar de una persona que, por su idioma, no comprende el debate y precisa por esa razón de una interpretación continua de él (el acusado que presencia el debate y a quien le son traducidos verbalmente, por un intérprete, el contenido, originariamente en idioma castellano, de los actos cumplidos en él)²⁸⁵. A este último intérprete sólo le son aplicables las reglas de los peritos cuando el imputado toma la palabra durante el debate o se incorpora al debate por su lectura un documento que él traduce. Incluso no resulta conveniente, por tratarse este último intérprete de un auxiliar del acusado, que en un mismo caso sea la misma persona quien cumpla ambas tareas o funciones.

b) Deberes y facultades de los peritos y de los intervinientes en relación a ellos

I. El primer deber de un perito está constituido por la aceptación de la misión para la cual ha sido convocado: salvo un grave impedimento, que debe hacer conocer a la autoridad que lo convoca, él no puede rehusar el cumplimiento de esa misión; sanciones y correcciones son idénticas a las del testigo remiso a comparecer o a declarar; la aceptación de la misión de dictaminar en el caso y sobre el objeto propuesto se produce bajo el mismo juramento que el previsto para los testigos²⁸⁶. La ley deja abierta la cláusula significativa de un *grave impedimento* para que una persona acepte jugar ese papel en el procedimiento (regla de la falta de taxatividad), pero menciona algunos motivos que pueden orientar el criterio que a la autoridad convocante le permita aceptar la explicación y reemplazar al perito designado por otra persona.

Por de pronto, existe la facultad del perito de excusarse por los mismos motivos (temor de parcialidad) por los cuales le es permitido a un juez rehusar cumplir los deberes que implica el ejercicio de su cargo²⁸⁷. Pero, además, las leyes procesales mencionan o de ellas se desprenden otros motivos que habilitan la facultad de apartarse del

²⁸⁴ CPP Nación, 269; CPP Pcia. de Buenos Aires, 256; CPP Córdoba, 248.

²⁸⁵ A este último intérprete van referidas las reglas de garantía para el acusado existentes en las convenciones universal y regionales sobre derechos humanos (CADH, 8, n° 2, a; PIDCyP, 14, n° 3, a y f).

²⁸⁶ CPP Nación, 257; CPP Pcia. de Buenos Aires, 246; CPP Córdoba, 233 y 245, II.

²⁸⁷ CPP Nación, 256; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245, II y III; CPP Córdoba, 235.

§ 15. La prueba (actos probatorios)

cumplimiento de la misión: el tornar necesaria una determinada *calidad habilitante* (título, en aquellas profesiones, artes u oficios reglados, o persona de conocimientos o práctica reconocidos [idoneidad manifiesta], cuando la profesión, el arte o el oficio no está reglado o no existen diplomados en el lugar²⁸⁸) permite, sin duda, rehusarse fundadamente a aceptar cumplir con la tarea encomendada, cuando el perito designado no posee la calidad habilitante que ella supone; las personas incapaces según el Derecho civil o, simplemente, los menores de edad civil o los insanos²⁸⁹; los testigos²⁹⁰, quienes deban abstenerse de declarar como testigos o quienes resultan titulares de la facultad respectiva²⁹¹; los inhabilitados para ejercer su profesión, arte u oficio, o quienes hayan sido eliminados del registro respectivo por sanción decidida por el órgano de control del ejercicio profesional²⁹²; y los condenados²⁹³.

II. Si el perito designado no es apartado mediante la resolución judicial obtenida a través del procedimiento incidental previsto por las leyes procesales penales²⁹⁴, resulta obligatorio para él cumplir con la tarea encomendada e informar la verdad sobre el punto a la autoridad que lo designó, conforme a sus conocimientos, aplicados al caso o al interrogatorio planteado. En ello estriba su segundo deber, correlativo al de aceptar la misión. La facultad sancionatoria de la autoridad que encarga la misión –con excepción de la respuesta penal (CP, 275 y 276)–, por incumplimiento de este deber, alcanza, como se pudo ver en el punto anterior, a aquello que fue previsto para los testigos. El deber comprende al dictamen del perito, en la forma prevista por la ley²⁹⁵, deber que, ordinariamente, finaliza

²⁸⁸ CPP Nación, 254; CPP Pcia. de Buenos Aires, 244, II; CPP Córdoba, 232.

²⁸⁹ CPP Nación, 255; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245, I; CPP Córdoba, 234.

²⁹⁰ *Ibidem*, y no sólo, simplemente, quienes hayan sido citados a declarar como tales, según el texto legal, conforme a la explicación dada en el punto anterior y al motivo de excusación para desempeñar el cargo de juez en el caso.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem* (al fin y al cabo otro tipo de inhabilitación que no es judicial).

²⁹³ *Ibidem*. El excluir a todo condenado –se sobreentiende: penalmente– por entender que ellos no resultan dignos o no están libres de sospecha (cf. CAFFERATA NORES/TARDITI, *CPP de la Provincia de Córdoba, comentado*, t. 1, p. 570) parece, ciertamente, un abuso discriminatorio, aun con los escasos límites a los que se acude para restringir el concepto: para verificarlo bastan ejemplos de delitos culposos y varios dolosos para nada relacionados con la credibilidad de un órgano de prueba. La excepción sólo se justifica para quien haya sido condenado penalmente por falsedad en el testimonio, peritación o interpretación, incluso por otra falsedad (por ejemplo, documental), durante el plazo de vigencia de la condena, sin perjuicio de admitir apartamientos por temor de parcialidad o grave impedimento o por carencia de la aptitud habilitante (cláusulas abiertas), según el caso, y de la valoración acerca de la credibilidad del perito.

²⁹⁴ CPP Nación, 256, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245, III; CPP Córdoba, 235, II.

²⁹⁵ CPP Nación, 263, CPP Pcia. de Buenos Aires, 250; CPP Córdoba, 242: casi siempre por escrito, con las especificaciones que esas normas prevén, aun por acta ante el actuuario y, según se verá, oralmente en el juicio público, si fuere citado a comparecer en él.

con ese dictamen, si el perito no es reemplazado por su apartamiento del caso, y se inicia con la designación o con el comienzo de las operaciones a realizar; empero, en ocasiones²⁹⁶, tal deber perdura hasta su declaración oral en el juicio público, esto es, sólo culmina al terminar su informe oral durante el juicio. En ese dictamen, oral o escrito, el perito está obligado a revelar la verdad, según sus conocimientos, y a no ocultarla o callarla, bajo amenaza penal: la omisión, total o parcial, también es punible²⁹⁷.

III. Con una regla que, textualmente, resulta absurda, la ley impone al perito "guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación" –y el CPP Pcia. de Buenos Aires, para colmo de males, les impone, al lado de este deber, la obligación de denunciar que incumbe a los profesionales del arte de curar–; el texto sólo es comprensible si el deber de reserva sólo rige antes de haber emitido el dictamen²⁹⁸.

Por lo demás, resultan deberes algo menores, la obligación de practicar unidos las operaciones dispuestas para la peritación, deliberar en conjunto y en sesión secreta, a la que únicamente puede asistir el funcionario que encomendó la peritación, y dictaminar conjuntamente –aun cuando con diversas opiniones si así surge de la deliberación–, cuando los peritos afectados a la misma misión, esto es, a informar la verdad acerca del mismo objeto, son varios²⁹⁹. Hasta donde fuere posible deben procurar conservar intactas las cosas examinadas, con el objeto de poder practicar, eventualmente, un nuevo peritaje; si necesitan destruir o alterar cosas, de discrepar respecto del punto o de las operaciones a cumplir, deben recabar la autorización de la autoridad judicial que encargó la peritación³⁰⁰.

IV. Por regla general, los peritos tienen derecho a cobrar honorarios regulados por el tribunal según las leyes de aranceles que gobiernan la profesión u oficio respectivo, o, si no existe regulación legal, conforme a la decisión judicial fundada en reglas analógicas; pero tal facultad resulta exceptuada, si quien es designado perito desempeña cargos oficiales a

²⁹⁶ Cuando se lo cita a declarar en el juicio público, a más de introducir por la lectura su informe escrito previamente (CPP Nación, 383; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366, inc. 1 [invierte la fórmula] y 360; CPP Córdoba, 392, I).

²⁹⁷ Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. VII, Tít. XI, Cap. XII, ps. 161 y siguientes.

²⁹⁸ CPP Nación, 266, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 253, I; CPP Córdoba, 245, I. De otra manera no podrían informar y menos aún podrían hacerlo públicamente, al ser interrogados en el juicio.

²⁹⁹ CPP Nación, 262, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 249, I; CPP Córdoba, 240, I.

³⁰⁰ CPP Nación, 261; CPP Pcia. de Buenos Aires, 248, III y IV; CPP Córdoba, 239.

suelo del Estado, precisamente en razón de la ciencia, arte o técnica a la que se refiere la peritación³⁰¹. A este derecho se extiende también el reembolso de los gastos necesarios para la realización de la peritación, en el caso de que ellos los hubieren soportado³⁰².

V. La autoridad judicial que encomienda la peritación es portadora de diversas facultades, como, por ejemplo, la de designar al o a los peritos, reemplazar a los peritos designados, dirigir la peritación, proponer cuestiones para ser dilucidadas por su dictamen, asistir a las operaciones de la peritación, autorizar la destrucción o alteración de las cosas examinadas, secuestrar cosas o documentos necesarios para practicar la peritación, requerir escrituras de quien sea necesario y fijar plazo para el dictamen; incluso puede nombrar más peritos para que trabajen conjuntamente con los designados primeramente o para que repitan la peritación, si fuera necesario para conocer la verdad o para resolver discrepancias entre los ya designados³⁰³. En cambio, se reputa una obligación el ordenar la autopsia en casos en los cuales se investiga la muerte de una persona con signos de violencia u otros signos que la tornen "sospechosa de criminalidad", obligación que se exceptúa cuando resulta con evidencia a la mera inspección exterior la causa próxima que hubiere determinado el fallecimiento de una persona³⁰⁴.

Para el cumplimiento de estas facultades y de este deber, la autoridad judicial que encomienda la peritación goza de la facultad de corregir disciplinariamente la negligencia, la impericia, la mala conducta o el simple mal desempeño de los peritos o de la posibilidad de sustituirlos; estas sanciones disciplinarias (cláusula abierta), salvo el caso específico de violación del deber de informar, reglado y antes estudiado (ver I y II), no parecen poder superar la mera advertencia o admonición y el derecho de sustitución, dado el principio general vigente (*nulla coactio sine lege*)³⁰⁵, sin perjuicio de su eventual repercusión sobre la fijación de sus honorarios, incluso conforme a las leyes de aranceles respectivas.

³⁰¹ CPP Nación, 267; CPP Pcia. de Buenos Aires, 254; CPP Córdoba, 246.

³⁰² CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), n° 22, d, p. 65.

³⁰³ CPP Nación, 256, II, 258, 260, 261, II, 262, II, y 265; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245, III, 247, I, 248, 249, II, y 252; CPP Córdoba, 235, II, 236, 238, 239, y 244.

³⁰⁴ CPP Nación, 264; CPP Pcia. de Buenos Aires, 251; CPP Córdoba, 243.

³⁰⁵ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), nota al pie n° 38, p. 65, apunta, con razón, que a los peritos oficiales, que cobran sueldo del Estado, se extienden también las sanciones administrativas propias de la potestad disciplinaria del superior jerárquico o del órgano de control, según el caso (en Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia).

VI. Los demás intervinientes (partes) también son portadores de facultades procesales en relación con la peritación: ellos pueden ejercer el derecho de recusar a los peritos designados³⁰⁶ y de proponer peritos propios que controlen las operaciones y el dictamen³⁰⁷.

El CPP Nación todavía conserva la antigua idea de los *peritos de parte*, un contrasentido –no sólo semántico– con la exigencia de imparcialidad que, además, arriesga una imputación penal, pues estos peritos también parecen alcanzados por el deber de informar la verdad, a pesar de depender de quien los propone. Los códigos para las provincias de Buenos Aires y Córdoba han intentado corregir tal contrasentido, en tanto excluyen a estos peritos, de control, de la posibilidad de la recusación y alteran los deberes del cargo procesal que ostentan. En verdad, estos peritos son *defensores* en una materia que no es jurídica, esto es, dependientes de quien los propone para su defensa, y, por lo tanto, deberían tener obligaciones y facultades similares a las del defensor tradicional, experto en Derecho: entre otros deberes, ellos no podrían perjudicar el interés en el litigio de quien los propone, esto es, deberían obrar sólo en su favor³⁰⁸ y, por supuesto, debería quedar claro que no están obligados ni a aceptar la tarea para la cual son propuestos –obligación que, claramente, dejan de lado los códigos citados en último término–, ni a dictaminar bajo el deber de informar la verdad; en realidad, estos peritos son *consultores técnicos* de la parte que los propone, razón por la cual, de la misma manera que el defensor tradicional, deberían estar autorizados a intervenir en el debate (interrogar y concluir) en todo lo referente a la ciencia, arte o técnica que profesan³⁰⁹. Todo ello no empece a la facultad de proponer peritos que sí están alcanzados por las mismas reglas que aquellos designados directamente –de oficio– por la autoridad judicial competente³¹⁰, incluso por el deber de dictaminar la verdad por ellos averiguada y fundada, aun en contra de quien los propuso, una vez designados; resulta posible fácilmente imaginar que la parte puede requerir que el juez o la fiscalía agregue otro perito o reemplace al nombrado por la autoridad, por razones de conveniencia (experiencia o idoneidad), conforme a las particularidades del caso, sin perjuicio de la tarea decisoria que le corresponde a la autoridad judicial competente (admitir o rechazar el ofrecimiento).

c) Forma de la peritación

La peritación no tiene, como acto procesal, formas notoriamente definidas. Sí las tiene el dictamen final de los peritos que, en verdad, se asimila al acto de la declaración de los testigos sobre el hecho, declaración y dictamen mediante los cuales tanto unos como otros informan a la auto-

³⁰⁶ CPP Nación, 256; CPP Pcia. de Buenos Aires, 245; CPP Córdoba, 235.

³⁰⁷ CPP Nación, 259; CPP Pcia. de Buenos Aires, 247, III; CPP Córdoba, 237.

³⁰⁸ Incluso con la misma amenaza penal del prevaricato del abogado o apoderado, CP, 271.

³⁰⁹ Según lo propuso, de manera evidente, el proyecto de CPP Nación de 1986, art. 109.

³¹⁰ Proyecto CPP Nación 1986, art. 184.

ridad judicial convocante acerca del hecho o circunstancia de interés para la causa sobre la cual son preguntados. Las formas del dictamen³¹¹ están vinculadas a la valoración de la peritación por el sistema de la sana crítica y no representan formas sacramentales que no puedan ser cumplidas (completadas o subsanadas) por los peritos con posterioridad a la peritación, ya sea por pedido de la autoridad convocante o de los intervinientes en el procedimiento. A ello conduce, hermenéuticamente, las exigencias previstas sólo “en cuanto fuere posible”.

Las exigencias básicas consisten en: descripción de lugares, cosas o situaciones examinadas para arribar a la conclusión; descripción de las operaciones realizadas para dictaminar; lugar y fecha de estas operaciones; y conclusiones de la peritación conforme a las preguntas a contestar.

Regularmente el dictamen es escrito³¹², cuyas conclusiones –al menos– son leídas durante el debate, si el medio de prueba realizado con anterioridad a él desea ser incorporado como tal para ser valorado en la sentencia, pero ello no inhabilita la citación de los peritos que tomaron parte en la peritación para que respondan oralmente al interrogatorio a formular durante el debate³¹³. Si intervienen varios peritos, ellos, en principio, deben practicar unidos, en conjunto, las operaciones dispuestas para la peritación y deliberar el dictamen de la misma manera; la deliberación, como la que corresponde a la sentencia de los jueces, es secreta y sólo puede asistir a ella la autoridad judicial convocante; el informe puede ser común, cuando todos estén de acuerdo en las conclusiones y en los fundamentos, o, si discreparen entre ellos, emitirán las opiniones diversas por separado³¹⁴.

Empero, para arribar al dictamen, previamente hay que ordenarlo, de oficio o a pedido de parte interesada en la peritación, designar el perito y, por último, notificar esa orden y esa designación a todos los partícipes en el procedimiento, como si se tratase de un *acto definitivo e irreproducible*, con el fin de que ellos puedan ejercer los derechos que les competen; en casos de suma urgencia se puede ordenar la realización inmediata de la peritación y notificar posteriormente el dictamen a todos

³¹¹ CPP Nación, 263; CPP Pcia. de Buenos Aires, 250; CPP Córdoba, 242.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ CPP Nación, 383 y 389; CPP Pcia. de Buenos Aires, 360 y 364; CPP Córdoba, 392 y 396.

³¹⁴ CPP Nación, 262, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 249; CPP Córdoba, 240.

los intervinientes³¹⁵, quienes podrán objetar la realización de esa manera, pues no se trataba de un caso de urgencia, por pérdida de un elemento de prueba, o disentir con sus conclusiones, para lo cual pueden requerir una nueva peritación, de ser ella posible, o, de ser ella imposible, en caso de tratarse del procedimiento preliminar previo al juicio y de ofrecerse la incorporación de sus conclusiones durante el debate, para ser valoradas en la sentencia, hacer uso de su derecho de interrogar a los peritos.

Las leyes procesales contienen, en ocasiones, directivas para la designación del perito: prefieren siempre a aquellos que ostentan ese cargo permanentemente por nombramiento oficial, como en el caso natural del cuerpo médico-forense, y, en segundo lugar, si no hubiere *peritos oficiales*, entre aquellos funcionarios públicos que posean la calidad habilitante por requerimiento de su función y de su designación en la función pública; en general, se prevé la designación de un único perito, salvo que la autoridad convocante considere, fundadamente, la necesidad o conveniencia de que sean más los que dictaminen³¹⁶. Los peritos prestan, normalmente, *juramento promisorio* (nuestros códigos no conocen el *asertorio*) que, en el caso de los llamados peritos oficiales, ya está prestado en general al aceptar el cargo para el cual han sido designados, también genéricamente³¹⁷.

Según ya se observó, el número de peritaciones sobre un mismo objeto no está limitado por la ley, que faculta tanto a las autoridades de la persecución penal, como a los intervinientes, a ordenar u ofrecer, respectivamente, tantas peritaciones sobre un mismo objeto como las que sean necesarias para averiguar la verdad, siempre y cuando ello sea posible físicamente y resulte racionalmente conveniente.

d) Coerción

Son escasas las reglas al respecto, que, por lo demás, ya han sido mencionadas al estudiar los deberes del perito. La autoridad judicial convocante dispone, por regla especial, de las mismas atribuciones que respecto de los testigos, para hacer cumplir tanto la obligación de aceptar la misión que le es encomendada al perito, como la de dictaminar plenamente sobre las cuestiones que se le plantean de conformidad a su ciencia, arte o técnica³¹⁸.

³¹⁵ CPP Nación, 258, II y III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 247, I y II; CPP Córdoba, 236.

³¹⁶ CPP Nación, 258, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 247, I; el CPP Córdoba prescindió de esta regla.

³¹⁷ CPP Nación, 257, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 246, III; en el CPP Córdoba, los peritos sólo juran si informan oralmente en el debate o responden las preguntas que en él les son formuladas (art. 392).

³¹⁸ CPP Nación, 257, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 246, II; CPP Córdoba, más parco aún (sólo la admonición y el derecho de sustitución).

e) *Valoración*

I. La prueba de peritos debe ser apreciada tanto por los intervinientes en el procedimiento, al concluir, como por los jueces, en las decisiones, de conformidad con la *sana crítica racional*, según lo explicáramos en el punto F, 2, f. Sobre su significado general no cabe agregar algo más de aquello que allí está expuesto o de aquello que resulta de las remisiones pertinentes³¹⁹. Aquí sólo cabe añadir que, en la praxis judicial, la valoración de este medio de prueba resulta dependiente de la idoneidad y experiencia del o de los peritos que dictaminan, de modo que, para debatir sobre la credibilidad del informe o sobre el mayor valor de una opinión sobre otra, cuando existen discrepancias, resulta esencial el conocimiento de esa idoneidad y, para ello, el interrogatorio acerca del *curriculum científico*, técnico o artístico del perito. Ello más allá de la aplicación de las reglas generales de garantía *—in dubio pro reo*³²⁰, sobre todo— para la determinación de la solución a la que debe arribar la decisión, según corresponda una vez valorada la prueba.

II. El problema realmente complicado, especialísimo de la prueba de peritos, consiste no tan sólo en la apreciación del dictamen de la peritación, operación que sigue, en general, las reglas válidas para el testimonio, sino, antes bien, en el hecho, desarrollado por los intervinientes en el procedimiento o por los jueces del tribunal de mérito que resuelven, de apartarse de la conclusión o del corolario del dictamen, en respuesta al dato que se pretendía conocer a través de él. La pregunta, en verdad, reza: ¿resulta viable, sin más, la afirmación por la sentencia de un hecho, circunstancia o cualidad distinta a la verificada por el o los expertos? y, más allá de ello, ante la hipótesis de diversidad de opiniones expresadas por los peritos intervinientes, ¿cómo elige quien participa del procedimiento y debe utilizar el dictamen, o el juez para decidir, alguna de las alternativas que constan en el informe? La cuestión ha sido propuesta bajo los rubros opuestos contradictorios acerca de la *libertad de apreciación* del dictamen o de su *obligatoriedad* para el juez y, consecuentemente, para los demás intervinientes en el procedimiento.

Previo a colocarnos en el dilema, es necesario advertir acerca de que tanto las partes como el juez, dentro de sus respectivos papeles, cuentan con "instancias pre-

³¹⁹ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 29, ps. 83 y s.: los criterios allí enunciados representan a este método o, en algún caso, al temor de *parcialidad* como fundante de la *neutralidad* necesaria del perito y a su apartamiento de la peritación por alguna de las razones conocidas que lesionan este principio.

³²⁰ Cf. esta obra, t. I, § 6, C, 2.

vias"³²¹ para destruir o, al menos atender, a ese dilema. En tanto los intervinientes en el procedimiento pueden asistir a la peritación (operaciones) y los jueces o funcionarios que la ordenaron pueden dirigir esas operaciones, a más de la posibilidad de interrogar a los peritos³²², y en la medida en que unos y otros pueden llevar a cabo estas acciones, resulta claro que un buen método para evitar el dilema e, incluso, las imprecisiones o dudas que incorpora la peritación para alguno de estos protagonistas, resulta ser el interrogatorio aclaratorio a los mismos peritos y el pedido o la orden de practicar nuevas operaciones, distintas o idénticas (repetición) a las anteriores, o la admonición para que completen el informe o subsanen sus defectos. Pero, además, cuando la dificultad es extrema, existe la posibilidad de una nueva designación de peritos para que informen sobre el mérito de la peritación anterior e, incluso, la de ordenar nuevamente la peritación por otros peritos, facultad judicial que, por supuesto, puede llevarse a cabo por instancia de cualquiera de los intervinientes, siempre que resulte razonable y adecuada al caso³²³.

La opinión mayoritaria³²⁴, casi excluyente de la opuesta³²⁵, abona la necesidad de valorar la prueba de peritos, en principio libremente, de la mano de dos argumentos básicos: el juez es el único responsable por la emisión de la decisión judicial y, por tanto, quien debe valorar las informaciones incorporadas al procedimiento para decidir en un sentido o en otro --por esa razón, también, aquél a quien, debido al principio de *contradicción*, los demás intervinientes deben convencer argumentalmente, entre otras labores, por medio de la valoración crítica de la prueba incorporada--³²⁶; en segundo lugar, domina el principio de la *libre convicción* en la valoración de la prueba y, con él, el de la necesidad de obtener la decisión mediante la *crítica racional* en la apreciación de todos los elementos de prueba en su conjunto.

³²¹ Así las califica CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 30, b, ps. 85 y siguientes.

³²² CPP Nación, 200, 203, 260, 383 y 389; CPP Pcia. de Buenos Aires, 274, 276, 279, 248, 360 y 364; CPP Córdoba, 308, I, 311, 237, 392 y 396.

³²³ CPP Nación, 262, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 249, II; CPP Córdoba, 241, I. La "renovación" de la peritación, como la titula CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 30, b, 3, ps. 87 y s., puede resultar incluso, de la existencia, en el momento del segundo dictamen, de nuevas reglas y posibilidad de operaciones científicas, técnicas o artísticas, distintas a las vigentes en el momento de la primera peritación, que deben gobernar el dictamen.

³²⁴ Por todos, PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, n° 27, a, p. 151.

³²⁵ Cf., confusamente, FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, p. 462, quien asigna cierta obligatoriedad, impuesta al juez, al dictamen de un jurado pericial, según denomina a un cuerpo de peritos colegiado.

³²⁶ Cf., por ejemplo, este argumento en PETERS, *Strafprozeß*, § 43, I, p. 305. El perito no valora, en sentido judicial, ni es responsable por la solución del caso; sólo afirma aquello que, dadas determinadas constataciones (premisas que pueden ser falsas o verdaderas), las reglas de su ciencia, profesión o arte (que también pueden constituir premisas falsas o verdaderas) determinan.

Ello no significa, sin embargo, que los jueces que emiten la decisión puedan apartarse de las conclusiones del dictamen de los peritos libre y voluntariamente. En principio, los jueces que integran el Tribunal de mérito –y las partes para criticar las conclusiones de la peritación– necesitan esgrimir fundamentos suficientes que demuestren el error en que ha incurrido el perito. Tales errores pueden provenir: de los hechos o circunstancias que el perito ha dado por ciertos o que le fueron dados por ciertos al requerírsele la peritación, verificaciones o afirmaciones que conforman una de las premisas del peritaje; de los hallazgos proporcionados por la investigación científica, técnica o artística en las operaciones del peritaje; de la regla general de conocimiento (ley) científica, técnica, profesional o artística utilizada para concluir o de la conclusión misma, que no se puede deducir lógicamente del material utilizado y afirmado³²⁷. Debe ahora decirse, en segundo lugar, que los jueces sólo excepcional y difícilmente podrán apartarse de las verificaciones de la peritación³²⁸. Ellos pueden rechazar fundadamente sus conclusiones si verifican que alguna de las premisas de hecho de las que partieron los peritos, ya por afirmación propia o porque tal premisa formaba parte del interrogatorio, son falsas conforme a otros elementos de prueba existentes en el procedimiento, juicio acerca del cual sigue rigiendo en toda su amplitud el método de la sana crítica racional y los principios probatorios estudiados. Ellos, sin embargo, no pueden negar los hallazgos obtenidos durante las operaciones de la peritación, mediante la investigación científica, técnica o artística y sobre la base de los conocimientos del perito, aun cuando presencien esas operaciones, pues, para ello, deberían afirmar conocimientos especiales propios que, o bien no poseen o, aunque los posean, son inadmisibles como base de conocimiento, ya que no estuvieron sujetos al contradictorio propio del debate judicial y, aun de ser admitidos, incluso por todos y previamente, no llega a comprenderse de este modo la razón por la cual fueron designados peritos para dirimir la cuestión³²⁹. Así afirma-

³²⁷ Cf. sobre estos distintos elementos de la peritación, VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 21, II, 3, p. 174, y ROXIN, *Dpp*, § 27, D, ps. 247 y siguiente.

³²⁸ Si bien en principio PETERS, *Strafprozeß*, § 43, I, ps. 305 y s., afirma enfáticamente esta sentencia, incluso con mayor fuerza que nuestro texto, inmediatamente después parece desdecirse de ello, pues, como se citará oportunamente, él admite que, cuando él tenga personalmente los conocimientos necesarios y pertinentes, está en condiciones de aplicarlos para elegir entre dos opiniones contradictorias de expertos; esta confusión proviene de la misma confusión, antes citada, que el autor citado mismo indica, acerca del carácter de la peritación, ¿medio de prueba o el perito auxiliar del juez?

³²⁹ En el mismo sentido, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 30, c, ps. 88 y ss.; PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, n° 27, ps. 151 y s.; PETERS, *Strafprozeß*, acep-

do, resulta claro que, cualquiera que sea el conocimiento personal del juez que decide, él no puede poner en tela de juicio las reglas científicas puestas en juego por el perito y menos aún sus conclusiones según ellas. En estas últimas tres verificaciones, el poder del juez de mérito está absolutamente limitado: él sólo puede rechazar el peritaje --y, en ese caso, requerir por sí, o a pedido de algún interviniente, una ampliación o mayor fundamentación del estudio, o, también, ordenar una nueva peritación, cuando ella es posible-- si carece de fundamentos o, equivalentemente, si sus fundamentos son groseramente escasos para la comprensión común del punto, o si existe una contradicción evidente, manifiesta, entre las premisas y los hallazgos o entre la regla científica, técnica o artística aplicada y las conclusiones³³⁰.

No existe la menor duda acerca de que la divergencia de opiniones entre varios peritos complica la valoración de la peritación³³¹. Pero el dilema no puede ser resuelto mediante la apelación a los conocimientos personales del juez de mérito; si después de intentos por aclarar la situación, subsisten las opiniones contradictorias, o si el dilema no se dirime por apelación a la distinta capacidad (*credibilidad*) de los peritos, no habrá otra forma de proceder que designar un nuevo perito, quizás de mayor reconocimiento científico, técnico o artístico que los anteriores, para que realice nuevamente las operaciones de la peritación, si ello es todavía posible, o enfrente a las opiniones encontradas y dirima la divergencia; si ello tampoco es posible, regirá el principio *in dubio pro reo*³³².

III. Un argumento de suma importancia para apreciar el valor de una peritación resulta ser aquel que ha sido llamado, sintéticamente, *credibilidad* del perito. El estudio de la idoneidad científica, técnica o artística y las preguntas dirigidas a investigar ese rubro --repárese: distinto al objeto o tema material de la peritación-- durante el interrogatorio tienen por finalidad establecer la medida de la seguridad que el corolario de la peritación puede ofrecer para la decisión, en especial, para el método de la sana crítica racional en la valoración del conjunto de la prueba incorporada al procedimiento. Ese parámetro de medición posee fundamen-

ta la utilización por el juez de sus propios conocimientos científicos, técnicos o artísticos para dirimir opiniones contradictorias de peritos, afirmación que, en verdad, posee una amplitud mayor, pues permite el ingreso de los conocimientos personales propios --por supuesto, serios-- del juez de mérito en la valoración probatoria de la peritación, maguer la ausencia de la posibilidad de contradicción entre las partes, bajo la única condición de que él posea esos conocimientos (¿para qué se habrá designado uno o varios peritos a fin de conocer el punto?).

³³⁰ Cf. PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, p. 152.

³³¹ Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 43, I, p. 305.

³³² Cf. PETERS, *Strafprozeß*.

to legal³³³ y, precisamente, debido a ello el dato integra la definición del perito, aunque no la agote. Dentro de este estudio no sólo ingresan los títulos y las distinciones académicos o de otro tipo, obtenidos por el perito, sino, además, su experiencia en ciertas operaciones propias de la actividad requerida³³⁴. Por supuesto, ese estudio posee tanto o mayor importancia en aquellos casos en los que la peritación arroja opiniones diversas y contradictorias de los varios peritos intervinientes en ella.

f) Normas especiales

Todo lo expresado rige jurídicamente este medio de prueba de manera general. La ley, sin embargo, ha querido tratar con alguna regla especial, de modo disperso, a algunas peritaciones específicas³³⁵. En primer lugar, si se trata del imputado, ella ha tornado obligatoria la orden de realizar una *peritación psiquiátrica* según su condición etaria (menor de dieciocho años o mayor de setenta años), o cuando fuere sordomudo, o cuando el hecho punible atribuido esté reprimido con una pena privativa de libertad grave (a partir de los diez años de prisión)³³⁶. En los demás casos, la *inspección mental* —así la llaman nuestras leyes procesales— del imputado y de otras personas es sólo facultativa, en el sentido de que puede o no puede ser requerida, de que puede o no puede ser ordenada, conforme a las reglas generales, y, cuando se trata de terceros, puede ser ordenada sólo bajo algunas condiciones, esto es, con ciertas limitaciones³³⁷. En segundo lugar, existe otra peritación médica que, en ciertos casos (muerte con características de violencia corporal o sospechada como resultado de un hecho punible), resulta obligatoria en el procedimiento, dispuesta por quien dirige el procedimiento judicial no bien se cuente con el cadáver de una persona: la *necropsia* o *necroscopia*, o la *autopsia*, todas palabras sinónimas, esto es, la investigación de la causa próxima de la muer-

³³³ CPP Nación, 254; CPP Pcia. de Buenos Aires, 244, II; CPP Córdoba, 232.

³³⁴ El perito puede tener calificaciones académicas sobresalientes —por ejemplo, un médico, o un especialista—, pero tener escasa antigüedad en el ejercicio de su profesión o no haberla ejercido nunca. Es por ello, por su experiencia, que los médicos forenses oficiales o los médicos legistas gozan de merecida fama para señalar los hallazgos de la autopsia o necropsia, a pesar de que pueden existir mejores patólogos académicos que ellos.

³³⁵ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 28, ps. 82 y siguiente.

³³⁶ CPP Nación, 78; CPP Pcia. de Buenos Aires, 64 (agrega la probabilidad de aplicar una medida de seguridad y corrección y no contiene a los menores de dieciocho años); CPP Córdoba, 85 (agrega los hechos punibles de "carácter sexual" y la probabilidad de aplicación de la "medida de seguridad prevista en el art. 52 del Código penal").

³³⁷ CPP Nación, 218; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214; CPP Córdoba, 198.

te de alguien mediante el reconocimiento anatómico de su cuerpo muerto, efectuado por un médico patólogo; la orden de que el examen se lleve a cabo por un perito es obligatoria para el funcionario de la persecución penal, en los casos citados, en tanto la causa de la muerte no emerja evidente de la inspección exterior del cadáver³³⁸. Por fin, una particularidad de la *peritación caligráfica* consiste en su sumisión a una regla que prevé el cotejo por un perito mediante otros documentos escritos indubitables de aquél a quien se le atribuye el documento respectivo (en la mayoría de los casos sospechoso de haber sido falsificado) y, para ello, si es posible, la obtención de aquello que la ley denomina *cuerpo de escritura*, la escritura de la persona a quien se le atribuye el documento apócrifo o que necesita ser atribuido o no ser atribuido a alguien certeramente, acción efectuada voluntariamente, con conocimiento de su destino de cotejo, por quien se presta a ello; por supuesto, rigen reglas especiales para el imputado, que, sin provocar sospechas o certezas en su contra, se puede negar a prestar el cuerpo de escritura, y para aquellos que están obligados o facultados a abstenerse de declarar, que no deben soportar el secuestro, con estos fines, de los documentos escritos que detentan³³⁹. Esta regla no vale tanto por la operación que detalla, propia de esta peritación, sino, antes bien, por las facultades que concede para poder realizarla.

3. Medios de prueba de información personal. La declaración del imputado

I. *Imputado* es, como ya sabemos (t. II, § 10), la persona que resiste la imputación penal dirigida en su contra, sin interesar, en principio, el grado de la sospecha o la indicación que lo erige en tal; basta con la indicación, ante los órganos competentes para la persecución penal, de que él es el autor del hecho punible objeto del procedimiento o es partícipe en él. Regularmente, por ello, su posición es tratada como un capítulo (antes indicado) entre los sujetos del procedimiento penal y su *declaración* (información personal) estudiada como uno de los momentos básicos de esa resistencia a la imputación, por lo tanto, como un *medio de defensa* (ver t. I, § 6, D, 2, en especial, *d*)³⁴⁰, antes que como un medio de prueba de información personal. No obstante, si han sido respetadas las formas jurídicas impuestas como condiciones de validez de su versión de los

³³⁸ CPP Nación, 264; CPP Pcia. de Buenos Aires, 251; CPP Córdoba, 243.

³³⁹ CPP Nación, 265; CPP Pcia. de Buenos Aires, 252; CPP Córdoba, 244.

³⁴⁰ PELLEGRINI GRINOVER, *El interrogatorio como medio de defensa*, ps. 411 y siguientes.

hechos, el imputado rinde también eventualmente, voluntad propia mediante, una información personal sobre un objeto de prueba. Y, a decir verdad, pese a que se reconoce su poder de abstenerse de informar su versión sobre los hechos objeto del procedimiento, la exposición de su posición frente a ellos se espera, pues, la mayoría de las veces, él es quien más y mejor puede informar sobre ellos o, al menos, sobre la sospecha de autoría o participación que se yergue sobre él. La prueba más eficiente de esta realidad es el valor práctico que la *confesión* –una aceptación total o parcial de la imputación– adquiere en materia penal –incluso históricamente–, sea ella total, o bien parcialmente coincidente con la imputación, contenga ella un reconocimiento pleno de la imputación o se agregue a ella revelaciones de importancia defensiva (ver *infra*, II). Pero incluso por fuera de este resultado concreto, la declaración del imputado, que se reduce a rechazar la imputación, contiene, para la investigación posterior y aún para la decisión, una información valiosa.

II. No resulta necesario repetir aquí la gran cantidad de condiciones jurídicas que tornan admisible el informarse por este medio; basta con recurrir a los párrafos y capítulos mencionados de este libro. Con esta afirmación pretendemos dejar de lado, en la exposición, todos los aspectos y exigencias formales de la declaración del imputado, previas a la declaración sobre el hecho o coetáneas con ella, sin duda múltiples: advertencias sobre su posición jurídica en el procedimiento y sobre la necesidad de designación de un defensor, cuando no lo tuviere, derecho a entrevista anterior con su defensor, advertencia sobre la facultad de abstenerse de declarar (libertad de declarar o de negarse a ello), carencia de juramento –promisorio o asertivo– en apoyo de la verdad del conocimiento transmitido y exclusión del deber de informar verídicamente o, cuando menos, neutralmente (conocimiento personal)³⁴¹, información sobre el objeto del procedimiento (imputación dirigida en su contra con sus extre-

³⁴¹ Mucho se ha discutido sobre la tolerancia a la mentira del sistema continental, en sentido opuesto al Derecho anglosajón, para el cual, por regla, una vez que el acusado decide ser *testigo en su propia causa*, está obligado, como cualquier testigo, a prestar juramento y decir verdad. La discusión y la tendencia legislativa no están exentas de valor político, pero lo cierto es, entre nosotros, en primer lugar, que la ley no atribuye al imputado *perjurio*, bajo amenaza penal, cuando dolosamente oculta o no dice la verdad –ello no constituye un hecho punible, un delito contra la administración de justicia–, y, en segundo lugar, que la misma ley sólo lo faculta de modo leve a mentir, conducta permitida sólo en un sentido menor, por oposición al ámbito de la prohibición que fija el deber de decir verdad del testigo o perito, esto es, por caer dentro del ámbito de libertad desde el punto de vista penal, de manera distinta al derecho o facultad reglada de interponer un recurso para un protagonista del procedimiento o de la de testar para cualquier persona, por ejemplo.

mos fácticos y jurídicos) y sobre los medios de prueba en su contra con que ya se cuenta, es decir, incorporados al procedimiento. Sólo algunas advertencias son necesarias: la primera consiste en que la importancia que para la ley tiene esta información y el cuidado en regularla minuciosamente para evitar lesiones a los derechos básicos del imputado, se revela en todos los códigos, que prevén un capítulo especial para ella³⁴² y varios otros que denotan la posición especial del imputado en el procedimiento; la segunda advertencia deriva de esas reglas, pues allí están contenidas todas las condiciones que, como desarrollo de principios básicos de rango superior (constitucionales o internacionales del Derecho de los derechos humanos), importan a la validez y legitimidad de la información obtenida por esta vía y, por tanto, establecen una *prohibición probatoria*, fundada en la prohibición de admisión de esta información, para las informaciones obtenidas con lesión de alguno de esos preceptos; la tercera advertencia, derivada de los principios de valoración probatoria, consiste en la afirmación de que, excluida toda lesión a la admisión de la información, la ley no dispone precepto alguno para valorar rígidamente este medio de prueba que, como todos, depende del complejo probatorio desarrollado en la causa.

Es típico para el período de la Inquisición la existencia de ciertas reglas que no se referían a la validez de la información, sino, antes bien, a su credibilidad. Para, a manera de ejemplo, no ir tan lejos en el tiempo, el antiguo Cód. de Proc. Crim., vigente hasta el año 1993 para la justicia federal de la República Argentina, contenía una serie de reglas sobre la *confesión* (arts. 316 y ss.), reminiscencia de aquel período histórico, que, so pretexto de hablar sobre la validez de ese resultado eventual de la declaración, reglaba la valoración de la declaración (*confesión simple y calificada, divisibilidad* de la confesión, por ejemplo).

III. Por ello, tampoco resulta necesario agregar nada específico sobre la valoración de este medio de prueba. Sentado el principio de la libre valoración por el juez, antes ya estudiado (este parágrafo, B, 4, III), él tiene la palabra final en la decisión, si la información es aprovechable dada la inexistencia de lesiones normativas, y los demás intervinientes deberán jugar su partido con las mismas reglas para intentar convencer al tribunal de mérito acerca de la certeza o verosimilitud de ciertas hipótesis favorables al cumplimiento de su función.

IV. Por último cabe advertir en esta breve remisión, que no es necesario discurrir acerca de medidas de coerción directamente referidas a la

³⁴² CPP Nación, Libro segundo, Tít. 4, Cap. 4, arts. 294 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, Libro 2, Tít. 3, Cap. 2, arts. 308 y ss.; CPP Córdoba, Libro primero, Tít. VI, Cap. X, arts. 258 y ss.; conviene la lectura conjunta con los demás capítulos dedicados al imputado y, además, con las normas vinculadas a su declaración que completan el panorama.

declaración del imputado, o de deberes de él frente a ella, pues, como se sabe (este libro, t. I, § 6, D, 4, c, p. 594), respecto de su información personal se trata de un sujeto *incoercible* del procedimiento penal, con facultades pero sin deberes referidos a ella, que no puede ser forzado a informar personalmente de modo alguno, pues no "está obligado a declarar contra sí mismo" (CN, 18: *nemo tenetur se ipsum accusare*³⁴³). De esta regla de principio emergen todas las reglas reglamentarias de la declaración del imputado contenidas en los códigos de procedimiento penal, que condicionan la validez de la información y, también, la validez del acto frente al principio constitucional que torna necesaria una posibilidad de resistencia efectiva --defensa-- a la imputación.

4. Otras manifestaciones de la información personal

Nuestras leyes regulan formas accesorias o dependientes de la información personal, tales como la *confrontación* o *careo*, los *reconocimientos de personas y cosas o lugares*, y la llamada *reconstrucción del hecho* a través de las versiones de testigos, peritos e inculpadlos. En verdad, estos no son medios de prueba autónomos o principales, pues en todos ellos se manifiesta un relato personal que, como veremos, puede provenir de un testigo, de un perito, del imputado o, en algunos casos, de varios de estos informantes eventuales. Se trata tan sólo de reglas particulares, dada también una situación particular que se produce en un caso y en un procedimiento judicial, caso genérico que pretenden reglamentar más próximamente las normas especiales que rigen estas instituciones probatorias. No resulta interesante para nosotros, pues no modifica las cosas, la explicación detallada, ni la discusión sobre la autonomía³⁴⁴.

I. El *careo* o *confrontación* tiene de particular varias notas básicas: que la información personal se produce a través de la intervención y exposición de dos o más personas³⁴⁵; que su presupuesto necesario está cons-

³⁴³ Cf., además, CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, ps. 279 y siguientes.

³⁴⁴ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 64, p. 153; JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, Cap. VI, p. 229, quien parece apoyar, en principio, la opinión del texto y luego expresar su inclinación hacia la autonomía del medio de prueba como cuestión de importancia.

³⁴⁵ En este sentido, es cierto que, regularmente, los enfrentados son dos personas (cf. CPP Nación, 278, I), pero también resulta cierto que la ley no prohíbe una confrontación de más de dos personas sobre puntos en que ellos hayan discrepado en sus diversas versiones anteriores (cf. CPP Córdoba, 257, 1ª oración, en el sentido del texto).

tituido por versiones anteriores de los protagonistas, ya conocidas e incorporadas al procedimiento; que esas versiones no coinciden en el relato total o parcialmente; que, aun cuando no resulta necesario, los protagonistas del careo pueden y suelen ser personas con posiciones jurídicas muy diferentes en el procedimiento, por ejemplo, imputado-testigo; imputado-perito; testigo-perito; que la finalidad cognoscitiva del careo tiende a decidir, dentro de lo posible, cuál es la versión acertada o correcta, o cuál la más creíble de ellas, razón por la cual consiste en una confrontación de exposiciones objetivamente opuestas y contradictorias sobre un punto relevante como objeto de prueba.

Formalmente, los testigos o peritos están obligados a intervenir en los careos que sean ordenados y ellos convocados a confrontarse, porque su intervención resulta necesaria al ser su versión una de aquellas opuestas contradictorias; su segundo deber consiste en prestar juramento antes del comienzo del acto, deber innecesario porque bastaría con recordar su compromiso promisorio³⁴⁶. El imputado o los imputados, si se trata de una confrontación entre dos de ellos, están exentos de estos deberes, por la posición jurídica que ostentan en el procedimiento penal, y su intervención requiere condiciones y advertencias idénticas a las de su declaración personal (idénticas son las razones de esta exención a aquellas que respetaron su libertad de informar o de abstenerse de hacerlo: ver este párrafo y letra, punto 3, I y II)³⁴⁷. Por lo demás, el defensor tiene derecho a presenciar el careo, a cuyo efecto debe recibir noticia de su realización³⁴⁸, o, en algunas leyes, su presencia resulta absolutamente necesaria para la validez del acto³⁴⁹ (condición de admisión del medio de prueba = prohibición probatoria). Es presupuesto y condición de todo careo el hecho de que quien lo preside manifieste claramente a aquellos que participan en él el punto sobre el cual las manifestaciones anteriores se contradicen y cuál es la contradicción que determinó la orden de carear³⁵⁰. En lo demás, nuestras leyes procesales penales confunden el contenido de la confrontación con el acto, esto es, *acto* y *acta* –posiblemente porque, originariamente, todo el capítulo de la prueba estaba regulado en el libro referido a la instrucción preparatoria y en manos del juez de instrucción–, y, por ello, esas leyes prevén que se registre a las reconvenciones, ratificaciones y rectificaciones, pero no que quede registro alguno referente a la impresión de quien preside el acto sobre el comportamiento de los careados³⁵¹; en verdad, estas previsiones sólo rigen para aquellos careos definitivos e irreproducibles, que constan en un acto o en cualquier otro tipo de registro, pero no tienen relevancia alguna para, por ejemplo, aquellos que se producen en la audien-

³⁴⁶ CPP Nación, 276 y 277; CPP Pcia. de Buenos Aires, 263 y 264; CPP Córdoba, 255 y 256.

³⁴⁷ CPP Nación, *ibidem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, 263 y 264, este último porque ningún deber le impone; CPP Córdoba, *ibidem*.

³⁴⁸ CPP Nación, 278, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 265, I.

³⁴⁹ CPP Córdoba, 255, II.

³⁵⁰ CPP Nación, 278, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 265, II; CPP Córdoba, 257.

³⁵¹ CPP Nación, *ibidem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, *ibidem*; CPP Córdoba, *ibidem*.

§ 15. La prueba (actos probatorios)

cia, del debate. La impresión de quien preside el acto quedará expresada en la resolución de que se trate, acto interlocutorio, acusación o sentencia.

II. Cuando alguien que ha informado personalmente acerca de otra persona que necesita ser individualizada, o de una cosa o un lugar que precisa determinación singular, pues no bastan las señas personales que el informante conoce y expresa para conocer quién es la persona mentada, o no basta la descripción del informante para conocer si lo hallado, una cosa o un lugar, es aquello que mencionó el informante, y tal dato es importante para el procedimiento judicial y su decisión, se ordena el reconocimiento por parte de la persona que proporcionó la información. Las leyes procesales penales argentinas se han dedicado con algún esmero, básicamente, al reconocimiento de personas³⁵², pues su origen reside en rodear de ciertas garantías la individualización del imputado, pero la misma importancia tienen el reconocimiento de otras personas o de cosas o lugares, a los que la ley no les dedica mayor espacio normativo, tan sólo disposiciones dispersas y una disposición analógica³⁵³. Va de suyo que en el reconocimiento, según sucedió anteriormente con la confrontación, la persona que lo practica debe ser alguien que, anteriormente, ha brindado su información personal, sea él un testigo, o un perito o el mismo imputado, razón por la cual también el reconocimiento representa una forma particular de la información personal, accesoria al medio de prueba principal, ya estudiado, que se combina con aquél en razón de la especialidad del caso: se trata así, de modo idéntico a la confrontación, de reglas particulares para ciertos casos genéricos específicos.

Todos estos reconocimientos siguen las reglas básicas de la información personal: testigos y peritos tienen el deber de reconocer, cuando así se ordena por quien preside el procedimiento o por el tribunal de mérito; prestan juramento antes del reconocimiento; el imputado sólo reconoce cuando su propia voluntad acepta la realización del acto, no puede ser obligado a reconocer, puede libremente abstenerse de hacerlo y no presta juramento o se compromete a decir la verdad. En todos los casos se exige que la persona que va a reconocer a otra, a una cosa o a un lugar, sea intimado previamente a describir a la persona, a la cosa o al lugar a reconocer lo más perfectamente posible y a expresar si, con posterioridad al hecho del relato, ha visto a esa persona, a esa cosa o a ese lugar, incluso por imágenes³⁵⁴. Tanto el reconocimiento de personas, como el de cosas, suponen a su lado personas o cosas –dos o más– similares, que no sean discriminables a simple vista; en el caso de las personas, aquella que es el objeto del recono-

³⁵² CPP Nación, Libro segundo, Tít. 3, Cap. 7; CPP Pcia. de Buenos Aires, Libro 1, Tít. 8, Cap. 8; CPP Córdoba, Libro primero, Tít. VI, Cap. IX, Sección octava.

³⁵³ CPP Nación, 275; CPP Pcia. de Buenos Aires, 262; CPP Córdoba, 254.

³⁵⁴ CPP Nación, 271, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 258, I; CPP Córdoba, 250, I.

cimiento podrá ocupar el lugar en el cual desea colocarse en la llamada *rueda de personas*; quien practica el reconocimiento, para asegurar la inexistencia de coacción alguna, sobre todo en el caso del reconocimiento de personas, puede utilizar algún mecanismo que impida que la rueda lo observe, si la autoridad que preside el acto lo considera oportuno³⁵⁵. El reconocimiento se efectúa, en lo posible, con la presencia de la persona, la cosa o el lugar reales sometidos al reconocimiento, pero, de no ser ello posible, por razones prácticas (falta de comparecencia o rebeldía del citado, carencia de la cosa o desconocimiento del lugar preciso), las imágenes –fotografías u otros medios similares (dibujos) y, quizás, más modernos (videos)– sustituyen a la presencia de la persona o de la cosa³⁵⁶. Si varias personas deben reconocer, todas ellas deben realizar el acto individual y separadamente, sin comunicarse entre sí, aunque el registro (acta), de ser necesario, pueda ser único; por lo contrario, si una persona debe reconocer a varias, que soportan el reconocimiento, todos estos últimos pueden ser incluidos en una única rueda de personas³⁵⁷. Reconocida una persona, una cosa o un lugar, quien lo reconoce debe manifestar las semejanzas o alteraciones que nota respecto de aquel que existía o al que se refería en su declaración³⁵⁸. ¡Importante es consignar que, al menos cuando quien soporta el reconocimiento es el imputado, el defensor debe ser invitado a presenciar el acto; la ley le confiere expresamente, respecto de ese acto, un derecho de asistencia!³⁵⁹. Por lo demás, rige el mismo principio que para toda la prueba, la *libre convicción*, para la valoración del reconocimiento como mecanismo probatorio.

III. Otras reglas accesorias a la información personal se refieren a la llamada *reconstrucción del hecho*. En verdad, la reconstrucción del hecho es un mecanismo complejo que, si bien sirve a una mejor exposición de quienes proporcionan información personal sobre el hecho punible objeto del procedimiento, porque, de ordinario, exponen con la presencia de cosas y de lugares propios del acontecimiento a conocer, también contiene elementos de prueba dependientes de la percepción directa de los intervinientes en el procedimiento, en especial, del juez o jueces del tribunal de mérito que deben decidir el asunto. Quizás por ello las leyes procesales penales incluyen sus escasas reglas entre los mecanismos probatorios de percepción directa³⁶⁰.

³⁵⁵ CPP Nación, 272; CPP Pcia. de Buenos Aires, 259; CPP Córdoba, 251.

³⁵⁶ CPP Nación, 274; CPP Pcia. de Buenos Aires, 261 (no menos de cuatro imágenes similares y el procedimiento es aplicable, también, cuando el imputado no desee integrar la rueda o la obstruya con su comportamiento evasor); CPP Córdoba 253 (sólo excepcionalmente, pues conmina con nulidad –prohibición probatoria– el reconocimiento por imágenes fuera de los casos permitidos: falta de presencia de quien soporta el reconocimiento, alteración de sus rasgos fisonómicos, no tuviere obligación de comparecer o no pudiese hacerlo). Dado el sistema de libre convicción en la apreciación de la prueba, la regulación sumamente estricta del CPP Córdoba carece de razón de ser.

³⁵⁷ CPP Nación, 273; CPP Pcia. de Buenos Aires, 260 (no incluye la reglamentación del segundo caso que, al no estar prohibido, resulta permitido); CPP Córdoba, 252.

³⁵⁸ 272, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 259, II; el CPP Córdoba carece de regla similar.

³⁵⁹ CPP Nación, 200 y 201; CPP Pcia. de Buenos Aires, 259, IV; CPP Córdoba, 308 y 309, I.

³⁶⁰ CPP Nación, 221 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 216 y ss.; CPP Córdoba, 200 y ss.

A la reconstrucción del hecho concurren testigos, peritos, intérpretes y el propio imputado, esto es, los medios de información personal, y, en su caso, con la presencia de las cosas y documentos secuestrados o similares, con el fin de explicar, conforme a sus versiones, el modo en que sucedió o pudo suceder el acontecimiento investigado. Las partes pueden proponer y el director del procedimiento ordenar que ciertos peritos concurren al acto para auxiliar con sus conocimientos técnicos aplicados sobre las realidades expuestas y así poder obtener conclusiones ciertas o probables sobre la manera según la cual se desarrolló el acontecimiento a esclarecer³⁶¹. Testigos, peritos e intérpretes exponen o aclaran exposiciones anteriores bajo juramento durante la reconstrucción, conforme a las reglas de sus respectivos medios de prueba³⁶². El imputado no puede ser obligado a participar en el acto y, si consiente en participar y aun expone en él, no lo hace bajo juramento, conforme a las mismas reglas estudiadas anteriormente y referidas a su declaración³⁶³.

5. Medios de prueba materiales (los registros o prueba documental y las cosas)

a) Concepto de registro o documento

Se llama registro o documento a los diferentes modos mediante los cuales el ser humano deja constancia de su acción o de su voluntad, de la voluntad o de la acción de otro, por signos entendibles en el futuro. Es absolutamente correcto extender la noción de documento a todo soporte material de una expresión intelectual³⁶⁴, sobre todo porque, como expon-dremos, la regulación jurídico-procesal sobre las cosas que interesan en un procedimiento judicial, con fines de prueba, con las cuales cabría even-

³⁶¹ Cf. CPP Nación, 222; CPP Pcia. de Buenos Aires, 217; CPP Córdoba, 201. Recuerdo un caso, por ejemplo, sucedido durante mi trayectoria como juez penal, en el cual peritos médico-forenses me acompañaron a reconstruir un homicidio (trayectoria de los proyectiles en el cuerpo del muerto según autopsia), quienes, en conjunto con peritos balísticos y conforme a los rebotes y proyectiles que interesaron la pared de la habitación donde sucedió el hecho, confirmaron como muy probable la versión defensiva del autor imputado, un menor: él había disparado el revólver del muerto, hallado por el autor en un escritorio próximo al rincón de refugio, acurrucado en una esquina de la habitación, cercado por quien recibió los disparos, un mayor, que pretendía violarlo y lo amenazaba con un arma blanca para conseguir su propósito.

³⁶² CPP Nación, 223; CPP Pcia. de Buenos Aires, 218; CPP Córdoba, 202. Tratándose de un juramento promisorio seguiría rigiendo el juramento originariamente prestado, cuando se expuso previamente, razón por la cual, según ya lo advertimos, bastaría la referencia a él y la regla es superflua.

³⁶³ CPP Nación, 221, II, y 223 (sin mención); CPP Pcia. de Buenos Aires, 216, II, y 218 (no mencionado); CPP Córdoba, 200 y 202 (no mencionado).

³⁶⁴ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 76, p. 175; D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, Cap. IX, I, ps. 215 y ss.; JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, Cap. VIII, ps. 271 y siguientes.

tualmente describir algún tipo de diferenciación, es la misma o similar, con escasas diferencias de importancia secundaria, razón por la cual toda distinción resulta, en definitiva, inútil o, cuando menos, superflua. Discutir si una pintura –un mural, por ejemplo– es un documento o una cosa, y comenzar a plantear diferencias a partir de la representación del objeto, por ejemplo, algún tipo de mensaje intelectual adjudicado a una persona, o, por lo contrario, si sólo se trata de un muro pintado de algún color, sólo conduce al contenido o función del documento o de la cosa, a su valoración como elemento de prueba y a la importancia del dato para el procedimiento. Los registros o los documentos parecen distinguirse de las cosas sólo por el agregado de que poseen significado: un acto jurídico, como el contrato o el casamiento, una obra literaria, como una poesía, se registran, en el sentido de que su significado, su contenido, consta por escrito, por signos de alguna naturaleza, casi siempre por medio del lenguaje, y hasta, modernamente, por otros modos registrales o documentales. Incluso hoy en día existen registros de diverso tipo: aquellos en los cuales se utiliza la escritura como modo de relato de la acción o de constancia de la voluntad, llamados ordinariamente *documentos* o *instrumentos*³⁶⁵, o los métodos más modernos que remiten a la reproducción por sonido (*auditivos*), o los más modernos aún, denominados *audiovisuales*. Los modos o técnicas de grabación, que partieron desde la escritura (documento), también han progresado enormemente hasta llegar a la digitalización, que torna posible archivos más pequeños conforme al lugar que ocupan, pero exponencialmente más grandes según su contenido. El progreso técnico de los registros –paralelo al de las comunicaciones– es, hoy en día, exponencial, a tal punto que ha convencido a algunos sobre el escaso valor de la inmediación –esto es, de las audiencias frente a jueces de cuerpo presente– para la decisión judicial y como condición jurídica de su validez o, al menos, de la validez de una condena penal³⁶⁶. Aquí tratamos al documento –y, paralelamente, a las *cosas* y a los *lugares*–, básicamente, como prueba de alguno de los elementos concretos o de hecho que necesitamos para el juicio penal y no nos referimos sino tangencialmente, por lo contrario, a las actas o registros judiciales, aunque ellas son también documentos o registros que dan cuenta de una actividad cumplida durante el

³⁶⁵ D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, diferencia a estos dos sustantivos, aun cuando confesando identidad de regulación jurídica desde el punto de vista que hoy nos ocupa.

³⁶⁶ Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el valor de la inmediación*, ps. 57 y ss., aun cuando el problema real que se vislumbra tras de ello parece recalar en la necesidad de una “segunda o mayor instancia” sobre los hechos del caso (cf. asimismo mi réplica ligera en *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, ps. 13 y siguientes).

procedimiento; sin embargo, en tanto las actas o los registros del procedimiento prueban cómo se desarrolló cierta actividad durante el procedimiento judicial —dato importante, por ejemplo, para el recurso de casación: acta del debate, sobre todo—, ellos, en cierta manera, están comprendidos en nuestras consideraciones. Estimo que no es importante la discusión acerca de si los registros o documentos pertenecen a la prueba *personal* o a la prueba *material*, como las cosas y lugares³⁶⁷: en verdad, no todos los documentos consisten en una declaración sobre hechos históricos, ya sucedidos, de los que quien registra ha tenido conocimiento por intermedio de alguno de sus sentidos, como ocurre con el acta de la declaración de un testigo, sino que, antes bien, se trata siempre del soporte material de una idea a transmitir hacia el futuro, pretendidamente de modo fehaciente, como ocurre, por ejemplo, con un testamento, que si bien es una declaración, sólo lo es en sentido intelectual, esto es, declaración de voluntad para el caso de que acaezca un hecho meramente eventual, la muerte de quien declara.

Existen documentos de diversas clases, pero tampoco reviste importancia su clasificación, que se puede intentar desde múltiples puntos de vista. Alguna importancia revisten para nosotros los *instrumentos, públicos o privados*, que registran *actos jurídicos*, por el hecho de que, según reglas del CC, arts. 979 a 1036, sus condiciones y la regulación jurídica respectiva representan exigencias para su validez o invalidez. De allí no puede extraerse, como alguna doctrina judicial lo enuncia, que los instrumentos públicos verifican judicialmente, con certeza imposible de contradecir, los hechos que ellos relatan mientras no sean querellados por nulidad y anulados judicialmente³⁶⁸. Por lo contrario, no es aquello que relatan las partes de un negocio, sino las verificaciones del funcionario público o del notario que expide el instrumento, sucedidas frente a él, esto es, los hechos que han pasado ante él, como la existencia de la voluntad de contratar y su contenido en un contrato determinado, o el pago o la tradición de la cosa, aquellos hechos que no pueden discutirse sin querella de falsedad.

II. Sobre la prueba documental son escasas las reglas de las leyes procesales penales, en tanto ellas no se refieran a la documentación de los actos procesales³⁶⁹, esto es, a las condiciones de validez de esos actos como fundamento de una decisión judicial o como soporte registral de

³⁶⁷ Cf. sobre esta determinación que él considera importante para el concepto de documento, FRAMARINO DE MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Parte quinta, Sección segunda, Cap. 1, ps. 465 y siguientes.

³⁶⁸ Por ejemplo, no es posible concluir sin más que mi hijo me mató o intentó matarme, por el hecho de que yo, en un testamento, haya ocluido su vocación hereditaria por esa causa revelada.

³⁶⁹ En este último sentido, ver, por ejemplo, CPP Nación, Libro primero, Tít. 5; CPP Pcia. de Buenos Aires, Libro primero, Tít. 5; CPP Córdoba, Libro primero, Tít. VI.

ella. Algunas de esas reglas se refieren a su obtención para incorporar los documentos al procedimiento (apropiación temporal), como aquellas que regulan el deber de entregar por parte del tenedor, a su conservación en la oficina del eventual director del procedimiento y a la coacción para obtenerlas (secuestro), cuando no es posible obtener las cosas por voluntad del tenedor; otras se refieren a la incorporación de esos medios de prueba al debate oral y público y a su exhibición a las personas que deben reconocer el documento, y, por último, ellas siguen la regla general de valoración, aquí tantas veces enunciada³⁷⁰.

b) Cosas y lugares

Las cosas, muebles e inmuebles, y los lugares³⁷¹, las mismas personas en su aspecto físico, tienen también importancia probatoria para el procedimiento judicial, más aún en materia penal: ellos contienen, de ordinario, rastros del hecho punible, que permiten verificar conjeturas (indicios) acerca de la acción u omisión a averiguar. Las reglas que a estos medios se refieren, sin embargo, son idénticas a aquellas estudiadas para los documentos, con la salvedad de que las cosas y los lugares no poseen nunca como contenido un significado intelectual, una información personal o una declaración de voluntad de una persona; ellos sólo contienen rastros de la conducta humana pasada, cuando esos rastros son útiles para el procedimiento. Las cosas --entre las cuales el documento es una especie, que no vale tanto por sí mismo, sino, antes bien, por aquello que representa, en tanto contiene signos de la conducta humana o manifestaciones de voluntad-- y los lugares son poseídos (entrega, secuestro y embargo, confiscación o decomiso), aun temporalmente, observados (inspección ocular, registro e, incluso, peritación), reconocidos (testimonio, peritación) y devueltos. Todas estas operaciones están sometidas a diversas reglas, algo dispersas en nuestras leyes procesales penales.

A la *entrega* --orden de presentación-- y *secuestro* se refiere, regularmente, un capítulo del título de la prueba de esas leyes³⁷², que también contiene a la orden de *devo-*

³⁷⁰ Cf. CPP Nación, 231 y ss., 385 y 392; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226 y ss., 360, VIII, y 366, inc. 5; CPP Córdoba, 210 y ss., 395 y 398.

³⁷¹ Sólo nos referimos a los lugares como escenarios importantes para el conocimiento judicial, pues pueden ser visitados e inspeccionados y porque no coinciden siempre con el ámbito material de una cosa --mejor definido por su aspecto económico-- que los alberga, ni siquiera con una cosa inmueble, ya que, aunque precisan de un soporte material, él puede ser público o representar algo fuera del comercio, como una esquina de un barrio, una calle, el interior o exterior de un automóvil, etcétera.

³⁷² CPP Nación, Libro segundo, Tít. 3, Cap. 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, Libro I, Tít. 8, Cap. 4; CPP Córdoba, Libro primero, Tít. VI, Cap. IX, Sección cuarta.

lución³⁷³, actos que, por representar injerencias en derechos fundamentales (propiedad privada, entendida ampliamente) serán estudiados próximamente, en el número que destinamos a la coacción referida a la prueba. A la *observación* y al *reconocimiento* de cosas, lugares y documentos se refieren tanto reglas específicas del acto, como reglas del debate público, que regulan tanto la forma de conocimiento directo por parte de los sujetos procesales, en especial por los jueces para la decisión, como la exhibición a testigos y peritos, reglas cuyo contenido, en gran medida, resulta obvio, casi superfluo como regulación legal³⁷⁴, y al que ya hemos hecho referencia al estudiar la información personal (ver 4, inmediatamente antes). Para la exhibición a peritos con fines de observación y dictamen rigen también reglas obvias que prevén la orden de peritación y la conservación de las cosas³⁷⁵.

Como se observa, cuando, según una clasificación común³⁷⁶, se distingue entre la prueba obtenida por la información de terceras personas y la observable directamente por el tribunal, medios a los que nos referiremos en el próximo número, las operaciones con cosas, documentos y lugares pertenecen a uno u otro rubro de la clasificación, según el modo de realización del acto ordenado y sus necesidades, y hasta es posible imaginar combinaciones en las cuales ambas posibilidades coexistan³⁷⁷. Las cosas, los documentos y los lugares no son elementos de prueba por sí mismos, sino que lo son, antes bien, en tanto son valorados por alguien según su testimonio, significación y contenido. Sólo los documentos, en tanto contienen relatos de hechos afirmados como sucedidos o declaraciones de voluntad pueden ser considerados bajo el rubro de la información personal, transmitida por escrito o signos, pero ello ya nos da cuenta de su significado, significado que también puede ser transmitido por las cosas hechas por el hombre, aspecto que complica la distinción, según antes lo observamos. Pero también las cosas y los lugares pueden tener su importancia para la información personal y es por ello que se los exhibe y reconoce, porque ilustran la transmisión de conocimiento por vía de una declaración humana.

³⁷³ CPP Nación, 238 y 238 bis; CPP Pcia. de Buenos Aires, 231; CPP Córdoba, 217.

³⁷⁴ CPP Nación, 220 (regla especial para el reconocimiento de cadáveres), 215 (cadáveres), 275, 385 y 387; CPP Pcia. de Buenos Aires, 262, 360, VII, y 362; CPP Córdoba, 199 (cadáveres), 254 y 395.

³⁷⁵ CPP Nación 218, 222, 261, 264 y 265; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214, 217 y 248, III y IV, 251 y 252; CPP Córdoba, 198, 201, 239, 243 y 244.

³⁷⁶ Cf. por todos, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. II, § 1, ps. 3 y ss., clasificación que domina toda la exposición.

³⁷⁷ Cf., en el mismo sentido, VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 21, n° 1 al margen, p. 162.

c) Los informes

Algunos consignan a los *informes* de una persona, pública o privada, elaborado por escrito o por otro modo registral, como un medio de prueba autónomo (*prueba de informes* o *informativa*)³⁷⁸; nuestros códigos procesales penales, a pesar de no desconocer su valor en ciertos casos –referidos puntualmente a ciertos informes³⁷⁹–, no contienen una regulación sistemática de este medio de prueba, sino, antes bien, mínimas disposiciones aisladas. Esto último no deja de ser problemático, no sólo porque puede discutirse ya no el valor, antes bien, la confiabilidad de este medio de prueba, sino porque la ley penal argentina (CP, 275) ignora a los informes como un medio de prueba y al informante como un eventual autor de un delito contra la administración de justicia (genéricamente: *falso testimonio*); consecuente con ello, la persona que informa, por falta de regulación legal, no se compromete a decir verdad en su informe, ni puede ser autor del delito pertinente, salvo el caso de quien informa por escrito en posición de testigo, en reemplazo autorizado de su comparecencia y versión oral ante el oficio respectivo (este parágrafo, *supra*, D, 1, b, II), caso al cual, precisamente, la ley se refiere con la palabra *informe* en materia de prueba³⁸⁰.

Con razón, nuestros autores³⁸¹ limitan la llamada prueba informativa, en primer lugar, a las personas jurídicas, públicas o privadas, por intermedio de la persona competente que las representa, según las reglas del Derecho administrativo, del Derecho privado o las propias de la persona jurídica, y, en segundo lugar, por su contenido, que no puede ser otro que una transmisión ordenada de los datos que constan en archivos o registros de la persona jurídica. Uno puede concebir la llamada prueba de informes producida por una persona de existencia visible, física, a la

³⁷⁸ Cf., entre nosotros, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), Parte segunda, Cap. IX, ps. 183 y ss.; PALACIO, *Derecho procesal civil* [Dpc], t. IV, ps. 633 y ss.; JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, Cap. XI, ps. 315 y siguiente.

³⁷⁹ Cf. CAFFERATA NORES, José I, *idem*, n° 82, p. 185; D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, con referencia al hábeas corpus y su informe, p. 246. El CPCyC Nación, Libro II, Tít. II, Cap. V, Sección 3ª, arts. 396 y ss., regula la *prueba de informes* como un medio de prueba autónomo.

³⁸⁰ CPP Nación, 391, inc. 4, y 250; CPP Pcia. de Buenos Aires, 366, inc. 6, y 241; CPP Córdoba, 397, inc. 4, y 228.

³⁸¹ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal* (3ª ed.), n° 79, p. 183, y n° 81, p. 184; PALACIO, *Dpc*, t. IV, Cap. XXXVII, A, ps. 635 y s.; JAUCHEN, *La prueba en materia penal*, Cap. XI, ps. 316 y 318; no es terminante, en este sentido, D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, Cap. IX, VII, ps. 244 y siguientes.

manera del CPCyC Nación, 396, pero sólo en casos muy concretos: por ejemplo, el escribano, expreso en la regla antes citada, un comerciante, o el titular de una empresa única de responsabilidad limitada, pues lo esencial de la limitación se vincula al requisito de que los “actos o hechos”, sobre los cuales reza el informe, “resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante”³⁸². El hecho de que la ley nombre como *informe* a la respuesta escrita de un testigo autorizado a no comparecer ante el funcionario que lo cita, a responder al interrogatorio de esa manera, para nada influye en detrimento de la afirmación anterior, pues el medio de prueba no muda su caracterización como testimonio personal; se trata tan sólo de un problema semántico, que no excluye la clasificación de ese informe como prueba de testigos, de información personal, maguer la excepción citada al deber del testigo. Uno puede extender correctamente el significado de la palabra *informe* a una declaración personal, pero no puede eliminar las reglas del testimonio, que involucran el deber de comparecer, salvo excepciones, y el de declarar la verdad ante el funcionario u oficio competentes para recibir la declaración. Consecuentemente, nadie puede trasvasar testimonios a informes, salvo cuando la ley autoriza expresamente a declarar como testigo por esta vía, ni puede aplicarle a los informes las reglas de la prueba de testigos, sobre todo, aquellas que implican un deber cuyo incumplimiento amenaza con pena la ley penal³⁸³.

Sí se puede, por ejemplo, citar como testigo a la persona que informa u a otro representante de la persona jurídica, para que afirme bajo juramento los datos acerca de los cuales informará, pero aun así él sólo dará fe de que los registros de la entidad, que respaldan el informe, dicen aquello que informó y nada agregará a la confiabilidad de esos registros, a salvo su conocimiento personal. También se puede, sin duda, ordenar una peritación para establecer la certeza del informe y, en ocasiones, incluso la verdad o falsedad de los registros.

Así como los documentos o los instrumentos también eran cosas, en sentido vulgar, materia percibible, así también los informes a los que aquí nos referimos son documentos. Media entre todos estos términos una relación de especialidad: los documentos son cosas específicas, en las que consta un acto jurídico, un relato, una expresión de voluntad; a su vez, los informes son documentos específicos, que relatan hechos o actos que han sido registrados por el informante, con arreglo a la ley.

³⁸² CPCyC Nación, 396, I.

³⁸³ El CPCyC Nación, 397, I, prohíbe expresamente este trasvasamiento.

d) La valoración

La confiabilidad de la prueba registral o de los rastros que contienen las cosas o lugares es materia a investigar en cada caso. Ella depende, en ocasiones, de la persona que emite o de quien procede el documento o el informe, también de la veracidad de los registros en los que ella se apoya, en otras ocasiones del hecho, demostrable, de haber permanecido incólume, sin alteraciones, por fin, de la capacidad del objeto para transmitir certidumbre sobre alguna afirmación. Como es sabido (*supra*, B, 4, III), rige la regla de la *libre convicción* y su método, la *sana crítica racional*, es el apropiado para resolver el problema.

Por último, hace falta decir que existen cosas, lugares, documentos e informes que no son admisibles como medio de prueba y, por lo tanto, si se incorporan al procedimiento erróneamente, constituyen una *prohibición de valoración probatoria*. Algunos ejemplos parten de la misma ley procesal penal, como el que prohíbe la apropiación de las cartas y documentos que se remitan mutuamente imputado y defensor, para el ejercicio de la función defensiva³⁸⁴; en otras ocasiones, la prohibición finca en el modo de incorporación, como, por ejemplo, la interceptación y secuestro de correspondencia o envíos hechos por o al imputado, o la injerencia en sus comunicaciones por cualquier medio técnico, en contravención con las reglas respectivas³⁸⁵; en otras ocasiones, finalmente, ya no se prohíbe el secuestro, sino, tan sólo, se procura evitar el deber de entrega y se fija, de esa forma, un modo concreto de incorporación de la cosa o documento al procedimiento, con lo que la prohibición o limitación se torna aun más relativa³⁸⁶. Otros ejemplos parten de leyes especiales, como aquellas que obligan al secreto estatal o particular e imponen así la reserva de la información, del documento, de la cosa o del lugar o, de otra manera, imponen para la incorporación de ellos al procedimiento un método, forma o autorización especial (secreto oficial dispuesto por ley, planillas censales, declaraciones impositivas, secreto bancario)³⁸⁷. Por fin, algunas prohibiciones o limitaciones emergen del Derecho internacional público o de los convenios con instituciones internacionales, convenios de sede, por ejemplo, que, por razones de *extraterritorialidad*, o bien impiden la apropiación o la solicitud de la información, o bien someten tales actos a formas especiales o a la voluntad del país o institución requeridos.

384 CPP Nación, 237; CPP Pcia. de Buenos Aires, 230; CPP Córdoba, 212.

385 CPP Nación, 234 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 228 y s.; CPP Córdoba, 214 y siguientes.

386 CPP Nación, 232; CPP Pcia. de Buenos Aires, 227; CPP Córdoba, 211.

387 Cf. D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, ps. 245 y siguiente.

6. La percepción directa

I. Con mayor fundamento que aquél de la división entre medios de prueba provenientes de la información ajena, porque su vehículo de transmisión es una declaración, y medios de prueba materiales u objetivos, porque su soporte es una cosa o un documento, clasificación que, según observamos, es cuestionable, se ha distinguido de los primeros nombrados a aquellos medios de prueba consistentes en la observación directa del o los funcionarios que componen el mecanismo de persecución penal o de los jueces que integran el tribunal de mérito, como distinción fundamental, para oponerlos a aquéllos³⁸⁸. Tradicionalmente llamada *vista de ojos* o *inspección ocular*, las leyes procesales penales, bajo los rubros *inspección y reconstrucción*, *registro y requisa personal*, contienen una serie de reglas referidas a la observación directa. *Inspección judicial* es, en realidad, el nombre verdadero con el cual nuestras leyes procesales penales designan la observación de personas, lugares y cosas con el fin de hallar rastros o descubrir los resultados del hecho punible³⁸⁹; la *reconstrucción* alude a esa observación, convenientemente auxiliada por los relatos y reconocimientos de testigos o peritos; los demás nombres —*registro y requisa*— mencionan, en realidad, a determinadas injerencias en el derecho fundamental a la intimidad de las personas, esto es, a ciertos medios de coerción directa que autorizan las leyes para la búsqueda y reconocimiento de medios de prueba en general, sobre todo para posibilitar la observación directa de cosas, lugares o personas, medios de los que se ocupará la sección siguiente.

Reglas determinadas, sin mayor rigor, rigen tanto ciertos deberes de quien inspecciona, como las condiciones especiales que dan vida a la autorización para inspeccionar, cuando la injerencia es mayor. De manera genérica, quien inspecciona, cuando la observación directa se lleva a cabo fuera del juicio público, debe dejar constancia expresa de los rastros y resultados del hecho punible que hubiere hallado, y de sus portadores (personas, cosas, documentos), mediante su descripción detallada, al tiempo de recoger y conservar los objetos portadores, si fuere posible; del mismo modo, cuando quien inspecciona no observe rastros o resultados, incluso porque desaparecieron o fueron alterados con posterioridad al desarrollo del hecho punible, debe describir la situación actual y la anterior supuesta, que averiguará, en lo posible, y detallar la desaparición o alteración por su razón de ser, modo y tiempo³⁹⁰. Cuando se recojan o secuestren

³⁸⁸ Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. II, § 1, ps. 3 y siguientes.

³⁸⁹ CPP Nación, 216 y s.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 21 y s.; CPP Córdoba, 195 y siguiente.

³⁹⁰ CPP Nación, *ibidem*.

objetos, ellos deberán ser inventariados y luego sometidos a una cadena de custodia que asegure la identidad posterior del objeto (clausura del continente, sello y firma, y, en caso de remoción, nueva verificación de identidad e integridad); los objetos pueden ser entregados a una persona confiable por intermedio de un depósito regular³⁹¹. Cuando la cosa es un cadáver con señales de muerte violenta o sospechosa de criminalidad rigen también reglas especiales para el deber de identificar a un desconocido: antes de la inhumación o después de la exhumación es obligatoria su descripción, su reconocimiento por testigos y la toma y conservación de sus impresiones digitales, incluso su exposición pública antes de la autopsia para el reconocimiento de personas que proporcionen datos sobre su identidad³⁹².

La inspección del cuerpo de una persona, imputado o tercero, así como la llamada *inspección mental*, en realidad, la orden de una *peritación psiquiátrica* –no se trata de una inspección por parte del funcionario interviniente de la persecución penal–, está también sometida a reglas especiales: en primer lugar, quien ordena la inspección y quien la lleva a cabo deben proceder a resguardar el pudor de la persona inspeccionada; en segundo lugar, una persona de confianza del inspeccionado o el defensor, según aquél lo decida, puede asistir al acto³⁹³; en tercer lugar, se torna obligatoria la llamada *inspección mental del imputado*, cuando el delito que se le atribuya esté amenazado con diez o más años de prisión, cuando él fuere sordomudo, menor de dieciocho años o mayor de setenta, o cuando fuere probable la aplicación de una medida de seguridad y corrección³⁹⁴; por fin, rige una autorización legal especial, de tipo coercitivo y privativo de libertad, que –aunque ella pertenezca a la sección posterior– cabe nombrar aquí, la *internación provisional del imputado*, en caso de sospecha de una enfermedad mental que, en el momento de cometer el hecho, no le permitió comprender el significado de su conducta u obrar conforme a esa comprensión (inimputabilidad)³⁹⁵.

³⁹¹ CPP Nación, 233; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226, III y ss.; CPP Córdoba, 213, con particularidades: automotores u otros bienes de significativo valor sólo pueden ser depositados en manos quien tenga el dominio de ellos, según la ley, salvo que en un tiempo determinado (seis meses) nadie concurra a reclamar el bien; sometimiento a leyes locales de los depósitos en organismos estatales.

³⁹² CPP Nación, 220; CPP Pcia. de Buenos Aires, 215; CPP Córdoba, 199.

³⁹³ CPP Nación, 218; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214, I y II; CPP Córdoba, 198 (agrega expresamente la autorización para extraer sangre del examinado y la excepción relativa al temor de un daño para su salud).

³⁹⁴ CPP Nación, 78; CPP Pcia. de Buenos Aires, 64 (no menciona a los menores); CPP Córdoba, 85 (agrega el hecho de que la imputación verse sobre un delito contra la libertad sexual), que, correctamente, llama a esta medida *pericia* (*sic*) psiquiátrica. Para el lector extranjero que trabaja con múltiples medidas de seguridad y corrección, algunas de ellas de menor gravedad, cabe aclarar que nuestra medida de seguridad clásica y única esta representada por la internación manicomial por tiempo indeterminado, algo que revela el texto del CPP Córdoba.

³⁹⁵ CPP Nación, 76, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 62, I; CPP Córdoba, 287. La internación provisional del imputado también esta autorizada para los casos de *incapacidad sobreviniente*, esto es, producida durante el procedimiento, que le impida al imputado comprender el significado de los actos procesales (CPP Nación, 77, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 63, I; CPP Córdoba, 84), pero ella no se vincula al deber de ordenar una peritación psiquiátrica, pues la supone, así como supone su resultado; la norma, en cuanto se ordena para el caso de la enfermedad mental peligrosa para sí o para terceros, no es una regla procesal penal, sino, antes bien, una que dispone interdicciones de carácter civil (insania) y debió pre-

II. La práctica de una *inspección judicial* de personas, cosas y lugares no está autorizada sólo para los jueces, sino, además, para las otras autoridades encargadas de la persecución penal, policía y ministerio público, cuando esos oficios sean competentes para conducir el procedimiento, conforme a la ley procesal penal³⁹⁶. Están exceptuados de tal autorización los actos que requieren autorización expresa de un juez, como los allanamientos de morada, por ejemplo, si no se produce una situación de necesidad o de urgencia que, según la ley, faculta a la fiscalía o a la policía a operar sin autorización judicial. Resulta claro que, durante el juicio, no son otros que los jueces que integran el tribunal de mérito quienes dirigen el procedimiento y, por tanto, quienes pueden ordenar las inspecciones necesarias, según las reglas pertinentes.

III. La *inspección* es, sin duda, un método de percepción y verificación directa por parte de aquel a quien la ley le encomienda ocasionalmente la dirección del procedimiento penal. Pero él suele mezclarse, a menudo, con informaciones personales provenientes de las personas que operan en el procedimiento (testigos, peritos, el imputado), como sucede en el reconocimiento de personas y cosas. Por ello la ley faculta a quien dirige el procedimiento para llamar en auxilio de la percepción directa a testigos, a peritos y al imputado, los primeros generalmente obligados a colaborar y el imputado, que, por supuesto, es extraño a este deber y, por ende, sólo participa e informa conforme a su voluntad³⁹⁷. Sólo en este sentido se puede clasificar a la inspección de personas y cosas como método mixto, que comprende tanto percepciones directas, como informaciones personales.

7. Los indicios

I. Tantas veces afirmados como medio de prueba³⁹⁸, incluso por la ley³⁹⁹, no hemos podido sustraernos, al menos por influencia práctica⁴⁰⁰,

ver el anoticiamiento a los jueces competentes para estos procedimientos judiciales y el control por parte de los órganos judiciales competentes.

³⁹⁶ La fiscalía, por remisión, CPP Nación, 67, III, 70 y 196, I; directamente, al confiarle la labor de dirigir la investigación penal preparatoria, CPP Pcia. de Buenos Aires, 56 y 103; de la misma manera, CPP Córdoba, 71, 75 y 329. La policía: CPP Nación, 184, incs. 2 a 5; CPP Pcia. de Buenos Aires, 294, incs. 2 a 5; CPP Córdoba, 324, incs. 2 a 4.

³⁹⁷ CPP Nación, 220 a 223; CPP Pcia. de Buenos Aires, 215 a 218; CPP Córdoba, 199 a 202.

³⁹⁸ Cf. D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, Cap. IX, III, ps. 231 y siguientes.

³⁹⁹ Cf. Cód. Proc. Crim. Nación –hoy derogado–, 357 y s., reglas que obligaron al autor citado inmediatamente antes a ocuparse de ellos.

⁴⁰⁰ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, p. 192, nota al pie n° 3.

a la necesidad de aclarar ciertos conceptos y alcances con una breve referencia. El *indicio* no es más que una conjetura, una inferencia: de un hecho que se conoce, pero que no constituye el objeto de prueba, se infiere otro mediante una operación mental silogística o próxima a ello que permite afirmarlo al menos de modo probable⁴⁰¹. El método de la *sana crítica racional* y el sistema de valoración probatoria dominado por la *libre convicción* permiten claramente el funcionamiento de los *indicios*, a pesar que la ley procesal penal, con razón, no se refiera a ellos como medio de prueba⁴⁰². Los *indicios* no son un medio de prueba, sino, tan sólo, una aplicación del razonamiento humano inductivo-deductivo que, a partir de un hecho considerado como cierto, arriba a una segunda afirmación a través de una regla de cualquier tipo (científica, técnica, artística o de la experiencia). Precisamente por eso, ellos son los representantes de la llamada *prueba indirecta* según su objeto (*supra*, B, introducción, y b, I), en el sentido de que el tema a probar en ellos (objeto de prueba) no es un elemento de la imputación penal (objeto del proceso), sino un hecho circunstancia o característica ajeno a ella, de la cual se infiere algún elemento del objeto del procedimiento (*pertinencia* del objeto de prueba con el objeto procesal).

Con el ejemplo al que anteriormente remitimos: probar que una persona estuvo o no estuvo en un lugar determinado en el momento del hecho punible –supóngase un homicidio o una riña– puede conducir a afirmar que fue o no fue su autor. Según veremos inmediatamente después, en conjunto con otros indicios, el modo y tiempo de la muerte de la víctima, indagado por la autopsia, y el hallazgo del arma utilizada en poder o bajo el dominio de una persona determinada, o simplemente, del documento o informe que verifica la compra del arma por alguien, puede conducir a afirmar o negar, con certeza o probabilidad, la autoría en cabeza de un autor individualizado.

II. Empero, para que la afirmación del hecho desconocido tenga valor probatorio cercano a la certeza son *racionales* ciertas condiciones, razón de ser de la existencia de la regla del art. 358 del antiguo. C. Proc. Crim. Nación. En primer lugar, cabe exigir que el hecho singular verificado, del cual parte el razonamiento, sea afirmado con certeza; en segundo lugar, la regla que permite la inferencia debe ser *racional*, en el sentido de ser una afirmación de la ciencia, técnica, arte o meramente práctica (de la experiencia) tenida por cierta con fundamento; en tercer lugar, la

⁴⁰¹ El ejemplo de CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, ps. 193 y 196 y s., sirve de suficiente explicación, incluso por atención a la práctica judicial.

⁴⁰² En ocasiones sólo usa la palabra en otro sentido, para indicar el nivel probatorio a alcanzar para determinada medida: *indicios vehementes de culpabilidad* para autorizar a la policía a aprehender a una persona (CPP Nación, 284, inc. 3, por ejemplo).

inferencia no debe conducir, con igual rigor racional, a una consecuencia distinta (*indicio anfibológico*⁴⁰³); y, en cuarto lugar, los otros medios probatorios u otros indicios no deben conducir a conclusiones diferentes (prueba en contrario) o, dicho de modo positivo, otros medios de prueba u otros indicios deben también afirmar la conclusión a la que se arriba (prueba compleja).

III. La llamada *presunción* —voz que en ocasiones es utilizada como sinónimo de indicio⁴⁰⁴—, si la palabra se utiliza con propiedad, es un indicio legal: conforme a una regla jurídica, de un hecho se infiere otro como cierto. Algunos creen que “el indicio en determinadas condiciones engendra la presunción”, que “se trata de conceptos vinculados entre sí por una relación causal”, en definitiva, que la presunción es la conclusión del indicio⁴⁰⁵. Ese, si bien no es un uso lingüístico y semántico inadecuado de la palabra, no coincide con el significado técnico-jurídico⁴⁰⁶, pues la presunción revela una idéntica operación lógica que la explicada para el indicio, sólo que, en ella, la regla según la cual arribamos a determinada conclusión está representada por una norma jurídica, con pretensiones de ser aplicada como obligatoria. De modo general, estas presunciones son calificadas como *juris et de jure*, cuando no admiten prueba en contrario, o *juris tantum*, cuando la admiten para determinar su falta de aplicación (negación de la conclusión). No vale la pena citar ejemplos⁴⁰⁷ pues, en materia penal, únicamente son concebibles las últimas, y ello tan sólo en tanto sean reglas racionales, que no lesionen principios fundamentales o básicos del Estado de Derecho.

IV. A la ley penal le ha resultado fácil transformar indicios en presunciones, que incluso no admiten prueba en contrario, frente a las dificultades que presenta el procedimiento probatorio dentro del procedimiento judicial. Ya históricamente ello sucedió a través de la *poena extraordinaria* o de las *penas de sospecha*, que permitían la punibilidad sin rigor pro-

⁴⁰³ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, Cap. XI, d, ps. 195 y siguiente.

⁴⁰⁴ Ver Cód. Proc. Crim. Nación (derogado), Libro segundo, Tít. XV. Con razón y rigor conceptual no ha sido aceptada la sinonimia, sólo posible en idioma vulgar: cf. D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, n° 84, p. 231; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 88, ps. 191 y siguiente.

⁴⁰⁵ D'ÁLBORA, *ibidem*. Por la existencia de *a*, presumo que existe *b*.

⁴⁰⁶ Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, n° 88, en especial letra *b*, ps. 191 y siguiente.

⁴⁰⁷ Para ello D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, ps. 231 y siguiente.

batorio alguno. Hoy ello ocurre por intermedio de los *delitos de peligro abstracto*, que punen el hecho antecedente del cual surge el indicio (peligro) determinante de la probabilidad del riesgo para el bien jurídico a proteger. ¡Con cuánta mayor fuerza esto sucede en los llamados *delitos de anticipación*, que regularmente ingresan la punición al ámbito de los actos preparatorios! A ello se dedica el Derecho penal moderno (o, mejor calificado, de la *posmodernidad*), en su ambición por dominar el futuro, el riesgo —en una sociedad en la que el propio ser humano ha multiplicado geométricamente los riesgos, por eso llamada *sociedad del riesgo*—, con abandono del Derecho penal de acto, referido al pasado, que sólo esperaba retribuir con el castigo la culpabilidad de alguien que había dañado algo valioso⁴⁰⁸. En esos delitos, que hoy ya no representan una excepción, sino, antes bien, el núcleo vigoroso y creciente del Derecho penal expansivo o de la inflación punitiva (*panpunitivismo*, *neopunitivismo* o, más literariamente, *fascinación ante el Derecho penal*⁴⁰⁹), protector de bienes jurídicos supraindividuales —siempre valores de la acción administrativa del Estado en consecución o protección del *bien común*—, las presunciones de daño, aunque escondidas, constituyen la regla.

E. LA COERCIÓN ESTATAL Y LOS MEDIOS Y ÓRGANOS DE PRUEBA

En esta sección nos proponemos indagar, rápida y sintéticamente, aquellas medidas de coerción, injerencias en Derechos fundamentales de la persona, que están vinculadas directamente con los medios y con los órganos de prueba. La ley procesal penal apoya tanto los deberes jurídicos de estos últimos, como la realización efectiva de los primeros, con diversas medidas, que no necesariamente representan a sanciones, pero que, sin embargo, sí significan la utilización de la fuerza pública para auxiliar la actividad probatoria del procedimiento penal y el detrimento de los diferentes valores básicos de la persona en la concepción del Estado democrático de Derecho. Conforme a ello, las normas legislativas (infraconstitucionales) referidas a estas medidas adquieren el carácter de *reglamentarias* de preceptos de principio contenidos en la Constitución,

⁴⁰⁸ Cf., para todo ello, HASSEMER, *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, ps. 11 y ss.; y mis conferencias sobre *La esquizofrenia del Derecho penal y Estado de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal* (hoy con texto mejorado y publicado varias veces, última en idioma alemán, *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-München-Lansberg-Frechen-Hamburg, 2010, ps. 481 y siguientes).

⁴⁰⁹ Cf. PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, ps. 73 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), p. 68.

labor que, aun cuando autorizada para el legislador competente, sólo puede ser ejercida en la medida en que no altere, modifique o sustituya el principio constitucional (CN, 14, 18 y 28). Ello implica, para estas medidas, la vigencia del principio básico *nulla coactio sine lege*⁴¹⁰. Sólo nos resta aclarar que las reglas coercitivas referidas a la posición del imputado en el procedimiento, en tanto él es un *sujeto incoercible del proceso penal*, en el sentido de la información personal, serán estudiadas en la sección especial que dedicaremos a la coerción personal ejercida sobre el imputado, dentro de las decisiones judiciales: esas medidas de coerción tienen por finalidad el someter al procedimiento al imputado remiso, antes que significar un resguardo para la actividad probatoria, maguer la posibilidad de que el imputado colabore con la búsqueda de la verdad acerca del hecho punible, durante el procedimiento penal.

1. La privación de la libertad ambulatoria de testigos, peritos e intérpretes

I. Según ya vimos (*supra*, D, 1, e, y D, 2, d), tanto los testigos, como los peritos y los intérpretes están amenazados con la pérdida de su libertad ambulatoria —más allá de la pena establecida para el delito contra la administración de justicia por el CP, 275 y s.—, si incumplen los deberes correspondientes a su función procesal: sintéticamente, comparecer ante la autoridad que los cita o aceptar la misión encomendada, e informar la verdad de aquello que conocen. Inicialmente, la ley autoriza el *arresto inmediato* de testigos y peritos que carezcan de domicilio o contra los cuales se pueda fundar el temor de que se ausenten, fuguen u oculten hasta la celebración del acto para el que fueron citados (declaración del testigo, emisión del dictamen por el perito), con un máximo de veinticuatro horas⁴¹¹.

II. Testigos, peritos e intérpretes deben ser conducidos de inmediato ante quien deben comparecer por intermedio de la fuerza pública cuando no comparecieron a la citación originaria, sin justificación suficiente⁴¹². No existe previsión expresa de su duración máxima, pero, por analogía, resulta aplicable la admitida para la medida anterior.

⁴¹⁰ Cf. BRUZZONE, *La "nulla coactio sine lege" como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, ps. 241 y siguientes.

⁴¹¹ CPP Nación, 248 y 257, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, III, y 246, II; CPP Córdoba, 226, para testigos solamente; en el CPP Córdoba, 246, los peritos e intérpretes sólo son corregibles disciplinariamente, según alguna legislación de referencia que no aparece indicada en el texto, y con la sustitución por otro perito.

⁴¹² CPP Nación, 247, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, I; CPP Córdoba, 175.

III. El último de los casos se refiere a la obligación de informar. Si el testigo se niega a declarar, el perito no dictamina en el tiempo fijado o el intérprete rechaza su interpretación o traducción, el arresto, dispuesto de inmediato, puede durar hasta dos días, arresto que tiene por fin disuadirlo de su actitud y convocarlo a cumplir con su deber; vencido el plazo, el testigo, perito o intérprete será denunciado penalmente, por referencia al delito respectivo de la ley penal (CP, 275)⁴¹³.

IV. Como se observa, si bien se trata de injerencias en un bien supremo, la libertad personal (CN, 18), la autorización coercitiva directa, esto es, sin juzgamiento previo, es mínima y, por tanto, arreglada al Derecho constitucional antes citado, reglamentado por este tipo de normas. Ello sucede, siempre, cuando coliden una necesidad legítima, cual es la averiguación de la verdad a través de medios de prueba, con un derecho básico de los ciudadanos; es correcto y óptimo que la ley solucione por anticipado estas colisiones en el mundo real, siempre que la solución resulte razonable, esto es, un sacrificio razonable y breve del derecho en homenaje a la necesidad.

V. A pesar de haber tratado la declaración del imputado –muy especialmente– como un medio de prueba eventual (*supra*, D, 3), no corresponde estudiar aquí las medidas de coerción aplicables a él, medidas que van dirigidas de modo genérico a su sujeción al procedimiento penal y a evitar su comportamiento entorpecedor de las reglas que rigen la averiguación de la verdad en el procedimiento, antes que a la producción por él de un acto concreto de información personal, con cierto sentido, de determinada manera y a debido tiempo, como sucede en el caso del testigo, del perito y del intérprete. Recuérdesse que, precisamente en relación al imputado como órgano de prueba, hemos aclarado que él es un *sujeto incoercible* del proceso penal⁴¹⁴. Todo lo contrario, la ley advierte que su silencio no establecerá presunción alguna –indicio alguno– en su contra, máxima sobre cuya vigencia en el procedimiento penal el imputado debe ser informado previamente en su primera declaración sobre el hecho. Las medidas de coerción privativas o restrictivas de la libertad locomotiva que afectan al imputado, serán estudiadas, integralmente, en el párrafo res-

⁴¹³ CPP Nación, 247, II, y 257, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 239, II, y 246 II; CPP Córdoba, 225, II, para testigos (el texto no contiene igual autorización coercitiva para peritos e intérpretes, por remisión, situación que, en virtud del principio *nulla coactio sine lege*, impide la aplicación de una medida semejante y remite sólo a lo autorizado por la norma específica: art. 245, medidas disciplinarias y sustitución).

⁴¹⁴ Ver esta obra, t. I, § 6, D, 4, c.

pectivo, dedicado a estudiar las medidas de coerción genéricas, sobre todo en relación a la aplicación de la fuerza sobre el imputado (§ 18).

2. Injerencias relativas a la intimidad

La *intimidad* de una persona ha sido reconocida como un bien jurídico digno de protección por el Derecho positivo, tanto constitucional (CN, 18415), como común o infraconstitucional (CC, 1071 *bis*; CP, Libro segundo, Tít. 5, Caps. 2 y 3, arts. 150 y ss.), de muy diferentes modos. En general su concepto ha sido definido por aquellos espacios o ámbitos que las personas, voluntariamente, sustraen o pretenden sustraer al conocimiento de los demás o del conocimiento de la generalidad⁴¹⁶. Para proteger con fronteras ese interés las personas viven, al menos modernamente, en habitaciones cuyos límites están expresamente indicados y son percibibles a simple vista, frontera que demarca el derecho a excluir el ingreso de otros (*intimidad del domicilio*), o se visten y ocultan las cosas que portan con sus ropas (*intimidad personal*) o, por fin, clausuran sus comunicaciones escritas u orales de algún modo, con procedimientos físicos o técnicos (*intimidad de las comunicaciones*). Nosotros intentaremos explicar cada uno de estas maneras de proteger la intimidad por separado y desde el punto de vista de las normas jurídicas que operan en el procedimiento penal.

a) Del domicilio u hogareña

I. Es dable observar⁴¹⁷ que no sólo para nuestra actual CN, 18, el “domicilio es inviolable”, sino que, antes bien, así es históricamente, para

⁴¹⁵ Agréguese: PIDCyP, 17, n° 1 y 2; CADH, 11, n° 2 y 3, y, previamente, DUDH, 12; y DADyDH, V, IX y X.

⁴¹⁶ Cf. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, §§ 39 y 40, ps. 304 y ss. (definición de intimidad en p. 327), quien parte de la base de distinguir entre *privacidad* e *intimidad*, por tanto, de no confundir la garantía prevista en la CN, 19, relativa a las acciones privadas de los hombres exentas de la autoridad de los magistrados (*privacidad*) y la extensión analógica del art. 18, CN, en tanto protege la *intimidad* del domicilio, papeles y ámbitos privados; referido a nuestro tema, sobre el derecho a la intimidad en materia procesal penal, LANGER, *La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal* [*La requisita personal*], 2, A, ps. 231 y ss., quien sigue la tesis de NINO y critica la confusión que implica estimar que el art. 19 de nuestra CN, en tanto excluye de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres, implica el derecho a la intimidad y, por lo contrario, señala que una interpretación extensiva del art. 18, arriba nombrado, permite incluir allí el derecho a la intimidad, si se quiere analógicamente, como garantía no enumerada (CN, 33). A favor de la tesis de la CSN, que sitúa el llamado *derecho a la intimidad* en la prescripción del art. 19, CN, GULLCO, *¿Es necesaria una orden judicial para el registro de automóviles?*, ps. 129 y ss. Según se observa, la discusión sólo revela carácter académico o, si se quiere, de búsqueda de claridad analítica o expositiva.

⁴¹⁷ Ver esta obra, t. I, § 6, G, 4.

todo nuestro Derecho constitucional, desde sus comienzos, desde nuestra independencia nacional (*Estatuto provisional* de 1811: *decreto de seguridad individual*, 4) y sin interrupción alguna desde el punto de vista normativo; según la regulación histórica mencionada, “La casa de un ciudadano es un sagrado”, regla de principio que, a pesar de que puede ser reglamentada por el legislador común y, por ende, limitada en su aplicación de modo racional –que no altere, transforme o modifique su significado de garantía para el ciudadano, CN, 14 y 28–, no puede ser negada o degradada en su significado por el legislador (invalidez por su contenido)⁴¹⁸: “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación” (CN, 18). El estudio principista consta ya en el lugar citado de este mismo libro, razón por la cual, después de remitir, aquí nos dedicaremos a informar acerca de las reglas legislativas, infraconstitucionales, que pretenden reglamentar la garantía ciudadana en relación con la prueba del procedimiento penal y, en su caso, a constatar su validez o anunciar su invalidez frente a las cláusulas constitucionales transcritas.

II. La ley procesal penal permite, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, como lo expresa la Constitución, el ingreso a un domicilio. La expresión *domicilio* no está específicamente definida por la ley. Empero, las disposiciones que más adelante serán mencionadas, permiten, al menos, distinguir varios tipos de “domicilio” tenidos en cuenta por la ley procesal penal. Una primera distinción permite incluir dentro del concepto tanto a los domicilios privados, particulares, como a los públicos u oficiales, oficinas del Estado ejecutivas, legislativas y judiciales, u oficinas administrativas⁴¹⁹. Por lo demás, no existe duda alguna al afirmar que la ley protege al particular, ciudadano o residente (por ejemplo, en la habitación de un hotel), pero tampoco se puede dudar al afirmar, sin hesitar, que el concepto, desde el punto de vista del Derecho positivo, también se refiere y comprende a la sede o al lugar de funcionamiento de las asociaciones o personas jurídicas⁴²⁰. Por último, aunque no parece nece-

⁴¹⁸ GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución argentina* (28ª ed.), n° 90 y 91, ps. 110 y siguientes. Es discutible, sin embargo, que las leyes procesales autoricen a la fiscalía, sin control judicial (de los jueces), a ordenar allanamientos, bajo el único fundamento de que ellas pertenecen al Poder Judicial y resultan ligadas por el deber de objetividad e imparcialidad.

⁴¹⁹ A estas últimas se refiere, por ejemplo el CPP Nación, 226; el CPP Pcia. de Buenos Aires, 221; y el CPP Córdoba, 205.

⁴²⁰ A estas personas se refiere también la ley en los preceptos citados inmediatamente antes.

sario aclararlo conforme a lo ya establecido, los lugares de concurrencia pública, con cualquier destino, recreos, bares, cines, teatros, discotecas, supermercados, etc., también están comprendidos en el concepto. Dicho concepto no parece distinguirse del que proviene del delito de *violación de domicilio* –“morada o casa de negocio ajena (...) o en el recinto habitado por otro”, sobre el que alguien conserva el poder de excluir al visitante– (CP, 150), si se deja a salvo los lugares que permanente u ocasionalmente son abiertos al público en general, de modo que tornan presumible la autorización para ingresar a ellos –ejercicio positivo de la facultad de exclusión–⁴²¹. Él, sin embargo, no comprende a las cosas muebles, como sucede regularmente con un automóvil o con un ómnibus, sino tan sólo por excepción (camarote de un tren en movimiento, vehículo utilizado como recinto habitado, tráiler o acoplado para vivienda, carpa)⁴²².

Más compleja es la pregunta acerca de los límites territoriales del “domicilio” a efectos de considerar integrados a él, bajo la protección de la garantía, a otros lugares de la casa habitación, como los baños, otras dependencias cerradas o abiertas, como los jardines o terrazas. No me parece posible ser tacaño con el concepto y reducirlo, por ejemplo, con la exclusión de los lugares abiertos, las terrazas y los jardines o lugares anteriores al comienzo de la edificación o cerramiento, que rodean la casa. Repárese en el concepto extenso del CP, 150 –“sus dependencias o recinto habitado por otro”, que, sin duda, representa a un lugar donde el interesado ejerce su poder de exclusión–⁴²³ y piénsese en todos los lugares contenidos en el concepto que caen bajo la facultad del detentador de un inmueble de excluir a otro.

III. Desde el punto de vista material resulta necesario que quien tiene la facultad de ordenar el allanamiento, considere, fundadamente, que es probable hallar, en determinado lugar,

- cosas vinculadas a la investigación del delito (rastros de él); o
- proceder en él a la detención del imputado prófugo (rebelde, oculto o que inicia su propio encubrimiento personal); o

⁴²¹ Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. V, Tít. V, Cap. III, ps. 69 y siguientes.

⁴²² En el Derecho alemán, para el delito de violación de domicilio (CP de la RFA, § 123), los muebles destinados a vivienda (*Wohnwagen* o *Campingbusse*), sobre los cuales existe la facultad de ejercer el derecho de exclusión domiciliaria, o aquellos que sirven para uso del servicio o transporte público, resultan comprendidos en el concepto de “domicilio” (cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar* [27ª ed.], § 123, II, ps. 1241 y ss., pero es dudoso que el mismo concepto se extienda al registro domiciliario como medida de coerción procesal (cf. ROXIN, *Dpp*, § 35, A, IV, ps. 316 y siguientes).

⁴²³ Cf. NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, p. 192.

E. La coerción estatal y los medios y órganos de prueba

– proceder en él a la aprehensión de cualquier persona evadida, que se sustrae de su deber de comparecer en el procedimiento penal; o, por último,

– proceder en él a la aprehensión de una persona sospechada de criminalidad⁴²⁴.

Con ello la ley, bien que con una cláusula relativamente abierta, señala:

– que no es posible el ingreso a cualquier domicilio que la autoridad de aplicación elija, por capricho, pero también por una esperanza leve o irracional de hallar allí un rastro del delito o una persona que se sustrae del procedimiento judicial, sino que, antes bien, deben existir elementos de prueba, indicios al menos, que conduzcan a pensar, racionalmente, que en el lugar van a hallarse esos rastros o que se oculta alguien necesario para el procedimiento penal, incluso un testigo o un perito que no cumplen con su deber de comparecer en el procedimiento; y

– que quien autoriza el ingreso debe explicar, con detalle, cuáles son esos elementos de prueba o cuáles son esos indicios que permiten concluir en la inferencia racional antes expresada (auto fundado).

Si agregamos a estas condiciones la necesidad de que la medida sea ordenada por un juez y por escrito⁴²⁵, tendremos completo el panorama de condiciones materiales y formales que requiere la utilización de la fuerza pública para allanar un domicilio: decisión de un juez, producida por escrito (*auto*), motivada materialmente por la inferencia racional de hallar en el lugar rastros del delito o de llevar a cabo allí la aprehensión de una persona cuya comparecencia en el procedimiento se haya dificultado por fuga u ocultación, decisión que dé razón suficiente de los motivos que impulsaron la autorización (*fundado*), motivos que deben permitir justificar racionalmente el allanamiento.

IV. El domicilio que se pretende allanar y registrar puede pertenecer a cualquier persona, imputado en el procedimiento o tercero, privada o

⁴²⁴ CPP Nación 224, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 219, I; CPP Córdoba, 203, I.

⁴²⁵ CPP Nación, 224, I, y 229; CPP Pcia. de Buenos Aires, 219, I. El CPP Córdoba, 203. Los dos últimos códigos permiten que la fiscalía ordene directamente el registro domiciliario bajo las mismas condiciones relativas al juez (Córdoba expresamente; Buenos Aires por su redacción y reglas posteriores); ello, según explicación corriente, resulta correcto, en sentido constitucional, porque los fiscales son funcionarios que portan, también, *estatus judicial* y, por ejemplo, pueden ordenar la detención del imputado en los casos que les competen. Pero ese fundamento, a pesar de no ser ridículo, choca contra la advertencia, más seria todavía, de que la fiscalía es, claramente, un órgano de la persecución penal, el acusador, y, por tanto, aunque se le prescriba obrar con objetividad y sin arbitrariedad, lo mismo se pone en manos del contrario la suerte de un procedimiento dirigido contra el imputado, y su resultado final.

pública, ciudadano o funcionario, para que operen las condiciones arriba aclaradas⁴²⁶. Empero, las condiciones de ejecución del registro varían según el estatus del domicilio o de la persona que lo posee.

Por de pronto, entre nosotros es usual requerir la autorización del presidente del cuerpo legislativo –de la cámara respectiva cuando se trata de legislaturas bicamerales– para allanar el edificio donde ese cuerpo funciona y sesiona⁴²⁷. Por razones de *independencia* de los poderes del Estado, la previsión parece correcta, pero, si ello es así, se debió prever similar condicionamiento para los edificios en los cuales funciona el Poder Judicial⁴²⁸ y la sede central del Ejecutivo provincial o nacional⁴²⁹. Más allá de ello, cuando se trata de la casa habitación o, si se quiere, de un lugar habitado y de sus dependencias cerradas, la autorización sólo alcanza a su ejecución “desde que salga hasta que se ponga el sol” (limitación temporal), salvo que el propio interesado o quien lo representa consienta el registro en otro horario, o se trate de un registro que tiene por soporte a un delito grave y, por su característica, sea necesaria la urgencia para obtener algún resultado, o de un registro fundado en razones de peligro para el orden público, casos genéricos en los cuales es posible el allanamiento nocturno⁴³⁰; es necesario aclarar que, en caso de ponerse en duda el consentimiento, él debe ser demostrado por quien pretende hacer valer el resultado del registro, por medios fehacientes⁴³¹. Por supuesto, la casa habitación del encargado de un inmueble referido a la excepción del próximo párrafo, queda también incluida entre las anteriores. Cuando no se trata de una casa-habitación –la ley ejemplifica con “los edificios públicos y las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o recreo, el local de las asociaciones” y define finalmente con la expresión “cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación o residencia particular”–, deja de regir la limitación temporal⁴³². En estos últimos casos, esto es, cuando no se trata de una casa habitación, es preciso dar aviso al encargado del local, salvo que ello resulte perjudicial para la investigación⁴³³, disposición también sujeta al control judicial posterior.

⁴²⁶ En el Derecho alemán (OPP de la RFA, §§ 102 y 103) son más estrictas las condiciones materiales a cumplir cuando se trata de un tercero, que aquellas referidas al imputado: ROXIN, *Dpp*, § 35, 2, p. 319.

⁴²⁷ CPP Nación, 226, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 221, III; CPP Córdoba, 205, III.

⁴²⁸ Recuérdese, por ejemplo, los allanamientos posibles de requerir por la autoridad tributaria (administrativa) para verificar el cumplimiento por parte de los jueces de sus deberes tributarios; precisamente, ello es aquello que debe ser defendido corporativamente por los magistrados y funcionarios judiciales, en resguardo de la *independencia judicial*, pues no sucede lo mismo con su reclamo de ser excluidos de ciertos impuestos que implican deberes de toda la población (ganancias), mal fundados en aquella independencia.

⁴²⁹ No resulta posible extender todo el privilegio funcional de esos domicilios a toda la administración pública, por razones obvias (extensión personal y territorial), pero resulta necesario asimilarlo a la sede donde labora el presidente de la República o el gobernador, quizás sus ministros, que también son, de ordinario, autoridades constitucionales.

⁴³⁰ CPP Nación, 225, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 220 (agrega, con razón, la autorización posterior del juez respectivo, a manera de control); CPP Córdoba, 204, II.

⁴³¹ Ver esta obra, t. I, § 6, G, 4, c.

⁴³² CPP Nación, 226, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 221, I; CPP Córdoba, 205, I.

⁴³³ CPP Nación, 226, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 221, II; CPP Córdoba, 205, II.

A las condiciones de ejecución también pertenece el anoticiamiento del allanamiento al poseedor del inmueble, a quien viva allí o a quien los representa o sea el encargado del lugar, a falta de ellos, y, por último, a una persona mayor de edad civil que se hallare en el lugar, con preferencia un familiar del interesado, mediante la presentación de la orden escrita que habilita el registro domiciliario; la persona notificada será invitada a presenciar el registro⁴³⁴. Pero la notificación al interesado no es un requisito *sine qua non* del registro, pues, si el lugar estuviere abandonado o, simplemente, no se encontrare nadie en él, el registro se llevará a cabo y se dejará constancia en el acta de la imposibilidad de notificar a alguien⁴³⁵. El acta, en la cual tienen que constar los resultados probatorios del registro, debe ser firmada por todos los intervinientes y, en su caso, quedará constancia de la razón por la cual alguno de los presentes no la suscribió⁴³⁶. Esta última disposición rige, básicamente, para los registros efectuados fuera del juicio público, o por comisión dentro de él, pues aquellos en los que intervengan todos los jueces del tribunal de mérito como las partes del procedimiento hallarán su constancia en el acta del debate⁴³⁷.

La ley autoriza a quien expide la orden para confiar su ejecución a otra persona, que no puede ser un particular, ni un funcionario cualquiera, sino un funcionario de la policía o el fiscal⁴³⁸. En estos casos, la autorización se expedirá por escrito que debe contener la identificación del delegado o, al menos, la designación de la autoridad facultada para el registro, el domicilio o domicilios precisos a registrar y el fin que procura el registro (motivos)⁴³⁹. El funcionario comisionado es el encargado de ejecutar la orden conforme a las reglas antes descriptas y de confeccionar el acta respectiva.

El CPP Nación, 224, III, comienza a preocuparse (modificación de la ley nacional 25.760) por medios de comunicación registrados más modernos y rápidos. Así, permite la autorización expedida por medios electrónicos y la firma digital, encomienda a la Corte Suprema de la Nación o a quien ella delegue la reglamentación que asegure la

⁴³⁴ CPP Nación, 228, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 223, I y II; CPP Córdoba, 207, I a III.

⁴³⁵ CPP Nación, 228, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 223, II; CPP Córdoba, 207, IV.

⁴³⁶ CPP Nación, 228, III y IV; CPP Pcia. de Buenos Aires, 223, III; CPP Córdoba, V y VI.

⁴³⁷ CPP Nación, 394, inc. 6; CPP Pcia. de Buenos Aires, 370, inc. 6; CPP Córdoba, 403, inc. 6.

⁴³⁸ CPP Nación, 224, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 219, II (la fiscalía también puede delegar); CPP Córdoba, 203, II (la fiscalía también puede delegar).

⁴³⁹ CPP Nación, *ibidem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, *ibidem* (agrega: habilitación horaria [¿?]); CPP Córdoba, 203, II.

seriedad, certidumbre y autenticidad del procedimiento, y obliga al ejecutor a dar aviso de la recepción de la orden y corroborar la corrección de los datos que ella contiene.

V. El allanamiento de un domicilio sólo denota la utilización eventual de la fuerza pública para el registro o inspección de un inmueble, aun en contra de la voluntad del derecho a excluir al visitante o, cuando menos, sin su autorización. A su vez, esa inspección tampoco tiene importancia directa, según ya advertimos, sino en la medida en que se produzca el hallazgo de rastros del delito en el lugar, de cosas pertenecientes a él o la aprehensión del imputado, perito, testigo o intérprete remisos para comparecer u ocultos en el lugar. Por ende, el tema de la *prohibición probatoria* que se desprende de la infracción a cualquiera de las condiciones estudiadas no va referido al allanamiento en sí mismo y a la fuerza o coacción empleada para poder practicar el registro, dato inmovible que quedó fijo en la historia –importante para la ley penal–, sino, en sentido procesal, se vincula con la posibilidad de admitir en el futuro, en el procedimiento penal, los elementos de prueba que son su resultado, la posibilidad de incorporarlos al procedimiento y de utilizarlos, mediante valoración, en los dictámenes y decisiones recaídos durante el procedimiento y, a su finalización, en la sentencia. Las leyes procesales penales no contienen condiciones y reglas formales sólo como consejo para la autoridad encargada de llevar a cabo ciertos actos, sino que, antes bien, determinan, en nuestro sistema regulatorio, bajo qué condiciones el acto en sí es válido y puede ser utilizado conforme a sus fines⁴⁴⁰. De tal modo, un fracaso en el cumplimiento de aquellas condiciones, tanto materiales como formales, tanto de procedencia como ejecutivas, determina en nuestras leyes, la inadmisibilidad del acto –y de su resultado–, de su incorporación al procedimiento y de su valoración en los dictámenes y decisiones. En variadas ocasiones, ese rechazo se simboliza con la aclaración de su nulidad; en otras, basta con su falta de utilización conforme a los fines previstos para él. También en ciertas ocasiones, el defecto es tolerado, por el transcurso del tiempo o por una actividad posterior desplegada (aceptación expresa o presunta de los efectos naturales del acto) o, en ocasiones, por la omisión de esa actividad (carencia de denuncia tempestiva): todo este capítulo del Derecho procesal penal es estudiado por las *prohibiciones probatorias* y por la *invalidéz* de los actos procesales, en párrafos que preceden a éste⁴⁴¹. Sólo resta una aclaración: esas reglas, normalmente, responden a la idea de procurar garantizar un procedimiento justo, equilibrado, para alguien,

⁴⁴⁰ Ver esta obra, t. I, § 1, B, 2, e, en especial, ps. 38 y ss.; y este tomo, § 14, C.

⁴⁴¹ Agréguese a las referencias de la nota al pie anterior, este párrafo, C.

casi siempre para el imputado: si el incumplimiento de las reglas de procedencia y ejecución del allanamiento de domicilio cercena un resultado favorable al garantizado, tal fracaso no puede ser utilizado en su contra, para eliminar una constatación favorable a él⁴⁴².

VI. El CP, 151, erige al ingreso a un domicilio de un funcionario público o de un agente de la autoridad comisionado por quien ordena la medida (delito especial) "sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina" --esto es, al incumplidor de las condiciones de procedencia y ejecución que fija el Derecho procesal penal--, en un delito penal, reprimido con pena privativa de libertad e inhabilitación especial. No se trata de aquello que sería una violación de domicilio agravada, por la pena de inhabilitación especial también amenazada por sobre la violación de domicilio simple (CP, 150)⁴⁴³, sino, por lo contrario, de una figura autónoma, pues, al carecer la voluntad del interesado (tenedor o poseedor, o su representante o sustituto ocasional) de efecto sobre el ilícito y su consumación, que no excluye de la lesión condición alguna para el ingreso del funcionario competente o del comisionado --entre ellas, la autorización de la autoridad competente y las formas de realización, salvo el caso del horario nocturno, factible de eliminar por el consentimiento⁴⁴⁴--, el funcionario que cuenta con la voluntad, incluso expresa, de quien puede excluirlo --su autor-- comete el delito si, por ejemplo, ingresa sin la autorización respectiva del funcionario competente para concederla, aun con consentimiento de quien tiene derecho a excluirlo, o por engaño o en horario excluido sin autorización, con fines de recolectar elementos de prueba para un caso concreto⁴⁴⁵.

VII. Pero la ley procesal penal autoriza a proceder al allanamiento de un domicilio sin la orden judicial respectiva y a pesar de la imposibilidad

⁴⁴² Supóngase, por ejemplo, que un allanamiento de domicilio se practica sin la autorización de la autoridad competente para ello y que su resultado, cualquiera que él sea, verifica o contribuye a verificar la inocencia del imputado o excluye la verificación de una imputación más grave para verificar la más leve; en ocasiones, la decisión acerca de utilizar o dejar de utilizar el dato por esta razón se torna difícil.

⁴⁴³ Cf. NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, p. 194, quien, algo confusamente, acepta esta solución al definir al delito como violación de domicilio y a pesar de informar acerca de que el CP 1886 preveía este delito entre los de abusos de autoridad, clasificación más adecuada según mi punto de vista.

⁴⁴⁴ *Supra*, 2, a, IV.

⁴⁴⁵ Ver casos jurisprudenciales reales y la discusión suscitada alrededor de este requisito en esta obra, t. I, § G, 4, c, ps. 685 y siguientes.

de cumplir algunas condiciones de su ejecución, en caso de *necesidad* o *urgencia* para el resultado que se pretende del ingreso forzado a un domicilio. Los códigos procesales penales han optado, para dejar de lado la autorización del funcionario competente, por un método casuístico que, aun cuando relativo a casos genéricos indudables, intenta cerrar esa posibilidad⁴⁴⁶. Es, a nuestro juicio, mejor, y aplicable al caso, la fórmula de justificación del CP, 152, que, mediante una cláusula más abierta, alude a la excepción justificante “para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero,...” y “... al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”; de ella sólo es criticable la última frase, necesitada de cierta aclaración que remita, al menos, a los casos genéricos indicados por la ley procesal penal. De todos modos, la justificación del entuerto penal implica también justificación para la infracción de las reglas procesales penales, así como ellas también suponen la justificación penal: su racionalidad, a salvo la aclaración arriba citada, resulta evidente.

Empero, además de esta excepción sobresaliente y válida tanto para la ley penal como para la procesal penal, las leyes procesales penales indican otras, vigentes para ciertas condiciones de ejecución, que permiten concluir que la *necesidad* o la *urgencia* para obtener resultados que, de otro modo, se perderían, establecen la posibilidad de incumplir ciertas formas establecidas por la ley, cuando la pérdida de un valor supere con creces el representado por la forma o, simplemente, cuando no se pueda proceder de otra manera: dicho sintéticamente, se trata de excluir prohibiciones probatorias fundadas en ese incumplimiento, en esos casos. Nótese que una de las condiciones formales para la ejecución del allanamiento de morada está constituida por la notificación al interesado o su representante —cuando menos: de quien se halla en el lugar o de un pariente—, para que, incluso, presencien el registro, requisito que puede ser eludido cuando resulta imposible cumplirlo, porque no hay nadie allí⁴⁴⁷ o cuando resulte perjudicial para la investigación⁴⁴⁸. Del mismo modo, el registro diurno, como condición del acto realizado en lugar habitado o sus

⁴⁴⁶ CPP Nación, 227; CPP Pcia. de Buenos Aires, 222; CPP Córdoba, 206; no todas las reglas son idénticas: los casos más nombrados aluden a la catástrofe (incendio, inundación) con amenaza de peligro para la vida, al pedido de socorro de quien se halla dentro del domicilio o a los indicios vehementes de que dentro del domicilio se comete un delito, a la sospecha fundada sobre la víctima de privación de libertad mantenida en el lugar, con peligro para su vida o integridad física, y a la aprehensión del autor que está o ha sido visto al ingresar al domicilio.

⁴⁴⁷ CPP Nación, 228, II; CPP Córdoba, 207, IV.

⁴⁴⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 221, II (me pregunto: ¿a juicio de quién?).

dependencias cerradas (interdicción del registro nocturno), se elimina “en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público”⁴⁴⁹. Todo ello nos conduce a afirmar que la *necesidad*, bien entendida, justifica un apartamiento de las reglas formales que rigen tanto la competencia para extender la autorización, como las formas de ejecución de la orden⁴⁵⁰.

No obstante, como se ha observado en ciertas normas, necesidad no significa cualquier perturbación por la demora en proceder, ni tan siquiera cualquier pérdida de un elemento probatorio por esa demora. Toda exclusión de cumplimiento de una regla de procedencia o ejecución de la medida debe ser, en ese caso, controlada posteriormente (*ex post*) por las autoridades competentes para emitir la orden y controlar su ejecución, y el control debe fundar (*ex ante*) que existían realmente las condiciones bajo las cuales estaba permitido eludir alguna de esas reglas⁴⁵¹. Para el Derecho procesal penal y sus consecuencias el juicio es objetivo y no depende del mayor o menor conocimiento de la realidad, del juicio correcto o erróneo, del autor del acto, yerros que sí importan para el Derecho penal y su consecuencia, la pena⁴⁵².

VIII. Nuestras leyes procesales penales no conocen registros domiciliarios o allanamientos autorizados sin límites territoriales concretos, específicos, referidos a un domicilio, como las autorizaciones para registrar una serie de viviendas o un edificio íntegro de departamentos, propias de las leyes “antiterrorismo”⁴⁵³. Tampoco conocemos, al menos en el texto de la ley, la autorización al llamado *agente encubierto* para ingresar a un domicilio con el consentimiento de quien tiene derecho a excluirlo, merced a su falsa identidad, regla que, de existir, tendría por efecto eventual eludir una *prohibición probatoria*⁴⁵⁴. En tanto las *redadas policiales* o *razias* impliquen registros

⁴⁴⁹ CPP Nación, 225, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 220, II; CPP Córdoba, 204, II.

⁴⁵⁰ Un ejemplo claro en la misma ley: CPP Nación, 224, V (reforma ley nacional n° 25.434), que permite el secuestro de cosas que “evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden” (un cadáver por ejemplo, cuando la orden de allanamiento respondió a otra finalidad) y la comunicación a la autoridad de la persecución penal.

⁴⁵¹ Por eso hemos dicho y aplaudido que, con corrección, el CPP Pcia. de Buenos Aires, 220, II, al permitir la excepción relativa al horario nocturno para allanar en ciertos casos, exija la ratificación posterior –el control– del juez o tribunal y supedite a ese juicio su valor probatorio.

⁴⁵² CF. NÚÑEZ, *Manual de Derecho procesal penal. Parte especial*, p. 195.

⁴⁵³ A manera de ejemplo, cf. ROXIN, *Dpp*, § 35, 2, p. 319.

⁴⁵⁴ No poseemos una norma similar a la de la OPP (RFA), § 110, c, que posibilita textualmente ese procedimiento engañoso. Sólo existe el art. 31 *ter* de la ley penal sobre estupeficientes, que únicamente declara la impunidad (excusa absolutoria) de los delitos cometidos por el agente encubierto en ejercicio de su función –con la excepción de delitos que

domiciliarios extendidos (barriales), ellas también son desconocidas para nuestro Derecho penal y procesal penal y, por tanto, rigen las reglas históricas y normales acerca de ellos⁴⁵⁵.

b) Relativas al cuerpo y mente de una persona

I. Así como la ley procesal penal autoriza el registro domiciliario, también autoriza la *requisa personal*⁴⁵⁶, nombre con el cual nuestra ley conoce a la investigación primaria sobre el cuerpo de una persona, las cosas que porta y los vehículos en los cuales se transporta, "ámbito de custodia adherente" a la persona⁴⁵⁷. Al igual que el allanamiento, la requisa personal no persigue un fin en sí misma, sino que, antes bien, sirve al hallazgo de rastros o al secuestro de cosas que contienen rastros del hecho punible, elementos o instrumentos de él, o de su resultado. Nos parece que, para completar el panorama, debe agregarse a la requisa personal, como indagación efímera y externa sobre el cuerpo de una persona y su ámbito inmediato de custodia (ropas y cosas que porta, vehículo en el cual se transporta), la llamada *inspección corporal*⁴⁵⁸, nombre con el cual se conoce a la indagación interna en el cuerpo de una persona, en búsqueda de rastros, cosas o efectos del delito, labor que supone más complicaciones desde el punto de vista científico-técnico y también desde el punto de vista jurídico. Si bien es correcto afirmar que esta última indagación se

pongan en peligro la vida o la integridad física de otra persona o que impongan a otro un grave sufrimiento físico o moral-, pero la impunidad no significa una autorización procesal que eluda una prohibición probatoria; por lo demás, la regla autorizante del agente encubierto (ley cit., 31 *bis*) nada expresa sobre el registro domiciliario y, menos aún, sobre una excepción a las reglas generales que lo rigen. La regla de principio *nulla coactio sine lege* termina de completar el panorama: el ingreso por parte de la autoridad a un domicilio ajeno (allanamiento) con fines probatorios en un procedimiento concreto y sin las formalidades previstas por la ley general, constituye una *prohibición probatoria*.

⁴⁵⁵ Cf. ROXIN, *Dpp*, § 35, B, II, p. 321, quien las admite para el Derecho procesal penal alemán, a pesar de reconocer que no existe un texto específico y que serían aplicables las reglas naturales del registro domiciliario; no obstante, no resulta claro que admita esos registros como contenidos en la autorización de las redadas policiales; VOLK, *Strafprozeßrecht*, § 10, IV, 12, p. 68, algo más claro en someter estas razias a los preceptos históricos y naturales, con la salvedad de la facultad policial de registrar personalmente y aprehender para identificar (OPP de la RFA, § 163, b).

⁴⁵⁶ CPP Nación, 230 y 230 *bis*; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225; CPP Córdoba, 208 y 209.

⁴⁵⁷ Cf., acerca de su mención bajo este nombre y, en general, sobre ella en el Derecho argentino y su jurisprudencia en el ámbito federal, LANGER, *La requisa personal*, ps. 229 y siguientes.

⁴⁵⁸ CPP Nación, 218; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214, I y II; CPP Córdoba, 198.

conoce como reglamentación de la percepción directa (este párrafo, D, 6), lo cierto es que ella, cuando tiene por objeto la indagación interna en el cuerpo de una persona y no tan sólo su visión externa, va unida, regularmente, a una peritación médica que la excluye de la percepción directa para tornar aplicables las reglas de la prueba de peritos. Excluimos la llamada *inspección mental*⁴⁵⁹, porque, como lo advertimos, en todo caso ella se vincula a una peritación y, como lo prevé el CPP Córdoba, 85, debería haber sido llamada *peritación psiquiátrica* al regularla con el único fin de determinar los casos de realización obligatoria para las autoridades de la persecución penal; por lo demás, tal peritación se vincula más a la injerencia sobre la libertad ambulatoria que ella supone, por la internación en un instituto adecuado, que al derecho a la intimidad. La requisita personal y la inspección corporal, como indagación externa e interna relativa al cuerpo de una persona y sus adyacencias, tienen de común el hecho de ser, precisamente, medidas de coerción directa, pues lo reglado por ellas es la supresión de la libre voluntad de la persona para autorizar el registro o la indagación de algo que, supuestamente, oculta a otros o a la generalidad. Es también correcto señalar que ella supone, de ordinario, una injerencia en la libertad ambulatoria, pero esa injerencia, en todo caso breve, no resulta necesaria en todos los casos, no está contenida en su concepto de modo principal y, por ello, no resulta significativa como una de sus notas⁴⁶⁰. Como uso coercitivo –empleo de la fuerza pública para sacrificar legítimamente un interés jurídicamente protegido–, estas medidas constituyen una injerencia que, si no estuvieran autorizadas por la ley, tampoco estarían permitidas, y, aun autorizadas legalmente, sólo son factibles de llevar a cabo y de ser ejecutadas en los límites estrictos de esa autorización. Desde este punto de vista, cuando ellas recaen sobre el imputado –aun cuando la indagación no haya comenzado en su perjuicio e, incluso, antes de su calificación procesal como tal– complican, eventualmente, su posición frente a la ley penal y en el procesal penal, pues estas autorizaciones también entran en conflicto, al menos según algunas

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Cf. LANGER, *La requisita personal*, 2, B, ps. 235 y ss., quien, además, apunta con razón la precariedad de la reglamentación procesal en tanto no determina plazos máximos de la duración de la privación de libertad locomotiva, cuando ella acaece necesariamente por fuerza de la realidad concreta, en razón de la requisita o internación para la inspección corporal, y termina por sostener, en primer lugar, que tal privación de libertad nunca puede durar un lapso mayor al de la medida misma y, en segundo lugar, acude con tino a la analogía para fijar plazos máximos de duración (8 hs. en el CPP Nación –analogía con el arresto, art. 281–, conforme a la posibilidad más benigna –CPP Nación, 2–, y, a lo sumo, 24 hs. –analogía con las inspección de personas, lugares y cosas, art. 248–).

opiniones, con el principio que enuncia el aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*⁴⁶¹. Precisamente por estas razones extraña que la ley haya resuelto el problema con tan escasas disposiciones⁴⁶².

II. Esas escasas disposiciones⁴⁶³ se limitan a determinar las autoridades que pueden ordenar una requisa, los fundamentos exigidos para ordenarla y la forma de la disposición, y, por último, ciertos límites para el procedimiento de su ejecución. Por su parte, tal como lo anunciamos, la investigación corporal interna está gobernada por una única regla, a la que sólo el CPP Córdoba agrega algunas especificaciones⁴⁶⁴. Por último, tanto la requisa como la inspección corporal pueden ser ordenadas respecto del imputado, pero, también, respecto de un tercero ajeno a la persecución penal.

La orden de requisar es competencia de los tribunales, de la fiscalía y de la policía, según quién de ellos tenga la dirección del procedimiento penal en el momento en que ella es ordenada⁴⁶⁵. Resulta claro que, cuando el procedimiento pende ante un tribunal, director del procedimiento, sólo a él le corresponde decidir la requisa. En principio, sin embargo, toda requisa está sometida más temprano o más tarde al control judicial. Así, aunque por razones de urgencia se autorice a la policía, según su propio criterio, a ordenar la requisa, o al fiscal, según el suyo propio, a disponerla cuando dirige la investigación preliminar, en ambos casos tanto la policía como la fiscalía deberán hacerla valer —o, mejor dicho, hacer valer sus hallazgos— frente a los tribunales: la policía porque está obligada a comunicar su realización al órgano judicial competente y someterse a ese control inmediatamente⁴⁶⁶, y la fiscalía porque, más tarde o más temprano,

⁴⁶¹ Ver t. II, § 10, C, II, b. Cf., además, CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, ps. 279 y ss., y ROXIN, *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, ps. 421 y siguientes.

⁴⁶² Al contrario, la ley procesal penal alemana contiene una verdadera multitud de disposiciones, casi inasibles para el intérprete sistemático, cuyo paradigma puede comenzarse a observar desde su extenso rótulo, modificación del breve original, que alude a todos los métodos modernos de indagación (ver OPP, Libro primero, Cap. octavo).

⁴⁶³ CPP Nación, 184, inc. 5, 230 y 230 bis; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225 y 294, inc. 5; CPP Córdoba, 208, 209 y 324, inc. 4.

⁴⁶⁴ CPP Nación, 218; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214, I y II; CPP Córdoba, 198.

⁴⁶⁵ En el CPP Nación resulta complicado arribar a la conclusión arriba expresada en el texto respecto de la fiscalía; para ello es necesario acudir a un entrecruzamiento de varias reglas, tales como los arts. 196, 353 bis, 210, 212, 213 y 120. En los códigos que colocan la instrucción preparatoria en manos del ministerio público fiscal, tal atribución se comprende por sí misma y por el texto de las reglas, escrito en forma impersonal.

⁴⁶⁶ CPP Nación 184, inc. 5; CPP Pcia. de Buenos Aires, 294; CPP Córdoba, 326.

pretenderá avalar su conclusión con la requisita y sus hallazgos ante el tribunal competente ya para decidir un artículo del procedimiento, ya en el debate para dictar sentencia, al menos si esa conclusión es acusatoria. De este modo, sólo resulta importante conocer el criterio con el cual el tribunal competente concederá la orden de requisar, si es solicitada, o convalidará la ya ejecutada por voluntad propia y luego expuesta frente al tribunal. En el caso de la policía, el más alejado de un poder propio —porque la fiscalía, según lo expresamos, tiene poderes propios de coerción durante un período del procedimiento, cuando ese período le está confiado—, estimo que dos son los órdenes de cuestiones a tratar para conceder la orden de requisita o aceptar la realizada por voluntad propia y para validar sus resultados⁴⁶⁷: la primera consiste en la verificación de la *urgencia* o imposibilidad de postergación (*impostergabilidad*), verificación que, de ordinario, surge del contexto de los hechos sucedidos en el momento de la requisita⁴⁶⁸; la segunda, también condición para juzgar el acto realizado u ordenado por la fiscalía en uso de su poder de coerción, se vincula a la existencia de “motivos suficientes que [la persona requisada] oculta en su cuerpo [o en sus pertenencias personales dentro del ámbito de su custodia o adherentes a él] cosas relacionadas con el delito”. Esta segunda exigencia, por su texto, parece conceder un ámbito de determinación amplio, casi discrecional, al juzgador y ello, según se verá, se aproxima a la verdad: se trata, como lo explica Alejandro CARRIÓ, de un baremo que permita detectar una “razonable expectativa de privacidad”⁴⁶⁹. Al fijar como base jurídica el hecho de que existen otros ámbitos personales protegidos por el derecho a la intimidad, que no sólo expresan “el domicilio, los papeles privados y la correspondencia epistolar” (CN, 18), sino que, antes bien, abarcan ámbitos analógicos (ropas, carteras, bolsones, armarios, vehículos), con los que los individuos señalan su deseo de ocultar cosas a otros o al público en general, es preciso determinar, sin incurrir en excesos o demasías, pero tampoco en dogmatismos lingüísticos cerrados o de clausura —pues esa interpretación no concuerda con la propuesta por la CN, 33—, cuáles son esos otros ámbitos en la vida de relación. Existen ciertas

⁴⁶⁷ Cf. LANGER, *La requisita personal*, 4, ps. 240 y siguientes.

⁴⁶⁸ Así, por ejemplo, como observa CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (3ª ed.), Cap. VI, 7.3, p. 269, es imposible alegar razones de urgencia para eludir la orden cuando puede asegurarse el ámbito o cosa a inspeccionar y solicitar la orden de requisita (automóvil custodiado, cofre o armario laboral o deportivo cerrado con llave o candado). En este libro se puede hallar, también, varios y variados casos jurisprudenciales de aplicación; en el mismo sentido cf. LANGER, *La requisita personal*, 4, B, ps. 243 y siguientes.

⁴⁶⁹ LANGER, *La requisita personal*, p. 266 y siguientes.

cosas o lugares que por ley están destinadas al registro policial o de otras autoridades, como los documentos de identidad o las licencias para ejercer determinada actividad, que deben ser exhibidos al ser requeridos y, por lo tanto, tienen sentido sólo con el uso público y, por ello, están excluidos del ámbito de intimidad⁴⁷⁰. En lo demás, se debe consultar la finalidad del lugar o de la cosa y el uso que de ellos hace su portador, conforme o disconforme con ese fin, de manera tal que la característica intimidad depende, en gran medida, de la subjetividad de la persona protegida: no es lo mismo una conversación en privado en un bar, según el tono de la conversación, a pesar de que el lugar es público, que una disputa a los gritos en ese mismo lugar, sin intención alguna de ocultar el diferendo a los demás parroquianos presentes. Aunque no constituyan el domicilio del portador, un maletín o un bolsón ocultan de los demás su contenido y lo mismo sucede con el armario de un club o el proporcionado por el empleador en el lugar de trabajo⁴⁷¹.

El último de estos criterios es el más importante pues, como quedó dicho, él impera para la decisión del tribunal, cuando él ordena la requisa como cuando la controla, preside la orden de la fiscalía, que será controlada por el tribunal en sus decisiones (la *urgencia* no es criterio aplicable a la fiscalía, con poderes coercitivos propios cuando dirige el procedimiento), y preside, agregada la urgencia, la decisión policial de requisar y su legitimidad, controlada también por el tribunal judicial.

El CPP Nación, 230 *bis*, en un artículo incorporado por la ley nacional n° 25.434, suprime el requisito de la *urgencia* para las requisas e inspecciones policiales a las personas, referidas a los efectos personales que porten, al interior de vehículos, aeronaves y buques de cualquier clase, que denoten una clara finalidad de hallar cosas o elementos constitutivos de un delito o provenientes de él, o que pudieren ser utilizadas para consumar un hecho punible, siempre que medien dos circunstancias: la justificación de la inspección por circunstancias previas o concomitantes que tornen razonable la requisa de una persona o de un vehículo, con lo cual no se explica otra cosa que aquello aclarado en el texto bajo el aforismo "razonable expectativa de intimidad o privacidad".

⁴⁷⁰ Cf. "Fabro, Pedro Hugo" y "Aguirre, Cristina Mercedes y otros s/falsificación de documento público reiterada", *Fallos CSN*, t. 314, 1, ps. 75 y s. (sólo sumario), y t. 315, 2, ps. 1335 y ss., respectivamente (el texto de la primera sentencia, no publicada en la colección de *Fallos* de la CSN, puede leerse íntegramente en la publicación de "La Ley", 1991-E-352 y ss., con nota de Nemesio González, y en "Doctrina Judicial", 1992-1-260 y ss.), casos en los cuales la Corte no consideró protegidos los documentos de identidad que deben ser exhibidos a requerimiento de la autoridad competente y estimó fuera del ámbito de custodia a las playas de estacionamiento, incluso interna de un hotel, por referencia a la protección del domicilio.

⁴⁷¹ Ver ejemplos en CARRÍO, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (3ª ed.), VI, 7, ps. 260 y siguientes.

dad”; y que la requisita se efectúe en la vía pública o en lugares de acceso público, con lo cual agrega una limitación importante para determinar el concepto y confluye, también, en la determinación del concepto de “domicilio”.

III. El juez ordena la requisita o controla las exigencias de legitimidad de la ordenada por otro, por escrito en el cual consten los fundamentos que ha tenido en cuenta para ordenarla o legitimarla; el mismo criterio rige para la fiscalía, por tratarse de una autoridad pública y para adelantar los motivos de su decisión, que tarde o temprano será controlada por un tribunal, salvo que existan razones de urgencia que impidan ese proceder, en cuyo caso el fiscal hará constar en el acta del registro los fundamentos tenidos en cuenta para registrar; la policía raramente ordenará los registros por una resolución anterior documentada por escrito, pues opera casi siempre por razones de urgencia, pero, con posterioridad a su realización, hará saber al juez al que le comunica la medida, las razones (*urgencia o impostergabilidad y razonabilidad*). En todo caso es importante que se trata de una forma exigida por la ley para que los tribunales dispongan o controlen las requisitas⁴⁷². El control, aun cuando siempre escrito y motivado, no siempre se exterioriza en una resolución individual, a propósito de la requisita, como parece exigirlo la regla estudiada –decreto fundado–, sino que, de ordinario, aparece en los fundamentos de la sentencia o de la decisión en la cual se valora la requisita y sus resultados para resolver un artículo del proceso o el procedimiento penal mismo. La recurribilidad, en ese caso, depende de la recurribilidad de la decisión, salvo la reposición en el caso de haberse ordenado la requisita individualmente, por supuesto, sin sustanciación. Por lo demás, tampoco durante el debate el tribunal de mérito dicta por escrito, originariamente, los decretos y resoluciones intermedias, sino que ellos son pronunciadas verbalmente y sólo constan documentalmente en el acta del debate⁴⁷³, regla que, por específica, triunfa sobre la anterior nombrada, sin dejarla de lado totalmente.

IV. En cuanto a la ejecución de la medida, que puede ser delegada, la primera obligación del ejecutor consiste en procurar que el afectado exhiba voluntariamente las cosas en su poder o ámbito de custodia y sólo la negación conduce a la utilización de la fuerza pública⁴⁷⁴. En segundo término, el ejecutor tiene el deber de llevar a cabo cada requisita separada-

⁴⁷² CPP Nación, 230, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225, I; CPP Córdoba, 208.

⁴⁷³ CPP Nación, 372 y 394, inc. 6; CPP Pcia. de Buenos Aires, 351 y 369, inc. 6; CPP Córdoba, 380 y 403, inc. 6.

⁴⁷⁴ CPP Nación, 230, I, 2ª oración; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225, I, 2ª oración; CPP Córdoba, 208, 2ª oración.

mente de otra y de respetar, al extremo, el pudor de la persona afectada; si fuere una mujer será examinada por otra mujer, salvo imposibilidad absoluta⁴⁷⁵.

Bajo la influencia inocultable de la burocratización inquisitiva y su método de control documental, las leyes procesales argentinas ordenan hacer constar la requisita y sus resultados por escrito, en un acta que suscribirá la autoridad que la lleva a cabo y el afectado y, de no querer éste último firmar, debe dejarse constancia del motivo aducido, cuando exista⁴⁷⁶; pero ello sólo rige en el período preliminar y, eventualmente, durante la preparación del debate, pues, lo que sucede durante el debate consta en el acta del debate, cuando se trata de una mención necesaria; si el registro se lleva a cabo durante el debate, pero por comisión (delegación), entonces rige la regla y el acta individual se lee en el debate.

V. 1. La *inspección corporal (interna)* sólo posee una regla regulatoria y otra que la completa para el caso de que sea necesaria la privación de libertad, excluida la instantánea, reglas que, a más de insuficientes, para colmo de males son confusas⁴⁷⁷. El primer problema que se enfrenta al abordar el tema se vincula a la subversión del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* –en términos constitucionales argentinos, la lesión a la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí misma (CN, 18)–. En ese sentido, esta prohibición regiría tanto para convertir en ilícita toda conducta que por medio de aplicación de la coacción física o psíquica lograra su finalidad, la versión del propio imputado sobre un aspecto que lo perjudica en contra de su voluntad liberada de toda presión, o –precisamente en este punto– para informarse mediante una inspección corporal perjudicial para él, prescindiendo de su voluntad, como así también para inhibir jurídicamente toda regla legislativa de permisión para obrar de esa manera, destinada a los funcionarios de la persecución penal, regla cuyo objeto consistiría en la autorización para utilizar la fuerza pública en contra de la voluntad del afectado, que intenta impedir el agravio⁴⁷⁸. El pro-

⁴⁷⁵ CPP Nación, 230, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225, II; CPP Córdoba, 209, I.

⁴⁷⁶ CPP Nación 230, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 225, III; CPP Córdoba, 209, II.

⁴⁷⁷ CPP Nación, 218 y 219; CPP Pcia. de Buenos Aires, 214; CPP Córdoba, 198.

⁴⁷⁸ Cf. la opinión de doctrina y jurisprudencia básica argentinas en GULLCO, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, ps. 117 y ss.; GARCÍA/ROJAS, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, ps. 183 y ss.; CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Cap. VII, 4, ps. 314 y ss., todos autores que advierten el problema e intentan resolverlo. El caso que creó la mayor polémica fue el de "Álvarez, Jua-

blema no se presenta sólo para los casos de una típica *inspección corporal*, tal como una intervención quirúrgica con la finalidad de hallar y extraer un proyectil o una sustancia determinada del cuerpo de una persona, sino, antes bien, para operaciones más sencillas como un pinchazo para una pequeña muestra de sangre efectuada por una persona habilitada para ello, con fines de determinación (detección de una sustancia o de una enfermedad) o comparativos (con una muestra de sangre hallada en el lugar del hecho, en ropas o en el cuerpo de la víctima), o una extracción mínima de cabello o de piel a los mismos fines; pero, aún más, el problema se presenta también, idéntico, con ensayos que no pueden ser relacionados con una inspección corporal interna, como la colocación del imputado en una rueda de personas con fines de reconocimiento por otra persona, la toma de fotografías o de las impresiones digitales de alguien, con fines de reconocimiento, de identificación, o de conocer la filiación o la historia personal de una persona, o la confección de un cuerpo de escritura para la comparación caligráfica. La problemática se completa cuando se observa, por una parte, que el afectado puede ser tanto el imputado como un tercero extraño a la conducta imputada y, quizás, víctima de ella, y, por la otra, que se prescinde de su voluntad, contraria a la operación que se pretende, para amenazar o aplicar la fuerza con la finalidad de llevar a cabo esa operación y conocer la verdad sobre el dato buscado. Aquí trataremos todas estas posibilidades unitariamente, por inclusión de ellas dentro de la categoría de las inspecciones corporales, analógicamente, pues, como se observa, presentan un problema idéntico desde el punto de vista jurídico, bien descrito por la pregunta que se formuló Hernán GULLCO, ya antes citado: “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”. Ese es, en verdad, el núcleo gordiano del problema, al que puede añadirse la segunda afirmación en forma de pregunta: ¿o es posible que un juez —u otro funcionario de la persecución penal— la ordene y, con ello, suplante la voluntad del afectado?, en su caso, ¿bajo qué condiciones? Téngase en cuenta que, si se afirma la posición que reclama la voluntad positiva del afectado, el fiel de la balanza ya ha pasado de oscilar alrededor del juicio sobre el perjuicio objetivo para el afectado que puede representar la medida, al lugar de la prohibición de realizar ciertas medidas sin su permiso expreso, con lo cual la apreciación del

nito”, resuelto por la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Penal Económico, sala I, el 7/10/1988, con motivo de la detención del procesado a su arribo al país, traslado a un hospital y práctica de enemas para obtener el clorhidrato de cocaína introducido al país en el estómago del sospechoso mediante cápsulas: cf. el fallo y su comentario, de LÓPEZ/TENCA, *La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial*, ps. 512 y siguientes.

perjuicio que la medida puede provocar eventualmente corre, en principio, por cuenta del afectado. En cambio, si se permite reemplazar el consentimiento del afectado por la orden de algún magistrado, no existe duda alguna en afirmar que la estimación de provocar un perjuicio para el afectado corre por cuenta del funcionario competente para decidir, en forma de condición objetiva para autorizar la medida, cualquiera que sea su rigor o la unidad de la medida a aplicar, si ella es divisible temporal o materialmente. Por fin, téngase en cuenta que, como sucede con la declaración del imputado bajo coacción física o psíquica, que lo fuerce a transmitir información, cuando esa información trabaja en su favor en una decisión judicial, el dato puede ser valorado maguer la coacción o amenaza, pues, en definitiva, la infracción no fundó prohibición de valoración probatoria alguna⁴⁷⁹.

V. 2. Todo el problema antes planteado no resulta sencillo de resolver. Conviene desbrozarlo para encarar mejor su solución, pues siempre existen inferencias casi absolutamente prohibidas, o que, al menos, deben ser impedidas si no se cuenta con la voluntad del afectado, al lado de otras cuya prohibición total o parcial carece de sentido y aun de otras que, racionalmente, deben ser admitidas en la vida de relación, como de algunas que deberían requerir la orden judicial en reemplazo de la voluntad positiva del afectado o, en caso de urgencia, el control judicial posterior. En primer lugar debería quedar claro que ninguna inspección corporal puede ser llevada a cabo, al menos contra la voluntad del afectado, si la operación pone en peligro su vida, su integridad física o psíquica, o la vida y la integridad física de otra persona, esto es, arriesga la salud de alguien⁴⁸⁰. Éste es un límite fijado por la proporcionalidad entre bienes jurídicos, que prefiere la vida o la salud de una persona, la conservación de su integridad física y psíquica, a la eficiencia del procedimiento penal y al conocimiento de la verdad para su conclusión justa. En segundo lugar, quedan excluidas de la posibilidad de ordenar la inspección en contra de la voluntad del afectado o, antes bien, de ordenar llevar a cabo la operación con auxilio de la fuerza, ciertas operaciones personalísimas

⁴⁷⁹ Así sucede, por ejemplo, cuando el imputado, no advertido de su derecho a abstenerse de declarar o atormentado, ofrece una versión que, finalmente, determina su absolución (identifica un testigo presencial que nos hace conocer la verdad en su favor), pues las reglas de garantía nunca pueden ser usadas en perjuicio del portador concreto de la garantía en un caso determinado.

⁴⁸⁰ Por ejemplo, separación de hermanos siameses con riesgo para la vida o integridad física o psíquica de ambos o de uno de ellos; riesgo de muerte o para la integridad del feto, en el caso de una madre embarazada.

que, o bien carecen de sentido, precisamente por el empleo de la coacción, como, por ejemplo, la formación de un cuerpo caligráfico contra la voluntad del afectado, o bien están próximas a la autoincriminación, prohibida básicamente contra la voluntad del imputado por la CN, 18 (*nemo teneatur*), como, por ejemplo, la participación, al menos la activa, en una reconstrucción del hecho. Vale la pena agregar, en estos últimos casos, que la obtención de la voluntad positiva del imputado para que se lleve a cabo la medida está sometida a las mismas advertencias previas y prevenciones que dominan la declaración del imputado, entre ellas, la de que puede abstenerse de colaborar sin desmedro para su posición en el procedimiento y para la sentencia. Estos últimos casos arrojan escasa claridad sobre casos similares o analógicos como, por ejemplo, la participación pasiva en una reconstrucción –obedeciendo a la orden de colocarse en determinado lugar o, simplemente, a la conducción del funcionario que la realiza o de otro auxiliar que lo coloca en determinado lugar– o el caso más célebre académicamente, cuyo paradigma es el reconocimiento en rueda de personas. Vale la pena acotar que es recomendable e inteligente evitar estas situaciones, si pueden ser sustituidas por operaciones similares, que conduzcan a un mismo resultado, como, por ejemplo, el recurrir a caligrafía del afectado obrante en otros registros o escritos, en caso de negación a conformar un cuerpo de escritura, el reemplazo del imputado por otra persona ajena a la imputación que cumpla su papel en la reconstrucción y el reconocimiento por fotografías o, en el último de los casos, la exhibición del sospechado junto con otras personas, pero sin la “rueda” tradicional, otras personas que se moverán en un mismo ambiente, en conjunto con el imputado y de modo similar a él.

V. 3. Quizás deberían desaparecer del universo problemático los casos en los que la operación es sencilla, incluso vulgarmente apreciada como imposible de dañar la salud si es realizada según su arte, y la injerencia es mínima, como, por ejemplo, la extracción de una muestra de sangre menor, o el corte de uno o de escasos cabellos, que ni siquiera incide estéticamente en la persona afectada, o la extracción de una muestra menor de piel, todas con fines de análisis y comparación. Estos parecen ser deberes tolerables en la vida de relación, sin mayor sacrificio personal, tanto para el imputado como referidos a un tercero, más aún cuando se trata de tejidos orgánicos recuperables sin más y velozmente⁴⁸¹. Y, racio-

⁴⁸¹ Ya he expresado, antes de ahora, que la jurisprudencia de los tribunales competentes en la materia, Derecho civil, luego trasformada en ley (ver ley nacional n° 23.511 [Banco Nacional de Datos Genéticos, 1987], art. 4, I, 2° oración), que crea una presunción apenas vencible para el caso de atribución de paternidad verosímil o razonable, cuando el

nalmente, esas operaciones son tan tolerables como necesarias, pues disponer de otro modo de realización significaría liquidar en la práctica ciertas instituciones jurídicas reconocidas, según su conformación por el Derecho positivo, al resultar imposible o gravemente dificultoso averiguar sus elementos, el supuesto y el soporte real de su funcionamiento: piénsese en los ejemplos de las notas al pie anteriores, la filiación de nexo biológico e innumerable cantidad de delitos que dependen de esas verificaciones (suposición de estado civil, delitos imprudentes fundados en la alcoholemia, la contravención de conducir con cierto grado de alcoholemia, etc.); relaciónese ahora el mínimo sacrificio para un bien jurídico que significan estas acciones, si es que ese bien jurídico existe en el caso, tanto expresado genéricamente como en el caso concreto⁴⁸². Estas consideraciones parecen también suficientes para pensar que, en caso de peligro en la demora –riesgo de fracaso de la operación por el trascurso del tiempo–, muy habitual en estas prácticas⁴⁸³, la ley podría autorizar a otras autoridades competentes para la persecución penal, distintas de un tribu-

afectado rechaza la posibilidad de la extracción mínima de sangre con fines de comparación del ADN, me parece un absurdo: transforma en la práctica la filiación de nexo orgánico, propia de nuestra ley civil –a más de la adoptiva–, en una *ficta*, por intermedio de la ficción de que quien no se presta a la comparación, mediante el rechazo del examen y análisis genético (prácticamente, el rechazo de una mínima extracción de sangre), único método certero conocido para establecer casi a la perfección el dato que se procura, *es* el progenitor; cf. la extensión subjetiva que ello significa, ya sin la condición de que la pretensa demanda de filiación aparezca como verosímil y razonable, cuando se incorporan a la presunción, por analogía, a los parientes y a las personas facultados a abstenerse de declarar (“Vázquez Ferrá, Evelín Karina”, CSN (2003), *Fallos* t. 326, 2, ps. 3758 y siguientes). La ficción es manipulable muy fácilmente: yo mismo conozco un caso, que aquí no voy a develar por los sentimientos y personas que lesionaría, en el cual una filiación errónea resultó confirmada por la sentencia sobre la base de esta presunción, por supuesto, con conocimiento de los protagonistas (salvo, quizás, el menor). Mucho más sencillo resulta reconocer la legitimidad de una mínima inferencia, tolerable en la vida de relación, y si se quiere, controlable judicialmente tanto en la decisión de llevar a cabo las operaciones que la peritación supone, como en la que supone su resultado. La presunción legal citada se opone, a mi juicio, a cierta obligación internacional de nuestro país, como aquella que surge del derecho a la filiación y a averiguarla –o derecho a la identidad–, establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8. Algo parecido sucede, por ejemplo, con las prohibiciones de conducir, bajo determinado grado de influencia alcohólica, o en la determinación de la lesión al deber de cuidado (delito imprudente de lesiones u homicidio) por la misma razón.

⁴⁸² Recuérdese que la crítica a tal concepción acude al *nemo tenetur*, con lo cual quienes no sufren riesgo alguno de ser receptores de la imputación verían francamente disminuida la posibilidad de invocar su oposición al análisis. Se verá después que el único bien jurídico en juego representa tan sólo a la *autonomía* de decisión individual de una persona, y no a otra razón, como el rechazo de la autoimputación.

⁴⁸³ El nivel de alcohol en sangre disminuye con el tiempo hasta desaparecer su rastro; la piel y el cabello se degradan.

nal judicial --que intervienen en un primer momento (la policía y la fiscalía)--, para ordenar estas operaciones, sin perjuicio de someter posteriormente al control judicial tanto la existencia de la urgencia, como el cumplimiento de los presupuestos y de las condiciones de realización de esas operaciones, con el fin de apreciar la validez y el valor de la constatación final verificada⁴⁸⁴.

V. 4. Empero, aun excluyendo estos casos genéricos de esta problemática, restan muchas y variadas intervenciones que reclaman algún tipo de explicación racional. Quisiera explorar, en un primer momento, algunos argumentos que ya traté al pasar. En primer lugar, no parece estar en juego aquí, de manera genérica, la *intimidación*, según el concepto natural que observamos al comienzo, que, por cierto, no es propio, ni nos lo adjudicamos. No se trata aquí, en la que hemos llamado *inspección corporal interna* y sus agregados, regularmente, de algo que el portador del derecho mencionado *oculta* a los demás, porque el lugar en que porta la cosa revela el ocultamiento general, la sustracción al conocimiento de otro. Se trata, en cambio, de elementos ocultos porque están dentro de un cuerpo humano (un proyectil que penetró allí, la ingesta alcohólica, el paso de electricidad por ciertas células, menos aún la muestra de cabello para comparación), bien por acción ajena o por acción propia cuya finalidad no fue, de ordinario, ocultar algo de ese modo a los demás y hasta por exhibición propia (el cabello). La excepción --el caso del ocultamiento de una sustancia prohibida en el vientre mediante la ingesta de cápsulas⁴⁸⁵--, acerca de la cual sí existen serias dudas sobre cómo proceder, que revela el caso citado y resuelto seriamente sólo por la minoría en sentido contrario a la autorización del uso de la coerción por la policía, sin autorización judicial, confirma, a nuestro juicio, la regla. Desde nuestro punto de vista, los casos regulares sólo se refieren a aquello que puede ser llamado *autonomía de decisión personal*, cuyo respeto integra la *dignidad humana*, protegida jurídicamente, esto es, ellos se refieren al ámbito de intervenciones comprendidas en el círculo de las decisiones que, según una con-

⁴⁸⁴ La OPP (RFA), §§ 81a, II, y 81, c, V, regula esta autorización, establece su condiciones y el control judicial posterior. Consecuente con ella, el Pr. CPP Nación 1986 y el CPP modelo IA, ambos art. 38, II. El CPP Córdoba, 198, II y III, recepta parte de esta indicación.

⁴⁸⁵ Cf. el fallo ya mencionado "Álvarez, Juanito", resuelto por la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Penal Económico, sala I, el 7/10/1988, con motivo de la detención del procesado a su arribo al país, traslado a un hospital y práctica de enemas para obtener el clorhidrato de cocaína introducido al país en el estómago del sospechoso mediante cápsulas, con comentario de LÓPEZ/TENCA, *La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial*, ps. 512 y siguientes.

cepción del mundo social y de su organización, sólo le pertenecen a la persona afectada en sí misma, como sucede en la vida de relación con una operación quirúrgica o con cierto tratamiento terapéutico, siempre una recomendación de los médicos, especialistas en salud, nunca un deber del receptor del consejo de someterse a él⁴⁸⁶. Es por ello que el argumento múltiplemente utilizado por los juristas que defienden este ámbito de decisión ciertamente personal —y tan sólo desde ese punto de vista calificable de íntimo— no es, de ordinario, el derecho a la intimidad, sino, antes bien, el *derecho a no autoincriminarse*, desprendido de la carencia de una obligación de declarar contra sí mismo (CN, 18) y del derecho a abstenerse de declarar, añadido práctico para tornar posible aquella afirmación (imputado: sujeto incoercible, como órgano de prueba, del procedimiento penal). Empero, vistas las cosas de esa manera, debería quedar también claro que con esa visión del problema queda desprotegida la posición de un tercero, extraño a la imputación penal, que, sin embargo, contiene en su cuerpo rastros del hecho punible a conocer⁴⁸⁷, y hasta se vislumbra resolver de la misma manera la posición de aquellos que tienen el deber o la facultad de abstenerse de brindar información como órganos de prueba. Todas estas últimas personas no pueden autoincriminarse, pues, en todo caso, no son sospechosos como autores de un hecho punible o partícipes en él, claramente, sino antes bien, en el mejor de los casos, ellos representan a la víctima del hecho punible o son parientes del enjuiciado penalmente. Por lo demás, correlativa a esta prohibición de autoincriminarse o de incriminar a otro con quien nos unen lazos de parentesco o similares, debería regularse la advertencia práctica acerca del *derecho de abstenerse de colaborar* (aspecto práctico de la *libertad de cooperación*)⁴⁸⁸.

V. 5. Como se observa, todo ha quedado reducido a descifrar, en ciertos casos: en primer lugar, si es posible reemplazar la voluntad negativa del afectado por el mecanismo probatorio mediante la orden de realizarla incluso contra su voluntad; en segundo lugar, a establecer quién es el funcionario judicial competente para decidir la injerencia; y, en tercer lugar, a conocer, en su caso, hasta dónde llega la autorización coercitiva. Una doctrina extendida, proveniente quizás de la dogmática procesal

⁴⁸⁶ Cf. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Cap. II, C, ps. 304 y ss., y Cap. III, D, d, 2, ps. 697 y siguientes.

⁴⁸⁷ Piénsese, por ejemplo, en la persona que ha sido infectada de sida, dolosamente y a sabiendas, por otra persona.

⁴⁸⁸ CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, II, p. 281.

penal alemana, pretende resolver la primera de las preguntas en estos casos mediante los criterios contrapuestos de la *actividad – pasividad*; la semejanza con las categorías penales de *acción y omisión* es evidente, pero, en verdad, el par conceptual refiere a otro que podría indicarse como prohibición de la exigencia de *colaboración* y permisión de la exigencia de *tolerancia*⁴⁸⁹. El par conceptual, cualquiera que sea la forma según la cual se lo exprese, es, ciertamente, equívoco y confuso si se lo aprecia con el tipo de razonamiento dogmático característico, esto es, “en blanco y negro”, como una división tajante y lineal acerca de lo permitido y lo prohibido, esto es, si se pretende de ese par conceptual una función estricta de límite perfecto, constituido por una serie de puntos unidos entre sí en una línea. En efecto, no asume características claramente definitorias aquello que puede colocarse del lado de la omisión o de la acción, de la actividad o de la pasividad, con otras palabras, aquello que puede denominarse tolerancia hacia la acción judicial o de investigación para conocer y aquello que significa una exigencia de colaboración⁴⁹⁰. Pero si lo que se pretende de la explicación y clasificación es tan sólo un criterio, nada rígido, indicativo de aquellas inferencias evidentemente ilegítimas, que pueden desembocar en una prohibición de valoración probatoria, reputo que alcanza con indicar que, rechazada la colaboración voluntaria por parte del imputado, sólo puede ser ordenada aquella violencia física prevista por la ley y que no implique forzarlo a colaborar con el núcleo material de la diligencia a realizar.

La investigación de alcohol en sangre puede presentar un buen ejemplo. Sus operaciones, regularmente, no implican un desmedro para la vida o la salud. Puede ser convocado el imputado a colaborar mediante la espiración en un recipiente especial que indicará el nivel de alcohol que contiene su cuerpo, con la aclaración de que puede negarse a colaborar con esa operación, y, si ello sucede, una extracción compulsiva de sangre, mínima, permitirá la investigación del punto; la fuerza sólo puede consistir en tomarle el brazo para permitir un pequeño “pinchazo” en un dedo, a lo sumo, su conducción a un lugar próximo con ese fin. De la misma manera puede ser tratada una investigación genética por saliva o sangre, o las impresiones digitales, con fines de comparación.

La falta de definición estricta que ofrecen aquellos pares conceptuales se puede observar de la mano de ciertas acciones preparatorias o con-

⁴⁸⁹ Cf. críticamente, ROXIN, *Dpp*, § 33, A, II y ss., ps. 290 y ss.; del mismo autor, *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, ps. 421 y ss.; VOLK, *Strafverfahrensrecht*, § 10, IV, ps. 53 y ss.; CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare*, ps. 279 y ss.; receptor entre nosotros de esa doctrina, GULLCO, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, ps. 117 y siguientes.

⁴⁹⁰ Ver multiplicidad de ejemplos en CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare*, III, ps. 282 y siguientes.

comitantes con la operación que, ciertamente, no pueden ser calificadas, estrictamente, como omisiones de la persona a investigar, que sólo expresa su voluntad de no colaborar con el procedimiento que la investigación reclama. Estrictamente no es una omisión el extender el brazo para la muestra de sangre o apretar los dedos de la mano para evitar la toma de impresiones digitales o de muestras de aquello que ha quedado adherido a la mano (pólvora del disparo de un arma de fuego, por ejemplo), o colocarse de espaldas o realizar otra acción tendente a anular la eficiencia de un reconocimiento, pero la primera no empece a la negación voluntaria para la realización de la operación y las últimas tampoco al significado de no colaborar de la acción realizada⁴⁹¹. Tampoco el hecho de concurrir al lugar en el cual se desarrollará la reconstrucción del hecho (acción) significa que esté dispuesto a tener participación en ella.

V. 6. Rechazado el poder definitorio estricto del par conceptual actividad-pasividad sólo resta explicar que la cláusula *nemo tenetur* únicamente se refiere a los conocimientos transmitidos por el imputado por vía oral o escrita, esto es, con la palabra o el idioma, cualquiera que él sea, e impide toda clase de coacción para que él nos revele datos sobre la imputación que se le formula o ligados a ella. El imputado es considerado por esa cláusula como sujeto del procedimiento, como persona que produce actos que dependen enteramente de su voluntad, incluso cuando está colocado en la posición de un órgano de prueba y, en este sentido, representa un *sujeto incoercible del procedimiento penal*. En cambio, cuando él porta en su cuerpo algún rastro útil para recomponer la realidad que se juzga o cuando parte de ese cuerpo debe ser utilizado en operaciones de comparación de peritos, él ya no es más un sujeto del procedimiento penal, una persona portadora de facultades, derechos y deberes, sino que su cuerpo es, tan sólo, un *objeto de investigación*⁴⁹². La pregunta acerca de si esa investigación y su resultado son lícitos —esto es, no engendran una prohibición de valoración—, si las operaciones fueron ordenadas frente al rechazo de colaboración por parte del imputado y con utilización de la fuerza pública, depende de otras reglas distintas al *nemo tenetur*, que, por una parte, vinculan la posibilidad de ordenar la medida con otros bienes jurídicos que porta el imputado, como la vida, la salud y el pudor, y con el principio de *proporcionalidad*, de modo que el sacrificio que importa la operación no resulte extremo frente a la imputación que se pretende conocer, y, por la otra, reclaman respeto por la *autonomía de*

⁴⁹¹ Cf. CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare*.

⁴⁹² Cf. esta obra, t. I, § 6, 2.

decisión personal, que integra la *dignidad humana*, en el sentido de evitar su afectación indiscriminada. La orden de realizar la operación pese a la falta de colaboración del imputado reclama del funcionario que autoriza, en ciertos casos, una prudencia extrema, de modo de no afectar la dignidad del imputado.

A ello debe reconducirse a casos dudosos respecto de la salud o la vida del imputado, o de una tercera persona, consultando con el afectado, previamente, la operación en cuestión⁴⁹³. El caso de los vomitivos aplicados a un *dealer* que ingirió las cápsulas del producto que portaba⁴⁹⁴ puede ser un ejemplo de esta índole. La peritación psiquiátrica es también un ejemplo extremo pues, por una parte, el perito no debe revelar datos que ha conocido por relato del imputado para fundar su peritación, esfera en la que rige el *nemo tenetur*, y, por la otra, tampoco puede exigir colaboración de su parte.

V. 7. Como lo anticipamos de modo crítico, el problema se genera también frente a terceros, cuyo cuerpo puede ser portador de elementos necesarios para conocer la imputación. Ellos, sin embargo, como lo adelantamos, no están protegidos por la cláusula de garantía del *nemo teneatur*, son extraños a la imputación por definición –la víctima, un testigo, por ejemplo– y, por ende, hipotéticamente ya no es posible fundar en esa regla la posibilidad de que su negación a colaborar triunfe y no proceda la coerción personal. A pesar de ello, sí rigen los criterios relativos a la *proporcionalidad* y a la *dignidad humana*, entre ellos, el respeto por la *autonomía de decisión personal*, reglas que, según se vio, rigen para el imputado en cuanto persona o sujeto de derechos, genéricamente, con prescindencia del argumento del *nemo tenetur*. De modo genérico, ambos principios deben ser observados con suma prudencia por quien autoriza el uso de la coerción para superar la falta de colaboración de un tercero, pues él es por completo extraño a la imputación y, por tanto, existe de su parte una menor sujeción al procedimiento y a la investigación de la verdad correlativa. Como aquí no juega papel alguno el supuesto general de toda medida de coerción o cautelar que limita su aplicación, el juicio de probabilidad acerca de la imputación dirigida al afectado por la medida –*fumus boni juris*–, pues se trata de la afectación a un tercero extraño a la imputación penal, parece necesario convenir en que sólo se suplante por medio de la coerción estatal la carencia de autorización del afectado, cuando se trate de un delito grave; convendría fijar el límite, en nuestro sistema de escalas penales, por la vía de la pena menor que pudiese corres-

⁴⁹³ No se trata ya de la pregunta por la colaboración en sí misma, ya rechazada, sino de lo que implica o puede implicar su realización compulsiva.

⁴⁹⁴ Cf. CÓRDOBA, *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*, III, 2, p. 285.

ponder al hecho punible investigado, bien en abstracto, según la ley penal, o bien en concreto, según una medición anticipada de la pena que corresponde al hecho punible real acaecido.

Un caso especial se genera con aquellas personas extrañas a la imputación y facultadas a abstenerse de declarar –cónyuge, parientes cercanos, tutores y curadores– o a quienes se les impone el deber de abstenerse de brindar información –profesionales del arte de curar, sacerdotes confesores, abogados y, en general, personas ligadas por el deber del secreto particular (CP, 156)–. A los fines de la solución de estos problemas, ellos deben ser tratados por analogía con la situación del imputado y, como terceros, aplicarse también los límites señalados en el párrafo anterior.

V. 8. Por último, cabe preguntarse por la categoría del o de los funcionarios que deben emitir la orden en caso de falta de colaboración del afectado. En principio, cuando un tribunal preside el procedimiento, él es quien decide autorizar la utilización de la fuerza pública y sus límites, frente al rechazo de colaboración por parte del imputado o de un tercero. Empero, durante la investigación preparatoria, varias son las respuestas a este interrogante. Si la medida coercitiva es de importancia, por sí misma o en conjunto con la privación de libertad que implica⁴⁹⁵, corresponde que la autorización para proceder mediante el uso de la fuerza pública sea dispuesta por un juez o, quizá, por un tribunal colegiado. Si la medida es de menor importancia⁴⁹⁶, puede ser dispuesta, ordinariamente, por la fiscalía a la que le compete la investigación preliminar o, incluso, por la policía, en caso de *urgencia* determinada por la posibilidad de pérdida del elemento probatorio, casos en los cuales la existencia de los requisitos que tornan posible jurídicamente la medida serán controlados *ex post* por el tribunal al que le toque valorar los elementos de convicción que constituyen su resultado, precisamente para determinar la posibilidad de su valoración y, en definitiva, su valor probatorio. El control positivo autoriza la utilización; el control negativo descalifica el conocimiento obtenido por su intermedio.

V. 9. El procedimiento regular exige, en primer lugar, consultar al afectado sobre su decisión de colaborar con la investigación, esto es, con la realización positiva del medio de prueba dispuesto; sólo frente al recha-

⁴⁹⁵ Como, por ejemplo, una intervención quirúrgica por más que no signifique cirugía mayor, una peritación psiquiátrica, más aún cuando va acompañada de una internación en un establecimiento especial, o ciertas afectaciones graves a la autonomía de decisión personal (caso de la ingesta de vomitivos antes aludido).

⁴⁹⁶ Como, por ejemplo, la extracción menor de sangre, cabello o piel.

zo de esa invitación estamos ante la necesidad de una decisión de algún órgano estatal del procedimiento penal. De todas maneras, no corresponde tan siquiera formular la invitación, cuando la realización del medio de prueba implica grave peligro para la vida o la salud de alguien, protagonista o extraño al proceso penal. Las injerencias en la vida y la salud, con representar los límites principales de la utilización de la fuerza pública con el fin de introducir conocimientos al procedimiento, no los agotan: el sacrificio de un interés jurídico personal, como el pudor o el honor, por ejemplo, no puede imponerse cuando resulte desproporcionado en relación con la utilidad del conocimiento obtenido por esa vía⁴⁹⁷ o con el objeto del procedimiento.

c) Relativas a las comunicaciones de la persona consigo misma o con otras personas

I. Las leyes procesales penales argentinas no prohíben de manera general la interceptación de comunicaciones con uno mismo o con otras personas, orales o escritas, por los medios que tales comunicaciones pueden hoy ocurrir (conversaciones de cualquier tipo y por cualquier vía, callejeras, hogareñas, por teléfono o por grabaciones, meramente auditivas o con imagen, y misivas por correo, incluido el electrónico). Por lo contrario, las leyes procesales penales regulan algunas formas de comunicación cuya interceptación permite expresamente, y de aquellas comunicaciones que regulan y cuya interceptación autorizan puede extraerse una primera conclusión general: ciertamente la ley, desde su origen, ha progresado escasamente, pues revela su atraso en relación a los medios de comunicación existentes modernamente y al modo de capturar los contenidos de esas comunicaciones. Las comunicaciones escritas son posibles de interceptar con fines probatorios, pues está expresamente permitido el secuestro de documentos y de la correspondencia postal o telegráfica (¿debe considerarse comprendida la correspondencia sostenida por vía electrónica, por analogía?), incluso de aquella remitida al imputado o despachada por él⁴⁹⁸. La pregunta entre paréntesis debe ser contestada afirmativamente, pues la analogía resulta admitida expresamente por la ley al permitir la interceptación de cualquier comunicación del imputado, incluso oral –vía telefónica, por ejemplo–, cualquiera que fuere el medio técnico empleado para conectarse⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Que, por ejemplo, es secundario o se puede obtener por otra vía, aún más compleja.

⁴⁹⁸ CPP Nación, 231/232 y 234/235; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226, 227/228; CPP Córdoba, 210/211 y 214/215.

⁴⁹⁹ CPP Nación, 236; CPP Pcia. de Buenos Aires, 229; CPP Córdoba, 216.

Las comunicaciones de terceros, que no tienen el carácter de sospechosos como autor, coautor o partícipe en un hecho punible objeto de un procedimiento penal, no pueden ser interceptadas, salvo que tengan en el otro extremo al imputado, esto es, que sean comunicaciones con él, ya sea que partan de él hacia el tercero o del tercero hacia él. La permisión general del secuestro de documentos puede habilitar el secuestro de la comunicación escrita de un tercero hacia otro tercero, cuando su referencia al hecho punible objeto del procedimiento sea evidente⁵⁰⁰.

La excepción a la regla general enunciada está constituida por las comunicaciones escritas: no está permitido el secuestro de los documentos en los que constan esas comunicaciones –grabaciones por cualquier medio incluidas– entre el imputado y su defensor, ya sea que partan del imputado o lo tengan por destinatario, cuando ellas se relacionan con la defensa del imputado. Por analogía, tal prohibición probatoria se debe extender a las comunicaciones orales del imputado con su defensor, analogía *in bonam partem*, pues amplía el ámbito de garantía de la persona sometida al procedimiento penal; no rige, por ello, el principio *nulla coactio sine lege*.

A pesar de que las leyes procesales penales argentinas no son simétricamente idénticas y, por lo tanto, según el sistema de procedimiento preliminar que adopten, depositan su confianza para ordenar la interceptación en uno u otro funcionario de la investigación preparatoria, se puede decir que, si la causa pende ante un tribunal de justicia, él es el único que puede autorizar la interceptación. Más allá de ello, en los códigos que confían la investigación preparatoria al ministerio público fiscal, es natural que autoricen a la fiscalía la realización de la disposición que faculta a secuestrar documentos⁵⁰¹, pero cuando se trata de correspondencia epistolar, telegráfica o transmitida por cualquier otro medio, o de la intervención de las comunicaciones aun esos códigos requieren la intervención de un tribunal de justicia, de al menos un juez que autorice la medida por decreto fundado, a pedido de la fiscalía o de la policía⁵⁰². En el CPP Nación, se debe entender que la facultad originaria de autorizar estas injerencias reside en el llamado *juez de instrucción*⁵⁰³, pero que, confiada la

⁵⁰⁰ Ver *supra*, CPP Nación, 231; CPP Pcia. de Buenos Aires, 234; y CPP Córdoba, 210.

⁵⁰¹ CPP Córdoba, 210.

⁵⁰² CPP Córdoba, 214 y 216; CPP Pcia. de Buenos Aires, 228 y 229, para el cual el juez no puede operar de oficio, sino a requerimiento de la fiscalía, y extiende el mismo método al secuestro de documentos. Para el CPP Nación, que en teoría defiende la instrucción jurisdiccional, es el juez de instrucción quien provee estas autorizaciones: arts. 231, 232, 234 y 236.

⁵⁰³ CPP Nación, 194.

dirección de la investigación a la fiscalía⁵⁰⁴, es ella quien puede disponer la injerencia en casos de urgencia. La policía, conforme a sus atribuciones⁵⁰⁵, puede también proceder en casos de urgencia. Precisamente, conforme a esta facultad concedida a la policía, resulta una interpretación correcta aquella que, para el CPP Nación, indicamos con anterioridad, pues sería irracional pensar que las atribuciones de la fiscalía sean menores a aquellas concedidas a los funcionarios de la policía, sus auxiliares inmediatos. Ciertamente, en estos casos de urgencia, la facultad de control, validez y valoración final de los elementos de prueba resultantes de la injerencia corresponde a los tribunales de justicia según sus distintas competencias funcionales y de otro tipo, razón por la cual quien ordena la injerencia debe precaverse de los elementos indispensables para demostrar la urgencia y el cumplimiento de los requisitos exigidos para ella. Del éxito en tal proceder y en la valoración previa de estos extremos dependerá también la valoración de los elementos de prueba que la medida produjo e, incluso, la valoración de otros obtenidos por el conocimiento adquirido a través de ella⁵⁰⁶.

II. Existe otro límite, como tal más pequeño en su significado, pero también más riguroso: las cosas, comunicaciones y documentos escritos, y cerrados, de modo que no pueda observarse ni leerse su contenido, si bien pueden ser obtenidos originariamente por orden de la fiscalía e, incluso, por la policía en casos de urgencia, sus sobres o continentes sólo pueden ser abiertos por un juez quien, en reserva, examina las cosas y lee los documentos escritos para precisar si ellos tienen relación con el objeto del procedimiento; en caso afirmativo, él ordena su secuestro definitivo, en la forma prevista por la ley; caso contrario, los devuelve al afectado y mantiene en reserva su contenido, aun parcialmente⁵⁰⁷.

III. Según hemos ya observado, la *intimidación* significa ámbito de reserva, ámbito dentro del cual el mismo portador de ese interés jurídico sustrae el contenido material de la comunicación con otros, expresa o presuntamente, del conocimiento de otras personas que no intervienen en la

⁵⁰⁴ CPP Nación, 196 y 353 *bis*.

⁵⁰⁵ CPP Nación, 184, inc. 5, y 185; CPP Córdoba, 324, inc. 4. El CPP Pcia. de Buenos Aires, 294, inc. 5, no autoriza a la policía para disponer por sí misma injerencia alguna en las comunicaciones del imputado.

⁵⁰⁶ Ver este parágrafo, C, 3.

⁵⁰⁷ CPP Nación, 235; CPP Pcia. de Buenos Aires, 228, II; CPP Córdoba, 215.

comunicación o sin autorización para conocer ese contenido. Con otras palabras, la voluntad del interesado determina, en principio, tanto el ámbito de exclusión como la exclusión misma. Una injerencia extraña en ese ámbito, esto es, de alguna persona no autorizada, privada o pública, parece, en principio, ilegítima, salvo que la ley la autorice. Esas autorizaciones –escuchas o grabaciones audiovisuales– se extrañan en nuestras leyes, con lo cual en ellas todavía no ha repercutido el avance técnico innegable y geométrico que permite hoy oír y ver de lejos lo que otros hablan o tratan de alguna manera, tanto en lugares públicos como privados, incluso tras los muros, y guardar registro de ello⁵⁰⁸. La existencia misma de estas autorizaciones legales para inmiscuirse, por ejemplo, en conversaciones privadas en la vía pública o en lugares de acceso público, en lugares privados como los domicilios de personas, por agentes oficiales en cumplimiento de su función en el proceso penal, o por personas de Derecho privado u otros agentes estatales extraños al proceso penal ha sido controvertida. Más allá de ello, parece necesaria en estos casos la autorización judicial, como mínimo recaudo formal a cumplir por el investigador para legitimar la medida y sus consecuencias hacia el futuro, y que las condiciones para conceder la autorización estén determinadas por la ley, conforme al principio *nulla coactio sine lege*⁵⁰⁹. Mientras se carezca de esta regulación jurídica, estaremos condenados a examinar caso por caso la validez de la valoración probatoria del resultado de la ejecución de estos métodos, frente a la indudable existencia de la protección constitucional de la *intimidad* personal, no tan sólo de la hogareña. Ello quiere decir que dejaremos librados el resultado efectivo del procedimiento penal a la amplitud de nuestro concepto acerca de la intimidad protegida, en lugar de examinar las razones que tuvo el legislador para fijar ese ámbito y sus exclusiones, en procura de determinar la constitucionalidad de la ley, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica que ello significa.

Por lo demás, el tema involucra, también, la vigencia conjunta de otro principio, la prohibición de autoincriminación (*nemo tenetur*), según ya lo hemos observado⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Para el punto, con numerosos ejemplos, MUÑOZ CONDE, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, III y IV, ps. 383 y siguientes.

⁵⁰⁹ Las hay de diversa índole: desde el *numerus clausus* que supone un catálogo de delitos, relativo al *principio de proporcionalidad*, hasta la interdicción de ciertos lugares (expresiones de lo privado o quizás públicos, pero en los cuales se cumplen necesidades privadas como los baños o retretes públicos) o de comunicaciones con ciertas personas (parientes o similares, por ejemplo), la necesidad de la existencia de un proceso penal en trámite con visos de realidad o un juicio probabilidad acerca de la existencia de la imputación delictual investigada.

⁵¹⁰ Este parágrafo, D, 3.

d) Otras inferencias en la intimidad

Como ya hemos visto, existen prohibiciones probatorias que no hallan su justificación originaria en las necesidades normativas del Derecho procesal penal, en las urgencias normativas de un proceso penal ajustado al Estado de Derecho; dicho de otro modo y en relación al tema actual: existen lesiones a normas protectoras de cierta reserva –o intimidad– que no provienen de las necesidades del procedimiento penal, de sus principios de garantía o, simplemente, de sus reglas –reglas que, en todo caso, reglamentan las garantías que lo presiden, al menos la *formalización del procedimiento* conforme a la ley–, sino que provienen de necesidades normativas extrañas al procedimiento penal, normas que no se propusieron, en primer término, regularlo o crear una prohibición probatoria en su ámbito. Ejemplos de este tipo son el llamado *secreto bancario*, la *reserva de las declaraciones tributarias* y la *reserva de los datos que ingresan a un archivo, registro o banco de datos*, público o privado, por ejemplo, los entregados a los encuestadores de un censo oficial. Todas esas reservas legales y consiguientes prohibiciones probatorias no han tenido en principio la finalidad de disciplinar un procedimiento penal, responden a otros fines principales, y, sin embargo, provocan una prohibición probatoria en el proceso judicial.

La República Argentina no es un ejemplo de regulación estricta del *secreto bancario*⁵¹¹; por lo contrario, las excepciones son tantas y tan amplias, entre ellas la orden de un juez conforme a su estatuto judicial, que, en el caso, si existe esa orden y ella resulta medianamente racional, impedirá fundar una prohibición de valoración probatoria. La *reserva de las declaraciones juradas tributarias* está impuesta por la Ley (nacional) de Procedimientos Fiscales, n° 11.683⁵¹², arts. 101 y 102. En este supuesto, el secreto impuesto es más firme: en primer lugar, el texto de la ley contiene expresamente una prohibición probatoria (“Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio ...”); además, las excepciones, al menos las judiciales que aquí interesan, son también más claras, menos abiertas y más exigentes en cuanto a su fundamentación (“... salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquellas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en los que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros”); y, por último, la ley amenaza expresamente con la aplicación de la figura de la violación del secreto estatal (CP, 157) a los autores y partícipes de una divulgación indebida, sean o no empleados o funcionarios de la AFIP. La Ley de creación del sistema esta-

⁵¹¹ Cf. Ley (nacional) de Entidades Financieras, n° 21.526, con sus modificatorias hasta la ley n° 25.782, sancionada en 1/10/2003 (B.O. 31/10/2003), Tít. V, arts. 39 y 40.

⁵¹² T.O. 1998 (decreto 821/98, Anexo I, B.O. 20/7/1998).

dístico nacional, n° 17.622⁵¹³, art. 17, protege rigurosamente los datos obtenidos por los encuestadores de los encuestados ("Los funcionarios o empleados que releven a terceros o utilicen en provecho propio cualquier información individual de carácter estadístico censal...") e, incluso, amenaza a autores y partícipes de la divulgación con la exoneración y sanciones penales ("... serán pasibles de exoneración y sufrirán además las sanciones que correspondan conforme con lo previsto por el Código Penal, Libro II, Título V, Capítulo III"). La Ley (nacional) de protección de los datos personales, n° 25.326⁵¹⁴, cuyo ámbito de aplicación son tanto los "archivos, registros, banco de datos u otros medios técnicos, sean estos públicos o privados..." (art. 1) prohíbe la divulgación de los datos personales mediante el mecanismo de instituir el deber de guardar secreto conforme a la figura del *secreto particular* (art. 10, inc. 1, que remite al CP, 156); sin embargo, habilita a consignar los datos frente a un requerimiento judicial, con lo cual los árbitros finales de la utilización de esos datos como prueba o como conocimiento para obtener elementos de prueba en un procedimiento judicial, incluso en el penal, son los tribunales de justicia, aunque la autorización sea justificable sólo por razones de seguridad pública, defensa nacional o salud pública (art. 10, inc. 2), con lo cual limita el fundamento de la medida, que debe ser racional para alcanzar esos fines (la defensa de esos bienes) extrae, en cierta medida, a la decisión judicial del ámbito de sus propias necesidades procesales.

3. Otras inferencias

I. Seguramente existen otras privaciones de derechos fundamentales que, a modo de coacción, están autorizadas por la ley procesal penal en relación a fines probatorios. Sólo a manera de ejemplo se puede citar a los diferentes modos de privación de la libertad autorizados para garantizar la comparecencia del acusado en el debate⁵¹⁵, alguno de los cuales tiene relación con la práctica y recolección de la prueba a rendir en él⁵¹⁶. Pero aun sin tratarse de acusados, el presidente del tribunal tiene, en el debate, poderes de coacción respecto de testigos y peritos –órganos de prueba– que implican un menosprecio de la libertad individual⁵¹⁷.

II. Sin duda, tiene mayor importancia, por su generalidad, la autorización para el *secuestro* de cosas y documentos⁵¹⁸, que, en sí, importa una inferencia, como mínimo, en el *derecho de propiedad*, comprendido él como todas aquellas facultades previstas por el orden jurídico para la rela-

⁵¹³ B.O. 31/1/1968

⁵¹⁴ Promulgada el 30/10/2000.

⁵¹⁵ CPP Nación, 366; CPP Pcia. de Buenos Aires, 345; CPP Córdoba, 375.

⁵¹⁶ Por ejemplo, actos probatorios de presencia personal: reconocimientos.

⁵¹⁷ CPP Nación, 384, II y III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 360, V, VI y VII; CPP Córdoba, 393, II.

⁵¹⁸ CPP Nación, 231 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226 y ss.; CPP Córdoba, 210 y siguientes.

ción entre personas y cosas, con inclusión, entonces, de la posesión y la tenencia de cosas y papeles, esto es, no sólo del *dominio* entendido desde el punto de vista jurídico, sino, antes bien, de él comprendido como señoría de todo tipo sobre las cosas.

Todas las cosas y documentos que pueden servir como elementos de prueba son susceptibles, en principio, de ser secuestradas⁵¹⁹, esto es, puede ser desposeído de ellas quien las tiene por cualquier título e ingresadas a la custodia del funcionario que ordena su secuestro.

La ley autoriza también a secuestrar *cosas relacionadas con el delito y las sujetas a decomiso*⁵²⁰, pero ellas no representan interés alguno para este capítulo, referido a la prueba.

No obstante, la excepción está representada por los documentos y las misivas enviadas por el imputado a su defensor y viceversa, con la finalidad de ejercer la defensa: esos objetos no son susceptibles de ser secuestrados; las misivas (cartas), aunque se ha pensado originariamente en la forma escrita, no requieren forma especial y pueden ser transmisiones de información o conocimiento orales, audiovisuales o escritas⁵²¹. Dicho sea de paso, no es posible la *intercepción* de esta correspondencia, según ya lo pusimos de manifiesto con anterioridad⁵²².

III. En orden a disipar el interrogante acerca de la autoridad que puede emitir la orden o la resolución que prescinde de ella, rige lo expresado *supra*, 2, b, V, 8: ordinariamente, esta facultad corresponde al tribunal que entiende en ese momento en la causa; durante la instrucción preliminar, según los sistemas, al juzgado de instrucción e, incluso, a la fiscalía, y, en caso de urgencia, también a la policía, secuestros estos últi-

⁵¹⁹ CPP Nación, 231, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226, I; CPP Córdoba, 210, I.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ CPP Nación, 237; CPP Pcia. de Buenos Aires, 230; CPP Córdoba, 212 (agrega, con razón, las grabaciones, que pueden considerarse incluidas en el texto más simple de los demás códigos, pues contienen transmisiones de ideas o conocimientos). El texto que prevé la disposición es confuso, pues parece extender la excepción sólo a los escritos enviados al defensor o recibidos por él. Pero una más que mínima comprensión de la garantía debe incluir también a aquellas comunicaciones enviadas por el defensor a su pupilo y recibidas por él. Nadie dudaría en comprender en la excepción a aquella carta que, por ejemplo, le envía el defensor a su pupilo en la cual se reproduce una confesión extrajudicial prestada ante él —el haber matado a otra persona— con la pregunta acerca de si hubo una agresión de la víctima, más allá de la utilización que juzguen conveniente en el juicio tanto el imputado, como su defensor.

⁵²² Ver este parágrafo, E, 2, c.

mos cuya validez probatoria depende del juicio *ex post* del tribunal que valora la prueba colectada.

Pesa sobre el tribunal o, en su caso, sobre quien emite la orden y secuestra los deberes de custodia y conservación propios del depositario, deberes que pueden ser trasladados, de resultar conveniente en el caso, a una persona instituida como depositaria⁵²³, pues, a más de servir como elemento de prueba en el procedimiento, las cosas secuestradas deben ser, oportunamente, devueltas⁵²⁴.

⁵²³ CPP Nación, 233; CPP Pcia. de Buenos Aires, 226, III y ss.; CPP Córdoba, 213. La norma regla un procedimiento específico para la custodia y la cadena de custodia.

⁵²⁴ CPP Nación, 238 y 238 *bis*, CPP Pcia. de Buenos Aires, 231; CPP Córdoba, 217.

Los requerimientos de los intervinientes § 16

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto M., *El régimen de la acción penal como Derecho público provincial*, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 291 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal* [Tratado], t. IV, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2008, t. IV, n° 1078 a n° 1115, n° 1140 a 1171, y t. V, n° 1382 a 1404; DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal* (reimpresión, con la colaboración de Fernando Díaz Cantón), Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, III, ps. 175 y ss.; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln (RFA), 1953, §§ 71 a 73, ps. 290 y ss. (2ª ed., Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, § 60, ps. 235 y ss.); MAIER, Julio B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, ps. 941 y ss.; MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", 1966/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 617 y ss.; PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1966, §§ 32 a 34, ps. 210 y ss., § 50, ps. 396 y ss., y §§ 70 a 72, ps. 533 y ss. (4ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg [RFA], 1985, §§ 32 a 34, ps. 248 y ss., § 50, ps. 454 y ss. y §§ 70 a 72, ps. 604 y ss.); RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht* (3ª ed.), Ed. Richard Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden (RFA), 1995, § 66; RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht* (3ª ed.), Ed. Richard Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden (RFA), 2005, Cap. 11, § 66, ps. 584 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier; título original: *Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München [RFA]), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 51, ps. 445 y ss.; ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), Ed. C. F. Beck, München (RFA), 2009, § 22, ps. 139 y ss., y § 53, ps. 404 y ss.; SAID, José Luis, *Sobre la facultad de las provincias para regular el principio de oportunidad*, en "La Ley", Buenos Aires, 1997/F-1040 y ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2007, § 31, ps. 197 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal [Dpp]* (2ª ed.), Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, Cap. VIII, § IV, ps. 437 y ss.; VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), Ed. C.H. Beck, München (RFA), 2008, § 12, V, ps. 118 y ss. y § 34, ps. 294 y ss. (7ª ed., Ed. C. H. Beck, München [RFA], § 12, V, ps. 120 y ss. y § 34, ps. 301 y siguientes).

A. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

I. Comenzamos el estudio de los actos procesales particulares ejecutados por quienes intervienen en el procedimiento –en este párrafo, de aquellos que contienen un requerimiento dirigido a la autoridad que puede satisfacerlo–, esto es, de aquellos actos desarrollados por los protagonistas del procedimiento penal, normalmente llamados *partes* o *jueces* integrantes del tribunal, pero también de otros organismos oficiales que cumplen su labor característica en el proceso penal, el *ministerio público fiscal* y la *policía*, estudiados en el tomo anterior, como ejemplos típicos. Los próximos párrafos comprenderán, así, tanto los requerimientos de las llamadas *partes*, *acusadores* e *imputados*, como las *decisiones judiciales* previstas por la ley para momentos u oportunidades precisas, o aquellas que satisfacen o dejan de satisfacer algún requerimiento, los *recursos* o impugnaciones contra esas decisiones, como un tipo especial de requerimiento, los *actos de comunicación de información* sobre el procedimien-

to y sus decisiones entre las autoridades o entre las autoridades y los participantes en ese procedimiento, y los *actos de coerción* mediante los cuales las autoridades imponen sus decisiones, incluso por la fuerza, aun cuando sólo estudiados desde el punto de vista del perseguido penalmente (coerción general) y, en especial, desde el ángulo de la privación de libertad en el procedimiento penal, pues parte de estos actos, en relación con la prueba, ya han sido motivo anticipado de nuestro estudio (§ 15, G). Es cierto que no nos detendremos a estudiar todo acto procesal posible durante el procedimiento, porque su número es infinito, inimaginable por anticipado conforme a los diversos contextos en los que se desarrolla cada procedimiento penal concreto y a las vicisitudes por las que él atraviesa. La advertencia reza, entonces, acerca de que aquello que aquí se estudiará no constituye un *numerus clausus*, pues no agota la infinita gama de posibilidades de acción de los protagonistas del procedimiento penal en un proceso concreto. Empero, por lo contrario, y muy especialmente en el párrafo dedicado a los requerimientos, intentaremos tan sólo describir las acciones principales, estereotipadas por la ley procesal penal, para el desarrollo del procedimiento, sus presupuestos y exigencias.

Por lo demás, también es cierto que antes, en el párrafo anterior, al referirnos a la prueba, tuvimos oportunidad de esbozar actos procesales penales particulares, y que después, probablemente en el próximo tomo de este libro, tendremos oportunidad de estudiar esos actos inmersos en la unidad que representa todo el procedimiento penal o una parte de él, pues dedicaremos el contenido de ese tomo, precisamente, al estudio del procedimiento y sus diferentes períodos. Se verá, entonces, que actos complejos, en los que intervienen varios protagonistas del procedimiento penal, como, por ejemplo, el *debate*, serán tan sólo allí estudiados y, muy probablemente, preferiremos acometer allí el estudio particularizado de los recursos contra la sentencia que lo define o contra la decisión que culmina un incidente del procedimiento.

En este párrafo se trata, según su título, de estudiar los principales requerimientos de los intervinientes que cumplen el papel de *parte* –por así decirlo, para usar un vocablo ya aceptado vulgarmente en el proceso judicial, que ya forma parte del léxico del foro– en el procedimiento penal, en letargo o reposo, esto es abstraídos de un procedimiento concreto y estáticos, tal como los define la ley por sus presupuestos y exigencias formales para concederles validez, aun con reconocimiento de que ellos constituyen, básicamente, la descripción de una actividad (acción), esto es, de esencia dinámica, por su naturaleza.

II. Un *requerimiento* constituye una petición dirigida a una autoridad del procedimiento penal, a un tribunal o a una fiscalía –excepcionalmente a otra autoridad de la persecución penal: la policía, por ejemplo–, para

obtener de ellos una decisión que importa el ejercicio de cierta actividad en un sentido que determina la misma petición o, por excepción, para solicitarles a esas autoridades la omisión de una actividad determinada. No cualquier petición implica un requerimiento, sino, antes bien, sólo ingresan en esa categoría actos formales y principales del procedimiento penal, algo que se verá más claro cuando estudiemos las principales decisiones judiciales, pero carece de valor práctico y teórico el precisar con exactitud el concepto para deslindarlo de otros actos –si se quiere, menos importantes–, pues el parágrafo sólo se propone estudiar la actividad principal de los intervinientes en un procedimiento mientras ellos no ejerzan el poder de decisión, esto es, los principales actos que traducen la actividad de requerir otros actos (de decisión), casi siempre de un tribunal, por excepción de la fiscalía y, más excepcionalmente aún, de la policía.

III. Existen diversos tipos de requerimientos que pueden distinguirse y clasificarse según la materia procesal a la que se refieren (probatorios, decisorios de situaciones procesales, impugnaciones, etc.), según el período del procedimiento en el que ellos deben ser realizados (la denuncia, la querella, la acusación o el requerimiento de apertura del juicio, la primera declaración del imputado sobre el hecho, los informes finales del debate), aun cuando muchos de ellos pertenecen a varios períodos o pueden ser llevados a cabo en varios de ellos (excepciones, declaración del imputado, por ejemplo), o según el protagonista del procedimiento que los lleva a cabo o su interés concreto (acusatorios, defensivos)¹. A nosotros nos interesa esta última categoría, la distinción por el protagonista y su interés, razón por la cual estudiaremos en primer lugar los principales actos que implican requerir desde el ángulo de observación de los acusadores, y luego abriremos la puerta a los requerimientos defensivos; en alguna oportunidad, como sucede con el ofrecimiento de prueba o con la actividad a cumplir por ellas al final del debate, estudiaremos conjuntamente los requerimientos probatorios de cualquiera de las partes y los informes finales acusatorios y defensivos.

B. LOS REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS

1. La denuncia

I. La denuncia, en contraposición con la *querella*, no es un acto procesal de los llamados *de parte*, por la sencilla razón de que la persona que

¹ Cf. los distintos criterios clasificatorios, para los actos procesales en general, en CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, ps. 99 y siguientes.

lo realiza –por lo demás, cualquier persona, sin *legitimación* judicial específica a pesar de ciertas limitaciones de alguna ley positiva relativas erróneamente a la capacidad para denunciar²– no pretende ejercer con ella, en principio, acción judicial alguna, conforme a su definición³. Algunos, por ello, le han negado el carácter de acto procesal, y la definen como *acto pre-procesal*⁴, porque si bien puede provocar, eventualmente, la iniciación de un proceso judicial en materia penal, no integra el procedimiento en sí mismo, y hasta es posible que, al valorarla, tal comienzo de la persecución penal sea evitado⁵. Sin embargo, esa opinión y los argumentos que pretenden fundarla no son correctos. En primer lugar, la denuncia dispara un procedimiento judicial aun en el caso de que él conduzca a su desestimación y archivo, es decir, en caso de una valoración negativa pero real del acto cumplido⁶. En segundo lugar, de dar pie la denuncia a una persecución penal e, incluso, de arribar esta persecución a estadios superiores –al juicio público, por ejemplo–, la denuncia es un acto básico de información que formará parte del procedimiento y, especialmente, de sus medios de reconstrucción de la verdad, esto es, será valorada como un medio de prueba junto a los otros que sean incorporados a él. La discusión al respecto es, a mi juicio, bizantina y puramente semántica, por una parte, porque ninguno de aquellos que sostienen opiniones enfrentadas y contrarias intenta decir algo distinto, que remita a algún efecto jurídico-práctico⁷, y, por la otra, porque casi todos coinciden, al menos básicamente, en su definición material, esto es, en los elementos que la componen: acto voluntario de una persona mediante el cual ella comunica a alguna autoridad de la persecución penal, establecida por la ley, la noticia que tiene sobre la comisión de un delito de acción pública⁸.

² Ver *infra*, II.

³ Cf., *inter alia*, ODERIGO, *Dpp* (2ª ed.), ps. 432 y ss.; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. II, p. 19, y t. IV, p. 444.

⁴ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp* (2ª ed.), t. II, ps. 267 y s. y 276 y siguiente.

⁵ CPP Nación, 180, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 290, II; CPP Córdoba, 319, II, y 342. Cf. CLARÍA OLMEDO, t. IV, *ibídem*.

⁶ CPP Nación, 180 y cc.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 290 y cc.; CPP Córdoba, 319 y cc.; CPP CABA, 85 y cc.: nadie diría que no hubo juicio en el caso de una absolución, esto es, cuando la acusación sea rechazada en la sentencia.

⁷ En este sentido, problema parecido al de la naturaleza de la acción judicial: ver esta obra, t. I, § 3, A, n° 1, nota al pie n° 5 y el texto que la sostiene; sobre el punto también, n° 2, II, C, n° 1, nota 37 y el texto que la sostiene, y n° 2, I.

⁸ Cf. *inter alia*, con mención de bibliografía, ODERIGO, *Dpp*, p. 432; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, p. 432. En Alemania, ROXIN, *Dpp*, § 37, A, II, ps. 327 y s., con alguna diferencia, porque incluye las *denuncias anónimas* (n° 3, p. 328), que entre nosotros no tendrían cabida en el concepto jurídico –sino que serían asimilables a él tan sólo en el lenguaje vulgar y, antes

En algún sentido, la denuncia no es un requerimiento y, por ello, no ha sido catalogada entre los actos que merecen esa designación genérica. Sin embargo, ella puede ser clasificada como requerimiento implícitamente, por su efecto inmediato, conocido por el denunciante en casi todos los casos, pues desencadena la actuación de los órganos de persecución penal estatales, los que, al menos, deben pronunciarse acerca de si su contenido informativo representa un delito de acción pública y, en su caso, sobre si están cumplidas las condiciones para comenzar la persecución penal oficial obligatoria (principio de legalidad); más sintéticamente: la denuncia implica la decisión, según su contenido y la persona que la practica, de desestimar o iniciar la persecución penal oficial y, en este último caso, la de disponer las medidas para practicar la averiguación penal que conduzcan al sobreseimiento o al juicio⁹. Entonces, por su efecto característico –la promoción de la acción penal en los delitos de acción pública–, consecuencia jurídica atribuida al acto cuando él contiene todas las exigencias previstas por la ley –conocida o desconocida, deseada o no deseada por el denunciante–, la denuncia representa una de las posibles requisitorias iniciales de la persecución penal¹⁰.

No obstante, de un lado el hecho de que no se haya considerado al denunciante como *parte* en el procedimiento que sobrevendrá –esto es, con derechos y obligaciones o cargas a ejecutar en él–, y del otro que no se catalogue a la denuncia como *requerimiento* –sus efectos sólo dependen de la voluntad del denunciante de denunciar, pero no dependen de la voluntad de que ellos se produzcan por parte del denunciante, sino, tan sólo, de la ejecución de la ley por parte de los funcionarios encargados de ejecutarla–, han provocado la declaración de la ley, de antigua prosapia académica, acerca de que “el denunciante no será parte en el proceso, ni incurrirá en responsabilidad [*procesal*] alguna”, a excepción del delito o de la responsabilidad civil en que pudiera incurrir con su denuncia¹¹. Ya el texto mismo contiene, por su redacción, cierto grado de ridículo. Y si se

bien, sería más preciso nombrarlas con el término *delación* o *alcahuetería* (cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. III, n° 654, p. 21)–, concepto jurídico para el cual es imprescindible la responsabilidad –penal y civil– de quien la practica, el *denunciante*, razón por la cual se exige del funcionario que la recibe la verificación de su identidad.

⁹ CPP Nación, 180, 186, 194, 196, y cc.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 290 a 292, 296, 297 y cc.; CPP Córdoba, 319 y 320, 324, 326, 334 y cc.; CPP CABA, 77, 84, 85 y concordantes.

¹⁰ Esta es otra comprobación de la inutilidad de definiciones académicas de *acción penal* y *proceso penal*, definiciones que no toman en cuenta, de manera alguna las connotaciones del acto según la ley (cf. este libro, citado inmediatamente antes, y t. II, § 9, A).

¹¹ CPP Nación, 179; CPP Pcia. de Buenos Aires, 288, II; CPP Córdoba, 318. La aclaración entre corchetes es nuestra.

ha querido eximir al denunciante de las costas provocadas por él, la regla resulta errónea políticamente para ciertos casos: aquellos relacionados con una denuncia totalmente falsa o con ciertos hechos falsos, falsedad dolosa –quizás también imprudente– del denunciante, que debería provocar responsabilidad procesal (por las costas y costos del procedimiento). La exclusión como *parte*, sólo debería implicar la ausencia de participación regular del denunciante como sujeto del procedimiento, con facultades y deberes en él, a semejanza de aquellos a quienes se considera partes (el imputado, el acusador). Pero de modo alguno esa exclusión significa ausencia total de deberes en el procedimiento penal, pues, por una parte, el denunciante, como cualquier persona, puede ser convocado a informar durante el procedimiento, incluso sobre pormenores de su denuncia y de su conocimiento, y, por la otra, no le está vedado asumir otros papeles procesales específicos durante el procedimiento –el de acusador-querellante, por ejemplo–. Más allá de ello, sería deseable políticamente que el denunciante, a la vez víctima, fuera informado acerca de los principales actos que son llevados a cabo durante el procedimiento y a su finalización (archivo o sobreseimiento, requerimiento de juicio público [*acusación*], iniciación del debate, sentencia) e, incluso, que él tuviera la posibilidad de desarrollar ciertas acciones frente a decisiones tomadas por las autoridades del procedimiento (archivo dispuesto por el ministerio público, sobreseimiento).

II. La denuncia no requiere una capacidad especial en las personas de existencia visible, físicas, a pesar de que algún código, por error, requirió capacidad civil o penal¹², pues cualquier persona, incluso un menor o un incapaz por otro motivo (CC, 54), puede formularla según las diferentes maneras conforme a las cuales la ley autoriza su interposición. Así resulta de su función principal, la de informar a las autoridades competentes para la persecución penal acerca del conocimiento que cualquiera puede tener –aun cuando no comprenda el significado del acto– sobre la perpetración de un probable delito de acción pública.

También las personas de existencia ideal, jurídicas, pueden formular una denuncia penal por intermedio de sus representantes naturales, conforme lo regula el orden jurídico: sólo es necesario para ello la verificación de su existencia, esto es, de haber iniciado su vida jurídica y de no haber perdido, por alguna razón, la autorización para obrar (CC, 45, 48 y cc.). De todos modos, ofrecida una denuncia por un ente colectivo, si no llega

¹² Cf., por ejemplo, CPP Córdoba 1939, 179; C. de P. en lo Criminal para la justicia federal y los tribunales de la capital y territorios nacionales, 155.

a acreditar su existencia o la asociación no se ha constituido de la manera prevista por el CC, 46, la información valdrá como efectuada por las personas físicas que pretenden representar a la asociación, incluso desde el punto de vista de la responsabilidad penal y civil. Algo similar ocurre cuando fracasa la representación del ente, de conformidad con las reglas jurídicas pertinentes.

III. La denuncia, como transmisión de conocimiento, puede llevarse a cabo oralmente o por escrito. En el primer supuesto, el funcionario que la recibe debe confeccionar un acta con su contenido y la identificación del denunciante, y agregar, en caso de representación, los documentos con los cuales la persona física que la asume acredita la existencia de la persona jurídica y la facultad de representarla que invoca. En el segundo caso, a más de la documentación exigida para las personas jurídicas, basta la firma que rubrica el escrito con la verificación de identidad por parte del funcionario que la recibe¹³. También se permite la denuncia por intermedio de un mandatario, ya sea que él represente a una persona física o a una persona jurídica.

Los funcionarios policiales o de la fiscalía son los receptores naturales de la denuncia, por sus atribuciones respecto de la persecución penal; pero es normal entre nosotros que también se permita interponer la denuncia ante un tribunal¹⁴. El efecto jurídico inmediato de la denuncia, como ya quedó dicho, consiste en disparar una serie de facultades y deberes de las autoridades públicas que la reciben, deberes y facultades relativos a la persecución penal que concluyen en actos del procedimiento¹⁵; insólitamente, el CPP de la Ciudad de Buenos Aires, sólo torna obligatoria la recepción de la denuncia y dispara deberes para el funcionario policial que la recibe en caso de flagrancia o necesidad imperiosa de evitar daños provenientes del delito, la fuga de los participantes en él o la pérdida de elementos probatorios (art. 79, II). Regularmente, los códigos procesales establecen sanciones para el incumplimiento de deberes por parte de la policía, sin perjuicio de las disposiciones administrativas internas vigentes para los funcionarios policiales y de la imputación conforme al art. 274 del CP¹⁶, que comprende también a los funcionarios del ministe-

¹³ CPP Nación, 175; , CPP Pcia. de Buenos Aires, 286, I a III; CPP Córdoba, 315; CPP CABA, 82.

¹⁴ CPP Nación, 174; CPP Pcia. de Buenos Aires, 285, I; CPP Córdoba, 314 y 320; CPP CABA, 79.

¹⁵ Ver CPP Nación, 180 a 182 y cc.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 290 a 297 y cc.; CPP Córdoba, 319 a 321 y concordantes.

¹⁶ CPP Nación, 187; CPP Pcia. de Buenos Aires, 298; CPP Córdoba, 327.

rio público fiscal y a los jueces competentes para recibirla, en caso de faltar a sus deberes.

Ni los delitos para cuya persecución penal se requiere la instancia privada (CP, 72) ni aquellos de acción privada (CP, 73 y 75) son susceptibles de ser denunciados por quienes no son titulares de la instancia o no ejercen con la denuncia la acción privada, en el primer caso porque una denuncia que no corresponde al instante legítimo no puede provocar el efecto jurídico inmediato de ella, la persecución penal de un delito de acción pública, en el segundo caso porque esos hechos punibles sólo son perseguibles por acción privada y conforme a un procedimiento especial que rehúsa la intervención de oficio de las autoridades de la persecución penal. En los delitos que requieren *instancia privada* para su persecución penal oficial, la denuncia es uno de los medios de instar eficazmente (CP, 72), razón por la cual sólo quienes tienen derecho a instar –el ofendido o sus subtítulos mencionados en la ley penal– son, a la vez, titulares del derecho de denunciar esos hechos punibles.

Se discute acerca del *orden excluyente* que fijan algunas leyes procesales penales¹⁷, en interpretación del texto del CP, 72, esto es, si el orden en que son nombrados por la ley procesal permite la exclusión de ciertos portadores del derecho a instar mientras existan otros, nombrados con anterioridad o privilegiados por el orden expresado en la ley procesal penal –por ejemplo, la víctima antes que los demás, los representantes legales antes que el tutor, curador o guardador–, sea que los privilegiados omitan simplemente instar o exterioricen su voluntad de no instar expresamente. No es correcto que la ley procesal penal se adjudique a sí misma la facultad de reglamentar el CP, ley de la Nación (CN, 75, inc. 12) –o tan sólo interpretarlo auténtica o fehacientemente–, por una parte, y, por la otra, el art. 72 del CP no contiene “orden excluyente” alguno. Hoy un gran número de códigos procesales penales ha evitado referirse a este orden y, con ello, ha omitido correctamente interpretar la ley penal, con deseos de autenticidad (única solución posible)¹⁸.

IV. La denuncia contiene, básicamente, información sobre la comisión de un hecho punible, tentativa –cuando ella es posible– o consumación. Las leyes imponen al denunciante determinar los detalles (lugar, tiempo y modo de ejecución) del hecho supuestamente punible que denuncian, y, en lo posible, individualizar a sus autores y a los partícipes

¹⁷ CPP Córdoba, 6.

¹⁸ Cf. CPP Nación, 6; CPP Pcia. de Buenos Aires, 7; CPP CABA, 79, I (texto defectuoso).

en él, a las víctimas, a los testigos y a los demás elementos de prueba conocidos para el denunciante¹⁹.

Su efecto procesal —consecuencia jurídica del acto— ya ha sido mencionado múltiplemente, a raíz de la categorización del acto (I) y de los deberes del funcionario que la recibe (III).

V. Entre nosotros la denuncia ha sido siempre, por regla, facultativa²⁰: las personas no tienen el deber jurídico de denunciar, salvo casos especiales previstos en la ley²¹, regulación característica de un Estado democrático de Derecho²². Catalogada normativamente, la denuncia es una *facultad*, esto es, un *derecho subjetivo* que cualquier persona porta y puede poner en acto como tal. Antes bien, tal determinación quiere decir, desde el punto de vista negativo, que, por regla general, ella no representa una obligación, salvo casos especiales, esto es, por excepción.

Tienen obligación de denunciar aquellos delitos perseguibles de oficio que llegan a su conocimiento: los *empleados públicos*, siempre que su conocimiento acerca de esos delitos derive del ejercicio de la tarea para la cual son competentes o que les corresponde, y los *profesionales relacionados con la medicina* (médicos y auxiliares), en relación con los delitos contra la vida y la integridad física que conocieren al ejercer su profesión, salvo que esos hechos estén comprendidos en el deber de guardar reserva previsto por la ley (CP, 156, 157 y 157 *bis*, inc. 2)²³. Un texto tan simple ha sido objeto de múltiples distorsiones, algunas prácticas, otras, incluso, teóricas, resultantes de la diversidad de interpretaciones. Aquí sólo es posible señalar los apartamientos principales de un texto claro, sin polemizar. Por de pronto, *conocer* en una determinada situación fáctica, el ejercicio de la función o la tarea profesional, no significa el relato o la información de un tercero que estima conocer el hecho, sino, antes bien,

¹⁹ CPP Nación, 176; CPP Pcia. de Buenos Aires, 286, IV; CPP Córdoba, 316, I; CPP CABA, 83. En Córdoba, donde se prevé la delegación de la acción civil en un órgano oficial (CPP Córdoba, 25, inc. 1), el ofendido puede delegar esta acción en el momento de la denuncia (contenido accesorio y eventual, CPP Córdoba, 316, II).

²⁰ Cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. III, n° 661 y ss., ps. 32 y siguientes.

²¹ Cf. ROXIN, *Dpp*, § 37, A, II, ps. 327 y siguiente.

²² Imponer la denuncia como obligatoria, deber jurídico de los ciudadanos en todos los casos o por regla general, implica autoritarismo intolerable para un Estado democrático de Derecho.

²³ CPP Nación, 177; CPP Pcia. de Buenos Aires, 287, agrega a aquellos obligados por una disposición especial del CP; CPP Córdoba, 317; CPP CABA, sólo impone el deber de denunciar a los funcionarios públicos, con un texto defectuoso. El CP, 277, sólo consigna como hecho punible aquel de quien omite la acción de denunciar estando obligado a realizarla —por otras leyes, particularmente las procesales— según las circunstancias.

el haberlo conocido por sí mismo, por intermedio de los sentidos; sólo en ese caso nace el deber de denunciar. Conocer, asimismo, alude a un cierto grado de convicción sobre la existencia del hecho punible, al menos estimar como probable el suceso. El texto, además, parece indicar que el denunciante carece del poder de juzgar, por tanto, de la facultad de eximirse de la obligación por entender que concurre alguna causa que excluye la responsabilidad penal del autor del hecho o del partícipe en él, sea ella una causa de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de exclusión de la punibilidad; la fórmula, entonces, se refiere al hecho eventualmente punible, esto es, al hecho que, genéricamente, sin atención al contexto real que rodea su realización, resulta disvalioso según las leyes penales y provoca la persecución penal pública inmediata, sin condicionamiento alguno (instancia privada). Un segundo motivo grave de distorsión ha sido la observación, expuesta para tornar obligatoria la denuncia, de que algunos profesionales del arte de curar son, a la vez, funcionarios o empleados públicos porque prestan sus servicios en un hospital o dispensario del Estado federal, provincial o local. En efecto, desde el punto de vista del Derecho administrativo o del Derecho laboral, esos profesionales son funcionarios o empleados públicos —parte del razonamiento en el cual aciertan los sostenedores del deber de denunciar—, pero también es correcto observar que ejercen la medicina y, por ello, están comprendidos entre las personas que poseen ciertos deberes emergentes del ejercicio de esa actividad, entre ellos el deber de guardar reserva sobre aquello que conocen a través del ejercicio profesional, según el caso; pero no sólo les compete ese deber, sino, antes bien, una multiplicidad de deberes pertinentes a su profesión —como, por ejemplo, no rehusar su ejercicio frente a quien lo necesita, obrar conforme a las reglas de la buena *praxis*—, deberes todos que implican la responsabilidad correspondiente por acción y por omisión. Un tercer problema se vincula al efecto de una denuncia estimada obligatoria erróneamente por el denunciante o por quien la recibe, esto es, en contravención a estas reglas, porque la posición del denunciante, jurídicamente, no importaba deber alguno. Es claro que ella engendra eventualmente responsabilidad —incluso penal, CP, 156 y ss.— para el denunciante, pero no es correcto afirmar su inexistencia como denuncia y transmisión de conocimiento. En primer lugar, la consecuencia jurídica de la denuncia, como ya hemos dicho, no depende del conocimiento que el denunciante tenga sobre su efecto legal ni del deseo de provocar ese efecto; aun equivocado el denunciante, la denuncia provocará el efecto que la ley le adscribe. En segundo lugar, el valor de la denuncia no está supeditado, según la ley, a una información previa sobre su efecto expresada al denunciante por el funcionario que la recibe o, si se quiere, a cierta información jurídica que deba recibir el denunciante antes de cumplir

la acción de denunciar, como está prescripto, por ejemplo, en el caso de la declaración testimonial, sobre la facultad del testigo de abstenerse de declarar.

Por último, nuestros códigos procesales penales acostumbran a declarar que ciertas denuncias están “prohibidas”²⁴: son aquellas denuncias que un cierto grado de parentesco o de proximidad del denunciante con alguno de los autores y partícipes que resulta denunciado, las inhabilita, salvo que el delito tenga como ofendido al mismo denunciante o a un pariente suyo ubicado en un grado idéntico o más próximo de parentesco que el que lo liga al denunciado, o cuando la víctima sea menor de edad o incapaz de valerse por sí misma, texto propio de la mayoría de las leyes procesales penales del país²⁵. ¿Qué significa esta regla, su excepción y para quién se establece la prohibición? Resulta un misterio difícil de desentrañar. El CPP Córdoba, con razón a mi juicio, ha eliminado la regla, un resabio de ciertas disposiciones constitucionales antiguas, previsiones jurídicas fundadas en una valoración ética más que objetable²⁶, regla que, para colmo de males, está mal redactada como norma jurídica y es parcialmente errónea jurídicamente. Comencemos por esta última advertencia: la comparación del grado de parentesco con el cónyuge, en cualquier dirección, es inútil, pues el cónyuge no es un pariente, da lugar al parentesco por afinidad, pero él mismo no es un pariente, razón por la cual no puede estar “en grado igual o más próximo” con nadie²⁷. En segundo lugar, cabe pensar en cuál será el efecto de la “lesión” de la prohibición: supongamos que un cónyuge denuncia al otro —digamos, para no insistir en el problema jurídico-matemático— por haber matado o lesionado a su padre o madre, a un hermano o a un abuelo, o alguien denuncia a un padre por haber matado o lesionado al abuelo. En esos casos, ¿se verá impedido jurídicamente el funcionario de recibir la denuncia?, si obra

²⁴ CPP Nación, 178; CPP Pcia. de Buenos Aires, 288, I; y CPP CABA, 80, que, con pudor, habla de “obstáculos para denunciar”.

²⁵ Sólo el CPP CABA, 80, refiere a la “unión civil”, suerte de vínculo distinto del matrimonio, aceptado por la legislación de la Ciudad de Buenos Aires, y genera el texto citado en la nota anterior, imposible de descifrar en sus efectos.

²⁶ Cf. CLARÍA OLMEDO, *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el Código procesal penal*, ps. 89 y ss; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, §§ 52 y 53, ps. 30 y siguientes.

²⁷ Así reporta CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1963, n° 813, p. 309, con indicación textual de la jurisprudencia entonces existente; la única posibilidad de interpretación razonable reside en ubicar al cónyuge en el grado cero: se ha transformado así el problema en uno matemático, pues el número cero carece de existencia; se ha querido decir, el grado del cual se parte, esto es, antes del primer grado que, por consanguinidad, ocupan los hijos y los padres.

conforme a Derecho, o, peor aún, ¿se verá impedida la policía de prevenir el hecho e impedir que él provoque –por ejemplo, en caso de tentativa– consecuencias ulteriores o más graves?; ¿provocará el vicio un defecto insubsanable de la promoción del procedimiento, tal que sufra toda la persecución penal iniciada o por ser iniciada? La respuesta negativa se impone²⁸. Me parece que toda la fórmula expresa un desaguizado político. La denuncia representa, como dijimos, una facultad y, por lo tanto, no es de ejercicio obligatorio sino en un número pequeño de casos genéricos. Basta con regular una nueva excepción, referida sólo a las denuncias obligatorias y válida sólo para esos casos, excepción que tendería a evitar que la posición del denunciante al conocer el hecho –empleado público o profesional del arte de curar– condujera al deber de denunciar al cónyuge o a parientes en ciertos grados de parentesco, con las salvedades pertinentes, e, incluso, a tornar obligatoria la denuncia cuando la víctima fuere menor o incapaz, si así se desea. Por lo demás, parece claro que cuando se produce el caso de un pariente o cónyuge que denuncia a otro pariente o cónyuge –supuesto que denunciar representa el ejercicio de un derecho, que no es de ejercicio obligatorio–, todo vínculo familiar, fundante de la prohibición, está destruido –normalmente por efecto del mismo delito denunciado–, con prescindencia del grado de parentesco o de vínculo que une al denunciante con el denunciado y su comparación con aquel en el que ellos se hallen con relación a la víctima.

Resumiendo: la denuncia debería regularse como facultativa (derecho subjetivo del denunciante) por regla general; si ese es el caso, la ley debe fijar luego las excepciones a esta regla, esto es, el contexto personal y real que torna la denuncia obligatoria para el denunciante (empleados públicos y profesionales del arte de curar que conozcan el hecho en el ejercicio de su cargo o profesión), extremo que nuestras leyes procesales penales han expresado bien, en la mayoría de los casos; y, por fin, la ley debería fijar también las excepciones a esta excepción, esto es, los casos genéricos en los cuales aquel deber no se concreta (obligación de guardar reserva, parentesco o relación próxima o íntima con el autor del hecho y/o partícipe en él), casos en los cuales vuelve a regir la mera facultad de

²⁸ De otra opinión, CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 1096, p. 438, aunque su opinión más que discrepar con la mía, en el sentido de que para él “es evidente que ella [la denuncia] ha de ser nula cuando se cumplió y recibió no obstante la prohibición de hacerlo” (en nota indica: “Cuando denuncia quien está impedido de hacerlo por razón de parentesco u otros impedimentos legales”), genera un problema puramente semántico, ya que “Esa nulidad sólo afectará el trámite posterior cuando el requisito se imponga como condición de procedibilidad, vale decir, cuando debió contener la instancia privada en los delitos que la ley de fondo la requiere para el válido ejercicio de la acción penal” (*sic*).

denunciar, según creo deben ser interpretadas las disposiciones actuales en su conjunto. Si bien yo políticamente no prohijo una regulación mayor, todavía queda espacio para las salvedades que sea menester, eventualmente una nueva excepción de la excepción, casos en los cuales la denuncia podría, eventualmente, volver a ser obligatoria.

2. La querella

I. *Concepto*. El concepto más extendido de *querella* alude a su paralelo en el procedimiento civil, la *demanda*, de modo que él abarca todo requerimiento acusatorio inicial del procedimiento²⁹. Pero, entre nosotros, la costumbre y la ley positiva han reservado ese nombre, principalmente, a la *denuncia* de quien está legitimado a perseguir penalmente –casi siempre la víctima o un sustituto, según veremos (II)–, en los delitos de acción pública al lado de la fiscalía, cuando esa información va unida a la pretensión de perseguir penalmente al autor o a los autores del hecho punible denunciado y a los partícipes en él, en los de acción penal privada –la excepción–, con exclusión del acusador oficial o público. Por extensión se usa también ese nombre para denotar tan sólo la pretensión de perseguir penalmente cuando, en los delitos de acción pública, el procedimiento judicial –de investigación– ya ha comenzado por intermedio de otra iniciativa legítima –denuncia o de oficio– y quien formula el requerimiento sólo pretende la anexión a él como acusador, al lado de la fiscalía (constitución en parte). Además, recibe ese nombre, en los delitos de acción privada, la demanda que da comienzo al procedimiento especial reglado por la ley³⁰.

Ya de lo dicho se desprende que existen dos clases de querellas: aquellas que, en los delitos de acción pública, tanto si dependen como si no dependen de una instancia particular, pretenden la asunción del papel de acusador al lado del acusador natural, la fiscalía (*acusación conjunta* o meramente *adhesiva*³¹), y aquellas que tienen por objeto la persecución penal en los delitos de acción privada, *acusación exclusiva* sometida a un procedimiento judicial especial³².

²⁹ Cercano a ello el antiguo CP^{Crim}. federal originario (ley 2.372 de 1882), art. 171, que exigía de la fiscalía, formalmente, que inicie por querella el procedimiento penal ante el juez de instrucción.

³⁰ CP, 76. Sin embargo, el CP, 72, II, utiliza la palabra *acusación* para referirse al acto de querellar como idóneo para *instar*, en los delitos dependientes de una instancia privada.

³¹ Ver esta obra, t. II, § 13, A, 3, d, y B, 2.

³² Ver esta obra, t. II, § 13, A, 3, b, I, y B, 3, a.

II. *Legitimación para llevar a cabo el acto.* Resulta natural para el Derecho argentino que el principal legitimado para cumplir el acto y para pretender la asunción del papel de acusador en el procedimiento, tanto en los delitos de acción pública, como en los de acción privada, sea el ofendido por el hecho punible concreto que constituye el tema del procedimiento penal singular de que se trata³³. El ofendido puede ser una persona física (*de existencia visible*, según la expresión de nuestro CC) o jurídica (*de existencia ideal*, según el mismo lenguaje)³⁴, con prescindencia de un organismo estatal –por autónomo que él sea–, salvo que la ley procesal penal autorice expresamente su intervención³⁵, pues el Estado, regularmente, está representado por la fiscalía, órgano del ministerio público. Más allá de ello, la ley procesal penal no puede desconocer la representación de incapaces y de personas jurídicas, conforme a la ley civil y a la legislación comercial, de modo que, cuando el ofendido es un incapaz o un ente colectivo, obran por él –esto es, pueden presentar querella– quienes están autorizados por la ley para representar a los incapaces o a las personas jurídicas en juicio³⁶; los representantes voluntarios, surgidos de un mandato especial, pueden apoderar a quien está legitimado y presentar querella en su nombre³⁷; algunas leyes procesales penales admiten también, en los delitos de acción pública, cuando el hecho punible tiene por resultado la muerte del ofendido, la legitimación para querellar del cónyuge y de ciertos parientes, hábiles para presentar querella, a manera de sustitutos procesales³⁸; y, finalmente, la ley penal (CP, 73, inc. 1, 75 y 76) legitima al cónyuge y a ciertos parientes para sustituir al querellante fallecido, sólo en caso de muerte del ofendido por delitos contra el honor –acción

³³ EL CPP CABA, 10, legitima al *afectado* por el delito para cumplir el acto, expresión equivalente a víctima u ofendido: portador del bien jurídico protegido en la norma lesionada por el hecho objeto del procedimiento. El CPP Pcia. de Buenos Aires, 6 y 77, I, llama a este sujeto procesal, *particular damnificado*, pero legitima para ese papel procesal al mismo ofendido por el delito. De esta misma manera lo nombra el CPP CABA, Cap. 3 del Libro I, Tít. I.

³⁴ Según lo consiente el texto del CPP CABA, 10, I.

³⁵ CPP CABA, 10, III, permite la participación adhesiva, como *tercero coadyuvante*, de otros organismos estatales afectados por el hecho punible objeto del procedimiento.

³⁶ Se trata de la representación legal, reconocida textualmente en el CPP Nación, 82, II; CPP Córdoba, 7 y 91, II.

³⁷ CPP Nación, 83; CPP Pcia. de Buenos Aires, 77, I (permite apoderamiento ante otros funcionarios judiciales); CPP Córdoba, 7 y 91, II (permite el apoderamiento ante funcionarios judiciales, que denomina *apud acta*).

³⁸ CPP Nación, 82; CPP Córdoba, 7 (extiende la legitimación para querellar a todos los herederos forzosos, pero carece de la aclaración acerca de la muerte de la víctima como resultado del delito).

penal privada-, que ya querelló, caso en el cual, según se observa, los sustitutos no pueden ser sujetos activos del acto procesal básico que estudiamos, sino, tan sólo sus sucesores en el procedimiento después del fallecimiento de quien antes querelló. El CP, 76, legitima también al llamado *guardador* -al lado del *representante legal*- para ejercer la acción penal en los delitos de acción privada cuando la víctima es un incapaz bajo su custodia: por lo tanto, él también, en ese caso, está facultado a presentar querella; algo similar ocurre en los delitos dependientes de una instancia privada (CP, 72, II), pues el *guardador* es nombrado como titular de la instancia privada, instancia que, según la misma norma penal, puede ejercerse por "acusación", esto es, mediante una querella³⁹. A pesar de que el CPP Pcia. de Buenos Aires, 84, reconoce como víctima a las personas jurídicas cuya existencia tiene como finalidad la defensa de bienes jurídicos colectivos o intereses difusos, respecto de los bienes o intereses que ellas defienden, y, en defecto de su existencia, a cualquier ciudadano -con cierta exageración-, tal reconocimiento no le alcanzó al legislador para legitimar su intervención como acusador en el procedimiento penal, es decir, para acordarles a ellos la facultad de presentar querella por los hechos punibles que lesionan esos intereses.

Dado que uno de los componentes del acto es la pretensión de convertirse en acusador en el procedimiento penal -en ocasiones el único contenido del acto según la definición extensiva del concepto *querella*-, el estudio para descifrar la legitimación para ser acusador, al lado de la fiscalía o excluyéndola -según corresponda a un delito de acción pública o a uno de acción privada-, es idéntico a aquel que debemos cumplir para averiguar quiénes están habilitados a presentar querella en cada uno de esos casos genéricos. De conformidad con ello, remitimos al estudio ya realizado en el tomo II de este libro, § 13, letras C y D, estudio que indicará el criterio para resolver acerca de la persona legitimada para cumplir el acto o, dicho de otra manera, nos dirá quién es el titular de esa facultad.

III. *Forma, tiempo y contenido*. La ley exige la forma escrita, tanto para la querella que contiene una denuncia -en ese caso formulada por escrito-, como para la interpuesta ya en marcha el procedimiento penal, que sólo contiene la pretensión de constitución en parte querellante⁴⁰. Y,

³⁹ *Guardador*, una categoría inexistente en la ley civil, es quien, de hecho, toma a su cargo el cuidado de un incapaz, por decisión propia o por encargo del representante legal.

⁴⁰ CPP Nación, 83; CPP Pcia. de Buenos Aires, 77, II; CPP Córdoba, 7 y 91, II; CPP CABA, 11, I.

por regla, el acto debe cumplirse, en el procedimiento por delito de acción pública dentro de un plazo de actividad referido a otro acto procesal: genéricamente dicho, antes de la acusación de la fiscalía –el requerimiento del juicio público– o de sobreseído el procedimiento instructorio⁴¹, esto es, durante el procedimiento preparatorio, o, para algunos códigos, dentro de un plazo de actividad contado en días, pero con su comienzo –*dies a quo*– referido al mismo acto, la acusación para la realización del juicio público⁴². En los delitos de acción privada, la querella inicia el proceso judicial, sin perjuicio de la admisibilidad de actos previos a ella, supeditados a su interposición; en ese caso, rigen reglas especiales que condicionan la validez del acto y su eficacia para promover y promover el juicio público⁴³.

Cuando el acto se cumple para que comience el procedimiento penal por delito de acción pública y, por lo tanto, contiene también una denuncia, la descripción detallada del hecho punible y sus autores y partícipes está contenida en él y, por ende, cumple con la mayoría de las exigencias formales, a las que debe agregarse la formulación concreta de la pretensión de intervenir en el procedimiento como querellante; como ya dijimos, en sentido contrario, a la expresión de voluntad persecutoria se le adiciona una denuncia. Si el procedimiento hubiera ya comenzado, basta la identificación clara del proceso en el cual se querella y del hecho, tema del proceso, por el cual se querella, de modo indubitable⁴⁴. Por supuesto, en ambos casos se exige la identificación de quien querella (nombre y domicilio)⁴⁵. También se pretende que se exponga la razón de ser de la legitimación para querellar en el caso y, eventualmente, la verificación documental del extremo que lo autoriza a desarrollar ese papel en el

⁴¹ CPP Nación, 84 y 90, antes de clausurada la instrucción jurisdiccional, esto es, antes de que el juez de instrucción dicte la resolución de apertura del juicio o quede firme la decisión que ordena el sobreseimiento del proceso; laguna: la instrucción sumaria o procedimiento preparatorio en manos de la fiscalía, durante el cual el ministerio público fiscal clausura él mismo la instrucción por requerimiento de la apertura del juicio o de sobreseimiento (353 *bis*); CPP Pcia. de Buenos Aires, 78 y 336, hasta la notificación del requerimiento de apertura del juicio; CPP Córdoba, 92, I; CPP Córdoba, hasta la clausura de la investigación cuando se dicta el decreto de apertura del juicio (irrecurrir) o queda firme la decisión que ordena esa remisión (recurrible), esto es, inmediatamente después de la acusación [360, I].

⁴² CPP CABA, 11, I (hasta cinco días después de formulada la acusación).

⁴³ CPP Nación, 415 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 381 y ss.; CPP Córdoba, 424 y ss.; CPP CABA, 252 y siguientes.

⁴⁴ Como aquí se expone: CPP CABA, 11, II. Los demás códigos regulan el requerimiento para intervenir en el procedimiento como querellante: CPP Nación, 83; CPP Pcia. de Buenos Aires, 77; CPP Córdoba, 91.

⁴⁵ CPP Nación, 83, inc. 1; CPP Córdoba, 91, inc. 1.

procedimiento y, en caso de representación, tanto legal como convencional, quien se presenta debe acreditarla, requisitos que permiten la valoración judicial posterior de la pretensión contenida en el acto (procedibilidad y fundabilidad)⁴⁶.

IV. *Efectos del acto y facultades de quien querella*. Perseguir penalmente a autores y partícipes del hecho denunciado representa un deber para la fiscalía en los delitos de acción pública –cuando el hecho punible objeto del procedimiento depende para su persecución de una instancia particular, sólo después de producida esa instancia–⁴⁷, pero es tan sólo una *facultad*, concedida a título de derecho subjetivo, tanto en el caso de los llamados *querellantes particulares*, como en el de los denominados *particulares damnificados*, en los delitos de acción pública, y simplemente *querellantes* en el caso de los delitos de acción privada. La *querella*, tanto la de acción pública, como la de acción privada, dispara la iniciación del procedimiento penal. Ambos actos y ambos querellantes, sin embargo, no sólo producen efectos diferentes cuando se detalla el procedimiento que provocan, sino que, además, poseen o deberían poseer facultades procesales diferentes, exigencias diferentes para su ejercicio y efectos distintos, según la ley reglamentaria de su actuación, la ley procesal penal. Estudiaremos estos dos casos por separado brevemente, con la advertencia de que en el § 13⁴⁸ hemos ya estudiado las facultades y deberes de estos sujetos procesales, razón por la cual sólo nos detendremos en la resolución inicial inmediata que ellos producen con la pretensión contenida en el acto y las facultades que emergen de su rechazo.

IV. 1. En los procedimientos penales por *delito de acción privada*, según ya lo advertimos, la querella importa el comienzo del procedimiento especial previsto para estos casos en la ley procesal penal, muy similar a una demanda de Derecho privado⁴⁹. La querella es, entonces, un verdadero requerimiento de apertura del juicio o procedimiento principal

⁴⁶ CPP Nación 83, incs. 1 y 4; CPP Pcia. de Buenos Aires, 77, II.

⁴⁷ CPP Nación, 5 y 6; CPP Pcia. de Buenos Aires, 6 y 7; CPP Córdoba, 5 y 6; CPP CABA, 3, I y II, y 4.

⁴⁸ Esta obra, t. II, § 13, en especial C y D.

⁴⁹ Única excepción de actuación previa a la querella, la posibilidad de medidas preparatorias (investigación preliminar) para obtener documentos que no están en poder del querellante o los conocimientos necesarios sobre la identidad y domicilio del eventual querellado: CPP Nación, 426; CPP Pcia. de Buenos Aires, 390 (o para trabar un embargo cuando se ejerce la acción civil); CPP Córdoba, 433; CPP CABA, 260 (otras medidas de coerción o que requieran el auxilio de la fuerza pública).

—símil: demanda— y dispara un procedimiento en ese sentido del tribunal que la recibe: cita a una audiencia de conciliación que, si fracasa, provoca la citación del querellado a juicio o a una audiencia preliminar a él⁵⁰. Es por ello que la querella debe contener necesariamente el ofrecimiento de prueba para el juicio, ofrecimiento sobre el cual el tribunal decidirá en conjunto con la valoración formal de la prueba ofrecida por el querellado y en el período procesal preparatorio del debate⁵¹. Como sucede en las demandas de Derecho privado, al no proceder el tribunal de oficio, el requerimiento que contiene la querella es, sin más, admisible, salvo el ejercicio de la facultad de oponerse del querellado, mediante excepciones; sin embargo, el CPP Córdoba, 427, II, ha permitido el control de oficio de la querella y su rechazo como consecuencia de ese control, cuando no se puede proceder o el hecho denunciado en ella no constituya un delito⁵², decisión recurrible —¿ante quién?— según la misma norma de remisión⁵³. En las demás leyes procesales sólo un grueso vicio formal del acto, que impida absoluta y necesariamente la prosecución del procedimiento —por ejemplo, falta de identificación del querellante o del querellado—, puede provocar una decisión de rechazo del acceso al procedimiento penal, hasta tanto se subsane el vicio (*rebuc sic stantibus*); en verdad, la posibilidad del querellado de plantear excepciones dilatorias atiende a habilitar al Tribunal para rechazar la apertura del juicio y, con ello, la querella como idónea para provocarlo⁵⁴.

IV. 2. Para los procedimientos por delito de acción pública, en cambio, la querella es tan sólo una de las formas de comenzar la persecución penal, al lado de la iniciación de oficio o la denuncia, y ello únicamente en una de sus formas, precisamente aquella cuyo contenido es, a la vez que la pretensión de constituirse en parte querellante (acusador particular) en

⁵⁰ CPP Nación, 424, 427 y cc.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 388, 391 y cc.; CPP Córdoba, 432, 436 y cc.; CPP CABA, 258, 260 y concordantes.

⁵¹ CPP Nación, 415, I, inc. 4, y II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 383, I, inc. 4, y II; CPP Córdoba, 427, I, inc. 5; CPP CABA, 254, I, inc. 4, y II.

⁵² CPP Córdoba, 427, II.

⁵³ CPP Córdoba, 334. La sola lectura del texto de este artículo y de sus remisiones, que tienen en mira tan sólo al procedimiento preparatorio de los delitos de acción pública de competencia de la fiscalía, da la pauta de la inadecuación política de la norma; en todo caso, si se deseaba un control de oficio en casos extremos, para evitar disparar juicios sin sentido, debió perverse un procedimiento especial para él y para el recurso del querellante en caso de rechazo *in limine* de su pretensión.

⁵⁴ CPP Nación, 428, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 391, I; CPP Córdoba, 437; CPP CABA, 263.

el procedimiento, una denuncia. Sobre la admisibilidad de la querella como acto provocador de la persecución penal oficial, que, además, incorpora a otro acusador al procedimiento, decide un juez, con recurso ante el tribunal de apelación, cuando la ley prevé la instrucción jurisdiccional como procedimiento penal preparatorio⁵⁵; en el caso de que la instrucción preparatoria está confiada a la fiscalía, decide el fiscal, con recurso formal ante un juez, caso en el cual esta última decisión no es recurrible⁵⁶. Lo mismo sucede cuando la instancia de constitución (querella en sentido amplio) se interpone por quien pretende ser querellante en el caso con posterioridad al comienzo del procedimiento por otra vía.

Sin embargo, en el CPP Pcia. de Buenos Aires, que confía el procedimiento preparatorio al ministerio público fiscal, decide un juez, el llamado *juez de garantías*, con recurso ante la *Cámara de garantías* (art. 77, II). El CPP CABA ordena, en primer lugar, un plazo de 3 días para completar las exigencias o corregir los errores señalados por la fiscalía interviniente (art. 11, III), órgano que puede admitir la intervención en el procedimiento de quien se presenta como querellante; en caso de rechazo, la misma fiscalía presenta las actas ante el juez para su decisión en un procedimiento incidental, con participación de la fiscalía, decisión que, eventualmente, es recurrible por quien pretende constituirse como querellante, ante la Cámara de apelaciones (art. 11, IV).

Vale la pena aclarar, genéricamente, que algunas leyes procesales penales prevén un acusador privado por delito de acción pública que opera del todo autónomamente, esto es, con prescindencia del abandono por parte del ministerio público de su papel de acusador en estos delitos mediante alguno de los mecanismos legítimos que la ley procesal regula, por ejemplo, la decisión de omitir un recurso contra una decisión desfavorable⁵⁷. Antes de ahora⁵⁸, hemos aclarado que ello constituye un apartamiento claro de la competencia legislativa distribuida en nuestra CN, --actualmente-- 75, inc. 12, que concede sólo al Congreso de la Nación la

⁵⁵ CPP Nación, 84; CPP Córdoba, 93, II.

⁵⁶ CPP Córdoba, 92, I, y 93, I.

⁵⁷ Cf. textualmente CPP CABA, 10, IV, que, en el caso, prevé proseguir mediante el procedimiento establecido para los delitos de acción penal privada, pauta clara de la razón de ser de nuestra conclusión en este párrafo. Limitadamente, CPP Pcia. de Buenos Aires, 79, inc. 7, que permite al particular damnificado recurrir, aunque no recurra la fiscalía y, confusamente, el mismo código (arts. 208, VII, 334 *bis*, II y III) parece indicar un camino idéntico al que textualmente refiere el código anterior citado, pues no pudo, razonablemente, evitar la aplicación de reglas relativas a la acción penal privada y desconocidas para la acción penal pública (desistimiento y renuncia, por ejemplo).

⁵⁸ Esta obra, t. II, § 13, B, 2, a.

potestad de sancionar la ley penal y, con ello, la determinación de la legitimación para requerir la consecuencia de la lesión a esa ley, así como también decide la legitimación para demandar en los distintos casos del Derecho privado y público. La ley penal del Congreso de la Nación (CP, 71 y ss.) distribuye esa legitimación según los casos genéricos que ella misma establece y concede únicamente al Estado (*de oficio*, CP, 71) –que, para ello, creó al ministerio público fiscal– el poder de perseguir los delitos de acción pública, razón por la cual los códigos procesales locales han sobrepasado la competencia legislativa de las provincias con claridad⁵⁹. Ratificación de esa opinión ofrece el CPP CABA, 10, IV, citado anteriormente, que, para el caso de ejercicio autónomo de la acción penal por el querellante particular –por omisión de su ejercicio por el ministerio público–, transforma, textualmente, un delito de acción penal pública en uno de acción penal privada. De allí a la invalidez de la reglamentación procesal hay un solo paso⁶⁰.

3. La acusación (requerimiento de apertura del juicio)

I. *Concepto y titular del derecho*. Éste es un acto crucial de nuestro procedimiento penal. La *acusación* –llamada así en el lenguaje que utiliza la literatura jurídica argentina referida al Derecho procesal penal y, en ocasiones, la misma ley– equivale a aquello que la ley procesal penal denomina comúnmente como *requerimiento o requisitoria de citación a juicio*⁶¹.

⁵⁹ Cf., en contra, SAID, *Sobre la facultad de las provincias para regular el principio de oportunidad*, ps. 1040 y ss.; BINDER, *El régimen de la acción penal como Derecho público provincial*, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, ps. 291 y siguientes.

⁶⁰ Distinta es la situación ante otra distribución constitucional de la competencia legislativa, aun en estados de organización federal, como sucede, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, en la cual –expresado genéricamente– tanto la legislación penal como la procesal penal es competencia concurrente del parlamento nacional, que, ejercida por el Estado federal, excluye y priva a los parlamentos locales de su eventual poder legislativo sobre la materia (Ley Fundamental de la RFA, §§ 72 y 74, n° 1; cf. JARASS/PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar* (7ª ed.), ps. 870 y ss., en especial, números al margen 4, 5, 8 y 9, ps. 895 y ss.). Tanto el Código Penal alemán (*StGB-Strafgesetzbuch*) como la Ordenanza procesal penal (*StPO-Strafprozessordnung*) fueron sancionadas por el parlamento federal –desde antiguo, ver esta obra, t. I, § 2, C, 2 y 3, c–, esto es, ambas leyes pertenecen a la competencia legislativa nacional y quedan excluidas de la competencia legislativa local, razón por la cual carece de importancia conocer a qué ámbito jurídico pertenece el ejercicio de las acciones, para el caso alemán regulado en la Ordenanza procesal penal, Libro Quinto, Secciones 1 y 2, §§ 374 y ss. (cf. LEMKE/JULIUS/KREHL/KURTH/RAUTENBERG/TEMMING, *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung* [3ª ed.], ps. 1352 y siguientes).

⁶¹ CPP Nación, 347, II (*requerimiento de elevación a juicio*); CPP Pcia. de Buenos Aires, 334, I; CPP Córdoba, 354 y 355 (*requisitoria de citación a juicio o acusación*); CPP CABA, 206, I.

La acusación significa, en verdad, el comienzo del ejercicio de la acción penal pública⁶², si por acción penal comprendemos no tan sólo la iniciación del procedimiento penal mediante la averiguación respectiva (instrucción o investigación preparatoria), sino, antes bien, la pretensión de provocar el ejercicio de las funciones judiciales características que distinguen a la llamada *jurisdicción judicial* de otras labores estatales: la de llevar a cabo un juicio y decidir sobre la aplicación de la ley a su finalización, en una palabra, la función de *juzgar*, comprendida en sentido moderno. La acusación, precisamente, representa, cuando es admitida, la piedra fundamental de ese juicio, su base de sustentación, pues describe el suceso humano que va a ser juzgado, lo fija como objeto del procedimiento y de la decisión, sin que el tribunal que va a juzgar pueda referirse a otro suceso en su sentencia (*ne procedat iudex ex officio, iura novit curia*)⁶³, e individualiza a las personas que van a ser juzgadas⁶⁴. Por ello, por la importancia de su función en el procedimiento penal, resulta imprescindible el estudio pormenorizado del acto que la contiene.

El acto de acusar es patrimonio del acusador, tanto del acusador público (la fiscalía), como del acusador particular (querellante o particular damnificado), pero, en el procedimiento por delito de acción penal pública, sólo es una facultad del acusador ya constituido como tal en el procedimiento, naturalmente, en el caso de la fiscalía, o mediante el procedimiento para constituirse en parte, en el caso del acusador particular⁶⁵. Según ya hemos advertido, la facultad de perseguir penalmente de modo autónomo, en este caso, de acusar autónomamente, sin sujeción a la acusación fiscal, debe ser puesta en duda en el caso de los acusadores privados en los delitos de acción pública, algo que no parece cuestionar la legislación procesal penal argentina⁶⁶.

⁶² Cf. los §§ 169a y 170 de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) de la RFA; KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen* (37ª ed.), ps. 631 y siguientes.

⁶³ Respecto de los principios mencionados, ver esta obra, t. I, § 6, D, 2.

⁶⁴ Ello sin perjuicio de que, por razones prácticas, existan decisiones interlocutorias, esto es, previas a la acusación, en las que se ejerza un poder jurisdiccional relativo, como sucede, por ejemplo, con la autorización judicial de medidas de coerción procesales o, en el procedimiento penal, con la posibilidad de absolver anticipadamente (sobreseimiento), incluso por el planteo de excepciones durante el procedimiento preparatorio de la acusación o inmediatamente después de su clausura.

⁶⁵ CPP Nación, 346, 347, I, inc. 2, y 84; CPP Pcia. de Buenos Aires, 79, inc. 4; CPP Córdoba, 92 a 94, y 354; CPP CABA, 10, I y IV, y 207 (extremamente confuso, con grave tendencia a las lagunas).

⁶⁶ Ver esta obra, t. II, § 13, B, 2, a.

El acto de acusar o requerir el juicio también existe también en el procedimiento especial por delito de acción penal privada y, se confunde en él con la querella, ya estudiada; va de suyo que aquí acusación y constitución en parte querellante representan un solo y mismo, único acto.

II. *Tiempo, forma y contenido.* El procedimiento común, por delito de acción penal pública, comienza por la investigación previa, *procedimiento preliminar* previsto, precisamente, para preparar la acusación o demostrar que ella carece de sentido –y debe engendrar, por ello, la clausura anticipada del procedimiento penal, sin juicio–, período del procedimiento que, conforme a la legislación procesal penal más actual, queda en manos del ministerio público fiscal –en términos modernos, la *fiscalía*–, órgano público competente, en principio, para acusar (el acusador público)⁶⁷. A la acusación se llega, entonces, mediante ese procedimiento preparatorio, como culminación o final de él. En cambio, no sucede lo mismo con la acusación relativa a un delito de acción privada, pues el procedimiento especial que el ejercicio de esa acción penal (querella) provoca comienza su desarrollo, precisamente, con la acusación contenida en la querella, con la única excepción de las medidas previas autorizadas por la ley (averiguación de la identidad y domicilio del querellado, incorporación de documentos no disponibles para el querellante y, eventualmente, medidas de coerción)⁶⁸.

La acusación es un acto *escrito* suscripto por el acusador⁶⁹. Resulta natural que para producirla se exija la identificación de los acusados a quienes el acusador perseguirá penalmente en juicio –la identificación de quien acusa es conocida con anterioridad, desde su constitución como interviniente en el procedimiento– y, en razón de su doble función como

⁶⁷ Esta explicación no cede por la previsión de una *instrucción jurisdiccional*, período preparatorio en manos de un juez (de instrucción), a la manera antigua de la reforma francesa del siglo XIX, pues, mirándolo bien, sólo se trata de un problema semántico, reducido a la denominación del órgano estatal que preside el procedimiento preparatorio –juez de instrucción o fiscal–, cualquiera que sea la razón política para ubicar a ese órgano estatal en una u otra clase de funcionarios.

⁶⁸ No bien se examina el caso, la posibilidad de esas medidas, que anteceden a la querella, reemplaza, con limitaciones naturales, al procedimiento preparatorio de los delitos de acción penal pública.

⁶⁹ CPP Nación, 346 y ss. (todo el procedimiento intermedio se tramita por escrito); CPP Pcia. de Buenos Aires, 334, I (sin embargo, repárese en que el art. 354, II, establece una suerte de acusación oral al comienzo del debate); CPP Córdoba, 354 y ss. (también se desarrolla por escrito el procedimiento intermedio, de clausura del procedimiento preliminar; aplicable, analógicamente, el art. 427, I); CPP CABA, 206 y ss. (también el procedimiento inmediatamente anterior al juicio se lleva a cabo mediante escritos y es aplicable, analógicamente, el art. 254, I).

límite de la sentencia (*ne procedat iudex ex officio*) y como límite de la persecución penal o presupuesto para el efecto de clausura sobre ella (*ne bis in idem*) -a más de la razonabilidad de exigir la expresión del motivo por el cual alguien es acusado penalmente-, resulta también razonable que constituya una exigencia la descripción detallada del hecho punible que se atribuye, tanto en el sentido fáctico, como en sentido jurídico; a ello cabe agregar la expresión de los fundamentos de la condena que se pretende obtener, indicados de modo sintético⁷⁰. Según ya advertimos, en los delitos de acción penal privada, para los cuales está previsto un procedimiento especial que carece de una etapa preparatoria muy desarrollada y comienza directamente con la acusación, regularmente se prevé el ofrecimiento de prueba para el debate, desde este momento, al interponer la acusación⁷¹.

III. *Finalidad y efecto*. El fin que persigue la acusación está indicado sencillamente en su nombre oficial: ella pretende la apertura del juicio penal.

Si su pretensión triunfa y provoca la apertura del juicio -o el comienzo de su trámite-, con o sin resistencia por parte de quien se defiende, la decisión resulta, para algunos códigos, inatacable por vía de un recurso, por regla general; en cambio, la decisión de rechazo, que implica el sobreseimiento de la causa a favor de algún imputado oportunamente acusado, es recurrible para el acusador, público o privado⁷². Para otros códigos, la decisión que abre el juicio es recurrible por quien se opuso a la apertura; y el sobreseimiento, provenga éste de la carencia de elementos para acusar o del triunfo de una excepción planteada por el acusado, resulta también recurrible para quien pretendió la apertura del juicio⁷³. En el CPP CABA no existe la posibilidad de rechazo del requerimiento de apertura del juicio, salvo, para el acusado, la posibilidad de plantear excepciones en la audiencia, cuya decisión es recurrible para todos los protagonistas del incidente, conforme a las reglas comunes⁷⁴.

Ha sido costumbre de las leyes procesales penales de la República Argentina, el recurrir al control del requerimiento de sobreseimiento de la fiscalía por el superior jerárquico del fiscal actuante, para decidir si se

⁷⁰ CPP Nación, 347, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 335 (agrega la mención del tribunal competente y permite la acusación subsidiaria); CPP Córdoba, 355; CPP CABA, 206, I y II (agrega, según su sistema, la posibilidad de ofrecer prueba).

⁷¹ CPP Nación, 418, inc. 4; CPP, Pcia. de Buenos Aires, 383, I, inc. 4, y II; CPP Córdoba, 427, I, inc. 5 (agrega la exigencia de copias para los querrellados); CPP CABA, 254, I, inc. 4, y II.

⁷² CPP Nación, 349, II, y 352.

⁷³ CPP Pcia. de Buenos Aires, 325, 333, y 337, IV; CPP Córdoba, 352, I, y 358, V (sólo carece de recurso el querellante cuando el sobreseimiento procede de la confirmación de la solicitud de sobreseimiento por el fiscal superior controlante).

⁷⁴ CPP CABA, 198, 208, VII, 210, III y IV, y 212.

sobresee la causa a favor del acusado o se la remite a juicio mediante la interposición de la acusación, en casos de discrepancia entre la fiscalía que requiere y el juez que decide. Algunos códigos conservan aún este mecanismo que acude al principio jerárquico para decidir un problema límite del procedimiento penal⁷⁵. Ese problema límite ha sido estudiado ya en el tomo II de este libro, § 11, A, 3, a, II.

4. La acción civil

Según ya fue indicado⁷⁶, es posible también demandar civilmente en el procedimiento penal, caso en el cual esa acción conforma el objeto

⁷⁵ El CPP Córdoba, 348, ilustra la más tradicional de las soluciones; CPP Pcia. de Buenos Aires, 334 bis, I; CPP CABA, 200 a 202, de manera distinta a la tradicional y algo confusa, pero basada en el mismo principio jerárquico; en el CPP Nación, 358, II, en cambio, prevalece la opinión de un tribunal, el competente para el recurso de apelación, cuyo control requiere el juez penal cuando no está de acuerdo con el sobreseimiento requerido por la fiscalía o cuando, aun de acuerdo, ha acusado el querellante particular; sin embargo, la solución no es completa, pues sólo la decisión a favor de la continuación del procedimiento, por la acusación, vincula al ministerio público por intermedio de un fiscal que reemplaza al anterior. La Ordenanza Procesal Penal de la RFA se ha inclinado, en principio, por el control administrativo jerárquico-jurisdiccional combinados de esta difícil situación (ver OPP RFA, §§ 171 y ss.): establece un procedimiento formal mediante el cual la víctima, que requirió la apertura de la acción penal pública del hecho –también, entonces, el querellante por adhesión–, dentro de las dos semanas siguientes a conocer el sobreseimiento del procedimiento por la fiscalía, puede acceder a un recurso ante la fiscalía superior en rango a aquella que sobreseyó la causa; el plazo no comienza a correr mientras el fiscal recurrido –esto es, la fiscalía inferior en rango– no cumple con su deber de notificar su decisión e instruir a la víctima que solicitó la interposición de la acción penal pública sobre el derecho –la facultad– que le asiste. Si el funcionario del ministerio público superior en rango rechaza el recurso jerárquico, el solicitante tiene la facultad de acceder con su requerimiento a un tribunal, el competente para el proceso de conocimiento y para la sentencia del caso, en el plazo de un mes contado a partir del cumplimiento, por parte del funcionario superior del ministerio público, de la notificación de su decisión de rechazo y de la instrucción al solicitante acerca de su derecho a procurar amparo judicial. Un tribunal especial, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Estado federado, asimilable entre nosotros a un tribunal superior o corte suprema provincial, con funciones de tribunal de casación), decide y, en su caso, obliga a la fiscalía a interponer la acción penal pública (acusación) o, excepcionalmente, a retomar la investigación preparatoria. Como se dijo, la decisión que acoge el requerimiento es vinculante para el ministerio público, para la fiscalía, que debe cumplirla. Todo el mecanismo, a pesar de carecer de importancia práctica por la escasa cantidad de quejas que ha provocado, sirve a la custodia del *principio de legalidad*, esto es al aseguramiento de su validez y de su realización práctica; por ello quedan excluidos de su funcionamiento tanto aquellos delitos que el ofendido puede perseguir por la vía de la acción privada, como aquellos en los cuales la fiscalía ha prescindido de la persecución penal pública por la vía del principio de oportunidad. Sin embargo, al concebir el Derecho alemán al ministerio público fiscal como un oficio inserto en la administración, es posible recurrir por la vía jerárquica, informalmente, sin sujeción a forma y plazo, para lograr la decisión final del ministerio público sobre el ejercicio de la acción penal pública, sobreseimiento o acusación. Cf. LEMKE/JULIUS/KREHL/KURTH/RAUTENBERG/TEMMING, *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung* (3ª ed.), §§ 171 a 177, ps. 670 y siguientes.

⁷⁶ Esta obra, t. II, § 13, E.

accesorio del proceso penal, adjetivo expresado en el sentido de que su tratamiento depende de la vida de la acción penal –mientras esta última esté pendiente sobrevive la demanda civil dentro del procedimiento penal–, salvo el caso de la sentencia absolutoria, que permite la decisión de la cuestión civil (es deber del juez el de dictar sentencia sobre ella), o bien por su acogimiento, total o parcial, condenatorio para el demandado, o, al contrario, por el rechazo de la demanda respectiva.

Va de suyo que su ejercicio no implica, precisamente, un *requerimiento acusatorio*, no sólo porque no se trata aquí de la acción penal –de la realización del Derecho penal y, por tanto, de la posibilidad de una *acusación*, término utilizado sólo en esta materia–, sino, antes bien, porque no resulta necesario, al menos como regla para el Derecho procesal penal argentino, el estudio conjunto con la acción penal, dado que se permite su ejercicio en el procedimiento penal sin que su titular tenga que ejercer, al mismo tiempo, la acción penal⁷⁷; por lo demás, su ejercicio en el procedimiento penal es tan sólo voluntario, porque el actor puede decidir interponerla en otro tiempo, ante otros jueces, los competentes para las demandas civiles por daños emanados de un delito, y a resolver por otro sistema jurídico, el establecido para ellas por el Derecho procesal civil. Se trata, en cambio, de la realización del Derecho privado sobre la reparación de los daños y, entonces, de la introducción de la *demanda* civil al procedimiento penal. No obstante, hemos preferido incluir en esta sección su estudio sintético porque, de ordinario, representa una tarea que cumple el acusador particular en materia penal –incluso, como se verá, así prevista como posibilidad por la ley– y porque, a su modo, su ejercicio se asimila más a la actividad que desarrolla el acusador, que a la actividad defensiva, a la cual destinamos la próxima sección.

La demanda civil por daños, requerimiento importante que nos proponemos situar en tiempo y modo de interposición, más allá del estudio de su titular, que corresponde básicamente del Derecho privado, sólo puede ser planteada por quien antes de ella o concomitantemente con ella –pero siempre en el plazo de actividad fijado por la ley⁷⁸– se ha constitui-

⁷⁷ Cf., en el mismo sentido, OPP RFA, §§ 403 y ss., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen* cit., ps. 1120 y ss. Más allá de nuestra tendencia a eliminar el juicio de conocimiento civil del procedimiento penal y de su sentencia, para reemplazarlo por un procedimiento monitorio posterior a ella, nos parece políticamente necesario, al menos, exigir que, para ejercer la acción civil *ex delicto* en el procedimiento penal, sea necesario ocupar ya en él la posición de acusador; así lo decide el CPP CABA, 11 y 12.

⁷⁸ CPP Nación, 93, tres días siguientes a la vista corrida con motivo de la clausura de la instrucción preliminar (art. 346); CPP Pcia. de Buenos Aires, 69, cinco días a contar desde el requerimiento de citación a juicio de la fiscalía (art. 364); CPP CABA, 13, en conjunto con

do o se constituye en actor civil en un procedimiento penal concreto⁷⁹. La verdadera demanda civil es aquella que se concreta, con demandados identificados y fundamentos firmes, inmediatamente antes del juicio o del debate, para ser contestada durante el juicio y en el debate, a pesar de que, en el procedimiento común, por delito de acción penal pública, se regule la constitución en parte del actor civil incluso durante el procedimiento preliminar, preparatorio de ella y de la acusación, razón por la cual se permite su ejercicio inicial sin demandado identificado. Ello se observa con claridad en el procedimiento especial por delito de acción privada, en el cual se puede adosar a la acusación (querella) la demanda civil⁸⁰.

La demanda del actor civil es un acto escrito por naturaleza, pues él sirve al control futuro sobre los límites de la sentencia y proporciona, junto con su contestación, el objeto del juicio y, con ello, los criterios para determinar la pertinencia de la prueba ofrecida y de su realización práctica. Ella debe contener, como exigencia de validez, la identificación del actor y su domicilio, incluso el especial fijado para el procedimiento, datos similares de los demandados, una descripción de las circunstancias en las que se funda el requerimiento con la mención de las normas jurídicas aplicables según el actor⁸¹.

Es un error grave prever su concreción al final del debate, con los informes finales, como lo hace el CPP Córdoba, 402, II, pues ese momento resulta tardío para, eventualmente, trabar la contienda y contestarla, para poder ingresar los hechos de los cuales depende la pretensión contraria, la que versa sobre el rechazo de la demanda en la sentencia y, con ello, incorporar tales articulaciones al objeto del debate y sumar criterios para decidir sobre la pertinencia de la prueba ofrecida⁸². El error es histórico y proviene del código originario de esta tendencia moderna (CPP

el requerimiento de apertura del juicio del mismo querellante; el CPP Córdoba no contiene norma específica sobre la demanda civil y su plazo, dado que, para él, ella se concreta al finalizar el debate, durante los informes finales (art. 402, II).

⁷⁹ Constitución del actor civil: CPP Nación, 87 a 90, y 92 (plazo hasta la clausura de la instrucción preliminar); CPP Pcia. de Buenos Aires, 65, 66 y 68, hasta el requerimiento de citación a juicio de la fiscalía); CPP Córdoba, 97 y ss. (hasta la clausura de la investigación fiscal preparatoria); CPP CABA, no contiene reglas específicas relativas a la constitución en actor civil, porque sólo permite a quien ejerce la acción penal el ejercicio conjunto de la acción civil (art. 12) y, por lo tanto, rige el plazo de actividad para la constitución del querellante (cinco días posteriores al requerimiento de apertura del juicio de la fiscalía, art. 11).

⁸⁰ CPP Nación, 418, I, inc. 5; CPP Pcia. de Buenos Aires, 383, I, inc. 5; CPP Córdoba, 427, I, inc. 4; CPP CABA, 254, I, inc. 5.

⁸¹ CPP Nación, 93 (con el contenido prescripto por el CPCyC Nación); CPP Pcia. de Buenos Aires, 69, II (*idem* CPCyC Pcia. de Buenos Aires).

⁸² Cf., señalando el yerro, CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 1115, ps. 467 y siguientes.

Córdoba, 1939, art. 422, I, sin que se prevea la demanda anterior y las consecuencias de su omisión) y se repite en el texto actual en el juicio especial por delito de acción privada (v. arts. 436 a 439). En cambio, son correctas la previsiones del CPP Nación, 93 y 101, seguidas por el CPP Pcia. de Buenos Aires, 69 y 74; en sentido idéntico, CPP CABA, 13 y 36.

Acerca del titular de la demanda civil como acto procesal o, más simplemente expresado, del legitimado a interponerla en el procedimiento penal debe confrontarse el tomo II de esta obra⁸³.

C. LOS REQUERIMIENTOS DEFENSIVOS

Aquellos que comentaremos en adelante no son los únicos requerimientos defensivos posibles en un procedimiento penal. Aun si dejamos de lado los requerimientos informales –múltiples posibilidades en un proceso concreto–, restan varios requerimientos formales –sometidos a plazos de actividad y a formas específicas–, facultades jurídicas genéricamente posibles para la actividad defensiva. Ejemplo de ellos son el ofrecimiento de prueba para introducir en el debate –o en cualquier incidencia o audiencia perteneciente a una incidencia–, la recusación de algún funcionario judicial y el informe final al terminar el debate, todos requerimientos formales regulados por la ley procesal penal, cuyo ejercicio genera para quien los cumple el derecho de exigir una decisión judicial en un plazo determinado. Estos requerimientos, sin embargo, tienen la característica común de ser también facultades de otros sujetos procesales, v. gr., los acusadores, público y privado, o las partes civiles de un procedimiento penal, razón por la cual serán estudiados como facultades genéricas del proceso penal, que corresponden a todos o a algunos de los sujetos procesales. Los dos requerimientos cuya explicación sigue constituyen naturalmente facultades concedidas tan sólo para la defensa del imputado.

1. Las excepciones

I. *Concepto y clasificación.* Se ha denominado de esta manera a la acción procesal consistente en provocar una decisión del tribunal, anterior al juicio o dentro de él, pero antes de su finalización por sentencia, decisión inhibitoria de la prosecución del procedimiento y de la resolución final, la sentencia, mediante la argumentación de verdaderos obstáculos formales para la realización del procedimiento penal u objeciones

⁸³ § 13, E, 2, a.

materiales para su progreso sin sentido práctico. Se trata, por eso mismo, de facultades previstas para la defensa, sin perjuicio de que, en razón de la objetividad que rige para el acusador público (ausencia de interés particular en la persecución penal), él pueda denunciar, en los procedimientos por delito de acción pública, cualquiera de los motivos que inhibe la persecución penal, para que su existencia o su inexistencia sea decidida por el tribunal previamente, antes de la realización del juicio penal o antes de que él alcance un gran desarrollo. El fundamento de la existencia de esas facultades defensivas consiste, a su vez, en permitir decisiones anticipadas cuando, durante el transcurso del procedimiento, se verifica la inutilidad de conducirlo adelante, hasta su terminación, con todos sus períodos y trámites, esto es, cuando se demuestra que no es necesario obtener la decisión final, pues ya se conoce, anticipadamente, el fracaso de la imputación como solución del caso o la imposibilidad de proseguir la marcha procesal legítimamente.

Precisamente estos dos últimos criterios son los que definen las dos clases de excepciones, unas fundadas en el ejercicio de la acción penal en sentido material, a las que se denomina *perentorias*, por su efecto de terminación del procedimiento penal y clausura de la persecución penal mediante el sobreseimiento del proceso en relación a la persona en cuyo favor se decide, y otras llamadas *dilatorias*, porque sólo inhiben la prosecución de la acción penal ejercida en un determinado procedimiento y contra determinada persona imputada en él, sólo temporalmente, hasta que desaparezca el hecho que motivó el obstáculo para proceder o se corrija el defecto que impide la persecución penal, tal como fue iniciada⁸⁴.

II. *Excepciones perentorias*. Todas ellas están fundadas, por regla general que no debería tener excepciones, en las causas de extinción de la

⁸⁴ CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. IV, n° 1160 y ss., ps. 560 y ss., distingue tres clases de excepciones (perentorias sustanciales, desplazatorias y dilatorias), pues –indica– existen aquellas que, pese a tratarse de aspectos formales, cierran para siempre la puerta de una imputación formulada en un procedimiento concreto, procedimiento que clausuran para siempre –aun cuando prosiga inmediatamente por la vía de otro procedimiento–, ya porque la acción es ejercida por quien no es titular del derecho de acusar –falta de legitimación en el acusador– o porque la definición de la excepción clausura un procedimiento que no revivirá jamás, como cuando se verifica una infracción al principio *ne bis in idem* por persecución penal simultánea, o cuando se cierra la posibilidad de persecución penal de un poder judicial –inaplicabilidad de la ley penal nacional o incompetencia de tribunales nacionales–, para el procedimiento que se cierra ante un tribunal incompetente para proseguir ante el competente. Este criterio de organización de las excepciones, de clasificación de ellas, no parece demasiado práctico y su relativo acierto proviene de una clasificación previa y cuestionable de los motivos que fundan una excepción, clasificación que, sin duda, no ha tenido acogida favorable en la ley, que distingue entre las perentorias y las dilatorias, según veremos, ni tampoco ha sido aceptada por la doctrina o en la jurisprudencia.

acción penal. La ley penal enumera esas causas (CP, 59 y ss.). Por ende, la *muerte del imputado*, la *prescripción de la acción penal* conforme a las reglas respectivas que la regulan (CP, 62, 63 y 67), la *amnistía* declarada por el Congreso de la Nación (CN, 75, inc. 20, y CP, 60), la *renuncia del agraviado* en los delitos de acción privada (CP, 61) y el *pago voluntario del mínimo o del máximo de la pena de multa* amenazada por la ley para el delito imputado y reprimido sólo con esa clase de pena, según que trascurra el período preparatorio del procedimiento o que se haya ingresado en el juicio, cuando la persecución penal ocurre por primera vez, o por otra vez transcurridos ocho años desde la sentencia condenatoria (CP, 64), representan los motivos que fundan este tipo de excepciones. A esos motivos se agrega, con razón, aun cuando no haya sido incorporada al texto legal citado, la *cosa juzgada*, pues, por vocación del principio constitucional *ne bis in idem*, el motivo constituye, después de una sentencia absoluta o condenatoria firme (?), una causa de extinción de acciones penales futuras contra la misma persona y por el mismo hecho punible⁸⁵; y sucede lo mismo con el transcurso del plazo fijado para la suspensión del juicio a prueba, cuando el beneficiario del instituto cumple las condiciones que determinan la extinción de la acción penal, situación en la que la misma ley penal determina ese efecto (CP, 76 *ter*, V). La ley procesal, que menciona a estas excepciones como *perentorias*⁸⁶, fija también su motivo único: la extinción de la acción penal⁸⁷.

Excepción: el CPP CABA, que, al enumerar las distintas excepciones según un esquema antiguo que las menciona por su motivo de detalle (falta de jurisdicción, incompetencia, falta de acción, cosa juzgada, *litis pendencia*, prescripción, amnistía), no sólo parece correr el riesgo de olvidar algún motivo, sino que, además, deja en manos de la interpretación judicial la determinación del efecto de cada una de esos motivos de detalle. Para ejemplo, un botón: la *litis pendencia*, no parece ser una excepción perentoria, que extingue la acción penal en sentido material –al menos, así no ha sido mencionada por la ley penal–, sino que, antes bien, señala un obstáculo que impide su progreso y determina el archivo formal de uno de los dos o varios procesos involucrados. A ello se ve expuesta, también, la regulación de los códigos similares antes nombrados, según su texto, pero con la importante diferencia de que ellos suponen la

⁸⁵ Cf. esta obra, t. I, § 6.

⁸⁶ CPP Nación, 343; CPP Pcia. de Buenos Aires, 328, I, inc. 2 *in fine*; CPP Córdoba, 22; el CPP CABA, 195, I, nunca las menciona por ese nombre, ni las distingue, sino que las enumera, sin clasificarlas, y fija el efecto procesal, el sobreseimiento (197, III; ver próxima nota al pie).

⁸⁷ CPP Nación, 339, I, inc. 2 *in fine*; CPP Pcia. de Buenos Aires, 332, I; CPP Córdoba, 17, I, inc. 3; CPP CABA, 197, III, determina el efecto procesal de la absolución anticipada (sobreseimiento) para las excepciones cuyo motivo, aceptado judicialmente, provoca la extinción de la acción penal.

definición del Derecho penal material con mayor vigor que el comentado en este párrafo para el CPP CABA⁸⁸. Lo verdaderamente nuevo en el CPP CABA está representado por el motivo descrito en el inc. c, del art. 195: la manifiesta atipicidad del hecho investigado, según la ley penal, la manifiesta inexistencia del hecho que funda la persecución penal o la manifiesta falta de participación del imputado en el hecho punible atribuido. Me pregunto: ¿es ésta una excepción perentoria, porque extingue la acción penal, o una excepción dilatoria, porque se refiere a un obstáculo que inhibe la persecución penal, que deja en pie la esperanza de ser superado en el futuro? Con ello se permite el ingreso anticipado de, prácticamente, toda la cuestión penal –de fondo– al procedimiento preparatorio anterior al juicio, con las únicas limitaciones relativas a la finalidad absolutoria que se propone y a la certeza sobre el motivo obtenida sin esfuerzo, necesaria para acoger la excepción planteada. Se advierte desde ya el efecto procesal y material diferente –para el procedimiento y para una nueva persecución penal del imputado por el mismo hecho– de la solución que adoptemos.

En virtud de ello, el resultado positivo del planteo de una excepción perentoria, esto es, su acogimiento judicial por parte de quien preside el procedimiento, provoca la clausura definitiva de la persecución penal en favor del imputado que plantea la excepción o en cuyo favor ella se plantea, en palabras de la ley procesal penal, el sobreseimiento⁸⁹. Ello significa que la resolución a dictar opera el efecto de clausura propio del principio *ne bis in idem*⁹⁰.

III. *Excepciones dilatorias*. Las otras excepciones, que la ley misma nombra como *dilatorias*⁹¹, se definen genéricamente como obstáculos para el progreso de la persecución penal tal como está ejercida, obstáculos procedentes de variados motivos de detalle. Un motivo clásico es la incompetencia del tribunal o del poder judicial ante el cual se ejerce la acción penal, excepción que muchas leyes procesales penales mencionan por separado, incluso como previa a las demás excepciones, porque la resolución que la acoge impone al tribunal el deber trasladar, de oficio⁹², tanto el caso como los detenidos que hubiere a disposición de quien sea competente según esa misma decisión⁹³, y como previa porque determi-

⁸⁸ CPP CABA, 195, I, y 197.

⁸⁹ Ver nota anterior.

⁹⁰ Ver esta obra, t. I, § 6, E.

⁹¹ CPP Nación, 344; CPP Pcia. de Buenos Aires, 332, II; CPP Córdoba, 23; CPP CABA, no contiene claramente indicación alguna acerca de cuáles excepciones son dilatorias, ni sobre el efecto procesal al que ellas –algunas de las nombradas– deben conducir.

⁹² Así, por la imposibilidad de ocultar el hecho y liberar a los detenidos, ante el deber de denunciar los delitos de acción penal pública, deber de los funcionarios públicos, y la propia incompetencia para decidir y archivar.

⁹³ CPP Nación, 342; CPP Pcia. de Buenos Aires, 331; CPP Córdoba, 21, 41 y 45.

na la capacidad de decisión del tribunal. Otro motivo alude a una falla en el ejercicio de la acción penal, ya porque quien persigue penalmente no es el legitimado a hacerlo (similar a la falta de acción o de legitimación activa en el procedimiento civil⁹⁴), ya porque la persecución penal está sometida a cierta condición que, en el caso, no se ha cumplido⁹⁵. Es posible encolumnar también aquí algunos obstáculos referidos al imputado, como el caso en el cual él es una persona aforada, que sólo puede ser perseguida bajo ciertas condiciones o decisiones de una autoridad⁹⁶, o porque, simplemente, él imposibilita el procedimiento con su falta de presencia en él (*rebeldía*; carencia de procedimiento penal en contumacia: ver este libro, t. I, § 6, D, 1, II, *a*) o con su imposibilidad para comprender los actos procesales que lo integran o para intervenir en esos actos conforme a esa comprensión y, por lo tanto, es *incapaz* para afrontarlo⁹⁷. Aún se

⁹⁴ El CPP CABA, 195, I, *b*, la menciona de esta manera. Ejemplos: en un delito de acción penal privada pretende perseguir penalmente el ministerio público fiscal o una persona a quien la ley penal no le concede la facultad de perseguir penalmente por ese hecho punible; en un delito de acción penal pública pretende constituirse como querellante en el procedimiento una persona a quien la ley procesal penal no le concede la facultad de acusar.

⁹⁵ Ejemplo: la *instancia*, a la cual está sometida la persecución penal (CP, 72), no se ha producido o no ha sido producida por aquel que posea la facultad de instar (aquí juega un papel esencial la discusión acerca del "*orden excluyente*", ver *supra*, este parágrafo, B, 1, III).

⁹⁶ Me refiero a aquellos funcionarios que, por la función de Estado que desempeñan (en el Estado federal, presidente y vicepresidente de la Nación, jefe del gabinete de ministros del Poder Ejecutivo, diputados y legisladores del Congreso de la Nación, jueces de la Corte Suprema y jueces inferiores, el Defensor del Pueblo, Procurador y Defensor General de la Nación), gozan del privilegio constitucional de ser previamente desaforados por el órgano y mediante el procedimiento específicos que establece la CN, 53, 59, 60, 86, II, 115, y 120, III, o, cuando menos, que no pueden ser llevados a una corte de justicia contra su voluntad. La sanción de la ley nacional n° 25.320 ha derogado la sección respectiva del CPP Nación, 189 a 191. La derogación constituye todo un grueso error desde dos puntos de vista distintos: en primer lugar, según ya lo hemos expuesto (ver, con extensión, esta obra, t. II, § 10, B, 4, II, ps. 223 y ss.), toda la ley resulta una *sinrazón inconstitucional*, y proviene de una falsa interpretación del privilegio funcional establecido por la CN, sin innovar mayormente en sus resultados prácticos, mas sí en sus consecuencias políticas, pues representa un ejercicio libre del poder —de sancionar normas—, asumido con exceso, por encima de la misma Constitución; en segundo lugar, la derogación en sí misma ni siquiera ha pensado en la existencia de estados federados en nuestra República, estados que pueden, con todo derecho, regular a su modo ciertas funciones constitucionales propias, en el sentido de la CN, y así establecer privilegios funcionales que abarcan a funcionarios determinados (gobernador y vicegobernador, diputados y legisladores provinciales, jueces, etc.), privilegios que también debe respetar la justicia federal, así como los poderes judiciales provinciales deben respetar los privilegios establecidos en la Constitución federal (cf. esta obra, t. II, *ibidem* cita anterior en esta misma nota).

⁹⁷ En ambos casos, rebeldía e incapacidad procesal, el juicio no se puede llevar a cabo y el procedimiento debe suspenderse, hasta la subsanación del defecto, con el último acto de investigación posible; sólo esos actos, los de investigación, son viables; no lo son, en cambio,

puede mencionar otro motivo que impide la persecución penal momentáneamente, ya para cualquier partícipe en el hecho punible, ya tan sólo para uno de los partícipes, según lo disponga el dispositivo aplicable de la ley penal. El obstáculo respectivo consiste en la existencia de una cuestión prejudicial –apreciada por el tribunal cognoscente como “seria, fundada y verosímil” y “no opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso”–, que deba ser tratada en un procedimiento del todo independiente del proceso penal en el cual ella se presenta⁹⁸.

En el Derecho argentino sólo queda en pie una única cuestión prejudicial, en estricto sentido: la disputa acerca de la validez o la nulidad de un matrimonio, que debe ser, por regla, estudiada por un tribunal con competencia en Derecho civil y según un procedimiento de ese tipo. Si el delito imputado depende de una cuestión de este tipo, como por ejemplo, el matrimonio ilegítimo (CP, 134 y 135, inc. 1, por ejemplo: la *bigamia*), el proceso penal debe paralizarse en espera de la solución de la cuestión prejudicial. Discutible es el caso de una excusa absolutoria, tal como, por ejemplo, la del CP, 185, pues ella no funda la prohibición; empero, a nuestro juicio, si su aplicación dependiere de la validez o nulidad del matrimonio, invocada seriamente y sin ánimo de prolongar temporalmente el procedimiento, estimo correcta la suspensión del procedimiento hasta que la cuestión haya sido dirimida judicialmente en un proceso independiente del penal y ante el tribunal competente para ello⁹⁹.

La ley procesal penal faculta a la fiscalía y exige de ella (deber) la promoción del juicio (civil) para dirimir la existencia o inexistencia de la cuestión prejudicial¹⁰⁰. Es dudosa la legitimidad de la exigencia y de la facultad respectiva, pues es la ley que resuelve la cuestión prejudicial la que establece, también, quienes están habilitados (legitimados) para deducir la acción procesal respectiva. No obstante, con los ojos puestos en la validez o nulidad del matrimonio, cabe aclarar que la ley civil (CC, 177, inc. 5, 178, y 219), que regula la institución matrimonial, faculta al ministerio público a denunciar de oficio la mayoría de los impedimentos que tornan a un matrimonio inválido y a perseguir la declaración de su invalidez en el juicio civil respectivo. Pero así como autoriza a la fiscalía para interponer la acción de nulidad de un matrimonio, también la desautoriza en algún supuesto (CC, 220, incs. 1, 3 y 4), con lo cual ella no podría suplir a los legitimados conforme lo procura la ley procesal penal.

El CPP CABA, nada ha dispuesto, específicamente, sobre cuestiones prejudiciales, cuya existencia ignora. Dado que nombra con detalle los motivos de las excepciones, su texto regulativo no parece suficientemente abierto para incorporarlas por esa vía. Es posible, sin embargo, acudir a la regla que posibilita la suspensión del debate

las decisiones judiciales sobre la situación del imputado, salvo aquellas expresamente permitidas por la ley; ver CPP Nación, 77 y 290; CPP Pcia. de Buenos Aires, 63 y 305; CPP Córdoba, 84 y 88; CPP CABA, 34 y 159.

⁹⁸ CPP Nación, 10 y 11; CPP Pcia. de Buenos Aires, 10 y 11; CPP Córdoba, 9 a 12 (menciona una prejudicialidad penal en lo penal, desconocida para mí).

⁹⁹ He allí un caso en el cual el proceso puede continuar para algunos partícipes y detenerse para algún imputado que, con seriedad, argumenta su vínculo con la víctima o hallarse en una de las situaciones que describe la ley como motivo de exención de la punibilidad.

¹⁰⁰ CPP Nación 12; Córdoba, 13; CPP Pcia. de Buenos Aires, no contiene regla al respecto CPP.

(art. 218, I) para tratar cuestiones incidentales, pero con la doble salvedad de que esa suspensión tiene plazo limitado –esto es, no implica archivo hasta el logro de la decisión de la cuestión prejudicial ante el tribunal y por el procedimiento establecidos– (diez días regularmente) y de que la definición de la cuestión prejudicial, aun favorable para el acusado, no ahorrará camino procesal, no impedirá la finalización del debate, ni la sentencia. Ciertamente es que, si la definición de la cuestión influye de tal manera que conduce a la absolución del imputado, en tanto no existan otros imputados abarcados por esa solución, en la práctica el debate finalizará de inmediato para habilitar la sentencia absolutoria. Quizás sea posible introducir esta cuestión prejudicial y suspender el procedimiento, a la manera de aquello que claramente disponen los otros códigos citados, antes del debate, ya por la previsión establecida en el art. 211, preparación del debate para la defensa, también con la aclaración de que ello no impedirá el progreso del juicio, ya abierto, hacia el debate y la sentencia definitiva. Por último, más alejado aún de una regulación específica y sólo por vía de la analogía, sería posible para la fiscalía, durante la investigación preparatoria, disponer su clausura provisional (art. 208, I y II) hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta por el juez competente y por vía del procedimiento previsto, pero, por una parte, es claro que la norma se refiere a otro caso genérico –prueba no incorporable inmediatamente– y, por la otra, la disposición de la fiscalía dispara facultades en el querellante, de asumir la acción penal pública sin intervención del fiscal y por el procedimiento de la acción penal privada, contrasentido no tolerado por nuestro sistema. De todos modos, vale la pena advertir que éstas son sólo posibilidades interpretativas extremas, de manera alguna evidentes y, menos aún, necesarias. Lo cierto es que el código, como en muchos otros aspectos, tiene lagunas.

Lo común a todos estos motivos es, sin duda, su capacidad para advertir, previamente, que la persecución penal intentada, ya iniciada o por iniciar, tiene defectos que invalidarán la decisión sobre el fondo, en caso de proseguir, razón por la cual ellos deben ser corregidos si se pretende seguir adelante con ella. Por lo tanto, el efecto procesal de todas ellas, más allá de reacciones particulares debidas a cada motivo¹⁰¹, racionales singularmente, reside en el archivo del procedimiento hasta tanto el defecto involucrado sea subsanado¹⁰². Al archivo del procedimiento le sigue, como efecto natural, la liberación del imputado que sufre prisión preventiva y, en general, la cancelación de cualquier tipo de coacción procesal aún pendiente. A contrario, la comprobación de uno de estos motivos no genera nunca una decisión con valor de cosa juzgada, que torne operable el principio *ne bis in idem* e invalide una persecución penal posterior. Subsanado el defecto, la persecución penal puede proseguir sin mella; su inidoneidad para alcanzar el fin pretendido, la condena del

¹⁰¹ Como la denuncia ante la autoridad competente, en el caso del desafuero, la remisión del caso y los detenidos, en el de la incompetencia, o la pregunta al instante, si el delito depende de una instancia particular (CPP Pcia. de Buenos Aires, 7, III, acontecer de dudosa validez como instancia, cuando él es procurado por alguna autoridad de la persecución penal).

¹⁰² CPP Nación, 344; CPP Pcia. de Buenos Aires, 332, II; CPP Córdoba, 21.

imputado, puede derivar de otros motivos, pero nunca de la decisión que admitió la excepción dilatoria.

Un caso singular de dilación ofrece la cuestión prejudicial, porque allí no se trata de defecto alguno de la acción penal intentada o del procedimiento que desembocará, si se prosigue, en la imposibilidad de dictar una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, sino, antes bien, de una necesidad del Derecho material eventualmente aplicable, consistente en averiguar la solución de una relación o situación jurídica sólo dirimible judicialmente, en proceso independiente al penal y por el tribunal competente para decidirla, decisión de la cual depende la imputación en sí misma o su gravedad.

Por lo demás, todas estas excepciones tienen, por regla general, un alcance singular, pues su efecto procesal abarca sólo al imputado que la propone o en nombre de quien se propone, más allá de que la decisión de algunas de ellas deba ser extendida a quien no la ha propuesto, porque su fundamento también alcanza a un coimputado, en mérito al deber judicial de actuar de oficio en materia penal, sobre todo en los delitos de acción pública¹⁰³.

IV. *Procedimiento*. Salvo el caso del CPP CABA, que procede por audiencias orales para establecer la base procesal de la decisión (art. 197, I y II)¹⁰⁴, en los demás códigos el procedimiento es escrito por regla general: no sólo los actos mediante los cuales se introduce la excepción y la decisión de la incidencia son escritos, sino que también lo son los actos mediante los cuales se desarrolla el procedimiento¹⁰⁵. El procedimiento es muy sencillo: el excepcionante debe ofrecer prueba que verifique los hechos en los cuales se funda la excepción, si ello fuere preciso, en el mismo escrito en el que interpone la excepción, escrito que el tribunal

¹⁰³ Esto pasa, a menudo, con la incompetencia, razón por la cual es común, según se ha visto, su legislación como motivo separado, con la falta de instancia privada, establecida por el CP, 72, II, como defecto que inhabilita el procedimiento, la persecución penal de algunos delitos, cualquiera que sea el grado de participación atribuido a cada imputado –cuando existen varios– (ver también CPP Nación, 6), y, por último, con las cuestiones prejudiciales, según que su verificación judicial en un proceso independiente abarque a todos los partícipes –como sucede en el caso de los matrimonios ilegales– o tan sólo a alguno de ellos (como en el caso de la excusa absolutoria personal del CP, 185).

¹⁰⁴ En el CPP CABA, 196, sólo la interposición de la excepción, que debe estar acompañada por el ofrecimiento de prueba del excepcionante, y el ofrecimiento de prueba de la contraparte, toda prueba a incorporar en la audiencia, son actos producidos por escrito; eventualmente, también, los recursos de apelación que, contra la decisión, sean interpuestos (art. 198).

¹⁰⁵ CPP Nación, 340 y 341; CPP Pcia. de Buenos Aires, 329 y 330; CPP Córdoba, 18 a 20.

traslada a los acusadores (tres días de plazo), y una vez que los acusadores contestan ese traslado o vence su plazo sin su contestación, si la resolución no depende de la incorporación de prueba, el tribunal decide por auto interlocutorio; si resulta necesario incorporar prueba, abre a prueba el incidente por 15 días, incorpora la prueba admitida y cita a los intervinientes para la única audiencia oral que estos códigos prevén en el caso, audiencia en la cual ellos, si asisten, pueden argumentar en favor de la posición que adoptan (alegatos¹⁰⁶); terminada la audiencia, el tribunal dicta su resolución. Ella es apelable conforme a las reglas del recurso respectivo, en el plazo de tres días de su conocimiento¹⁰⁷. El incidente consta en legajo separado del principal, legajo accesorio que colecciona las actas sobre la investigación realizada¹⁰⁸.

El CPP CABA, 196 y 197, I y II, como advertimos, resume todo el procedimiento en una audiencia, al final de la cual y sobre su base, se dicta la resolución correspondiente, que resuelve el artículo; previamente sólo existe la formulación por escrito de la excepción, con su correspondiente ofrecimiento de prueba, en caso de que él sea necesario, y la vista corrida a las demás partes (contrarias) y contestada eventualmente, quienes pueden ofrecer también prueba para incorporar en la audiencia, si lo estiman necesario. La resolución es recurrible por apelación, en el plazo de tres días, según ya consta en nota al pie (art. 198).

V. *Acción civil*. Existe también la posibilidad de interponer excepciones en materia de Derecho civil y procesal civil. Tal posibilidad constituye sólo una facultad concedida a los demandados civiles —el imputado y el tercero civilmente demandado, el asegurador parcialmente— en el procedimiento penal, una vez que contra ellos se ejerza la acción civil y mientras ella esté pendiente¹⁰⁹.

¹⁰⁶ CPP Nación, 341; CPP Pcia. de Buenos Aires, 330; CPP Córdoba, 18.

¹⁰⁷ CPP Nación, 345; CPP Pcia. de Buenos Aires, 333 (cinco días); CPP Córdoba, tres días según reglas generales, art. 461, I; CPP CABA, 198.

¹⁰⁸ CPP Nación 340, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 329, I; CPP Córdoba, 20.

¹⁰⁹ CPP Nación 101 y 102: hasta seis días después de notificados de la demanda, el procedimiento se rige por el CPCyC Nación, pero todos los plazos posteriores son de tres días y el tribunal puede diferir la decisión para resolver las excepciones planteadas con la sentencia definitiva (aplicación analógica al imputado como demandado civil y al asegurador, si interviene); CPP Pcia. de Buenos Aires, 74 y 76, II: *idem*, remite al CPCyC de la Provincia y contiene una norma expresa de remisión para el asegurador; CPP Córdoba, 366: sólo se refiere a estas excepciones como facultad a ser ejercida durante la preparación del debate; pero parece racional admitir el planteo de al menos algunas excepciones —por ej.: falta de legitimación— en el momento de la oposición a la constitución del actor civil (arts. 102 y 103); CPP CABA, 210, III: deben ser interpuestas en la audiencia preliminar del período intermedio del procedimiento, una vez que el querellante demandó civilmente, al requerir la elevación a juicio (art. 13).

2. Oposición a la apertura del juicio público

I. Tradicionalmente, una vez producida la acusación (el requerimiento de apertura del juicio: ver este párrafo, B, 3), la ley procesal penal siempre ha posibilitado el ejercicio del derecho de defensa en este momento procesal mediante lo que se conoce como requerimiento de *oposición a la apertura del juicio* o a la *citación a juicio*¹¹⁰. Se trata de una facultad, porque, como tal, su ejercicio por quien se defiende o por quien defiende no es obligatorio sino voluntario, facultad que, como cualquier otra de su tipo, es renunciable para su portador, incluso tácitamente: no bien ella se deje de ejercer en el plazo indicado por la ley, permite el traslado directo del caso, sin más, al tribunal competente para el juicio¹¹¹. De allí que se haya caracterizado a nuestro *procedimiento intermedio*, que esta oposición puede iniciar sólo eventualmente –control de la acusación a solicitud del perseguido penalmente–, como facultativo para la defensa o dependiente de su voluntad para su realización¹¹². En cambio, ejercida la facultad por oposición a la apertura del juicio o mediante el planteo de excepciones tanto dilatorias como perentorias, quien preside el procedimiento se ve precisado a resolver entre la acusación y la oposición a ella, por auto fundado¹¹³. Dicha decisión, cuando rechaza la oposición y se pronuncia por la apertura del juicio o procedimiento principal, es, con frecuencia, irrecorrible para la ley procesal penal¹¹⁴. Esta facultad defensiva, que teóricamente debería ocupar un rango elevado como tal, de primera magnitud, pues permite intentar evitar la comparecencia como acusado en un juicio público, siempre un momento temido por el imputado y desagradable para él, no ha tenido, entre nosotros, sin embargo, repercusión práctica.

¹¹⁰ CPP Nación, 349, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 336; CPP Córdoba, 357.

¹¹¹ CPP Nación, 349, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 337, III; CPP Córdoba, 358, IV.

¹¹² En otros Derechos positivos, el control de la acusación por un tribunal para acceder a la realización del juicio (llamado *procedimiento intermedio*), se oponga o no se oponga la defensa a la apertura del juicio, se produce siempre: Ordenaza Procesal Penal de la RFA, §§ 199 a 212b (*Zwischenverfahren*), a pesar de que en la OPP resulta competente para llevarlo a cabo el mismo tribunal que es competente para el *procedimiento principal* o juicio (§ 199); cf. KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung mit GVG u. Nebengesetzen* (37ª ed.), ps. 647 y siguientes.

¹¹³ CPP Nación, 350 y 351; CPP Pcia. de Buenos Aires, 337, I; CPP Córdoba, 358, I y II (agrega la posibilidad de que no proceda la apertura del juicio ni el sobreseimiento, pues corresponde profundizar la investigación).

¹¹⁴ CPP Nación, 352; CPP Pcia. de Buenos Aires, 337, IV (apelable sólo para aquel que dedujo la oposición); CPP Córdoba, 358, V (*idem* anterior). En ocasiones, otra solución legal para la decisión opuesta, el sobreseimiento o el acogimiento de una excepción, decisiones que siguen sus propias reglamentaciones.

Comenzó la historia práctica, negativa del ejercicio de esta facultad, con la aplicación judicial del Código de Córdoba de 1939: la defensa no aconsejaba su ejercicio pues la decisión quedaba, en definitiva, a merced del mismo tribunal competente para el juicio y la sentencia, de modo que, por una parte, no convenía anticipar resultados contrarios al acusado y, por la otra, se confiaba más en la sentencia, con mayores exigencias de valoración probatoria (certeza sobre la imputación), sobre todo, que en una resolución interlocutoria sobre los mismos aspectos, por consiguiente, esta última con menores exigencias (bastaba la probabilidad de existencia del hecho punible imputado) que la sentencia. Hoy ya no decide –o no debería decidir– el mismo tribunal o la misma integración de jueces, pero aún persiste el cálculo relativo a las mayores exigencias de la sentencia que aquellas necesarias para abrir el juicio, por una parte, y al temor de anticipar resultados condenatorios o contrarios a quien se defiende (al acusado), por la otra.

II. La oposición a la apertura del juicio significa rechazar, por algún motivo, la imputación material dirigida contra el acusado, razón por la cual ella implica un pedido de sobreseimiento de la causa en favor del imputado en cuyo favor se opone, solicitud que, como dijimos, el tribunal que la decide debe confrontar con la acusación o acusaciones atacadas, para decidir en definitiva, decisión obligatoria para el tribunal competente. Esto último establece un verdadero derecho procesal para quien se opone, el derecho a la decisión del tribunal, y, al mismo tiempo, establece la diferencia con un pedido informal de sobreseimiento, común como alegato defensivo en el transcurso de la instrucción preparatoria. Pero un concepto ampliado de oposición a la apertura del juicio comprende el planteo de excepciones, tanto dilatorias como perentorias¹¹⁵. El planteo de excepciones dilatorias y perentorias amplía considerablemente el margen de decisión del tribunal competente, puesto que el acogimiento de alguna de ellas le permite al tribunal ya sobreseer el procedimiento en favor del oponente, sin pronunciarse sobre la imputación en el dispositivo, ya archivar el procedimiento frente al triunfo de una excepción dilatoria, que también fija un obstáculo para la iniciación del juicio. Un estudio particularizado de estos motivos de oposición demostrará que, en ocasiones, el auto de remisión a juicio resulta recurrible (por recurribilidad de la decisión sobre la excepción aun en caso de estar vedada genéricamente su recurribilidad), situación que demuestra hasta qué punto las leyes resultan algo contradictorias.

¹¹⁵ CPP Nación, 349, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 336; CPP Córdoba, 357, sólo conoce la oposición en sentido estricto, pero, como las excepciones son oponibles hasta antes de la iniciación del juicio, sin plazo de actividad específico, en esta instancia es posible para la defensa oponerse materialmente a la apertura del juicio y, también, plantear excepciones.

C. Los requerimientos defensivos

El CPP Córdoba permite, en este momento procesal, incluso concluir por señalamiento de defectos en la investigación preliminar, de manera de ordenar su continuación para completarla¹¹⁶. En tal sentido, rechaza la apertura del juicio pero no pone fin al procedimiento penal, tampoco archiva las actuaciones sino que, antes bien, las deja subsistentes e impulsa la compleción del procedimiento preliminar.

III. El CPP CABA contiene un texto que, a la vez, es extremadamente simple, pero también extremadamente dudoso. El defensor puede oponerse a la apertura del juicio, incluso mediante el planteo de excepciones, facultad similar a las ya tratadas¹¹⁷, para cuyo ejercicio se le traslada la acusación por el plazo de cinco días. Como en el caso de las excepciones, la solución del incidente interlocutorio, al que se denomina *etapa intermedia*, se produce en una audiencia¹¹⁸. Pero, de aquí en más, la confusión nos gana. En primer lugar, parece que la realización de la audiencia, establecida principalmente para resolver sobre la prueba ofrecida, constituye una obligación procesal para el tribunal que decide, a la manera de un procedimiento intermedio de control de la acusación de desarrollo obligatorio, esto es, que debe llevarse a cabo tanto si se opone la defensa a la apertura del juicio, como si no se opone. En segundo lugar, la norma citada contiene la posibilidad de plantear excepciones en la audiencia, pero nada dice de una oposición relativa a los elementos materiales de la imputación, válida como instancia de sobreseimiento. Aquí cabe recordar que este Código contenía entre las excepciones una muy particular, desconocida por las otras leyes procesales penales: aquella que se refería a la manifiesta atipicidad, a la manifiesta inexistencia o a la manifiesta falta de participación criminal del acusado “en la conducta descripta (...) en el requerimiento de juicio” (!!)¹¹⁹. Pese al defecto lingüístico del texto citado, ello podría querer significar que, a contrario del sentido de explicación intentado para los demás códigos, el CPP CABA contiene a la oposición a la apertura del juicio dentro de las excepciones. Tal decisión hermenéutica se enfrenta, sin embargo, con dos riesgos procesales importantes: en primer lugar, el ya nombrado antes, que consiste en decidir si la afirmación de esta excepción por parte del tribunal conduce al sobreseimiento material de la causa, genera el efecto de clausura de la garantía del *ne bis in idem* y, por ende, se trata de una excepción perentoria; en segundo lugar, frente a tal interpretación deberíamos afirmar, por contrario impe-

¹¹⁶ CPP Córdoba, 358, II.

¹¹⁷ CPP CABA, 209.

¹¹⁸ Cf. art. 210.

¹¹⁹ Cf. art. 195, I, c.

rio, que una acusación (requerimiento de apertura del juicio) se basta con la verificación de que el hecho punible descrito no es “manifiestamente atípico” ni “manifiestamente inexistente” ni “falta manifiestamente la participación criminal” imputada, algo difícil de afirmar y más difícil aún de justificar.

Para este código la decisión del tribunal competente, en cualquier sentido (¿o sólo sobre la prueba ofrecida?), resulta irrecurrible, pero el error de la decisión puede constituir un motivo idóneo para recurrir la sentencia definitiva (emanada del juicio público)¹²⁰.

IV. De más está advertir que este requerimiento es sólo posible en el caso de la persecución de los delitos de acción pública. En el procedimiento especial por delito de acción penal privada, contra la querella sólo es posible el planteo de excepciones antes del juicio¹²¹. La defensa contra la querella, desde el punto de vista de la imputación material, sólo es posible durante el juicio.

3. La oposición a la constitución en parte de algún sujeto procesal

Hemos agregado aquí el estudio sintético de esta posibilidad, que no corresponde tan sólo a quien se defiende, pues en ocasiones ampara a la fiscalía, al mismo querellante y al actor civil, por su similitud con el ejercicio de excepciones. Ya hemos observado que no todos los códigos contienen esta facultad, la de oponerse al ingreso de un nuevo protagonista al procedimiento penal. Si advertimos que la fiscalía es un sujeto procesal de intervención necesaria en los procedimientos por delitos de acción penal pública, conforme a la regla del art. 71 del CP¹²², razón por la cual no es imaginable un procedimiento de oposición al ejercicio del papel que le corresponde como sujeto procesal –única posibilidad: excepción de falta de acción si pretende acusar por un delito de acción privada–, resta tan sólo la posibilidad de rechazar el ingreso al procedimiento del querellante y de las partes civiles. Por lo demás, el mecanismo no funciona en el procedimiento especial por acción penal privada, pues él, al constar sólo del juicio y carecer de etapa preparatoria de la acción penal por parte del acusador público, resume su verdadera “oposición” entre el planteo de excepciones previas al debate, durante su preparación, y la defensa durante el debate en miras a una sentencia.

El CPP Córdoba, conforme a su tradición, permite oponerse a la constitución como querellante –en los delitos de acción pública– y como actor o demandado civil de aquellos que desean ejercer la pretensión respectiva en el procedimiento penal. Él tam-

¹²⁰ CPP CABA, 210, I.

¹²¹ CPP Nación, 428, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 391, I; CPP Córdoba, 437; CPP CABA, 263, como siempre confuso, falto de correlación normativa (ver art. 260).

¹²² “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción”, pues, precisamente, representa al Estado como actor penal (acusador), que es aquello que la regla manda. Por esa razón ODERIGO, *Dpp* (2ª ed.), Parte segunda, VI, 3, CF, a, p. 225, expresó que se trataba de una “parte nata” del proceso penal por esos delitos de acción pública.

C. Los requerimientos defensivos

poco resulta demasiado coherente. El único que puede rechazar la constitución del querellante en parte del procedimiento es el fiscal que ejerce la acción penal y dirige el procedimiento preparatorio, en cuyo caso quien pretende ser querellante en un proceso penal debe recurrir al juez de instrucción, con una nueva petición, en busca de la revocación de la medida adoptada por la fiscalía, resolución que, en caso de serle desfavorable al instante, es apelable; si, conforme a la ley, corresponde la preparación del requerimiento de juicio -procedimiento preliminar- por intermedio de un juez de instrucción, la resolución de rechazo, que él eventualmente dicte, es apelable¹²³. En cambio, la constitución en actor civil y en tercero civilmente demandado -esta última por citación o espontánea- genera un verdadero procedimiento de oposición, facultad tanto del imputado, como de las demás partes¹²⁴. Quien pretenda constituirse en actor civil en el procedimiento penal debe hacerlo durante la instrucción preliminar, antes de su clausura, pero la resolución sobre su petición es tarea que corresponde al tribunal del juicio, durante la preparación del debate. Aceptada la intervención del instante, es deber del tribunal notificar de ello a las demás partes demandadas, legitimadas a oponerse, quienes podrán requerir el rechazo de la pretensión dentro de los cinco días posteriores al conocimiento de la resolución. El trámite se rige por el previsto para las excepciones. La aceptación del actor civil se transforma en definitiva por la decisión del tribunal al finalizar el trámite o cuando se carece de oposición en el plazo respectivo. Se debe aclarar que todo ello no perjudica la potestad de exclusión de oficio concedida al tribunal, cuando la intervención del actor civil sea manifiestamente ilegítima, que sólo desaparece en el caso de que su intervención sea el producto de un incidente de oposición. La oposición a la intervención por citación o espontánea del tercero civilmente demandado es posible para el mismo citado, para el imputado y para el actor civil, en caso de que no haya sido él quien requirió su citación, y se rige por las mismas reglas antes resumidas¹²⁵. La oposición a la intervención en garantía del asegurador se rige por las reglas aplicables al tercero civilmente demandado¹²⁶.

D. OTROS REQUERIMIENTOS

Tal como anticipamos, estudiaremos aquí sintéticamente una serie de requerimientos que no son patrimonio de uno de los intervinientes en el procedimiento (sujetos procesales) o de una clase de ellos -por ejemplo, quienes se defienden de la acción civil ejercida-, sino que, por lo contrario, constituyen facultades de todos los sujetos procesales en general. Con ellos no vamos a agotar todos los requerimientos posibles, en busca de una decisión judicial, final o interlocutoria, pues ellos, si computamos los requerimientos informales, son, si no infinitos, al menos innumerables, pero, en conjunto con los ya estudiados, daremos una idea bastante aproximada de las facultades que los diversos sujetos procesales poseen, cuyo ejercicio obliga a los jueces a decidir y, consiguientemente, genera, para

¹²³ CPP Córdoba, 93.

¹²⁴ CPP Córdoba, 100 a 104.

¹²⁵ CPP Córdoba, 114.

¹²⁶ CPP Córdoba, 116.

quienes han ejercido la facultad, el derecho a exigir la decisión. Cabe aclarar que algunos requerimientos importantes, como, por ejemplo, los recursos y aquellos referidos a medidas de coerción –sobre todo aquellos referidos a la cesación de la privación de libertad preventiva del imputado– no serán incorporados aquí pues, precisamente por su importancia, merecen ser tratados independientemente, con aquel tema procesal al cual ellos se refieren¹²⁷.

1. Los informes finales del debate

I. *Concepto y formalidades*. Con la mira puesta en la sentencia, quienes intervienen en el debate gozan de una oportunidad final para, argumentalmente, intentar convencer a quienes decidirán en definitiva, los jueces del tribunal, sobre la razón que los asiste para reclamar del tribunal una resolución determinada. El acto, como todos aquellos que son cumplidos durante el debate, se desarrolla oralmente, en presencia de los demás sujetos procesales que intervienen en el procedimiento, en particular, en presencia de los jueces que dictarán la sentencia. A más de la oralidad, no existen otras formas específicas: la lectura de escritos totales –*memoriales*, según la expresión de la ley– está prohibida, salvo el caso del actor civil ausente¹²⁸, pero pueden llevarse notas escritas y aun leerse párrafos parciales y citas, para auxiliar la exposición, sin que ello invalide el acto. Respecto de su oportunidad, él se cumple una vez incorporada toda la prueba ofrecida y aceptada para ser incorporada durante el debate, como acto final, antes de que el presidente del tribunal cierre el debate y de que los jueces del tribunal juzgador se retiren a deliberar la sentencia; el orden, regularmente, coloca en primer lugar a los actores y acusadores constituidos en el procedimiento, y, al final, a quienes se defienden o resisten la acusación y, eventualmente, la pretensión civil resarcitoria: primero el actor civil, luego el querellante y después de este último, en el procedimiento común por delito de acción pública, el fiscal interviniente; con posterioridad se pronuncian el defensor del acusado y, eventualmente, el tercero civilmente demandado y el

¹²⁷ Ver este libro, este párrafo, D, 4, y el § 18.

¹²⁸ La prohibición carece de sentido, pues basta con que el acto se produzca mediante la palabra hablada –esto es, que no se incorporen escritos o documentos–, para no desnaturalizar el principio general que gobierna el debate (tanto habla quien lee, como el orador sin soporte escrito, y no existe razón plausible –como, por ejemplo, en el caso de los testigos, la originalidad, expresividad y sinceridad del idioma sin lectura para describir la realidad percibida– para rechazar la lectura de un informe técnico y, por tanto, meditado previamente): CPP Nación, 393, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, I; CPP Córdoba, 402, I; CPP CABA, 244, I.

asegurador citado¹²⁹. Existe la posibilidad de réplica –refutación de argumentos adversos no contenidos en el informe inicial–, pero sólo para la fiscalía, el querellante y el acusado, en ese orden –no así para las partes civiles–¹³⁰. Regularmente, los abogados de las partes son quienes alegan en nombre del sujeto procesal cuyo interés defienden. Por último, se concede la palabra al acusado y, con su palabra o sin ella, si decide dejar de utilizar esta oportunidad de defensa personal, se clausura el debate¹³¹.

Un par de reglas accesorias completan el esquema formal del acto. En primer lugar, si los letrados que representan a las partes son varios –dos a la fiscalía y dos a la defensa de cada acusado, límite del CPP Nación–, todos pueden hablar pero dividiéndose la tarea, esto es, sin repetir la argumentación¹³². En segundo lugar, el Presidente del tribunal no sólo modera la discusión, sino que, además, está autorizado a –tiene la facultad de– fijar el plazo máximo de extensión del alegato¹³³. Por supuesto, esta facultad se debe ejercer con moderación, para lo cual se tiene en cuenta el tamaño de la discusión en un doble sentido: cantidad de hechos punibles imputados y cantidad de acusados, por una parte, y gravedad de las consecuencias, por la otra. La pregunta acerca de cuándo una limitación exagerada constituye una privación de defensa tal que permita ser invocada como motivo de casación de la sentencia por aquel a quien ella agravia, representa, básicamente, una cuestión de hecho.

II. *Contenido y efecto eventual*. Pero más importante que las formas es el contenido posible del informe final (alegato) de cada uno de los intervinientes en el procedimiento, sobre todo, según observaremos, ese contenido resulta de importancia, curiosamente, cuando falta, esto es, cuando él es inexistente –omisión de informar–, o cuando la facultad se ejerce, pero en sentido contrario a la pretensión que representa quien informa, esto es, no carece de contenido (vacío), pero su contenido es contradicto-

¹²⁹ CPP Nación, *idem*; CPP Pcia. de Buenos Aires, *idem* (orden ligeramente diferente: actor civil, fiscalía, particular damnificado, tercero civilmente demandado, asegurador y defensor del imputado); CPP Córdoba, *idem* (actor civil, fiscal, querellante, defensor del acusado y tercero demandado); CPP CABA, *idem* (fiscal, querella –único que, eventualmente, ejerce también la acción civil–, defensor del acusado, tercero demandado).

¹³⁰ CPP Nación, 393, IV y V; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, III y IV; CPP Córdoba, 402, IV y V (sólo la fiscalía y los defensores de los acusados); CPP CABA, 244, II (todos pueden replicar).

¹³¹ CPP Nación, 393, VII; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, VII; CPP Córdoba, 402, IX; CPP CABA, 244, IV.

¹³² CPP Nación, 393, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, II y III (válido para todas las partes intervinientes); CPP Córdoba, no contiene norma expresa similar a los dos anteriores, pero el art. 402, IV, parece permitir la réplica cuando los fiscales o defensores son dos; CPP CABA, no contiene una regla similar.

¹³³ CPP Nación, 393, VI; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, VI; CPP Córdoba, VI (facultad muy limitada, a ejercer sólo en caso de abuso de la palabra por parte del orador y de reincidencia en la misma conducta una vez advertido); CPP CABA, 244, III.

rio con el papel que desempeña en el procedimiento quien ejerce la facultad. Regularmente, sin embargo, cada interviniente como sujeto procesal en el debate utilizará esta oportunidad que la ley le concede para abogar en su propio interés y requerir del tribunal que dicte la sentencia favorable a ese interés. En este momento cada parte debe concluir y expresar concretamente el sentido –condena o absolución, hacer lugar o rechazar la demanda– en el que debe pronunciarse el tribunal y, cuando la consecuencia requerida es divisible, temporalmente o desde el punto de vista económico, también concretar la clase y la medida de la consecuencia que requiere¹³⁴. Las partes, sobre todo las partes civiles, no deben confundir su papel en el procedimiento y pretender entrometerse aquí en la cuestión penal, salvo que hayan ejercido conjuntamente ambas acciones, la penal y la civil¹³⁵.

Como se trata de una facultad, ella puede ser ejercida en cualquier dirección, incluso, por ejemplo, en contra del propio interés de la parte que la ejerce, total o parcialmente, y hasta desembocar en la reticencia a tomar la palabra para concluir sobre el debate. Por principio ello es posible, sobre todo cuando se trata de un interés privado, razón por la cual, sin pensar en los deberes profesionales de los abogados que intervienen como personeros de los sujetos procesales¹³⁶ ni en el juicio ético-disciplinario que pudieran sufrir por su conducta omisiva o contraria al interés de su mandante, cabe concluir que cada parte privada es libre de proceder como desee. Empero, en el caso del querellante y del actor civil, dejar de emitir conclusiones finales podría implicar el desistimiento de la acción incoada. Algo similar debería ocurrir en el procedimiento especial por delito de acción penal privada, cuando el querellante no usa de la palabra para requerir una condena o la usa en sentido contrario, favorable al imputado, para requerir la absolución¹³⁷.

Los códigos procesales penales no han sido escrupulosos al definir normativamente los efectos de la omisión de informar al final del debate en el caso de aquellos

¹³⁴ El CPP Córdoba, 402, II, coloca en este momento la concreción de la demanda civil.

¹³⁵ CPP Nación, 393, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, I, *in fine*; CPP Córdoba, 402, II. El CPP CABA sólo permite ejercer la acción resarcitoria a quien ejerció también la acción penal.

¹³⁶ El CPP Córdoba, 402, VIII, considera falta grave en el ejercicio de la función por el funcionario del ministerio público fiscal o abandono de la defensa por el abogado defensor la omisión de concluir al final del debate.

¹³⁷ Asombra advertir sobre la inexistencia, en general, de una disposición con este contenido normativo, cuando, como se verá, la jurisprudencia, la doctrina y la legislación se ha ocupado, sin mucho sentido, de afirmar una suerte de desistimiento por la fiscalía de la acción penal pública cuando ella concluye por absolución o limita la pretensión represiva.

intervinientes privados. Quizás el más coherente, aun cuando sean sumamente discutibles las soluciones normativas previstas y no previstas, sea el CPP Pcia. de Buenos Aires, para el cual la omisión de informar de una parte privada, particular damnificado que ejerce la acción penal por delito de acción penal pública, actor civil o querellante por delito de acción penal privada no significa más que la pérdida de una oportunidad procesal para abogar en su interés, pero no conduce a consecuencia jurídica alguna. Solamente para el actor civil implica desistimiento el abandono de la audiencia sin formular conclusiones (art. 70, II), mientras que el querellante por delito de acción privada desiste tácitamente si él o su mandatario no concurren –esto es, no están presentes– a las audiencias de conciliación o del debate (art. 386, inc. 1); para el particular damnificado no existen normas que revelen el significado de su omisión o del abogar en sentido contrario a su pretensión. Como se puede estar presente sin desarrollar el acto o para desarrollarlo, pero con un contenido contrario a la pretensión ejercida, el texto no nos coloca frente a un desistimiento tácito.

Por su parte, el CPP Nación es hartamente confuso e incoherente. El querellante por delito de acción penal privada desiste si él o su mandatario no concurren a la audiencia de conciliación o a la audiencia del debate sin justa causa (art. 422, inc. 2), de allí que la omisión de informar o el informe en contra de su interés no represente más que la pérdida de una oportunidad para abogar en favor de la pretensión ejercida. El querellante por delito de acción pública, por su parte, sólo puede desistir expresamente la acción procesal ejercida (arts. 85 y 420), con lo cual ninguna omisión suya puede significar un desistimiento tácito. El actor civil, por lo demás, sólo desiste tácitamente cuando no formula la demanda en la oportunidad correspondiente (antes del debate) y cuando se aleja de la audiencia sin formular conclusiones, con lo cual él puede omitir las conclusiones pero estar presente en la audiencia o formular conclusiones en sentido contrario a su pretensión, sin que ello, textualmente, conduzca al desistimiento o a la renuncia de su interés. Según se puede observar, un rosario de soluciones, todas distintas y todas discutibles.

El CPP Córdoba, 430, inc. 2, repite la fórmula que interpreta la falta de asistencia a las audiencias como desistimiento tácito del querellante por delito de acción penal privada, pero éste no es el caso polémico, según ya aclaramos. En cambio, el texto se ha pronunciado en el sentido que estimamos correcto respecto del querellante por delito de acción penal pública (CPP Córdoba, 95, II) y del actor civil (CPP Córdoba, 108, II), quienes desisten de su acción o renuncian al papel que cumplían en el procedimiento tanto si no asisten a las audiencias, como si no presentan conclusiones al final de ellas (por extensión, si esas conclusiones se dirigen en sentido contrario a su interés; por ejemplo, si el querellante solicita la absolución del acusado); en el caso del actor civil ello implica no concretar la demanda en tiempo oportuno (CPP Córdoba, 402, II).

El CPP CABA, 14, II, inc. 2, considera desistida la acción del querellante por delito de acción penal pública por su abandono, situación que sucede, entre otras igualmente idóneas, cuando no formula conclusiones después del debate, solución correcta, a nuestro juicio, que arrastra tras de sí, por extensión, a quien formula conclusiones pero contra el sentido de su participación en el procedimiento. Como para esta ley procesal sólo puede ejercer la acción civil quien ejerza también la acción penal (art. 12), el abandono de la querella, expresado o inducido (tácito), implica también desistimiento de la acción civil. La ubicación del texto sugiere que esa solución se extiende a la acción civil, cuando fue ejercida y no culmina en conclusiones al final del debate. Y el texto mismo, al parecer válido tanto para el querellante por delito de acción penal pública como para quien ejerce la acción penal privada, si bien no coincide con la solución del desistimiento de la acción en el procedimiento especial por delito de acción penal privada (art. 256, inc. 2), parece agregar a esta última solución la expresada en general para ambos en la regla antes citada, sin derogar la solución específica.

Dicho de modo general, las leyes procesales penales de nuestro país dejan que desear en esta materia, son confusas y su disciplina positiva hasta puede ser tildada de contradictoria.

III. El "*desistimiento*" de la fiscalía. El título ya genera polémica, porque en un procedimiento penal por delito de acción penal pública –como el vinculado a este punto–, dominado por el *principio de oficialidad* (CP, 71) y de *legalidad* (CP, 274¹³⁸), resulta más que difícil concebir que la fiscalía pueda *desistir* de la acción –equivale, en materia penal, a renunciar a una nueva persecución penal (*ne bis in idem*¹³⁹)– por propia y única voluntad, al concluir al final del debate. Pero lo más curioso frente a la polémica disciplina de las leyes procesales penales respecto del desistimiento por omisión de conclusiones o por conclusiones contrarias a la pretensión ejercida, es, sin duda, el texto de varios de esos códigos que admite esta solución: el pedido de absolución de la fiscalía al finalizar el debate o aun durante él, equivale sin más a la absolución, pues vincula al tribunal, que debe dictar sentencia de absolución en la causa en favor del acusado de quien la fiscalía ha predicado como justa la absolución, sentencia con valor de cosa juzgada¹⁴⁰. ¡Una solución que varias de esas leyes no se animaron a establecer en casos de acciones privadas!, en esa ocasión con cierta razón o, mejor dicho, no exenta de razón suficiente para ese caso genérico, según ya hemos visto.

Tal solución, criticable por cierto, no responde a una doctrina jurídica o hermenéutica, ni siquiera a la *praxis* cotidiana de los tribunales penales, que siempre procedió en otro sentido, por respeto a la *independencia judicial*, al sentido de la existencia de los jueces penales y de la tarea que les es encomendada, al *principio de oficialidad y de legalidad* de la acción penal y su control judicial mencionados en el texto, propios de nuestro sistema penal bien comprendido¹⁴¹ y, por último, al mismo texto de la ley pro-

¹³⁸ Única excepción para esta clase de delitos –excluidas las del mismo art. 71: acciones penales privadas y de instancia privada–, la institución de la *suspensión del juicio a prueba*, CP, 76 *bis* y ss., que, por supuesto, puesta en acto, impide la condena, pero también la absolución, para someter al inculcado a sus reglas especiales. La *instancia privada* es, entre nosotros, una excepción mínima, pues, una vez sucedida, la persecución penal se comporta de la misma manera que una de acción penal pública: a los efectos del tema aquí tratado la excepción no tiene relevancia alguna.

¹³⁹ Ver esta obra, t. I, § 6, E.

¹⁴⁰ CPP Pcia. de Buenos Aires, 368, IX (salvo en caso de que el particular damnificado, parte del procedimiento, sostenga la acusación); en el mismo sentido CPP CABA, 244, V.

¹⁴¹ En ello, persecución penal, nuestro legislador, sin que interese a cláusula constitucional alguna, se apartó por completo del modelo anglosajón que, a similitud de la realización judicial del Derecho privado y conforme a su propio concepto histórico –que rechaza en origen, incluso, la creación de un oficio público específico encargado de la persecución penal y diferenciado de los tribunales– concibe a la acción penal –antes bien a la misma

cesal penal¹⁴², sino que, antes bien, es producto de una historia judicial relativamente reciente, no construida de abajo hacia arriba, desde los tribunales inferiores hasta culminar en los superiores, sino, por lo contrario, establecida por jurisprudencia superior de nuestra Corte Suprema de Justicia nacional y, de alguna manera, impuesta a los tribunales inferiores, historia plagada de incomprensiones y sinrazones. La que sigue es síntesis de esa pequeña y desgraciada historia desde el punto de vista jurídico.

En una sentencia marginal ("Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", sentencia del 28/12/1989, *Fallos CSN*, t. 325/2, ps. 2019 y ss.), que nunca se creyó que iba a tener la repercusión que luego tuvo, la CSN argentina, pese a reconocer que el recurso extraordinario interpuesto ante ella era inadmisibile y de manera alguna contenía el problema que luego trató con suma brevedad, sin tener en cuenta la importancia real del caso resuelto, afirmó de oficio que las sentencias de condena emergentes de un debate a cuyo fin, en los informes finales (alegatos), la fiscalía, que intervenía como acusador en un delito de acción pública, requería la absolución, eran insanablemente nulas, obtenidas "sin acusación" y correspondía revocarlas. Pero la Corte se negó a decidir y prefirió entregarle el hierro candente al tribunal de mérito para que dictara la sentencia correspondiente, sin comprender que después de un debate oral y público cuando la condena resulta imposible, la única solución posible es la absolución. La jurisprudencia citada fue reiterada, con cita del fallo anterior y de otro intermedio, en "Cattonar, Julio Pablo s/abuso deshonesto" (13/6/1995, *Fallos CSN*, t. 318/2, ps. 1234 y ss.; la otra sentencia: "García": *Fallos CSN*, t. 317/3, ps. 2043 y ss.). En "Santillán, Francisco A." (13/8/1998, *Fallos CSN*, t. 321/2, ps. 2021 y ss., *La Ley*, Buenos Aires, 1998-E, ps. 331 y ss.), la CSN introduce la primera excepción a la regla que había creado: si interviene, al lado de la fiscalía, un querellante privado, admitido como tal y pese a no haber acusado –requerido el juicio–, su pedido de condena habilita la facultad respectiva de decidir del tribunal, aun cuando la fiscalía haya requerido la absolución. Frente a la decisión previa del tribunal de casación penal, que con argumentos sostenía la labor de adhesión, sin autonomía, que cumple en los delitos de acción pública el querellante particular, la sentencia de la Corte Suprema resulta harto dudosa y, sobre todo, escasa en argumentación, más aún si se repara en que es el acusador –para el caso privado, pero de todas maneras quien persigue penalmente– el que impugna una sentencia de absolución, dictada después de un debate público, sentencia de absolución que la Corte deja sin efecto¹⁴³. La reacción se produjo en "Marcilese, Pedro Julio s/homicidio calificado" (15/8/2002, *Fallos CSN*, t. 325/2,

pena– como *disponible*, y tomó ejemplo del Derecho europeo-continental para el cual, salvo excepciones menores, el sistema penal parte del principio de que su realización es, básicamente, oficio del Estado. Cf. MAIER/LANGER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

¹⁴² CPP Nación, 401, I.

¹⁴³ A ello me refiero yo cuando hablo de la hipocresía de los juristas, que se rasgan las vestiduras por el derecho humano que significa el derecho al recurso de quien ha sido condenado penalmente, para sostener luego –por medio del argumento de la *bilateralidad*– el derecho al recurso del acusador de probar suerte de nuevo pese al fracaso de la primera persecución. La simpatía que puede despertar "Tarifeño", por su necesario final en absolución, que implica negación de la autorización para el uso de la coerción penal, sobre todo en forma de privación de libertad, sirve ahora para revocar absoluciones en busca de una condena, para convertir en acción privada, reacción de venganza del ofendido, aquello que nació como persecución penal pública.

ps. 2005 y ss.). Allí se consagra el deber/facultad del tribunal de mérito de dictar la sentencia que corresponda, a juicio de los jueces que integran el tribunal, sin estar vinculado a la opinión final de la fiscalía acerca del resultado del debate. Empero, quien lee esta sentencia recibe la impresión –quizás por el prejuicio que establecen las sentencias posteriores– de que el único juez de la Corte que estudió seriamente los aspectos problemáticos que supone el contexto de sucesos procesales que la Corte intenta dominar, es el Ministro Dr. Carlos S. Fayt, quien, en extenso voto, al punto de que vuelve sobre sus pasos, funda, a nuestro juicio, la solución correcta; la lectura de su voto, que se recomienda para aquellos que intentan profundizar sobre el tema, entrega un panorama completo de los principios y reglas en juego, que debió provocar un esfuerzo similar de sus colegas, aun para afirmar la solución opuesta. No fue así y en el desarrollo que sigue, hasta la fecha, la mayoría de la Corte –siempre con la excepción del ministro Fayt, acompañado de algún otro ministro y siempre en minoría– regresa hacia “Tarifeño”, incluso con cita textual de ese fallo y sin mayores argumentos que la cita de ese fallo y de los que lo repitieron (“Mostaccio, Julio Gabriel, s/homicidio culposo”, 17/2/2004, *Fallos CSN*, t. 327/1, ps. 120 y ss.; “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta”, 11/7/2006, *Fallos CSN*, t. 329/2, ps. 2596 y ss.).

El error de la opinión de mayoría citada parte, a mi juicio, de la incomprensión con la cual se cita al *principio acusatorio* como base de nuestro procedimiento penal. Nuestra reforma del procedimiento penal –y por “nuestra” comprendo la reforma que comienza en el siglo XIX desde el triunfo de la Ilustración en el Derecho procesal penal europeo-continental– sólo acepta ese principio en sus repercusiones formales, concepto que, dicho de modo genérico, rechaza la posibilidad del Estado de *disponer* libremente de su deber/facultad de perseguir penalmente, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley penal; la principal repercusión del principio acusatorio así entendido revierte sobre la *imparcialidad* de los jueces del tribunal de mérito, al evitar que ellos afirmen aquello sobre lo cual deben luego juzgar y decidir, razón de ser de la existencia de dos oficios distintos en el Estado, cuya tarea difiere, uno acusa, la fiscalía, y otro juzga, el tribunal, y, como consecuencia, de la proclama de los principios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*; por ello, *no hay juicio sin acusación que lo determine y encause*¹⁴⁴. Para más, “desistir” de la persecución penal pública, una vez promovida, en el sentido de desapoderar a los jueces de la decisión que el voto en mayoría de la CSN predica, está prohibido expresamente, bajo amenaza de pena, por la ley penal argentina (CP, 274).

¹⁴⁴ Acerca del mal uso y mala comprensión de este principio y de su correcta función di varias conferencias, incluso en el extranjero, con el nombre de *El sistema acusatorio como símbolo de la reforma hispanoamericana del procedimiento penal*, conferencia que ignoro si ha sido publicada. De la misma manera se pronuncia el voto del Dr. Fayt, antes citado en “Marcilese” y repetido en “Mostaccio”. Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. II, cap. V, § IV, 6, ps. 215 y ss.; ver, también, esta obra, t. I, § 6, D, 2, b.

2. Las recusaciones de jueces y otros funcionarios judiciales

I. *Advertencias*. No se trata aquí del estudio de las recusaciones de jueces y funcionarios judiciales como mecanismo de apartamiento de los magistrados que ocupan esa posición en un caso concreto, en razón del *temor o sospecha de parcialidad* como motivo genérico de ese apartamiento pretendido, cuyo estudio material ya fue encarado en el tomo II de este libro¹⁴⁵, sino, tan sólo, del estudio del acto procesal, en sí mismo, por intermedio del cual ese requerimiento se expresa y de su consecuencia inmediata, el procedimiento de la incidencia que conduce a una decisión judicial sobre el punto, decisión que, acepte o rechace la pretensión incidental, cumple con la satisfacción del deber de decidir que genera ese requerimiento, esto es, que desencadena el ejercicio de la facultad respectiva en la que consiste, jurídicamente, el requerimiento. Menos aún se trata de la *inhibición* de los jueces, suerte de denuncia personal de un juez de hallarse comprendido por un motivo de temor o sospecha de parcialidad que lo obliga a excusarse de cumplir la función que le es encomendada por la ley en el caso¹⁴⁶, acción que, si bien genera un procedimiento para juzgar ese aserto, no constituye requerimiento alguno, sino que, por lo contrario, representa el cumplimiento de un deber funcional de lealtad para con los demás intervinientes en el procedimiento, deber que, de no ser cumplido correctamente por aquel a quien obliga, genera derechos (facultades) de impugnación para las partes de las resoluciones judiciales que dicta el juez incumplidor o en las que él colabora.

II. *Jueces: forma, oportunidad, trámite y efectos*. La recusación de un juez es un acto producido por escrito, que debe contener, bajo la amenaza de su inadmisibilidad formal (*in limine*) –que no provoca otro efecto que el rechazo del requerimiento, pasible de repetición correcta posterior (*rebus sic stantibus*) siempre dentro del plazo de actividad establecido por la ley–, el motivo por el cual se recusa y el ofrecimiento de prueba para verificar ese motivo, en caso de que sea necesario demostrarlo empíricamente¹⁴⁷.

En principio, la recusación de jueces está sometida a un plazo de actividad: durante el procedimiento preliminar, preparatorio de la acusación o del sobreseimiento, hay tiempo para ello hasta su clausura; el plazo de

¹⁴⁵ Ver § 12, D.

¹⁴⁶ CPP Nación, 57; CPP Pcia. de Buenos Aires, 49; CPP Córdoba, 62 a 65; CPP CABA, 23.

¹⁴⁷ CPP Nación, 59; CPP Pcia. de Buenos Aires, 50; CPP Córdoba, 67, I; CPP CABA, 24.

citación a juicio rige la de los jueces del juicio público; por último, en los recursos, la recusación debe ser producida en el primer escrito que se presente o en el acto de adherirse al recurso, esto es, al interponerlos o en el primer acto de comparecencia en el procedimiento recursivo; pero si el motivo fuere sobreviniente –incluida una nueva integración del tribunal– o desconocido en esas oportunidades es preciso interponer la recusación inmediatamente después de conocido el motivo, en un plazo de 48 horas de sobrevenido o conocido el motivo¹⁴⁸.

La competencia para decidir acerca de una recusación planteada reside, regularmente, en el tribunal competente para el recurso de apelación, en el caso de recusación de los jueces de un tribunal unipersonal; en cambio, cuando se trata de un tribunal colegiado, resuelven los demás jueces del tribunal, en su caso, con la integración correspondiente, esto es, con reemplazo del juez recusado¹⁴⁹. Empero, si el juez de un tribunal unipersonal que es recusado acepta el motivo de recusación, debe remitir la causa al juez que lo debe reemplazar¹⁵⁰, quien, si acepta también la recusación, concluye el incidente, mientras que, si no la acepta, remite el caso al tribunal competente para su decisión. Si se trata de un juez que integra un tribunal colegiado, deciden los demás jueces que componen el tribunal, con la integración correspondiente.

El trámite es sencillo. El juez recusado, que integra un tribunal colegiado, se pronuncia sobre la existencia del motivo de recusación y deja que sus colegas resuelvan el asunto. En un tribunal que opera por intermedio de jueces unipersonales, los jueces involucrados siempre se pronuncian sobre la recusación; tanto el juez recusado que no acepta la recusación, como quien lo reemplaza y, frente a la remisión de su colega, no la acepta –y por ello sucede el reenvío–, producen un dictamen motivado que expresa la razón de ser del rechazo. El tribunal competente para la decisión pone en conocimiento de todos los intervinientes la existencia de la recusación y los dictámenes, cita a audiencia inmediatamente, audien-

¹⁴⁸ CPP Nación, 60; CPP Pcia. de Buenos Aires, 51, I y II (en los recursos, para quienes no son recurrentes, hasta el final del plazo del “emplazamiento”); CPP Córdoba, 67 (en los recursos hasta el final del plazo del “emplazamiento” y por motivo sobreviniente o desconocido antes, sólo 24 horas después); CPP CABA, 24.

¹⁴⁹ CPP Nación, 61 y 57, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 51, III y 49, II; CPP Córdoba, 64 (la Cámara de acusación en el caso de los jueces de tribunales unipersonales y los jueces del tribunal, previa integración, en el caso de tribunales colegiados), reglas más claras que implican, sin embargo, una solución similar; CPP CABA, 24, 25, I, y 23.

¹⁵⁰ Disposición administrativa; “que le sigue en turno” suele decirse para denotar a quien debe reemplazarlo.

cia en la cual incorpora la prueba pertinente ofrecida, y decide en el plazo de actividad que la ley le señala¹⁵¹.

Una vez firme el apartamiento del juez, ya sea por coincidencia de opiniones favorables a aceptar la recusación entre el juez recusado y el reemplazante, o por decisión del tribunal competente, insusceptible de apelación, el juez recusado no interviene más en el caso, aun cuando pueda desaparecer en el futuro el motivo que justificó la recusación; sólo en el caso de que el juez de un tribunal unipersonal recusado no acepte el motivo de su recusación, por estimarlo manifiestamente incorrecto o inexistente, él conserva el caso y el poder de investigar en él, pero los actos cumplidos son considerados defectuosamente desarrollados (nulos) si el tribunal competente lo aparta del caso y el recusante solicita su ineficacia de inmediato, en la primera oportunidad posible¹⁵².

El sistema general de los códigos es criticable desde –al menos– dos puntos de vista principales. Se debe tener en cuenta que el tema tiene máxima importancia, porque la recusación –y la denuncia obligatoria (un deber funcional) en la que consiste la excusación o inhibición de oficio del mismo juez incluido en un posible motivo de sospecha de parcialidad–, como derecho (facultad) de los sujetos procesales, es un mecanismo procesal eficaz para lograr, desde el punto de vista del justiciable, la *imparcialidad* judicial, principio de primera magnitud¹⁵³, y, aún mejor expresado, para que el justiciable se convenza a sí mismo acerca de la imparcialidad de los jueces que decidirán sobre un asunto que lo afecta cercanamente¹⁵⁴. A más de la organización judicial que sirve de soporte al ejercicio de esta facultad y que, según hemos mostrado, condiciona desfavorablemente ya el sólo pensar o imaginar las normas respectivas –tarea del legislador–, aspecto siempre muy criticable¹⁵⁵, no parece adecuado a una realización correcta del principio de imparcialidad, permitir que el acuerdo entre jueces, el recusado y el que debe reemplazarlo eventualmente, determine la solución final del problema planteado de manera simplificada. Es cierto que con esta solución no se elimi-

151 CPP Nación, 61 y 57; CPP Pcia. de Buenos Aires, 49, II, y 51, III; CPP Córdoba, 68; CPP CABA, 25, II.

152 CPP Nación, 62 y 64 (deficiente redacción, piensa siempre en el juez de instrucción); CPP Pcia. de Buenos Aires, 52 y 55 (quedan fuera de la nulidad las “pericias irrepetibles” [¿?]); CPP Córdoba, 69 que, con cierta razón, pero con escasa voluntad docente, sólo trata el único caso polémico, el del juez unipersonal que no acepta la recusación; sin embargo, su ahorro al no establecer una regla general le significa no decidir, por ejemplo, la decadencia futura del motivo de recusación; CPP CABA, 26 y 27, con razón exige demostración del “agravio” que le provocan los actos cumplidos por un juez apartado, alocución que significa perjuicio causado por el defecto, actual o eventual.

153 Ver sobre el principio, en extenso, esta obra, t. I, § 7.

154 Cf. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Cap. XI, VI, p. 105, quien observa que “Bueno sería que en las acusaciones de mucha gravedad, el mismo culpable, concurrentemente con la ley, nombrara jueces; o a lo menos, que tuviera el derecho de recusar a tantos que los restantes parecieran de su propia elección”.

155 Ver esta obra, t. II, § 12, B.

na la posibilidad de recusación del nuevo juez reemplazante del recusado antes, pero parece necesario prever que un oficio judicial dicte sentencia sobre el incidente, tal como él está planteado originariamente, acompañado de sus fundamentos, sin recurrir a la voluntad de las personas que ocupan el cargo de juez y están comprometidas en el asunto. Si, como lo hemos propuesto, un tribunal significa la reunión de la totalidad de los jueces a los que la ley concede una misma competencia territorial –y quizás material, sin exagerar: tribunales penales–, competencia concedida en verdad al tribunal y no a los jueces que lo integran, nada obstaría para crear en él, posiblemente en su *Presidium* –bloque de jueces que, por un tiempo determinado (un año, dos años), administra el tribunal con facultades diversas–, un oficio que se ocupe de decidir las excusaciones y las recusaciones –al lado quizás de otros problemas: conflictos de competencia internos– con una integración resuelta políticamente por la ley, seguramente un oficio colegiado¹⁵⁶.

El CPP Córdoba, 66, contiene la posibilidad de la recusación sin causa en un tribunal colegiado; esa facultad se agota, para cada parte procesal, con su ejercicio, esto es, constituye una oportunidad única. A pesar de que otra de las limitaciones, impulsada –otra vez– por la organización judicial defectuosa y concreta (oficios judiciales con integración fija, similares a otros con la misma competencia territorial y material), no resulta simpática –en procesos con pluralidad de imputados vale sólo la primera recusación sin causa–, el mero hecho jurídico de que la ley establezca esta facultad es auspicioso.

Por último, cabe advertir sobre la certeza alcanzada acerca de que la excusación o inhibición consiste en una denuncia obligatoria del hecho, situación o relación fundante del temor de parcialidad, impuesta como deber funcional a los jueces que pueden hallarse en un caso, eventualmente, en alguna de las situaciones que la ley describe. Tanto es así que algunas leyes procesales penales permiten que, con el consenso de todos aquellos intervinientes en el procedimiento que pueden estar interesados conforme al hecho denunciado, el juez alcanzado por un motivo eventual de temor de parcialidad continúe ejerciendo su función en el caso y procedimiento concreto¹⁵⁷. El hecho de que esta posibilidad de solución consensual se limite sólo a algunos motivos y no alcance a otros, demuestra que el problema de la inhibición y recusación, como mecanismo para lograr el tribunal imparcial, o, si se quiere, que el problema del temor o sospecha de parcialidad no representa tan sólo un problema de las partes, sino que, en ocasiones, trasciende esa importancia.

III. *Otros funcionarios judiciales.* Rige para los secretarios y auxiliares del tribunal judicial y para los fiscales del ministerio público el mismo deber funcional que soporta el juez, denunciar la situación de temor de parcialidad descrita en la ley que lo alcanza, y las partes de un procedimiento están habilitadas para requerir su apartamiento por los mismos motivos, con la salvedad de que los funcionarios del ministerio público (de la fiscalía) no pueden ser recusados ni necesitan excusarse por sus opi-

¹⁵⁶ Cf. la solución del *Proyecto de Ley Orgánica Judicial para la justicia penal y el ministerio público*, Secretaría de Justicia/Secretaría de Asuntos Legislativos de la Nación, Buenos Aires, s/f, proyecto integrante del llamado Proyecto 1986, arts. 21, I, inc. 3, y 27.

¹⁵⁷ CPP Córdoba, 63.

niones e intervención anterior en el procedimiento. Decide, sin embargo, el tribunal ante el cual el recusado actúa y el procedimiento se limita a una información sumaria de quien debe decidir, practicada por él mismo, de oficio y, respecto de los fiscales, a una audiencia oral ante el tribunal ante el cual actúan o pretenden actuar en el caso concreto¹⁵⁸.

3. El ofrecimiento de prueba

Existen numerosos ofrecimientos de prueba posibles en un procedimiento penal. A más de los informales, durante la instrucción preparatoria, sobre los cuales basta decir que el órgano que la cumple, juez de instrucción o fiscal, puede rechazar el requerimiento por impertinente o inútil, sin recurso alguno para el requirente¹⁵⁹, hemos ya visto ofrecimientos de prueba formales durante los incidentes que provoca el planteo de una excepción o durante la recusación, requerimientos menores sobre incorporación de prueba que, o bien han sido estudiados en relación al acto que conforma el requerimiento respectivo y al procedimiento que provoca, o bien no merecen mayor explicación. En cambio, el requerimiento de prueba importante está constituido por el ofrecimiento de prueba para el debate y, por ello, la ley lo rodea de exigencias particulares.

El primer acto del tribunal del juicio público es la citación al juicio, acto que, impuesto a los intervinientes, da nacimiento a un plazo de actividad individual para cada interviniente en el procedimiento —generalmente 10 días, prolongado a 15 días cuando la causa procede de un lugar distinto al de la sede del tribunal juzgador, para algunos códigos provinciales—, plazo durante el cual uno de los actos básicos a cumplir por los intervinientes antes de la realización del debate público es, precisamente, el *ofrecimiento de prueba*¹⁶⁰. Tal requerimiento es escrito y debe cumplir exigencias precisas. Quien pretenda incorporar prueba en el debate debe

¹⁵⁸ CPP Nación, 63 y 71; CPP Pcia. de Buenos Aires, 53 y 54; CPP Córdoba, 70 (contiene sólo a los secretarios letrados) y 78; CPP CABA, 6 (contiene sólo a los fiscales).

¹⁵⁹ CPP Nación, 199; CPP Pcia. de Buenos Aires, 273 y 334, II (contiene algo similar a un recurso diferido, de tipo administrativo, ante el superior, el Fiscal General); CPP CABA, 97 y 168.

El CPP Córdoba, 335 es una excepción rara a esta regla universal; no contiene uno, sino dos recursos: rechazada por el Fiscal la medida propuesta, la decisión es recurrible (¿?) ante el juez de instrucción y, si él también rechaza la diligencia propuesta, la resolución es apelable ante el tribunal respectivo. Universalmente, el caso genérico ejemplifica a uno de aquellos en los que el proponente debe ofrecer la prueba para el debate.

¹⁶⁰ CPP Nación, 354; CPP Pcia. de Buenos Aires, 338, II; CPP Córdoba, 363, I (diferencias: existen actividades anteriores; el plazo de actividad [diez días] es común, comienza con la última notificación a alguno de los intervinientes); CPP CABA, ver texto *infra*.

designar cada uno de los medios de prueba de la manera más detallada posible: lista de testigos, peritos e intérpretes, identificados por su nombre, domicilio donde deben ser citados y demás datos personales que posea el oferente; en el caso de que se trate de testigos que no han comparecido formalmente con anterioridad –durante la instrucción preparatoria–, se debe denunciar el hecho o hechos alrededor de los cuales serán preguntados, para no sorprender a los demás intervinientes como partes del juicio, ni a los jueces del tribunal, y obrar lealmente en el litigio¹⁶¹; peritos nuevos soportan, regularmente, la limitación de puntos de peritación que antes no habían sido desarrollados; la prueba documental o de cosas para su exhibición debe ser entregada y detallada en el ofrecimiento y, en el caso de no ser poseída por el oferente, denunciado el lugar donde los documentos o las cosas están ubicados y detallado el acto requerido, a cumplir por el tribunal –eventualmente la utilización de la coerción necesaria–, para lograr su incorporación, en el modo requerido –lectura, exhibición o reproducción–, durante el debate¹⁶².

Éste es el momento, también, en el cual las partes pueden manifestar su aquiescencia para no citar al testigo o al perito a declarar y ser interrogado durante el debate, y, en sustitución, leer el acta registrada o el registro de una declaración anterior en lugar de su versión oral propia, consentimiento que, de ser aceptado por los demás intervinientes y por el tribunal, evitará la citación del testigo o del perito y provocará que su testimonio o dictamen se incorpore por simple lectura del acta o registro previo. De todos modos, entre nosotros es regla que, si quien ofrece al perito antes dictaminante no indica la necesidad de su citación para ser interrogado durante el debate, la incorporación se cumple por lectura del dictamen.

El CPP de la Pcia. de Buenos Aires ha optado por desarrollar, a pedido de alguno de los intervinientes, una *audiencia preliminar* a la audiencia del debate para tratar todos los problemas que plantea la aceptación o el rechazo de la incorporación de medios de prueba en el debate, en el caso, junto a otros problemas preliminares, como, por ejemplo, el planteo de excepciones, la necesidad de unir o separar varios juicios o la de realizar una *instrucción suplementaria*; no obstante, el tribunal puede ordenar esa audiencia de oficio, sin requerimiento alguno por parte de alguno de los intervinientes, respecto del tratamiento que merece la prueba ofrecida¹⁶³. Sobre la base de esa audiencia el tribunal debe decidir acerca del rechazo o de la admisión de la prueba ofrecida para ser incorporada durante el debate y sobre el modo de su incorporación. El código tiene una redacción sumamente defectuosa y con lagunas, pues no establece el procedimiento a utilizar cuando no se lleva a cabo la audiencia por carencia del

¹⁶¹ Ello no implica consignar la pregunta, ni sugerir la respuesta; tan sólo se precisa describir de modo sintético el acontecimiento que le interesa develar o conocer al oferente.

¹⁶² CPP Nación, 355; CPP Pcia. de Buenos Aires, 338, III y ss. (sin ser absolutamente distinto el sistema, él se aparta considerablemente del nacional, por lo que será determinado inmediatamente después); CPP Córdoba, 363, II y ss.; CPP CABA, contiene un sistema totalmente diferente.

¹⁶³ CPP Pcia. de Buenos Aires, 338.

requerimiento respectivo –al parecer, el Tribunal decide sobre el requerimiento directamente, sin oportunidad formal de oposición para las demás partes–, tampoco exige un contenido especial para un requerimiento tan importante y, por último, no contiene los parámetros a justificar para rechazar la prueba, si bien se refiere a cierta adversidad del tribunal hacia el oferente acerca de la impertinencia o sobreabundancia manifiesta de los medios de prueba ofrecidos, razón en la cual funda su convocatoria de oficio a una audiencia preliminar.

Más innovadores han resultado los textos respectivos del CPP CABA. En principio, el ofrecimiento de prueba no se lleva a cabo ante el tribunal de juicio, sino ante un juez cuya misión consiste, precisamente, en preparar el juicio, juez que tiene vedado integrar el tribunal juzgador. Por lo demás, la prueba para el debate se ofrece al acusar o al contestar la acusación, previo traslado de ella a las demás partes¹⁶⁴. Ofrecida la prueba en las oportunidades correspondientes –o dejada de ofrecer–, el juez convoca a una audiencia preliminar al juicio que no tiene por fin único decidir sobre los medios de prueba a incorporar durante el debate (se puede plantear excepciones, decidir sobre la suspensión del juicio a prueba, por ejemplo), pero cuyo fin específico es, precisamente, esa decisión; la audiencia se lleva a cabo con quienes concurren –la ausencia de una parte nada significa– y el juez decide la incorporación al debate de los medios de prueba ofrecidos y el modo de su incorporación, o el rechazo del requerimiento por considerar a los medios de prueba ofrecidos como “manifiestamente improcedentes o inconducentes” o “inadmisibles conforme a las disposiciones de este Código” –expresiones que no dicen más que manifiestamente impertinentes, inútiles o sobreabundantes, conforme al texto más usual de otros códigos–, previo dar oportunidad de pronunciarse sobre los requerimientos a todos los asistentes a la audiencia; la resolución no es recurrible, pero puede ser invocada como motivo de injusticia de un recurso posterior contra la sentencia¹⁶⁵.

El ejercicio de la facultad procesal de requerir la realización de medios de prueba crea, del otro lado del oferente, para los jueces competentes, un deber. Ese deber consiste, básicamente, en resolver sobre el ofrecimiento, decidir sobre su admisión o rechazo y sobre el modo de su incorporación, según antes se observó. El deber contiene, además, el de tramitar el procedimiento previo a la decisión establecido por la ley –para el caso, las audiencias preliminares previas en los CPP Pcia. de Buenos Aires y CABA, con sus particularidades (ver *supra*)–, cuando existe un procedimiento formal previsto. El interviniente que ha ejercido la facultad se convierte, por su ejercicio, en el portador del derecho correlativo al deber del tribunal, derecho subjetivo procesal que, como cualquier otro, es exigible por la vía correspondiente¹⁶⁶.

¹⁶⁴ CPP CABA, 206, II, 207 y 209.

¹⁶⁵ CPP CABA, 210. El estudio de esta audiencia es interesante incluso por otros motivos. En el CPP que diseñó por encargo del entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Sr. Aníbal Ibarra, y que terminó en ofrenda al Secretario de política criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, dado el desinterés de la comuna porteña, programé una audiencia preliminar como estimo que corresponde: Libro I, Tit. I, Cap. 2, arts. 6 y siguientes.

¹⁶⁶ Ver, por ejemplo, CPP Nación, 127 y 125.

4. Los recursos

a) *Advertencia, concepto y función procesal*

No nos proponemos aquí tratar íntegramente el sistema de recursos contra las decisiones judiciales, si por ello se entiende ingresar al estudio de todos los recursos, de cada uno de ellos en particular. Desde un punto de vista lógico, la empresa sería de imposible cumplimiento—algo así como colocar los caballos detrás del carro—, pues aún no hemos estudiado las diversas clases de resoluciones judiciales posibles y allí, en ese momento y lugar, su recurribilidad o posibilidad de impugnación. Sólo nos proponemos estudiar jurídicamente los recursos, en general, como facultad procesal que consiste en un requerimiento, facultad que, además, a la par de alcanzar a todos los intervinientes en el procedimiento, portadores de ella—con la única excepción del tribunal que, por definición, no requiere, sino que decide—, está sometida a reglas, esto es, se trata de un requerimiento formal que desencadena derechos y deberes procesales. Dicho de manera más sencilla: hemos considerado necesario dar a los recursos un espacio entre los requerimientos que constituyen facultades de varios sujetos procesales, espacio que va a consistir en el estudio genérico de las reglas que los rigen—determinación de la facultad, forma y efectos de su ejercicio—; por otra parte, la decisión implica, desde el punto de vista negativo, dejar para más adelante, como capítulo final del libro dedicado al *procedimiento* en sí mismo, el estudio de cada recurso en particular. Finalmente, queremos advertir que el hecho de que el estudio de los recursos esté colocado al final de la exposición, no implica, de manera alguna, escasa importancia; como sucede con la teoría del *error* en materia penal sustantiva, se podría estudiar Derecho procesal penal de la mano de los recursos que ponen en crisis las decisiones judiciales, entre otros motivos, porque ellas no son el producto de un procedimiento regular, previsto por la ley. Todo lo contrario a aquello que sugiere la ubicación de este estudio, los recursos representan, quizás, al requerimiento más importante de toda la gama de requerimientos posibles durante el procedimiento. Su detallado estudio no sólo es necesario, sino, también, complejo para conocer y exponer.

Entre nosotros se conoce con el nombre de *teoría general de los recursos*, regularmente, al estudio de las reglas que conforman la base jurídica y hermenéutica del mecanismo dispuesto por la ley procesal para impugnar decisiones judiciales, esto es, el sistema sobre el que se asienta la posibilidad de oponerse a una decisión judicial en busca de su revocación, su reforma o su reemplazo por la resolución opuesta contradictoria¹⁶⁷. Un

¹⁶⁷ Es posible otra arquitectura: para CLARÍA OLMEDO, *Tratado* (1ª ed.), t. V, Libro segundo, Título segundo, Cap. sexto., n° 1382 y ss., ps. 435 y ss., los recursos son parte de las

recurso es, jurídicamente –más allá de clasificaciones y de algunas discusiones sobre el ingreso de ciertas instituciones procesales al género–, una facultad concedida por la ley procesal para atacar –impugnar– decisiones judiciales que perjudican –agravian– el interés defendido por una persona en el procedimiento judicial, con una finalidad específica expresada por la intención del recurrente de lograr la revocación, la reforma o la sustitución de esa decisión, en este último caso por su opuesta-contradictoria. Se trata, también, políticamente, de un mecanismo de control procesal, que apela a la colaboración de la voluntad de las partes de un proceso, pues el ejercicio de la facultad implica, por regla, la atribución a otro cuerpo judicial distinto –al menos en su integración– del reexamen del caso, desde algún punto de vista, para decidir acerca de la corrección –o incorrección– de la decisión criticada, desde el mismo punto de vista que preside la impugnación concreta que se ha ejercido. Entre nosotros, sin embargo, integra la teoría general de los recursos la llamada *reposición* o *reconsideración*, cuyo ejercicio opera una suerte de nuevo examen de la cuestión por el mismo tribunal que dictó la decisión impugnada, razón por la cual, si bien el hecho del reexamen integra esa definición, la existencia de un cuerpo judicial distinto no resulta necesaria para ella¹⁶⁸. Según estos datos preliminares, una definición de recurso debería versar para nosotros: facultad concedida por la ley procesal a las partes de un procedimiento penal para provocar un nuevo examen total o parcial de una decisión judicial, desde algún punto de vista –que representa el fundamento de su injusticia para el recurrente–, facultad a ejercer en un plazo de actividad determinado por la ley y, normalmente, sólo cuando la decisión atacada agravia el interés defendido por él –le provoca un gravamen–, con el fin de lograr su revocación, su reforma o su reemplazo por otra decisión de sentido opuesto.

impugnaciones, están comprendidos en esa categoría, al lado de otros mecanismos, como, por ejemplo, la impugnación de un acto por su nulidad y el mismo recurso de reposición, que no goza de las característica histórica de poseer efecto devolutivo; algo similar opinan otros autores en Derecho comparado: sólo a título de ejemplo, VOLK, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), § 34, 1, p. 297 y ss.; RANFT, *Strafprozeßrecht* (3ª ed.), § 66, A, p. 585. La fachada distinta del edificio no ha tenido similar repercusión en la teoría, ni en la práctica; ella significa tan sólo una manera distinta de presentar lo mismo, sin mayor repercusión jurídica, algo similar a una disputa meramente semántica.

¹⁶⁸ En contra, precisamente, CLARÍA OLMEDO, *Tratado* (1ª ed.), t. V, n° 1384, p. 443, quien incluye a la reposición entre las impugnaciones que no son recursos. Sin embargo, la ley positiva edifica la parte general de los recursos también para la reposición, comprendida entre ellos para la ley: cf. CPP Nación, 446 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 436 y ss.; CPP Córdoba, 457 y ss.; CPP CABA, 277 y siguientes.

Los recursos, como todo requerimiento, consisten en una manifestación de la voluntad, realidad que representa el contenido material del acto. Esa manifestación de la voluntad es libre para aquel a quien se le concede esa facultad, expresión de su poder de determinación individual, pues, salvo casos particulares, por injusta que pueda ser apreciada una decisión judicial, ella adquiere valor de cosa juzgada si aquel a quien esa decisión agravia o, dicho de modo más preciso, a quien la ley le concede la facultad de recurrir, acepta el tenor de la decisión, esto es, no la recurre. Por eso, cuando se estudia la función de los recursos en el sistema judicial, se expresa también que el mecanismo de control, que los recursos representan, funciona sobre la base de la colaboración de los justiciables. Por lo demás, la medida del nuevo examen y las posibilidades de la decisión que culmina el recurso están también en manos de la voluntad del recurrente, pues él no sólo elige el medio de ataque, que, en ocasiones, ya limita el reexamen, sino que, asimismo, puede impugnar parcialmente la decisión, esto es, recurrirla sólo en parte, de modo que la parte no recurrida alcanza el valor de cosa juzgada. Ello da lugar al interesante y complejo estudio de la cosa juzgada parcial –su posibilidad, alcance y límites–, que aquí desarrollaremos con el estudio de la *sentencia*, como decisión judicial.

Sin embargo, esta aclaración y la exigencia del agravio en la definición, si bien son básicas para comprender el sistema, no son enteramente ciertas en materia penal. Es correcto afirmar que se trata de una facultad de las partes, cuyo titular nunca es un tribunal, pero es incorrecto afirmar que el control nunca se produce *ex officio* o, quizás mejor expresado, sin agravio alguno de parte del recurrente. Según se verá (*infra* c, II), nuestro sistema faculta, por regla –en los procedimientos penales por delitos de acción pública–, a un funcionario estatal, precisamente el representante natural de la persecución penal estatal, la fiscalía, para recurrir en favor de quien es perseguido penalmente, esto es, sin que la resolución provoque agravio alguno y, antes bien, en contra del interés que representa naturalmente. No se trata de un deber impuesto a los funcionarios del ministerio público fiscal, pero sí, claramente, de una facultad que ellos tienen, según la ley, y que no depende del perjuicio que provoca la decisión del tribunal para el interés que ellos representan en primer lugar –la acusación–, según su posición en el procedimiento. Se ha dicho también que los funcionarios del ministerio público fiscal no representan a la persecución penal como actores de un procedimiento judicial, sino, antes bien, defienden tan sólo el interés objetivo del Estado en la justa aplicación de la ley penal y, desde ese punto de vista, tanto los agravia una decisión que, injustamente, deja de aplicar, al menos parcialmente, la ley penal, como otra que, también injustamente, la aplica; en ello consiste, precisamente, el fundamento de la regla que habilita a la fiscalía a recurrir en favor del imputado. Queda como excipiente de estos razonamientos, sin embargo, el hecho de que no siempre el control de la actividad típica de los jueces, el reexamen de la cuestión decidida por ellos, al menos desde el punto de vista del imputado, se produce sobre la base de su colaboración, esto es, por voluntad del agraviado, sino que, en el caso genérico que tratamos, ese control se puede producir aun en contra de su voluntad, expresada o presumida por la omisión de recurrir. Tal verificación, aunque no lo parezca, resulta importante, pues el *agravio* o *gravamen* del cual se habla cuando se trata el recurso del imputado no depende ni en un mínimo de la actividad desarrollada por él y su defensa en el procedimiento, ni del sentido de esa actividad, sino que, antes bien, ellos responden al perjuicio objetivo que a él le provoca la decisión, más allá de su propia valoración. No interesa si él, por ejemplo, asumió su culpabilidad en el hecho punible durante el juicio, al menos parcialmente, ni el correlato de esa asunción en la sentencia, sino que el agravio existe –por así decirlo– por el sólo hecho de la condena y la imposición de una pena; ello basta como cumplimiento de la exigencia respectiva para un recurso en su favor tanto de él mismo, como de su defensor y hasta de la fiscalía. Tal parámetro no parece regir los

recursos de otra parte, por ejemplo, del actor civil o del querellante particular, que, si limitaron su pretensión a un fundamento o a una consecuencia determinada, esa constituye la medida para apreciar la existencia de un gravamen provocado por la decisión, de la manera en que también ocurre, por regla, en el procedimiento civil.

La finalidad de los recursos es clara, pero ella no siempre depende de la voluntad exclusiva del recurrente o, si se quiere, depende de ella pero, una vez elegido e interpuesto el recurso, su reglamentación señala las posibilidades del recurrente, el límite de sus aspiraciones posibles. La facultad en la cual consiste el *recurso de reposición*, por ejemplo, sólo permite aspirar a lograr la revocación de la decisión y su reemplazo por otra de sentido opuesto¹⁶⁹. La *casación formal* constituye la representación típica del recurso que sólo puede aspirar a la revocación de la sentencia; la *casación material*, en cambio, permite perseguir una reforma del dispositivo de la sentencia, incluso sin revocarla totalmente¹⁷⁰.

b) Historia

Los recursos contra decisiones judiciales que son estimadas injustas por la parte cuyo interés legítimo afectan no son, originariamente, al menos en materia penal, garantías judiciales de las personas involucradas en un procedimiento judicial o protagonistas de él, tal como hoy parecen presentarlos las convenciones internacionales sobre derechos humanos respecto del imputado¹⁷¹ y como, de conformidad con esa presentación los tratan –sin las debidas aclaraciones– los tribunales, especialmente aquellos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos. Por lo contrario, su origen es consustancial al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había delegado su poder de juzgar en funcionarios inferiores (*justicia de gabinete* por su organización vertical); los recursos suponían una *devolución* del poder recibido de manos de aquel que lo portaba en origen¹⁷². Tan es así que, en una gran mayoría de casos, la Inquisición toleró el reexamen *de oficio* –sin que alguna de las partes del procedimiento hubiera interpuesto recurso alguno–, obligatorio para la decisión final del asunto, una especie de recurso automático que tuvo su auge en las colonias hispanoamericanas cuyos conflictos principales siempre terminaban en los órganos supremos de la metrópoli (Consejo de Indias, Casa de Contratación); en el Derecho hispanoamericano posterior a la conquista y colonización quedaron rastros indelebles de ese Derecho español: el así llamado mecanismo de *consulta* o *recurso de consulta*, esto es, la obligación de someter obligatoriamente el caso, maguer la ausencia de recursos, a la decisión de un tribunal

¹⁶⁹ CPP Nación, 446; CPP Pcia. de Buenos Aires, 436; CPP Córdoba, 457 (agrega, con cierta razón teórica, la posibilidad de la modificación); CPP CABA, 277.

¹⁷⁰ CPP Nación, 470 y 471; CPP Pcia. de Buenos Aires, 460 y 461; CPP Córdoba, 479 y 480; CPP CABA, 286, II, 287 y 288.

¹⁷¹ Ver CADH, 8, n° 2, h, y PIDCyP, 14, n° 5. Es inconveniente, confusa y en cierta manera hipócrita esta presentación, si luego se adopta el sistema bilateral de recursos, con la concesión de recursos al acusador, sobre todo a la fiscalía –que representa al Estado– contra decisiones que no le convienen, pero convienen al acusado: cf. esta forma de presentación y exposición en SCHROEDER, *Strafprozessrecht* (4ª ed.), § 31, ps. 197 y ss. Ciertamente, aquellas convenciones merecen otra interpretación: ver esta obra, t. I, § 6, H, 2.

¹⁷² Sobre todo ello, esta obra, t. I, § 6, 1.

superior en rango, deber que pesaba sobre los tribunales inferiores cuando decidían ciertos asuntos¹⁷³. Por lo demás, en la teoría de los recursos quedó marcado idiomáticamente el *efecto devolutivo* de la interposición de los recursos, no otra cosa que la transmisión del poder de decidir del inferior al superior en una organización vertical, una vez usado por delegación de aquel poder de decisión, oficio superior que ejercía así el control sobre el ajuste de la labor cumplida por el inferior a las reglas sobre la base de las cuales se le había delegado el poder de juzgar¹⁷⁴.

El correlato de esta concepción que dio nacimiento a los recursos –antes inexistentes, pues en el derecho germano o común antiguo, reino de la composición, la justicia de vecindad era pública, ante la asamblea de la comunidad, según rasgo genérico predominante– se percibe incluso hoy en la organización judicial y en el procedimiento penal. Nuestro Derecho de la organización judicial y el Derecho europeo-continental todavía conservan, en más o en menos, la organización vertical de los tribunales de justicia, que recuerda, claramente, a la *jurisdicción delegada* de la Inquisición o a la *justice retenue* francesa, que consistía, precisamente, en afirmar que todo el poder de juzgar residía en el rey, quien lo delegaba en sus oficiales, pero lo conservaba en origen. Por lo demás, el procedimiento judicial, consecuentemente, era registrado, documentado en actas, única manera de lograr que *a quo* y *ad quem* –tribunal cuya decisión es recurrida y tribunal que se expide sobre la decisión recurrida– decidieran en paridad de condiciones –*par conditio*–, esto es, sobre una misma base de conocimiento o fuente de información, pues, cuando el proceso se desarrolla por audiencias, la base de conocimiento y fuente de información de cada tribunal reside en su propia audiencia, nunca idénticas la una y la otra¹⁷⁵.

De tal manera, ese sistema y esa concepción del procedimiento y de la organización judicial, aun con variadas modificaciones, llegaron hasta nuestros días, razón por la cual, al menos en el Derecho continental, los recursos no implican, por sí mismos, sobre todo en materia penal, el desarrollo de una garantía de seguridad individual. Es por ello, también, que a los ordenamientos jurídico-procesales y a los juristas de ese ámbito cultural les cuesta adaptarse a instituciones como el derecho al recurso del condenado, prohijadas por convenciones de derechos humanos establecidas, en primer lugar, para recordarnos las seguridades individuales de quienes son perseguidos penalmente; y, hasta en ciertas ocasiones, esas adaptaciones, necesarias en sí mismas, dan nacimiento a reformas y nuevas *reglamentaciones* algo ridículas, rayanas en la hipocresía¹⁷⁶. Sobre el final de este punto intentaremos bosquejar una reforma tal de la

¹⁷³ *Ibidem*, p. 706. Ello impedía el comercio fluido, afectaba así a la libertad de comercio, por el enorme retraso burocrático de la resolución de los conflictos, en fin, uno de los motivos desencadenantes de nuestra Revolución de Mayo (1810) y, seguramente, fundante de la independencia de los países hispanoamericanos.

¹⁷⁴ Precisamente esta característica, traducida convenientemente como *efecto devolutivo* de los recursos, es una de las dos que le permite a CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, p. 443, distinguir a los recursos y separarlos de otras impugnaciones procesales. La otra: la suspensión del efecto de cancelación de la cosa juzgada. De la misma manera: ROXIN, *Dpp*, § 51, B, I, 1, p. 446.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 706.

¹⁷⁶ Cf. MAIER, *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, ps. 941 y ss. Allí se consigna, en nota al pie final (p. 948), el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y de su Protocolo adicional n° 7, en vigor desde 1988, que ha reconocido los problemas del Derecho continental y ha pretendido superarlos

organización judicial y del sistema de recursos, que permita concebir al recurso, al menos a aquel contra la sentencia, como una garantía judicial del justiciable. Lamentablemente, ese no es, al parecer, el camino elegido por nuestro legislador penal.

c) Admisibilidad

Los recursos no son mecanismos simples que, frente a cualquier disgusto por una resolución judicial, permitan a cualquiera objetarla e intentar su revocación, su reforma o su reemplazo. Antes bien, la facultad recursiva depende tanto de la resolución que se intenta impugnar como de la persona que pretende recurrir. Las reglas que rigen la primera de las cuestiones, la respuesta a la pregunta sobre si una resolución es recurrible y, en su caso, por intermedio de cuál recurso, serán estudiadas bajo el rubro de *impugnabilidad o recurribilidad objetiva*; las reglas que rigen la segunda de las cuestiones, la respuesta a la pregunta sobre el titular de la facultad de recurrir, serán estudiadas bajo el título de *impugnabilidad o recurribilidad subjetiva*. Estas dos cuestiones, las preguntas sobre el *qué* y el *cómo*, por una parte, y por el *quién*, por la otra, unidas al estudio sobre los presupuestos formales del acto (forma, plazo, destinatario o lugar), permitirán dar respuesta al primer desafío que plantea un recurso: saber si él es admisible –discernir sobre la *admisibilidad* de un recurso concreto– y, por lo tanto, puede provocar el procedimiento íntegro para la decisión material sobre el recurso. Por último, la clasificación de un recurso según el contenido de sus motivos, entre recursos *amplios* –entre nosotros llamados *ordinarios*–, que permiten denunciar por su intermedio cualquier clase de injusticia de la decisión atacada (de hecho o de derecho, *in procedendo* o *in iudicando*), y recursos *limitados* –entre nosotros llamados *extraordinarios*–, dedicados al control de injusticias específicas –esto es, limitados por sus motivos (casación, revisión, inconstitucionalidad)–, agrega, en el segundo de los casos (recursos limitados), una cuestión más al estudio sobre la admisibilidad, *v. gr.*, la pregunta acerca de si el recurso se mantiene dentro de los límites materiales que la ley prevé o, más simplemente, la cuestión sobre la idoneidad del contenido del reexamen propuesto, conforme a la vía prevista para impugnar la decisión. El orden de las preguntas carece de importancia decisiva, razón por la cual no es imperativo para una decisión judicial, pero el que se propone es útil, a nuestro juicio, para programar el procedimiento mental que conduce a la

mediante la afirmación –rayana en la hipocresía– de dos principios básicos, originariamente no contenidos en la Convención (*ne bis in idem* y recurso para el condenado), seguidos de excepciones a ellos que tocan, precisamente, los problemas neurálgicos, excepciones que, a nuestro juicio, sólo provocan la desactivación de las garantías previamente afirmadas.

respuesta sobre la admisibilidad. Por lo demás, la sección no pretende referirse tan sólo a jueces que, como integrantes de un tribunal, deben decidir judicialmente acerca de la admisibilidad de un recurso interpuesto, sino que, antes bien, sus reglas e indicaciones rigen también para el examen que realiza –si procede bien– un litigante para interponer un recurso contra una decisión judicial determinada. Finalmente, cabe advertir que llamaremos tribunal *a quo* a aquel tribunal que, según la manera habitual de resolver el problema de la admisibilidad de un recurso entre nosotros, se pronuncia en primer lugar sobre su admisibilidad y coincide con el tribunal que dictó la decisión impugnada; en cambio, llamaremos tribunal *ad quem* a aquel tribunal competente para tratar el recurso, esto es, también la cuestión de la admisibilidad una vez que el *a quo* decidió concederlo o no admitirlo –en este último caso si media la *queja* del recurrente, por regla–, y para decidir sobre él en definitiva, por rechazo o acogimiento, total o parcial, de la pretensión recursiva. Único recurso en el que coinciden totalmente el tribunal *a quo* y el tribunal *ad quem*, la *reposición*; parcialmente, en ocasiones, la *revisión*.

I. *Recurribilidad objetiva*. Una única regla, si se quiere con una división en dos partes, pretende solucionar el caso en nuestro sistema: sólo son recurribles aquellas decisiones que la ley declara recurribles y sólo lo son por intermedio del recurso o de los recursos que la ley prevé para su impugnación¹⁷⁷. La regla, sencilla y relativamente fácil de aplicar a las diferentes situaciones procesales, conforma aquello que en la teoría general del Derecho se conoce como *cláusula de cerramiento* o *de clausura*, en el sentido de que ella permite circunscribir los casos en que esa solución es aplicable¹⁷⁸. Pero el texto íntegro de nuestras leyes procesales penales no ha sido del todo coherente con el principio así establecido –políticamente correcto, a mi juicio, si se advierte que los recursos constituyen la mayor rémora temporal del procedimiento judicial, en tanto implican un nuevo juzgamiento por sobre el ya acaecido–, pues la misma ley, al regular algún recurso, básicamente el de apelación, ha establecido al respecto, claramente, una *cláusula de apertura*. Así sucede cuando se añade a la

¹⁷⁷ CPP Nación, 432, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 421, I; CPP Córdoba, 443, I; CPP CABA, 267, I.

¹⁷⁸ Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E./BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Cap. VII, ps. 169 y ss. El ejemplo de una cláusula semejante es el principio penal *nullum crimen* (CN, 18); el opuesto contradictorio, el recurso a la analogía o a los principios generales del Derecho en la interpretación del Derecho civil (CC, 16), reglas que abren el espectro de casos abarcados por una solución, al permitir extender las pensadas para otros casos a casos diferentes.

regla, repetida para el recurso de apelación, una disposición abierta como lo es la de permitir recurrir, en general, aquellas resoluciones que provoquen un *gravamen irreparable*, texto este último que, en lugar de funcionar como excepción o, mejor dicho, excepcionalmente, le ha permitido a la jurisprudencia común, prácticamente, abrir todas las decisiones del procedimiento preliminar e intermedio a ese recurso, con la única excepción de las decisiones expresamente declaradas irrecurribles¹⁷⁹.

Voy a dar algún ejemplo. La orden de prisión preventiva del juez de instrucción (arts. 312 y ss.), que en el CPP Nación no ha sido declarada apelable por la ley –distinto: el procesamiento (art. 311)–, tiene su remedio correlativo en la institución de la excarcelación, cuya decisión negativa sí es recurrible por apelación (art. 332), razón por la cual aquella no puede ser convertida en una resolución recurrible por apelación, sobre la base expresa o tácita de que provoca un gravamen irreparable. En la jurisprudencia de la CSN la misma alocución es utilizada, y de la misma manera, por la Corte, pues permite eludir, por interpretación, el candado férreo que establece el art. 14, de la ley 48 (recurso extraordinario federal ante la CSN) al designar como objeto recurrible a las *sentencias definitivas* del tribunal máximo establecido –competente según la ley– para tratar el caso en las administraciones de justicia locales¹⁸⁰.

La segunda parte de la regla estudiada limita aún más las posibilidades de recurrir, en tanto sólo permite la interposición del recurso o de los recursos previstos por la ley para impugnar la decisión, al declarar a esa decisión particular como posible objeto de impugnación. De tal manera, no resulta posible ampliar los medios de impugnación concedidos contra cierta clase de decisiones y resulta evidente, por las mismas razones expuestas antes, que la ley, al describir el objeto de los recursos, debe interpretarse restrictivamente¹⁸¹.

Algo de aquello –apertura del objeto impugnabile– parece existir en el CPP Nación, art. 465 *bis*, que amplía el ámbito de la casación a las decisiones “equiparables a la sentencia definitiva”, cuando el art. 457, al describir el objeto del recurso, se refiere tan

¹⁷⁹ CPP Nación, 449; CPP Pcia. de Buenos Aires, 439, I; CPP Córdoba, 460; CPP CABA, 279, I.

¹⁸⁰ En verdad, como en este último caso no es la ley, sino el mismo tribunal, por interpretación que supera incluso el recurso a la analogía, quien abre su competencia, el mecanismo representa, como tantos otros que ha imaginado nuestra CSN (*gravedad institucional, sentencia arbitraria, per saltum*), un *exceso de poder*, en el sentido de una adquisición del poder de decidir que no está fundado en la ley, en la ley que establece la competencia del tribunal, límite de su poder jurisdiccional, sino en una manipulación, supuestamente hermenéutica, que viola el texto de la ley.

¹⁸¹ Ejemplo: en el CPP Nación, no es posible contener como objeto del recurso de reposición, por analogía o interpretación extensiva, a una resolución dictada “con sustanciación”, esto es, con la posibilidad de debate previo entre las partes (art. 446), ni, salvo la excepción, procede la apelación contra decretos del tribunal (art. 449).

sólo a la sentencia obtenida después del juicio público y a autos bien definidos. El lenguaje empleado repite, en la ley, la manipulación de su competencia efectuada por la CSN, descrita *supra*; mucho me temo que ese modo de legislar represente, en la práctica, tan sólo una apertura para un principio rector que no la consiente.

II. *Recurribilidad subjetiva*. Al indicar el titular de la facultad de recurrir las resoluciones recurribles, la ley ha establecido una segunda cláusula de cerramiento: el derecho de recurrir sólo le corresponde a aquel a quien la ley se lo concede¹⁸². Y el principio vuelve a ser correcto políticamente, pues, incluso por razones de peso constitucional¹⁸³, no corresponde establecer, al menos como regla, la *bilateralidad* de los recursos, pues el proceso penal no representa, al menos en teoría, un enfrentamiento judicial entre iguales, sino que, antes bien, el Estado, normalmente titular del derecho de perseguir penalmente y poseedor por ello de una posición de preeminencia, debe ceder, en ocasiones, para aquilatar la seguridad individual. La regla se completa con otra hermenéutica: si la ley, al declarar recurrible la resolución, nada dice, se debe interpretar que todas las partes intervinientes en el procedimiento son portadores de la facultad de recurrir la resolución¹⁸⁴.

Conforme a ello, los titulares naturales del derecho de recurrir son, por una parte, quienes cumplen funciones de persecución penal en el procedimiento, el querellante y la fiscalía, y por la otra, quienes soportan esa persecución, el imputado y, por extensión, sus defensores. En ocasiones, la misma regulación del recurso extiende la facultad a otras personas, como sucede con la *revisión*, que no sólo se refiere al condenado, sino que, además, faculta a los representantes legales de los incapaces civiles, al cónyuge y otros parientes, después de la muerte del condenado, y a la fiscalía, para recurrir¹⁸⁵. Por otra parte, cuando se ventila la acción civil en el procedimiento penal, se suman a estos intervinientes las partes civiles, el actor civil, el imputado como demandado civil, el tercero civilmente demandado y el asegurador citado en garantía. La lista de posibles recurrentes, sin embargo, no termina aquí, pues otras personas que no son protagonistas de primer nivel del procedimiento, pero que pueden ser alcanzados por una decisión judicial, son también titulares de recursos, como el testigo, por los gastos de su comparecencia, o el perito, por sus honorarios y gastos, o una persona ajena al procedimiento, afectada por un secuestro o un embargo, en las tercerías posibles.

¹⁸² CPP Nación, 432, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 421, III; CPP Córdoba, 443, II; CPP CABA, 267, II.

¹⁸³ Cf., por ejemplo, el derecho del condenado al recurso contra la sentencia condenatoria (esta obra, t. I, § 6, H).

¹⁸⁴ CPP Nación, 432, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 421, III; CPP Córdoba, 443, III; CPP CABA, 267, III.

¹⁸⁵ CPP Nación, 481; CPP Pcia. de Buenos Aires, 469; CPP Córdoba, 491; CPP CABA, 299.

Empero, para recurrir, no es sólo necesario que la ley, en abstracto, haya designado a uno de los intervinientes como titular eventual de la facultad, sino que su ejercicio concreto o práctico requiere también que el legitimado verifique un *interés* en recurrir¹⁸⁶, esto es, un interés en eliminar o modificar, total o parcialmente, la resolución que intenta poner en crisis. La doctrina y la jurisprudencia conocen ese interés bajo el rótulo de *agravio* o *gravamen* provocado por el tenor de la decisión recurrida; así, han mirado más a la decisión y al afectado o perjudicado por ella, que al interés por eliminarla o modificarla. Su exposición y demostración inicial es exigencia de la procedencia del recurso¹⁸⁷. El juicio acerca de si el recurrente posee ese interés o, idénticamente, está afectado por una decisión que lo perjudica, es meramente objetivo, según los valores que el ordenamiento jurídico defiende como tales, y no depende de ninguna posición subjetiva del recurrente ni de los jueces que juzgan sobre la admisibilidad del recurso. El interés en recurrir estriba, entonces, en la afectación directa, por parte de la resolución atacada por el recurso, de un derecho o de un interés legítimo del recurrente, que merece protección jurídica.

Se ha discutido acerca de cuál es el punto de partida para estimar el agravio o gravamen, la parte dispositiva de la decisión o, también, las consideraciones que pretenden fundarla¹⁸⁸. La opinión mayoritaria exige que la afectación parta o se concrete en el tenor de la sentencia, en su parte dispositiva. Por lo tanto, si la absolución se produce porque no llegó a probarse certeramente el hecho punible, porque llegó a determinarse que el hecho punible no existió, o que el acusado no fue su autor, o porque faltó la capacidad para ser culpable (inimputabilidad) o medió una causa de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, etc., cualquiera que sea la posición que el acusado adoptó en la audiencia del debate, la sentencia no puede ser atacada porque su tenor favorece, claramente, al acusado o, si se quiere, no lo perjudica. Detrás de esta opinión está la consideración del procedimiento judicial como un método práctico para decidir conflictos jurídicos, por contraposición a su estimación como instrumento teórico para el estudio de la situación o práctico relativo a la estima social del acusado, al punto de que quienes así opinan no reputan necesario tratar íntegramente la imputación deducida si aparece claro que medió una causa de exclusión de la culpabilidad, el estado de necesidad disculpante, por ejemplo. Pero existen casos en los cuales esa afirmación parece discutible. Ejemplo: absolución con reconocimiento de la incapacidad de culpabilidad, pero también afirmación del hecho punible en los fundamentos de la

¹⁸⁶ Cf. los mismos artículos inmediatamente antes citados.

¹⁸⁷ Cf. ROXIN, *Dpp*, § 51, B, II, 2, ps. 448 y siguiente.

¹⁸⁸ Cf., para la discusión del punto, DE LA RÚA, *La casación penal*, n° 63, ps. 186 y ss.; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. V, n° 1391, ps. 455 y ss. y n° 1396, ps. 465 y ss.; PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed., 1985), § 71, II, 7, ps. 612 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed., 1968), § 96, I, 1, b, p. 366; ROXIN, *Dpp*, *idem*, c, p. 449; SCHROEDER, *Strafprozessrecht* (4ª ed.), § 31, V, p. 201; VOLK, *Grundkurs StPO*, § 34, 3, a, p. 300; RANFT, *Strafprozeßrecht* (3ª ed.), Cap. 11, § 66, C, II, p. 587.

sentencia, de modo que ella pueda conducir a una medida de seguridad y corrección en el futuro, o a la declaración de incapacidad civil; la misma sentencia y la influencia de la afirmación del hecho y de su autor en un proceso civil en trámite. En fin, la discusión no parece terminada, ni siquiera en el Derecho comparado, a pesar de que la opinión mayoritaria funda en argumentos prácticos serios la necesidad de que el recurrente pretenda alguna variación de la parte dispositiva de la decisión impugnada. Y esta discusión no sólo alcanza, desde el punto de vista del condenado, a las sentencias condenatorias, sino, con mayor razón, a las absolutorias y al sobreseimiento. En Alemania la cuestión sigue discutida a pesar de que se reconoce la solvencia, por regla general, de la opinión mayoritaria: la Corte Suprema Federal alemana (BGH) permanece firme en el campo mayoritario, sin reconocer excepciones, pero el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) ya ha indicado, al admitir un recurso constitucional, que ya los fundamentos de la sentencia son idóneos para vulnerar intereses del afectado, en tanto pueden lesionar derechos fundamentales¹⁸⁹.

Un segundo problema –al que ya nos hemos referido *supra*, a– aparece cuando se requiere a la fiscalía una justificación de este tipo, sobre todo en presencia de la regla que le permite a ella interponer recursos a favor del imputado. Ello resulta imposible, pues la concesión de una tal facultad al ministerio público fiscal se vincula a la comprensión de la tarea del Estado en materia penal como su esfuerzo por una correcta aplicación de la ley penal, fundada en el conocimiento de la verdad y en la ley misma, razón por la cual un órgano oficial, un funcionario estatal, resulta titular del derecho de recurrir en favor de quien es perseguido penalmente, aun en contra de la voluntad expresa o presunta del imputado, esto es, en atención a un interés objetivo en la realización del Derecho penal y no a un interés subjetivo, propio del oficio que el fiscal cumple¹⁹⁰. Más allá de la discusión acerca de la concesión de esa facultad a la fiscalía, el punto resulta importante para advertir hasta qué punto la exigencia llamada *gravamen* o *agravio*, como condición de admisibilidad de un recurso, no significa lo mismo para los distintos sujetos procesales. Esta facultad de la fiscalía, que de ninguna manera implica desistir de la acción penal ejercida mediante la acusación para la realización del debate, indica el error en el que incurrir quienes sostienen, desde la jurisprudencia judicial o desde la ley, que el informe final de la fiscalía fija un límite vinculante para la sentencia del tribunal, cuando propone la absolución o una condena determinada.

El concepto clásico de agravio o gravamen está determinado por el Derecho procesal civil. Agravio es la contradicción de la decisión con el requerimiento del agraviado, parte en el procedimiento, perjudicial para él. Al tratarse allí de intereses disponibles para los interesados, por regla casi sin excepciones, nadie puede tener una facultad más comprensiva que su propia pretensión, pretenda un demandante o quien se defiende. Por esta razón las disposiciones de las partes durante el procedimiento

¹⁸⁹ Cf. ROXIN, *Dpp*, *ibidem*; PETERS, *Strafprozeß*, *idem*, ps. 612 y siguiente.

¹⁹⁰ PETERS, *Strafprozeß*, *idem*, p. 613, estima que definir así la tarea de la jurisdicción penal, como protectora también de la honra y del crédito del acusado, responde a un principio constitucional contenido también en las convenciones internacionales sobre derechos humanos: el principio de la personalidad (dignidad) humana. A ello conduce también la valoración de la verdad en FERRAJOLI, *Derecho y razón* (4ª ed.), I, Cap. 1, ps. 33 y ss., y Cap. 3, ps. 117 y siguientes,

tienen enorme importancia para fijar el alcance del recurso, el alcance de la exigencia para poder recurrir: no tiene agravio alguno el actor que ve satisfecha su demanda en la decisión, a pesar de que la incorporación de medios de prueba demuestre la justicia de un resultado superior a aquel que pidió y le concede la sentencia; de la misma manera, un actor que limita su pretensión original en el informe final anterior a la sentencia, tampoco se agravia si la sentencia del tribunal le concede aquello que pidió en ese informe y, por supuesto, no es comprensible, sino como renuncia o desistimiento de la acción, el pedido final de rechazo de su propia demanda; tampoco existe agravio si el demandado ha concedido, por ejemplo, razón a la demanda, esto es, por allanamiento total o parcial, y el tribunal concluye como él lo pide. Estas afirmaciones pueden extenderse a las partes civiles en un procedimiento penal. Pero en materia penal, sólo el hecho de que se pueda recurrir en favor del imputado sin su aquiescencia, incluso contradiciéndolo, para lo cual está facultado tanto el defensor –aun si se tiene en cuenta la posibilidad del imputado de desistir de sus recursos–, como la fiscalía, pone de relieve que él no dispone de su recurso. Ello implica que la palabra *agravio* o la palabra *gravamen*, dirigida a establecer una exigencia para los recursos de los intervinientes en el procedimiento contra las decisiones del tribunal, no significa lo mismo en el caso del recurso del imputado que para el caso del recurso de las partes civiles o del querellante por delito de acción penal pública o privada. Se trata aquí tan sólo de establecer un parámetro de perjuicio meramente objetivo al que conduce la sentencia, en el sentido de la supresión o menosprecio de un interés jurídico legítimo, cualquiera que sea la posición que a su respecto haya adoptado el imputado durante el procedimiento o la valoración que él concretamente exprese, incluso tácitamente –por omisión del recurso–, sobre la decisión.

Así, por ejemplo, si el imputado no recurre el encarcelamiento preventivo, porque prefiere estar privado de su libertad, ello no implica la inadmisibilidad de todo recurso contra la decisión que rechaza ordenar su libertad; la confesión lisa y llana del imputado al expresar la última palabra al final del debate, no tiene el efecto de impedir el recurso posterior contra la sentencia condenatoria.

III. *Forma, plazo y destinatario del recurso.* Los recursos son actos sometidos a ciertas exigencias formales para ser admisibles, exigencias vinculadas al modo de desarrollar el acto, a su ubicación temporal y al tribunal al cual va dirigido el recurso, o, como se prefiere señalar en nuestro país, al lugar en el que debe ser interpuesto un recurso. Estas exigencias también deben ser examinadas al decidir sobre la admisibilidad de un recurso.

Salvo un único caso, los recursos de reposición interpuestos durante el debate, por lo demás, único recurso admisible durante ese período pro-

cesal¹⁹¹, caso en el cual el recurso de reposición es interpuesto oralmente contra decisiones del debate, conforme a la regla general de los actos del debate¹⁹², en todos los demás casos y períodos procesales los recursos deben deducirse por escrito y, salvo excepción específica de la ley, con desarrollo de los fundamentos, esto es, de los motivos por los cuales se considera injusta la decisión impugnada¹⁹³. Para que no fracase la exigencia de mostrar el gravamen, también es exigible determinar los puntos de la decisión que lo provocan y son recurridos; algún código, con razón, lo exige expresamente, para circunscribir desde el comienzo el alcance del recurso y la medida de la apertura de la competencia del tribunal que lo decide¹⁹⁴. En ciertas ocasiones, los códigos contienen requisitos de admisibilidad puramente formales, como la presentación de copias del escrito que contiene el recurso o la adhesión, para distribuir entre las demás partes con la notificación de la interposición, la expresión desde el comienzo de la petición de una audiencia antes de decidir el recurso o del deseo de comparecer, cuando ella o la comparecencia a ella no es necesaria para la validez de la decisión, exigencias generales o para recursos determinados, razón por la cual, conviene la lectura atenta de las condiciones generales y particulares de interposición del recurso que se pretende deducir.

Los recursos están sometidos, para ser admisibles, a plazos de actividad, lapso durante el cual debe producirse su interposición, condición de su idoneidad para provocar el procedimiento íntegro y la nueva decisión del tribunal *ad quem* que ellos, bien deducidos, tienen por efecto. Los plazos están previstos, regularmente, al reglamentar cada uno de los recursos y comienzan a correr o a ser contados *—dies a quo—*, por regla, a partir del conocimiento (notificación) de la decisión impugnada (plazo individual). El término (vencimiento) del plazo señala, en principio, el momento a partir del cual el recurso ya no es más pasible de ser interpuesto y, en ciertas ocasiones, el momento a partir del cual la decisión judicial adquiere el valor de *cosa juzgada*, total o parcialmente. Solamente el recurso de

¹⁹¹ CPP Nación, 440; CPP Pcia. de Buenos Aires, 429, I; CPP Córdoba, 451, I; CPP CABA, 273.

¹⁹² CPP Nación, 363, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 342, I; CPP Córdoba, 372, I; CPP CABA, 216.

¹⁹³ CPP Nación, 438; CPP Pcia. de Buenos Aires, 421, II; CPP Córdoba, 449, no contiene la regla general, que desplaza a la regulación de los recursos en particular (ver arts. 458, 474, I y II, 484 *—remisión—*, 492, I; no existe la exigencia en el recurso de apelación); CPP CABA, no contiene una regla general, que desplaza a las exigencias particulares de cada recurso (ver arts. 277, 279, II, 292, 300).

¹⁹⁴ CPP Córdoba, 449. Éste es otro indicio hermenéutico acerca de la reducción de la referencia del agravio a la parte dispositiva de la sentencia.

revisión no está sometido a un plazo de interposición¹⁹⁵. Segunda excepción al plazo originario de interposición: la interposición por *adhesión*.

Después del vencimiento del plazo sólo es posible la *adhesión* al procedimiento recursivo. Adherirse a un recurso no significa, según la palabra utilizada parece sugerir, acompañar al recurso interpuesto para obtener los mismos fines que él pretende. Por lo contrario, adherirse a un recurso implica, antes bien, formular un recurso independiente, incluso de sentido contrario al interpuesto previamente, que dio ocasión a la adhesión, ya vencido el plazo de interposición originario y en otro plazo distinto¹⁹⁶. Normalmente, el nuevo plazo coincide con el *emplazamiento* a las partes con motivo del recurso, primer acto del tribunal del recurso en aquellos que tienen efecto devolutivo, esto es, que serán resueltos, en definitiva, por otro cuerpo judicial distinto o integrado con jueces distintos a aquel o aquellos que dictó o dictaron la decisión impugnada. Por excepción, el plazo de actividad está previsto directamente en días, sin la referencia a otro acto procesal, el emplazamiento de la demás partes ajenas al recurso original interpuesto¹⁹⁷. En verdad, la institución de la adhesión significa la concesión por la ley de un nuevo plazo para la interposición del recurso, para aquellos que no han recurrido, ya en presencia del recurso interpuesto. Su justificación se vincula directamente con las expectativas de quienes no recurren la resolución por estimarla correcta o, mejor dicho, tolerable para sus intereses, aunque ella no conceda todo lo solicitado, con el objetivo de terminar la disputa –el procedimiento judicial y sus consecuencias reales– lo antes posible; empero, si como consecuencia del recurso de otra parte, el procedimiento recursivo se llevará a cabo efectiva e indefectiblemente, entonces se puede producir la adhesión de mi recurso, en procura de todo aquello que solicité y como contrapartida normal del recurso originario. Sólo así la institución tiene pleno sentido. La adhesión es, sin embargo, más natural o propia de los procedimientos civiles, que están concebidos como la disputa entre dos o más partes enfrentadas. Ello ha sido, quizás, la razón por la cual juristas de pacotilla, sin estudios históricos, han confundido la institución de la adhesión, según lo que ella parece sugerir, a nivel semántico.

El recurso debe ser interpuesto en la secretaría del tribunal que dictó la decisión impugnada. Esta afirmación, correcta sólo parcialmente porque acentúa sólo el lugar –ámbito territorial– donde debe ser interpuesto un recurso, tiene el valor de indicar a aquel tribunal que debe recibir la interposición del recurso y decidir sobre su admisibilidad en primer lugar, aun cuando provisionalmente. El Derecho argentino tiene la particularidad de desdoblar la decisión sobre la admisibilidad del recurso entre una primera decisión, correspondiente al tribunal que dictó la decisión impugnada, meramente provisional, y una decisión definitiva, correspondiente siempre al tribunal competente para decidir sobre el recurso¹⁹⁸. Cuando el recurso interpuesto es apreciado admisible por el *a quo* provoca la competencia del tribunal competente para decidir el recurso

¹⁹⁵ CPP Nación, 479; CPP Pcia. de Buenos Aires, 467; CPP Córdoba, 489; CPP CABA, 297.

¹⁹⁶ CPP Nación, 439; CPP Córdoba, 450. El CPP Pcia. de Buenos Aires, 428, y el CPP CABA, 271, han confundido el camino, al acordarle a la institución, en el texto de la ley, el significado incorrecto marcado en el texto del libro: compañía expresa del recurso interpuesto.

¹⁹⁷ CPP Pcia. de Buenos Aires, *ibidem*.

¹⁹⁸ Un apartamiento parcial de tal previsión legal, CPP Pcia. de Buenos Aires, 433, I, que sólo concede una competencia meramente formal al tribunal que dictó la decisión impugnada, y el CPP CABA, 275, I, que ya no le concede competencia alguna, pues sólo cumple la función de remitir el legajo al tribunal superior.

directamente; si el recurso es rechazado, la *queja* –o recurso contra la decisión de rechazo–, permite al tribunal competente para decidir el recurso volver sobre su admisibilidad y, eventualmente, revocar la decisión provisional y conceder el recurso¹⁹⁹.

Tal determinación, con ser meramente formal, resulta útil para indicar quién es el destinatario del recurso, esto es, el tribunal que debe proceder al reexamen de la cuestión, en el ámbito limitado que le permite el recurso. En el caso de un recurso para cuya decisión es competente el mismo tribunal que dictó la decisión impugnada –reposición o revocatoria–, resulta claro que él es el destinatario del recurso interpuesto. Por lo contrario, cuando los recursos conceden competencia sobre el caso a un tribunal distinto a aquel que dictó la resolución impugnada, estos últimos son los destinatarios del recurso, cualquiera que sea el procedimiento, esto es, cualquiera que sea la previsión legal sobre la construcción de la decisión sobre su admisibilidad. En todo caso, esta cuestión queda en las manos del tribunal competente para la decisión del recurso, competente para decidir definitivamente sobre la admisibilidad del recurso, incluso en la sentencia final, esto es, después de haber accedido a la tramitación del recurso hasta la sentencia de mérito.

Regularmente se confunde, en nuestro país, la cuestión acerca de la admisibilidad del recurso y el tribunal dispuesto para esa decisión, con la pregunta acerca del lugar –territorio– en el cual se debe interponer un recurso. Un recurso interpuesto en forma y en plazo, eventualmente con respeto de los motivos limitados para los que está previsto, no merece ser descalificado –inadmisibilidad formal– por el mero hecho de haber sido presentado ante otro tribunal –esto es, en otro lugar que la sede del tribunal competente para la decisión inmediata sobre el punto– distinto al competente para la resolución sobre el recurso²⁰⁰, salvo que ello indique una confusión notable acerca de la impugnación deducida, tal que demuestre la inexistencia de una voluntad formal dirigida válidamente a la finalidad de modificar la decisión. Por lo demás, es criterio generalmente aceptado, que el *nomen iuris* equivocado, cualquiera que sea el error que lo provoca, no perjudica al recurso bien interpuesto²⁰¹.

¹⁹⁹ CPP Nación, 476; CPP Córdoba, 485.

²⁰⁰ Ver en www.tsbaire.gov.ar, sección jurisprudencia, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. n° 6082/08, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Arias, Carolina Raquel c/ GCBA s/otros procesos incidentales’” (sentencia del 17/12/2008), y expte. 5962/08, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’” (sentencia del 12/11/2008), entre otras, donde se trata el punto: siempre en minoría sostuvo, con variados argumentos (interpretación extensiva o analógica de la ley procesal penal, exceso ritual en el rechazo del recurso), la validez del recurso presentado tempestiva pero erróneamente ante un tribunal distinto al competente para la decisión; por mayoría, en cambio, se impuso la opinión contraria.

²⁰¹ Cf. PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed., 1985), § 71, II, 2, p. 610; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 53, B, I, p. 406; más directamente, VOLK, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), § 34, II, 1, p. 299; en la ley OPP RFA, § 300.

Sin embargo, un destinatario correcto es, también, una exigencia de la admisibilidad del recurso como requerimiento. Si el recurso es admitido, por decisión judicial o por el triunfo de una queja contra una decisión judicial de rechazo, él desencadena un procedimiento que culmina con la decisión material sobre el motivo de impugnación, todo lo cual debe ser estudiado al examinar los diferentes recursos contra las diferentes decisiones.

IV. *Recursos limitados por sus motivos.* Cuando el recurso es amplio, en el sentido de que mediante su interposición se puede corregir cualquier defecto de la decisión, está de más todo examen por anticipado de los motivos por los cuales el recurrente considera injusta la resolución impugnada; ya se trate de un defecto de la resolución impugnada en su composición fáctica, ya de uno que implique algún yerro normativo –o, mejor aún, de una injusticia contenida en la determinación de la conducta que se juzga o en su significado jurídico–, ya de un error *in iudicando*, ya de uno *in procedendo*, la clase y la calidad del motivo no resultan interesantes para el juicio sobre la admisibilidad del recurso, porque cualquier motivo es idóneo para abrir la vía recursiva. El prototipo de un recurso de esta clase es el recurso de apelación, que no limita los motivos por los cuales él puede ser interpuesto. Basta allí la invocación y explicación del motivo o de los motivos por los cuales el recurrente considera injusta la decisión y el vínculo de ese o esos motivos con la decisión que el recurrente requiere del tribunal competente para tratar el recurso.

En cambio, cuando la ley limita los motivos del recurso o determina la clase de motivos de injusticia que son revisables mediante su interposición, como sucede en el recurso de casación, ejemplo académico clásico, resulta pertinente y de importancia responder *ab initio* la pregunta acerca de si el recurrente se ha mantenido en los límites que le fija el recurso interpuesto. El recurso resulta inadmisibile si el recurrente ha excedido esos límites, esto es, si ha invocado un motivo de injusticia no tolerado por el recurso interpuesto, fuera del alcance del reexamen del tribunal *ad quem* sobre la justicia de la decisión impugnada. Resulta evidente que, en ese caso, no tiene sentido agotar el procedimiento que la vía recursiva dispone para expedirse –materialmente– sobre el recurso. El examen de este presupuesto de admisibilidad no presenta siempre la sencillez que parece implicar el texto que lo define. Es importante evitar la tendencia a examinar la razón de ser del motivo, su idoneidad para conseguir una decisión final favorable al recurso, y mantenerse, estrictamente, en el juicio de admisibilidad, esto es, en la contestación a la pregunta sobre si el motivo expuesto por el recurrente habilita la vía.

V. *Procedimiento*. En nuestro país es clásico un procedimiento de doble vía para resolver sobre la admisibilidad de un recurso que produce efecto devolutivo (ver *infra*, d), esto es, que se propone para que sea decidido por un tribunal distinto a aquel que dictó la resolución impugnada o, cuando menos, por un tribunal integrado por otros jueces distintos a aquel o aquellos que dictaron la resolución impugnada. Cuando el recurso no tiene efecto devolutivo, esto es, cuando va a ser resuelto por el mismo tribunal que dictó la resolución impugnada, como sucede en la reposición –ejemplo académico clásico–, va de suyo que el juicio de admisibilidad se confunde con el juicio sobre el motivo del recurso. Ello muestra una primera verificación: decir que un recurso es inadmisibile significa rechazar el recurso y dejar subsistente la decisión recurrida, esto es, implica, jurídicamente, exactamente lo mismo que el rechazo material posterior²⁰². Distinguir este juicio de admisibilidad del destinado a finalizar la vía recursiva, sólo obedece a razones prácticas, para ahorrar el dispendio judicial que trae aparejado el agotamiento del procedimiento del recurso. Quizás por ello no existe en la ley limitación alguna para la decisión final sobre el recurso, que puede culminar con una resolución de inadmisibilidad, a pesar de que el recurso haya sorteado con éxito la etapa sobre el juicio de admisibilidad: ello quiere decir que todas las decisiones que admiten el recurso para su tratamiento, de modo previo o antes de generar el procedimiento del recurso, tienen carácter provisional y no empecen a un juicio de admisibilidad final.

La doble decisión del recurso implica un primer pronunciamiento sobre su admisibilidad por el mismo tribunal que dictó la decisión recurrida (*a quo*), que, cuando es desfavorable para el recurrente y su recurso –inadmisibilidad total o parcial–, puede ser, a la vez, recurrida mediante el recurso de queja, suerte de recurso sobre el juicio de admisibilidad negativo pronunciado por el tribunal *a quo*²⁰³. Si este recurso es interpuesto, la jurisdicción se devuelve al tribunal competente para el recurso –admisibile–, tribunal *ad quem* que se pronuncia nuevamente sobre la admisibilidad del recurso. La decisión que admite el recurso –proceda tanto del tri-

²⁰² En ciertas ocasiones, la ley le adjudica a este juicio sobre la admisibilidad, cuando él declara inadmisibile un recurso, algún efecto particular; por ejemplo, en los recursos ante tribunales superiores, sometidos al pago de una tasa de justicia diferenciada para tornar tramitable un recurso (queja ante la CSN por recurso extraordinario federal rechazado; queja ante el TSJ de la CABA por recurso de inconstitucionalidad rechazado), la decisión de inadmisibilidad, que responde a la queja por la cual se integró la tasa judicial diferenciada, significa, a la vez que el rechazo del recurso, la pérdida definitiva del depósito correspondiente a la tasa, que ingresa al tesoro estatal.

²⁰³ CPP Nación, 476 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 433; CPP Córdoba, 485 y siguientes.

bunal *a quo* como del tribunal *ad quem*— provoca el procedimiento típico de cada recurso en particular, previsto de esa forma por la ley, razón por la cual su estudio singular corresponderá a la consideración de cada uno de los recursos previstos. Cuando la decisión que indica la inadmisibilidad del recurso queda firme, esto es, cuando proveniente del tribunal *a quo* no es recurrida por queja o cuando proviene del tribunal *ad quem*, precisamente en razón de la interposición de la queja, el recurso se considera rechazado y, por lo tanto, la decisión, justa o injusta, sigue en pie (válida).

El CPP CABA, 275, 281 y cc., ha inaugurado, en el Derecho positivo argentino, una manera más sencilla, por ello, a nuestro juicio más práctica y directa, de juzgar *ab initio* la cuestión acerca de la admisibilidad del recurso con efecto devolutivo: suprime el juicio del tribunal *a quo*, quien devuelve inmediatamente la competencia sobre los puntos de la decisión a los cuales se refiere el recurso, al tribunal —*ad quem*— competente para la decisión del recurso, único tribunal que se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso interpuesto²⁰⁴.

d) Efectos

El estudio de los efectos de los recursos se debe desdoblar entre los efectos de su interposición y los efectos de la decisión final.

I. *Efectos directos de la interposición del recurso.* Como ya hemos observado, los recursos se caracterizan: a) por producir la *devolución* del poder de decidir el asunto sobre los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios del recurso, al tribunal —o a la nueva integración del tribunal— competente para juzgar sobre la justicia o injusticia de la resolución impugnada; y b) por *suspender* la ejecución de la decisión recurrida hasta tanto se decida sobre el recurso²⁰⁵. Precisamente con esas características naturales de un recurso están vinculados los efectos de su interposición. La interposición de un recurso puede, en verdad, producir una devolución, en el sentido de un desplazamiento del poder de decidir, ejercido como poder de control sobre la justicia de la decisión impugnada, o no producirla; puede, también, producir la suspensión de la ejecución de aquello que fue

²⁰⁴ El proyecto CPP Nación 1986 (Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1987), arts. 345 y 347, que, como se sabe, no fue sancionado, preveía un tratamiento similar, pues decidía siempre sobre la admisibilidad del recurso, de modo definitivo, el tribunal *ad quem*. Del mismo modo *CPP modelo para Iberoamérica* (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987), arts. 345 y 347.

²⁰⁵ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed., citada como ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*), § 53, B, I, 1. p. 405.

mandado por la resolución recurrida o, de lo contrario, no suspender su ejecución, esto es, tolerar que ella, al menos provisionalmente, sea ejecutable y produzca sus efectos naturales. Con ello quiero decir que estos efectos de la interposición de los recursos deben ser estudiados bajo signos positivos y negativos, según se los afirme o se los niegue.

Muchas veces el idioma empleado por el texto legal es confuso. Es aquello que sucede con los códigos procesales civiles, la mayoría de los cuales procede, en nuestro país, de la influencia y tradición españolas. Ellos mencionan los efectos de los recursos por alusión a que los conceden "en un solo efecto" o "en ambos efectos": la primera afirmación pretende decir que el recurso tiene efecto devolutivo, pero no tiene efecto suspensivo (+ -), esto es, juzgará el recurso un tribunal distinto al que dictó la decisión impugnada y la decisión es ejecutable; la segunda forma determina que el recurso se concede con efecto devolutivo, para ante otro tribunal, y con efecto suspensivo, la decisión no es ejecutable (+ +).

I. 1. Efecto devolutivo y no devolutivo. Según ya se aclaró, cuando se afirma el efecto devolutivo de un recurso, se quiere sostener que el recurso atribuye y transfiere a otro tribunal –generalmente superior en grado en una organización judicial vertical– distinto del que tiene competencia natural sobre el asunto y por ello dictó la decisión impugnada, la competencia para la decisión final sobre el punto o el control de la decisión recurrida desde el punto de vista del agravio deducido por el recurso. Si, por lo contrario, se niega ese efecto, se dice que el recurso será decidido por el mismo tribunal que dictó la decisión impugnada. A pesar de que, en la inteligencia de muchos autores, el efecto devolutivo es aquello que caracteriza a un recurso y que lo separa de otras impugnaciones hermanas²⁰⁶, nuestro Derecho positivo ha contenido siempre al *recurso de reposición* en la sección de los recursos, porque le son aplicables los mismos principios generales; y ese recurso, precisamente, es el ejemplo académico clásico para indicar un recurso sin efecto devolutivo. De la misma manera, la *revisión*, en ocasiones, no posee efecto devolutivo, cuando, como puede suceder entre nosotros, al mismo tribunal que condenó le está atribuido el juicio de revisión, como sucede, por ejemplo, cuando es el tribunal de casación el que pronunció la condena impugnada por revisión, para cuyo juzgamiento es competente, precisamente, el mismo tribunal de casación, integrado probablemente por otros jueces distintos a aquellos que dictaron la decisión impugnada (excusación y recusación)²⁰⁷. En este último

²⁰⁶ Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado* (1ª ed.), t. V, n° 1384, p. 443; PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), § 72, I. ps. 615 y siguientes; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *ibidem*.

²⁰⁷ A veces los juristas sólo desarrollan discusiones meramente semánticas. Esto es aquello que sucede con la reposición, cuando se la desplaza del sistema de los recursos al

caso, el de la revisión, según se observa, el recurso conlleva efecto devolutivo en algunos casos y procede sin efecto devolutivo en otros. La interposición de todos los demás recursos provoca, regularmente, el efecto devolutivo.

1. 2. Efecto suspensivo y no suspensivo. La determinación acerca de si la interposición de un recurso tiene efecto suspensivo o él procede sin suspender la ejecución de la decisión no depende tanto de un recurso específico, sino, antes bien, de la resolución impugnada y del modo en el que la ley, al regular su recurribilidad, concede el recurso²⁰⁸. *Efecto suspensivo* quiere significar cancelación de la ejecución de la decisión –y de su paso en autoridad de *cosa juzgada*²⁰⁹– al menos durante el plazo para recurrir y hasta la resolución del recurso por el tribunal competente para la decisión; si la decisión es confirmada y no existe otro recurso contra ella con efecto suspensivo, su ejecución comenzará a partir de la confirmación; si, por lo contrario, la decisión recurrida es revocada, y no existe recurso contra esa decisión, ella no podrá ser ejecutada. Carecer de efecto suspensivo –o, con otras palabras, “tener” efecto *no suspensivo*– implica que la decisión es factible de ser realizada –ejecutable– desde el momento en que fue dictada, a pesar de que existe en la ley la posibilidad de recurrirla e, incluso, a pesar de la interposición de un recurso admisible –que provocaría, de otro modo, la suspensión de su ejecución–, esto es, a pesar de no haber adquirido la decisión calidad de cosa juzgada. La regla general determina

limbo de las impugnaciones, concepto más general, con fundamento, precisamente, en el efecto devolutivo característico de los recursos, efecto del que la reposición carece. Algo similar sucede con la discusión acerca de si la revisión es un recurso o no lo es, pues se dirige contra sentencias firmes, en principio, inimpugnables, y pretende ser tratada como una acción de los legitimados a interponerla, acción semejante a un amparo contra decisiones judiciales o a una acción de nulidad de un acto estatal. Ni una ni otra precisión tienen consecuencias jurídicas prácticas destacables, según adoptemos una u otra calificación, con lo cual ambas distinciones son inútiles, prueba de que se trata de discusiones meramente semánticas.

²⁰⁸ Existen otros sistemas para determinar el efecto suspensivo/no suspensivo de un recurso concedido por la ley. En el Derecho procesal penal alemán se distingue el *Beschwerde* (queja contra una decisión interlocutoria de un juez unipersonal, presidente del tribunal colegiado o juez del procedimiento preliminar), que invierte la regla general expresada inmediatamente después en el texto (*infra*) y para el cual, así, su concesión e interposición carece normalmente de efecto suspensivo, y, por otro lado, la *Berufung* (suerte de apelación de sentencias de tribunales de menor rango en la escala judicial, dictadas por un juez unipersonal o un tribunal escabinado) y la *Revision* (casación), recursos que cuestionan la sentencia obtenida después del juicio y que, por regla, tienen efecto suspensivo. Con ello debería decirse que el efecto suspensivo tampoco es una característica propia de los recursos. Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, §§ 53, B, I, 2, p. 405 y s. y 56, A y C, I, ps. 441/442.

²⁰⁹ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 53, B, I, 1, b, p. 405.

que todo recurso procede con efecto suspensivo, salvo que la ley prevea la excepción, esto es, que la resolución sea ejecutable, al menos provisionalmente, a pesar de que todavía sea posible su impugnación e, incluso, de que se haya interpuesto un recurso admisible contra ella²¹⁰. Por último, si se trata a la *revisión* como un recurso, ella es un ejemplo del efecto suspensivo/no suspensivo determinado por el tribunal competente, asunto por asunto, al tratar sobre la admisibilidad del recurso o en el transcurso de su trámite²¹¹.

Ejemplos de recursos que no poseen efecto suspensivo pueden tomarse, en general, de las resoluciones sobre medidas de coerción tanto favorables a la posición del imputado, como desfavorables para él. Ya la regla general, antes citada en nota al pie, indica como excepción a las decisiones que disponen la libertad del imputado (análogicamente, de cualquier interviniente en el procedimiento penal). Paradigmas de recursos sin efecto suspensivo son: el procesamiento, que es apelable, pero sin efecto suspensivo²¹²; la decisiones sobre la eximición de prisión o sobre la excarcelación, concedan o nieguen la libertad, son apelables, pero sin efecto suspensivo²¹³. La sentencia absolutoria, aún recurrible, se ejecuta de inmediato²¹⁴ o, dicho de otro modo, cualquier recurso que contra ella procediere, no tiene efecto suspensivo²¹⁵. El CPP

²¹⁰ CPP Nación, 442; CPP Pcia. de Buenos Aires, 431; CPP Córdoba, 453; CPP CABA, 270.

²¹¹ Según ya se observó, no todos nuestros códigos piensan lo mismo acerca de la ubicación y definición jurídica de este remedio excepcional contra sentencias injustas, aunque pasadas en autoridad de cosa juzgada, aun cuando, en su base, todo parece reducirse a una discusión de tipo semántico: cf. CPP Pcia. de Buenos Aires, 467 y ss. (*acción de revisión*), y CPP CABA, 297 y ss. (*acción de revisión*). Sin embargo, todos los códigos representan un ejemplo de aquello que en el texto se pretende mostrar: CPP Nación, 484; CPP Pcia. de Buenos Aires, 472; CPP Córdoba, 494; CPP CABA, 302. Entre nosotros es propio de los recursos interpuestos antes los tribunales superiores de cada organización judicial, muy limitados en cuanto a los motivos que fundan su admisión, esto es, excepcionales, la regulación del efecto suspensivo/no suspensivo de esta manera: cf. el *recurso de inconstitucionalidad* instituido por la Constitución de la CABA, 113, inc. 3, y reglamentado por ley local n° 402 (de procedimientos ante el TSJ), art. 33, V, que contiene una regla similar.

²¹² CPP Nación, 311; CPP Córdoba, 283, VI (no exige un auto de procesamiento formal, pero contiene esa exigencia material –probabilidad de que el imputado sea autor del hecho punible sancionado con privación de libertad o partícipe en él– al regular el encarcelamiento preventivo), para los recursos sobre una medida de coerción que deniegue la libertad del imputado, dictada por un juez unipersonal; CPP CABA, 173, V (también sin procesamiento, el recurso, sin efecto suspensivo, se traslada a la decisión del tribunal sobre la prisión preventiva, después de realizada la audiencia que prevé el texto, conforme al principio general –proceso por audiencias– que gobierna el sistema del código); ver, también, arts. 177 IV, y 186, VI, sobre otras medidas de coerción.

²¹³ CPP Nación, 332; CPP Córdoba, *ibidem*; CPP CABA, 193.

²¹⁴ CPP Nación, 492; CPP Pcia. de Buenos Aires, 499; CPP CABA, 250 y 270 (no contiene norma similar, pero de las citadas se infiere, al menos para la orden de libertad y la cesación de las medidas de coerción, idéntico resultado).

²¹⁵ En este sentido, textualmente, CPP Córdoba, 503.

Pcia. de Buenos Aires no parece haber trabajado suficientemente su sistema de recursos, pues nada ha aclarado acerca de las impugnaciones sobre excarcelación y eximición de prisión, con lo cual rige la regla general que establece el efecto suspensivo de todo recurso si la ley no prevé la excepción; entre las medidas de coerción, únicamente la disposición sobre la libertad del imputado resulta de ejecución inmediata²¹⁶, de la misma manera que la sentencia absolutoria.

II. Efecto de la decisión final sobre el recurso

II. 1. Cuando la decisión final del tribunal competente para juzgar el recurso interpuesto admite el recurso y, más allá de ello, él obtiene una decisión positiva en favor del recurrente, total o parcialmente, no siempre ese resultado alcanza sólo al recurrente, sino que, en ocasiones, supera ese límite natural para los recursos (*principio dispositivo*) y la solución se aplica también a otros intervinientes que no recurrieron la decisión, siempre que favorezca su posición en el procedimiento o frente a la ley penal. Siguiendo a la legislación italiana, nuestros códigos han previsto aquello que las leyes llaman *efecto extensivo* y algún autor *efecto comunicante*²¹⁷ de la decisión del recurso interpuesto. El efecto reside en la extensión o en la comunicación de la solución a otros imputados que no han recurrido la decisión, cuando la resolución final del recurso los favorece²¹⁸. El primer problema que presenta esta consecuencia de la decisión del recurso, la afectación de otras situaciones que, aparentemente, habían quedado firmes gracias a la omisión de recurrir por parte de quienes resultaron afectados por la decisión impugnada por otro interviniente, reside en conocer *cuándo* la solución del caso, favorable para quien la recurrió, se extiende a otros coimputados y afecta, por tanto, a la decisión que, respecto de ellos, había adquirido, en principio, autoridad de cosa juzgada. La solución normativa es simple, pues remite al hecho de que el recurso interpuesto por uno de los imputados haya sido acogido precisamente en relación a un motivo que no pueda ser calificado de estrictamente personal. Sin embargo, en un proceso concreto suele ser difícil discriminar cuáles motivos son estrictamente personales y cuáles alcanzan también a los demás imputados o, cuando menos, a algunos de ellos. Para responder a la pregunta desde el punto de vista material –sobre todo desde el recurso contra la sentencia definitiva, que es el que más interesa– es necesario conocer la manera con la que la ley penal trata la *participación criminal* y, en ella, la *accesoriedad*, tanto en su aspecto externo como en su aspecto

²¹⁶ Ver, al respecto, CPP Pcia. de Buenos Aires, 174, II, 188 y 431.

²¹⁷ Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado* (1ª ed.), t. V, n° 1403 y 1404, ps. 479 y siguientes.

²¹⁸ CPP Nación, 441; CPP Pcia. de Buenos Aires, 430; CPP Córdoba, 452; CPP CABA, 272.

interno, conceptos estos que de manera alguna son autoevidentes, que dependen en gran medida de los textos normativos y, también en gran medida, de la interpretación doctrinaria según el sistema analítico empleado (teoría del delito)²¹⁹. Por ello, soy defensor de la opinión según la cual la ley procesal penal no debe intentar resolver estos problemas, como parcialmente lo ha hecho en algunos textos legales²²⁰, no sólo porque no le compete y, en consecuencia, se entromete ilegítimamente en ámbitos impropios, no delegados a ella, sino, antes bien, porque, conforme a la multiplicidad de situaciones posibles de conformidad con la ley penal, debe dejar la cuestión abierta, como el texto originario lo indicaba –“el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que no estuviere fundado en motivos estrictamente personales”– y todavía hoy parcialmente lo indica²²¹. Sin perjuicio de la limitación eventual propia del recurso interpuesto (casación, por ejemplo), los motivos comunes –impersonales o que no son estrictamente personales– pueden ser tanto de hecho, en el sentido de disconformidad con la plataforma fáctica que sostiene la decisión, como de derecho o de valoración jurídica de aquello que fue establecido.

Hay casos aparentemente sencillos, pues quien alega, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante, parece indicar un motivo estrictamente personal, motivo que, si triunfa como tal y consigue la sentencia favorable, no se extiende a los demás coimputados. De la misma manera, quien defiende que la víctima del homicidio no ha fallecido o no sufrió ataque criminal alguno, parece que funda su recurso en un motivo que no es personal y, por tanto, se extiende a los demás, en caso de triunfar. Sin embargo, ni una ni otra situación resultan impensables como motivos contrarios, impersonal en el primero de los casos, personal en el segundo de ellos. Repárese, por ejemplo, en un naufragio, durante el cual algunos náufraeos, para salvar sus vidas, deciden conjuntamente echar al agua a aquellos que el bote en el cual se hallan no soporta más y que, por sus condiciones, ya no podrán vivir demasiado tiempo (los más débiles), situación probable de constituir un estado de necesidad disculpante cuya demostración para uno alcanza a varios. De idéntica manera, quien sostiene que la víctima ya había muerto, según sus conocimientos racionalmente fundados, razón por la cual el ataque criminal posterior a la muerte nada significa, puede, quizás, verificar un error que excluye la tipicidad de su conducta y que no necesariamente alcanza a otros.

²¹⁹ Cf. ROXIN, *Strafrecht AT*, t. II, § 26, A, ps. 123 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Segunda parte, Cap. 2º, I, § 5, II, § 6, ps. 652 y ss., y III; ps. 731 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. IV, Tít. sexto, VI y VII, ps. 354 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), § 54, ps. 791 y siguientes.

²²⁰ Obsérvese, por ejemplo, CPP Nación, 441, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 430, II; CPP Córdoba, 452, III.

²²¹ CPP CABA, 272; CPP Nación, 441, I; CPP Pcia. De Buenos Aires, 430, I; CPP Córdoba, 452, I.

De todos modos, en los múltiples ejemplos posibles, salta a la vista también la decisión distinta que, respecto del motivo, personal o impersonal (sin y con comunicación a otros), se insinúa conforme a la forma de *accesoriedad* que se interpreta correcta según la ley penal. En el último de los casos ejemplificados, si quien yerra sobre la muerte de la víctima (ya fallecida antes del ataque, según sus conocimientos fundados: homicidio en una morgue, previo ardid de quienes lo instigan a practicar una necropsia y le dan los instrumentos para ello) es el autor, la *teoría limitada de la accesoriedad* nos diría que los demás (presuntos instigadores, cómplices) no son partícipes de ese hecho –aquello que originariamente les fue imputado–, pero de manera alguna merecen la absolución o el sobreseimiento del autor por error, sino que parecen ellos mismos autores mediatos de un homicidio querido y perpetrado mediante el engaño al autor material, que obró por un error provocado. Lo cierto del caso reside en que el efecto extensivo no es posible, más allá de que la decisión sea o no corregible, según otras reglas (*prohibición de la reformatio in peius, ne bis in idem*, por ejemplo).

II. 2. La razón de ser de la extensión de la solución a otros coimputados que no han recurrido, a pesar de que para ellos –subjektivamente– la decisión ya adquirió valor de cosa juzgada, reside en la *indisponibilidad* de la pena estatal. A contrario de aquello que sucede en materia de Derecho privado comúnmente, que alguien prefiera aceptar la consecuencia jurídica que se expresa para él en una decisión, antes que la continuación del pleito –como también prefiere un negocio jurídico antes que otro–, en razón del carácter *disponible* de los intereses que son ventilados regularmente en los litigios de Derecho privado, también razón de ser del efecto individual de los recursos –sólo para el recurrente–, la consecuencia, en materia penal, es, como tantas veces se ha dicho, la pena estatal, indisponible para cualquiera: mi voluntad no puede determinar, en contra de la ley, la necesidad de sufrir una pena.

Empero, este fundamento sólo es posible de ser sostenido si el efecto comunicante no daña la posición de quien omitió recurrir, esto es, si objetivamente, conforme al valor que el orden jurídico adjudica a ciertas consecuencias, ese efecto de la decisión dictada respecto del recurso de otro interviniente, lo beneficia desde el atalaya que hemos indicado. Sólo de este modo el efecto extensivo respeta la garantía adjudicada a cualquier recurrente –sobre la cual luego volveremos–, la prohibición de la *reformatio in peius*, y deja sólo subsistente la posibilidad de la *reformatio in melius*. Así, el efecto extensivo del recurso de otro interviniente, a quien no recurrió la decisión impugnada, resulta condicionado a la obtención de un beneficio.

No resulta posible, por ejemplo, arribar a la autoría mediata de un homicidio (CP, 79), en lugar de la colaboración secundaria (participación no necesaria, CP, 46) en el homicidio cuyo autor es el recurrente, por verificación del error de tipo del recurrente, provocado por el ardid de aquel que no recurrió y a quien se pretende extender el resultado obtenido por el recurso, con aplicación de la teoría de la accesoriedad limitada (atipicidad de la conducta del autor condenado como tal en la sentencia recurrida por

él). Todo ello a pesar, quizás, de la justicia de la decisión y de su mejor correlación con la verdad de lo sucedido.

II. 3. Una vez alcanzado el conocimiento sobre la fórmula originaria del efecto extensivo de los recursos, resta apreciar algunas adiciones que la legislación local argentina ha ido añadiendo con el tiempo. Resulta correcto afirmar que, si el tercero demandado civil, al recurrir una decisión, consigue verificar ciertos datos que influyen en la situación del imputado o de varios imputados –por ejemplo, que la acción imputada no es antijurídica, sino todo lo contrario, permitida (por ejemplo, aborto por necesidad, peligro para la vida o salud de la madre no evitable por otros medios [CP, 86, inc. 1])–, la decisión de su recurso tenga efecto extensivo para ellos. Para establecer la solución correcta bastaría autorizar que el recurso de cualquier interviniente en el procedimiento, que ponga de relieve un motivo que no sea exclusivamente personal, produzca el efecto extensivo para el imputado. No es correcta, en cambio, según antes se ha advertido, la mención de las circunstancias concretas que producen la extensión (inexistencia del hecho, indeterminabilidad de la autoría, atipicidad o carencia de ilegitimidad), a pesar de que la mayoría de las veces estas cuestiones provocarán el efecto extensivo; pero la fórmula, incluso, deja de lado otras constataciones que podrían favorecer la situación del imputado. Particularmente son discutibles como motivos de extensión de la decisión del recurso, la extinción de la acción penal y los defectos que puede observar la persecución penal, logradas por recursos de las partes civiles, dada la limitación de los recursos de esas partes en el procedimiento²²².

II. 4. No resulta del todo comprensible que aquellos recursos referidos a la actuación procesal válida, cuando la impugnación triunfa, transfieran siempre sus efectos a quienes no recurrieron²²³. Menos comprensible resulta aún, que ello sólo suceda en procesos complejos, en los que existe “acumulación de causas por delitos diversos”. En primer lugar, existen facultades procesales renunciables –la mayoría de las concedidas por la ley; los recursos, que pueden ser desistidos, no representan una excepción–, razón por la cual quienes no las ejercieron, en adhesión a su propia voluntad, no pueden reclamar en virtud de aquello que procuró quien recurrió. En segundo lugar, la omisión del recurso sobre una forma pro-

²²² CPP Nación, 441, II, y 436; CPP Pcia. de Buenos Aires, 430, II, y 425; CPP Córdoba, 452, III, y 447.

²²³ CPP Córdoba, 452, II.

cesal que no ha sido observada, cuando se tuvo la facultad de protestar mediante el recurso, indica ya que el interviniente no valora la observancia de esa forma como absolutamente necesaria para su situación y su defensa; el procedimiento no puede retroceder siempre, incluso por acción de otro (*principio de preclusión*). Quizás alguna forma particularmente indispensable, como la *publicidad del juicio* o el *principio de inmediación* en él, pueda justificar la extensión del recurso de otro a la situación procesal de quien no ha recurrido. Pero el yerro normativo no parece grave, pues la salvedad acerca de las circunstancias exclusivamente personales permite decidir con ecuanimidad aquellos casos en los cuales se ha renunciado a una forma procesal disponible para el interviniente.

II. 5. La solución que el CPP Pcia. de Buenos Aires, 430, III, establece sobre efecto extensivo entre los recursos de las partes civiles –del asegurador hacia el tercero civilmente demandado– no sólo es parcial, sino que, además, representa un entrometimiento ilegítimo en la intervención (*legitimatio ad causam*) que le corresponde al asegurador como tercero citado en garantía (¿litis consorcio necesario o voluntario/ intervención coactiva o voluntaria del tercero?) y sus consecuencias procesales, pues la ley procesal penal, local por definición, carece de poder para regularlas (CN, 75, inc. 12).

II. 6. Por último, existe un efecto extensivo especial, provocado por los recursos de la fiscalía, quien persigue penalmente en los casos de acción penal pública: su recurso, en todo caso, esto es, aun cuando pretenda la agravación de la decisión recaída en contra de un imputado, si determina una consecuencia beneficiosa para él en la decisión final sobre el recurso, extiende su efecto incluso al imputado que no ha recurrido, cuando ella no se funda en un motivo meramente personal y, por ello, alcanza también a otros imputados. El texto legal, en verdad, pretende ampliar la jurisdicción del tribunal competente para decidir el recurso que, cuando el recurso es interpuesto por la fiscalía, aun en contra del imputado, permite resolver en su favor, aunque él no haya recurrido²²⁴. En verdad, no se trata en purismo o no se trata tan sólo del efecto extensivo de un recurso, aunque lo contiene, sino de la ampliación del poder del tribunal competente por fuera de los límites del recurso interpuesto; así, resulta ser una excepción al principio que limita la competencia del tribunal a los agravios y a los motivos deducidos por el impugnante, excepción que siempre funciona en favor del imputado y que contiene una suer-

²²⁴ CPP Nación, 445, II; CPP Córdoba, 456, II; CPP CABA, 276, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 435, I (cualquier recurso, de cualquier interviniente provoca este efecto extensivo de la jurisdicción del tribunal).

te de efecto extensivo de la resolución final. Con ello venimos a caer en cuenta acerca que el control del tribunal *ad quem*, en principio limitado a los recursos interpuestos y sus motivos, principio que estudiaremos a continuación, ofrece excepciones y, en último término, establece una excepción al *principio de la autonomía de la voluntad* o del *dispositivo* que, por regla general, rige a los recursos.

El CPP Pcia. de Buenos Aires, 435, I, contiene una decisión legal riesgosa que, en favor del imputado, elimina los principios de autonomía de la voluntad y dispositivo que rigen a los recursos, por regla general: cualquier recurso, proceda él de cualquier interviniente, provoca esta ampliación de la competencia del tribunal que debe decidir sobre el recurso, siempre en favor del imputado; con ello, también contiene y extiende a límites poco concebibles el efecto extensivo de los recursos. Tamaño autoritarismo, en una región presidida por la voluntad de las partes antes que por la apertura de la competencia del tribunal, sólo puede medirse de la mano, por ejemplo, del riesgo que corren las partes civiles al interponer un recurso (*reformatio in peius*) y, no necesariamente en último término, también el acusador particular o privado (querellante por delito de acción pública o por delito de acción privada) al hacer uso de la misma facultad. La afirmación no supone mala voluntad del legislador, que, por lo contrario, parece haber querido beneficiar a quien más sufre los efectos de la llamada “pena de proceso”, el imputado –algo así como “el pato de la boda” en materia procesal penal–, sino que, antes bien, indica los peligros que implica la apertura casi sin fronteras del poder de decisión del tribunal *ad quem*, tribunal que, en favor del imputado, procede prácticamente de oficio –sin límite alguno–, a voluntad, a corregir la sentencia según su particular sentido de aquello que denomina “justicia”. Creo que no hace falta señalar en este país el riesgo que ello implica: con sólo estudiar los fallos de nuestra CSN y las teorías jurídicas desarrolladas, precisamente, para ampliar el poder de decisión del tribunal supremo, por fuera de los límites impuestos por la ley²²⁵. Un Poder Judicial gobernado a ese extremo por el principio jerárquico, con desprecio por cierta horizontalidad como principio organizativo, es lo menos parecido a un Poder Judicial independiente, al menos en el aspecto interno.

e) El recurso como facultad discrecional del recurrente, la competencia del tribunal ad quem y los límites del control

I. *La facultad jurídica, su ejercicio y su extinción.* Desde el punto de vista político, los recursos se hallan en un equilibrio precario entre el autoritarismo, proveniente de la necesidad de control de órganos estatales por otros órganos estatales –por regla organizados verticalmente, de

²²⁵ Recuérdese solamente las siguientes “teorías”, todas tendentes al mismo fin indicado en el texto: sentencia equiparable a definitiva, sentencia arbitraria o absurda, repercusión social o gravedad institucional, *per saltum*, por no hablar de fallos más modernos que imponen obligaciones a los tribunales superiores o cortes supremas locales –de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– de decidir sobre ciertos motivos –de Derecho federal– incluso por fuera de la competencia que expresa la ley y la Constitución locales y la CN. Repárese también en el resultado general de todos estos “inventos”.

manera tal que los superiores controlan e imponen su solución a los inferiores-, supuestamente para evitar errores en la decisión, y la libertad de decisión del individuo que fija límites al poder y al control estatal, conforme a sus propias valoraciones particulares. No debe olvidarse que los recursos nacieron como forma de colaboración del administrado con la administración para el ejercicio del control de los órganos inferiores a quienes se les había delegado el poder de decidir por parte de los superiores jerárquicos, control que, en innumerables casos, procedía –incluso– de oficio, sin requerimiento alguno (ver *supra*, b), y que sólo desde allí los recursos “evolucionaron” hacia una supuesta garantía de justicia para el justiciable, en un intento por evitar errores de una decisión judicial, por un método criticable, y por surtir mejor el armamento defensivo de que dispone el litigante. Este equilibrio precario reposa en dos puntos de apoyo: por una parte, la construcción del derecho a recurrir las decisiones judiciales como una *facultad* jurídica de quien es parte en un procedimiento judicial, por tanto de ejercicio discrecional –no obligatorio– para el posible recurrente, y, una vez ejercido ese derecho subjetivo, el desarrollo correlativo, por intermedio del recurso, de una barrera infranqueable para el tribunal que controla la decisión sólo en los límites del agravio puesto de relieve por el recurso interpuesto, facultad concedida por el orden jurídico procesal, que desprecia el control de oficio; por la otra, la organización de los tribunales de justicia y sus normas propias que, regularmente entre nosotros, son siempre dependientes del principio jerárquico. El primer punto de apoyo del equilibrio, que estudiaremos someramente a continuación, representa a la autonomía de la voluntad individual, a la libertad de decisión de quien soporta las decisiones judiciales, y tiene su excepción más clara en el *efecto extensivo* de la decisión sobre el recurso, estudiado inmediatamente antes. El segundo punto de apoyo representa a la organización judicial necesaria para el control, capítulo que estudiaremos posteriormente, en conjunto con una propuesta de reforma integral al régimen de los recursos como facultad de las partes de un procedimiento judicial, nuevo régimen que persigue el objetivo de evitar el autoritarismo intrínseco en él desde su nacimiento.

El dominio del *principio de la autonomía de la voluntad* y de su consecuencia natural, el *principio dispositivo* no deja de ser una paradoja del procedimiento penal. En efecto, al menos el procedimiento por delito de acción penal pública está gobernado por los principios contrarios a aquellos que se pretende dominan los recursos, pero sólo hasta que ellos son posibles e interpuestos, pues, según se observará, a partir de ese instante comienza una historia distinta, dominada, como dijimos, por la libertad de decisión de las partes facultadas a recurrir, que no sólo pueden omitir recurrir, cuando poseen esa facultad y un recurso de alguna de ellas sería eventualmente admisible, sino que, además, pueden limitar su recurso por limitación de su agravio, y así conceder valor de cosa juzgada parcial a ciertos aspectos de la decisión, y hasta pueden desis-

tir de los recursos ya interpuestos y, quizás, de los que ya superaron el control inicial de admisibilidad.

1. 1. Ejercicio. Las leyes procesales destinan unas pocas normas a regular el ejercicio de la facultad que reconocen no sólo para las denominadas *partes* de un procedimiento judicial –sujetos procesales distintos al tribunal que decide–, sino también, en ocasiones, a quienes no son protagonistas del procedimiento pero cumplen en él alguna misión y, desde ese punto de vista, intervienen también en él²²⁶. Ya hemos estudiado el interés por recurrir –*gravamen, agravio*– como condición de la admisibilidad del recurso (ver *supra*, c, II). Ahora expondremos reglas algo más genéricas respecto de la concesión de la facultad a los diferentes sujetos procesales.

La fiscalía reclama nuestra atención no sólo porque su recurso, cualquiera que fuere su signo –en favor o en contra del imputado–, amplía la competencia de decisión del tribunal que resuelve el recurso, según ya estudiamos (ver *supra*, d, II, 6), sino, antes bien, porque, como órgano objetivo de la administración de justicia, sólo interesado en la correcta aplicación de la ley penal, cuenta con una considerable ampliación en la concesión por la ley de su facultad de recurrir, ya que también puede hacerlo en favor del imputado y no tan sólo como representante de la persecución penal oficial, definida como pretensión de condena, única medida de su agravio²²⁷. La fiscalía se puede agraviar, entonces, tanto en contra como en favor del imputado, y puede recurrir, de tal manera, tanto en contra como en favor de él.

Los recursos del imputado poseen la particularidad de que pueden ser interpuestos por su defensor, en varias ocasiones sustituto del imputado durante el procedimiento penal y legitimado también a obrar por él en este ámbito, limitadamente, según veremos al estudiar el desistimiento de los recursos; más allá de ello, cuando el imputado es un menor, incapaz civilmente, también los padres o el tutor pueden interponer por él los recursos pertinentes, aun cuando la ley procesal no les reconozca a ellos categoría de sujetos procesales²²⁸.

²²⁶ Por ejemplo: el perito y el intérprete designados por decisiones accesorias que le conciernen, el testigo, por sus gastos, los abogados por sus honorarios y gastos.

²²⁷ CPP Nación, 433; CPP Pcia de Buenos Aires, 422, II; CPP Córdoba, 444; CPP CABA, 268 (redacción confusa: el texto parece querer decir que sólo puede recurrir en favor del imputado por vicios del procedimiento).

²²⁸ CPP Nación, 434, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 424, I y IV (agrega, respecto del menor, inútilmente al representante legal, pero también al ministerio pupilar); CPP Córdoba, 445, II; CPP CABA (no posee regla similar).

El querellante, tanto particular –por un delito de acción penal pública– como privado –por un delito de acción penal privada y en el procedimiento especial correspondiente–, posee las mismas facultades recursivas que la fiscalía²²⁹, pero no goza de la extensión “en favor del imputado”, antes aclarada para el ministerio público fiscal²³⁰.

Siempre hemos considerado que, si no se desea deformar el sistema penal que informa la acción penal pública (CP, 71), el ofendido no puede poseer idéntico poder recursivo que el ministerio público fiscal²³¹. Por las mismas razones por las que no consideramos posible el agregado de un querellante –por delito de acción pública– con autonomía total respecto de la fiscalía (llamado *querellante conjunto*) y sostenemos, para el caso, al *querellante adhesivo*, sistema que permite concebir a la víctima, básicamente, como un colaborador voluntario de la fiscalía en su tarea de perseguir penalmente²³², también negamos la posibilidad de que, por regla general, se conceda a la víctima u ofendido, o a sus sustitutos, el mismo poder o la misma facultad que la ley concede al ministerio público fiscal. En un sistema de acción penal pública, ejercida básicamente por órganos de persecución penal estatales, resulta de mayor racionalidad instituir formas de acceso de la víctima o de sus sustitutos a la organización del ministerio público, entre ellas, la posibilidad de poner en juego el control jerárquico, propio de ese oficio, cuando el querellante opina que debe interponerse un recurso y la fiscalía que opera en el caso sostiene lo contrario.

Una aplicación extensiva o analógica del art. 10, IV, conduciría, en el CPP CABA, a una solución quizás impensada por el legislador: la omisión de recurrir las decisiones definitivas, que ponen fin a la acción o al proceso, por parte del ministerio público fiscal, o, con mayor razón legal, el desistimiento de un recurso interpuesto por la fiscalía contra una de esas decisiones autoriza a la víctima a interponer o sostener el recurso contra la decisión y transforma el procedimiento en uno de acción penal privada, esto es, en un procedimiento especial que, según la misma ley procesal, no se adapta a las características de la acción penal pública, señalamiento que indica a las claras el yerro en la solución, no sólo desde el punto de vista jurídico (CP, 71 y ss.), sino, antes bien, desde el ángulo de observación del sistema creado por ley y dejado de lado por la solución impuesta.

Las partes civiles, esto es, el actor civil, el imputado como demandado civil, el tercero demandado también como responsable desde el punto de vista del Derecho privado (daños) y hasta el asegurador citado en garantía conforme a la ley comercial de seguros, deberían tener como

²²⁹ CPP Nación, 460: la norma merecería contener la excepción aclarada a continuación en el texto, que ahora debe deducirse de la falta de agravio específico para interponer el recurso, excepción que consagra, con razón, el CPP Pcia. de Buenos Aires, 423.

²³⁰ CPP Pcia. de Buenos Aires, 423, que contiene la excepción.

²³¹ Así lo decide el texto del CPP Córdoba, 446, más allá de las soluciones que adopte en las decisiones particulares, esto es, más allá de casos genéricos en los cuales se concede expresamente la facultad de recurrir la resolución, autónomamente, al querellante.

²³² Ver esta obra, t. II, § 13, A, 3, d, I; § 13, B, 2, a y b; y § 13, C, 1 y 2.

límite de su agravio el interés objetivo que cada uno de ellos representa en la solución de la demanda civil, objeto accesorio del procedimiento penal. Los textos legales no han sido demasiado claros al respecto, pero, en general, expresan esa idea²³³.

I. 2. Desistimiento. Con mayor fuerza se nota el dominio del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los recursos cuando se estudia aquello que podríamos llamar ejercicio negativo de la facultad, esto es, cuando se estudia el efecto de la omisión de recurrir una resolución recurrible contra la cual se posee algún agravio admisible, o cuando se estudia el efecto de la omisión de denunciar todo el agravio o todos los agravios, por aceptación de parte de la decisión como cosa juzgada, o, mejor aún, se desiste de un recurso interpuesto y, quizás, que ya ha superado, incluso, la etapa dedicada al examen de su admisibilidad. Desistir de un recurso ya interpuesto – expresión que equivale a extinguir la facultad, una vez ejercida ella– sólo es una acción cuyo titular es la misma persona portadora de la facultad de interponerlo, incluido allí el ministerio público fiscal; sin embargo, en el caso del imputado, sus defensores, legitimados a interponer un recurso por él, no lo pueden desistir sin la expresión de voluntad clara en ese sentido de aquel a quien le corresponde la titularidad de la facultad, el imputado²³⁴.

El texto de los códigos alude a la posibilidad de que, en la organización jerárquica del ministerio público, los oficios superiores desistan de los recursos interpuestos por sus inferiores jerárquicos, pero éste es un problema cuya solución pertenece al Derecho de la organización judicial y, por lo contrario, no pertenece al Derecho del procedimiento penal.

I. 3. El recurso y la cosa juzgada parcial. Conforme al *principio de autonomía de la voluntad* y, por tanto, al *principio dispositivo* en el ámbito procesal, cada una de las partes es libre para recurrir una decisión, total o parcialmente, o, por lo contrario, para no recurrirla, según su voluntad, sólo estimulada por un parámetro valorativo propio, sin dependencia alguna de la motivación objetiva o de otra persona. De tal manera, no sólo es posible que el autorizado a recurrir deje de hacerlo, aun cuando una

²³³ CPP Nación, 436 y 437; CPP Pcia. de Buenos Aires, 425 a 427; CPP Córdoba, 447 y 448; CPP CABA, no posee norma similar.

²³⁴ CPP Nación, 443; CPP Pcia. de Buenos Aires, 432 (explica con claridad que el mandato no puede disponerse como acción eventual, sino que sólo puede apoderarse con posterioridad a la interposición del recurso por el defensor); CPP Córdoba, 454; CPP CABA, 274 (texto parcial).

decisión le provoque un gravamen, sino que, asimismo, resulta viable que quien recurre no utilice todos los agravios que posee contra una decisión, o, de la misma manera y según el mismo concepto, que resuelva limitar su requerimiento recursivo a la parte de la decisión que le provoca un perjuicio, conforme a su propia estimación. Ello significa, desde otro punto de vista, que su recurso viene limitado por su propia expresión, esto es, por su propia voluntad, expresada formalmente. Es posible, entonces, que toda la decisión o parte de ella, eventualmente recurrible, adquiera valor de cosa juzgada, esto es, dicho en otros términos, que ella represente, aun parcialmente, la solución definitiva del caso juzgado (*cosa juzgada parcial*). Éste es, con explicación sencilla, uno de los problemas del recurso en materia procesal penal, dados los principios que, por regla, lo rigen²³⁵.

Algunos ejemplos: cuando se imputan varios hechos, el recurso puede limitarse a uno de ellos y dejar incólume los restantes (llamada *cosa juzgada vertical*²³⁶); o uno puede agravarse por la consecuencia jurídica que debe soportar, más sencillamente, por la pena impuesta en una sentencia, pero considerar justa la condena o, al menos, carente de fundamentos el recurso contra la condena penal, con lo cual el fallo sobre la culpabilidad adquirirá firmeza (llamada *cosa juzgada horizontal*²³⁷); se puede aceptar que el hecho punible atribuido representa una acción o una omisión antijurídicas, pero sostener que ella es inculpable, esto es, que, por alguna razón, no puede ser reprochada al imputado como autor o partícipe, con lo cual el hecho del autor y su calificación antijurídica adquiere también firmeza; se puede negar los conocimientos necesarios para ser partícipe --¿doloso?-- de la acción --¿dolosa?-- de otro, su autor (*accesoriedad interna*), afirmación que deja firme el hecho antijurídico del autor, en el caso más desfavorable para el condenado que recurre; se puede aceptar la existencia de la acción imputada a otro, su autor, y sostener que ella no representa una *comienzo de ejecución (tentativa)*, razón por la cual la acción del autor no sostiene a la participación, complicidad o instigación (carencia de *accesoriedad externa*) atribuida a quien recurre.

Pero el problema no termina allí y se complica, pues existen casos similares a aquellos citados que reniegan de la posibilidad de agravios independientes y separables. Los presupuestos de la posibilidad de recurrir parcialmente una decisión residen, precisamente, en la *separabilidad* de la parte impugnada de la decisión respecto de aquella que no fue impugnada, de modo que permita un *tratamiento independiente* en la decisión del recurso, *sin contradicciones* con aquella parte no impugnada de la decisión, que, supuestamente, adquirió valor de cosa juzgada (parcial).

²³⁵ Monográficamente (escrito de habilitación), GRÜNWALD, *Die Teilrechtskraft im Strafverfahren*.

²³⁶ Cf. VOLK, *Grundkurs StPO*. (6ª ed.), § 34, III, 1, p. 301; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 53, III, 2, a, p. 409.

²³⁷ Cf. VOLK, *idem*, § 34, III, 2, b, p. 302; ROXIN/SCHÜNEMANN, *ibidem*.

Ejemplos: el hecho de la aceptación del *efecto extensivo* de los recursos, por contraposición de los motivos comunes con los individuales (ver *infra*, 4, d, II), ha permitido que, en los casos de conexidad subjetiva (varios imputados), la posibilidad de impugnación parcial –de unos y no de otros– sea considerablemente mayor (piénsese el caso sin esa solución legal); la cuestión de la medida de la pena, separada de la cuestión de culpabilidad, es paradigma de la posibilidad de un recurso y de la cosa juzgada parciales (sin embargo, si fueron impuestas varias penas divisibles, no parece posible separar y juzgar de manera independiente unas, la privación de libertad, por ejemplo, y no otras, la multa, que habría adquirido firmeza, pues la medida de la pena depende de ciertos parámetros comunes para una y para otra); algo similar ocurre con la cuestión de la medida de la pena según la culpabilidad del autor, decisión que, en ocasiones, influye sobre aquello –el fallo de culpabilidad– que, se supone, goza del valor de cosa juzgada parcial. También los casos de unidad de hecho por concurso ideal (CP, 54) y la separación entre los diversos niveles analíticos de la teoría del delito revelan problemas y escasa vocación por la posibilidad del recurso y la cosa juzgada parciales; por lo contrario, la cuestión de la pena o de la medida de seguridad resulta más propicia a esa posibilidad, siempre que la decisión del punto recurrido no tenga influencia alguna en otras sanciones o en la cuestión de culpabilidad²³⁸.

Si la limitación del recurso interpuesto tan sólo parcialmente contra la decisión es inadmisibile, porque resulta imposible decidir separadamente sobre él, en decisión con independencia de la parte no impugnada de ella, dadas las contradicciones a que podría conducir el fallo sobre el recurso respecto de los otros puntos no impugnados de la decisión, el recurso debe valer como si hubiera sido deducido contra la decisión íntegra²³⁹. La inadmisibilidad del recurso parcial no conduce necesariamente al rechazo del recurso, también por inadmisibile.

II. *La competencia del tribunal ad quem y su límite*. Derivado de la caracterización jurídica de los recursos como facultad de los autorizados a recurrir y, consecuentemente, de los principios antes citados que los rigen, el primer límite a la capacidad de decisión del tribunal lo fija el mismo recurso, porque la *competencia del tribunal ad quem* –esto es, su poder de control sobre la decisión del *a quo* y su poder de decisión frente a ella– es tan grande o tan pequeña como el agravio del recurrente y el motivo de control que él expone: el recurso atribuye al tribunal el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios expuestos: tanta competencia como la que implica el motivo del agravio del recurso deducido, regla que se expresa con el aforismo en

²³⁸ Cf., con sinnúmero de ejemplos, HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (22ª ed.), § 100, IV, ps. 392 y s., con bibliografía específica en idioma alemán; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 53, B, III, ps. 408 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO*, § 34, III, ps. 301 y siguientes.

²³⁹ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *idem*, d, p. 409; VOLK, *idem*, p. 301.

latín *tantum devolutum quantum appellatum*²⁴⁰. Esta regla ha sido alterada por el modo con el que la ley regula la declaración de nulidad de un acto procesal: cuando él constituye una afectación directa de una regla constitucional que establece un principio de garantía para el justiciable o cuando la ley lo establece expresamente, los tribunales que intervienen deben proceder, de oficio, a subsanar el defecto del acto y, cuando fuere necesario y posible, mandar a renovar, rectificar o ratificar el acto anulado²⁴¹. Tengo la impresión de que los tribunales superiores usan a menudo esta regla de excepción y lo hacen, incluso, en perjuicio de aquel a quien ella intenta proteger, con olvido de dos principios básicos: en primer lugar, de la prohibición de utilizar estas reglas de garantía en disfavor de la persona a quien ellas pretenden garantizar y, en segundo lugar, de la prohibición de la *reformatio in peius*, principio que estudiaremos a continuación. Con ello queremos advertir acerca de la utilización excepcional de esta autorización—su exceso conduce al autoritarismo judicial, dada la organización al extremo jerárquica de nuestros tribunales—, sólo cuando su uso conduce a la posibilidad de una mejor solución del caso para el imputado, que expresa, además, el límite posterior de esa fundamentación.

Para “probar” a alumnos y examinandos siempre acudí a un ejemplo extremo: el caso del imputado torturado para que informe y de su declaración que, en definitiva, lo ayudó, al establecer la base para que el tribunal conociera datos que condujeron a la sentencia absolutoria. Sin perjuicio de la persecución penal del funcionario autor de la conducta punible (aplicación de tormentos, CP, 144 *ter*), resulta imposible en el caso, jurídicamente, que un tribunal de casación anule la sentencia absolutoria y disponga un nuevo juicio, con eliminación de la declaración coacta del imputado, más allá de que tal coacción hubiera sido uno de los motivos del recurso del imputado atormentado o —peor— de que el tribunal hubiera asumido de oficio este grave defecto del procedimiento, con la excusa de que se trata —ciertamente— de una infracción a reglas constitucionales. Me da pena decirlo pero he observado en múltiples ocasiones que ese caso, resuelto casi invariablemente bien por los alumnos, era, con ciertas variaciones sin importancia para la decisión, resuelto en sentido contrario por tribunales superiores de nuestras organizaciones judiciales. La razón oculta se puede intuir: no les gustaba la decisión, favorable al imputado, quizás errónea, y pretendían que un nuevo procedimiento condujera a la decisión que los jueces estimaban justa, desfavorable para el imputado, si se la comparaba con la decisión anulada. ¡Las autorizaciones para que los jueces procedan de oficio son peligrosas y, por tanto, desconfiables! Piénsese en el problema que ha provocado el caso “Tarifeño”, decidido de oficio por

²⁴⁰ CPP Nación, 445, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 434, I; CPP Córdoba, 456, I; CPP BA, 276, I.

²⁴¹ CPP Nación, 168, II, y 172, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 203 y 207, III (ver art. 434, que agrega, con texto erróneo y sin demasiado sentido, la excepción de que hablamos a la regla de competencia); CPP Córdoba, 186, II, y 190, III; CPP CABA, 71, III, 73, I, y 75, III.

nuestra CSN –pues el recurso extraordinario, juzgado inadmisibile previamente por la propia Corte, no contenía el motivo de agravio que dio pie a la anulación de la sentencia por carencia de un presupuesto procesal, el requerimiento condenatorio del acusador al finalizar el debate–, en relación a la decisión final a adoptar, una vez descalificada la sentencia, y en las nuevas precisiones que la Corte ha estimado en la jurisprudencia posterior²⁴².

Una nueva excepción al principio estudiado está representado por el efecto de los recursos de la fiscalía, que, hayan sido interpuestos en sentido persecutorio o en sentido contrario, permiten siempre la modificación o revocación de la decisión impugnada, en beneficio del imputado²⁴³; ello equivale a autorizar la decisión sobre el recurso por fuera de los agravios y de los motivos expuestos por el recurrente, en otras palabras, facultar para el ejercicio de oficio del poder jurisdiccional. Hemos tratado antes el tema con solución por el *efecto extensivo* del recurso²⁴⁴, pero se debe reconocer que la autorización representa una considerable ampliación de la competencia temática de decisión del tribunal. Idénticamente a aquello que sucede con el efecto extensivo, cuya extensión subjetiva del motivo de agravio indicado por una de las partes no está representada por la formidable extensión temática que esta norma de excepción supone, la facultad concedida al tribunal cognoscente supera los límites de los recursos, si se los entiende como expresión de la autonomía de voluntad de las partes de un procedimiento, para ingresar de lleno al control de oficio, una vez que el caso se abrió a su conocimiento por cualquier motivo; sólo resulta necesario el primer impulso, que no puede cumplir el tribunal, el señalamiento de la decisión como injusta por cualquier motivo; el resto, en los recursos con efecto devolutivo, es puro control jerárquico del tribunal, claro que únicamente en una dirección, en favor del encausado. Si esa facultad no se utiliza con mesura, puede representar una apertura total del poder de decisión del tribunal, de su competencia –clara en el texto del CPP Pcia. de Buenos Aires–, que nos conduzca al autoritarismo judicial por la vía de la organización jerárquica de los tribunales, forma de organización judicial común entre nosotros²⁴⁵.

²⁴² Cf. MAIER/LANGER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y ss; noticia en esta obra, t. II, § 9, F, 2, c (ver fallo citado, nota al pie n° 280).

²⁴³ CPP Nación, 445, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 435, I (cualquier recurso de cualquier interviniente provoca ese efecto); CPP Córdoba, 456, II; CPP CABA, 276, II.

²⁴⁴ *Supra*, 4, d, II.

²⁴⁵ A fuer de sincero, mi experiencia práctica no detecta un abuso tal como el expresado en el texto.

Las preguntas que restan son algo complejas y la ley procesal penal, escueta en el caso, no auxilia para elaborar sus respuestas. La primera, y más importante, reza: ¿es necesaria sólo la interposición del recurso por la fiscalía para que se abra la competencia del tribunal en el sentido favorable al imputado o se requiere algo más, que el recurso de la fiscalía sea admisible? Un recurso inadmisibles –cualquiera que sea el motivo por el que tal calificación judicial sobrevenga– no puede, por regla, habilitar la competencia del tribunal, razón por la cual la mera interposición del recurso por la fiscalía no basta para abrir la competencia de control en favor del imputado del tribunal *ad quem* o del mismo tribunal que antes decidió en un recurso que carece de efecto devolutivo. Para que ello suceda es preciso que el recurso de la fiscalía sea admisible. Cualquiera que sea la instancia en la cual se declare inadmisibles al recurso por decisión firme –por el tribunal *a quo*, decisión no recurrida, o por el tribunal *ad quem*, como resultado de la confirmación de aquella decisión por la recaída en un recurso de queja o por revocación de la admisión del recurso debida a la decisión del *a quo*–, esa inadmisibilidad perjudica la aplicación de la excepción comentada. Tal solución parece desprenderse naturalmente y aventa el peligro de interposiciones burdamente inadmisibles de recursos por la fiscalía, con la única finalidad de abrir la instancia de control, al menos en favor del imputado, del tribunal *ad quem* o del mismo tribunal en un recurso que carece del efecto devolutivo, instancia que, más allá de lo expresado, podría dirigirse al fin opuesto, a obtener certezas parciales acerca de lo ya actuado y decidido en el procedimiento.

La segunda pregunta reza: ¿qué influencia arroja sobre la regla de excepción el desistimiento del recurso por parte de la fiscalía, incluida allí la pregunta por un recurso ya admitido según el procedimiento de control establecido para ello? La respuesta a la pregunta es, según nuestra opinión, bastante más discutible que la anterior. Parece natural que, autorizado el desistimiento de un recurso por parte de quien lo interpuso, el acto no pueda sino concebirse como la expresión de voluntad contraria a la interposición, de modo que, en el caso, careceríamos del presupuesto mínimo fijado para abrir la competencia del tribunal. Conforme a ello, la respuesta negativa se impone: desistido un recurso por la fiscalía, tampoco es posible que el tribunal se apodere del caso para decidirlo en favor del imputado. No obstante, *desistir* no significa borrar la existencia del acto anterior de interposición, único presupuesto de aplicación de la regla, sino, tan sólo, arrepentirse de esa expresión de voluntad. De tal modo, si el recurso es admisible y, más aún, si ya ha sido admitido por intermedio del procedimiento regular para ello, la fiscalía no puede, por voluntad propia, mellar la competencia del tribunal mediante el desistimiento de un recurso admisible. Recuérdese también, en apoyo de esta tesis, que el desistimiento no debe perjudicar a otras partes, de conformidad con la interpretación extensiva o analógica de la regla básica del desistimiento²⁴⁶.

La tercera cuestión ofrece la siguiente pregunta: ¿cuándo es favorable al imputado, respecto de la decisión impugnada, la decisión del tribunal *ad quem* o, a secas, la segunda resolución en un recurso que carece del efecto devolutivo? El problema tampoco es sencillo y depende, a nuestro juicio, de ponderaciones concretas en los casos judiciales en que ello es necesario. Pero, como se trata del núcleo de la próxima limitación a estudiar, invertido el concepto –*reformatio in peius*–, tendrá allí su respuesta.

²⁴⁶ CPP Nación, 443, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 432, I; CPP Córdoba, 454, II; CPP CABA, 274, I.

III. *La prohibición de la reformatio in peius*

III. 1. Una primera formulación del principio, común para el Derecho continental europeo²⁴⁷ y para nosotros²⁴⁸, define el principio: la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado en la clase y medida de las consecuencias impuestas --cuando impone alguna--, cuando han interpuesto un recurso admisible solamente él mismo, su defensor o representante legal, o la fiscalía en su favor. Para todos, la razón de ser de una regla como la definida es evitar que el temor por una apertura tal de la competencia del tribunal, que admita cualquier solución del caso, incluso desfavorable para él en comparación con la que ofrece la sentencia recurrida, evite o paralice los recursos del imputado. Los recursos, así, no pueden perjudicar a quien los interpone, si no existe recurso de la parte contraria, en materia penal, no pueden perjudicar al imputado, si el acusador, la fiscalía o el querellante, no han recurrido. Así definido el principio, no asombra que alguien no lo considere un principio que proviene de la concepción del Estado de Derecho²⁴⁹. Es probable que el nacimiento de la regla, así definida, tenga origen en el procedimiento civil clásico, esto es, en el *proceso de partes*, concebido como un enfrentamiento intelectual entre quien demanda y quien es demandado, las partes. Debido a ello, parece natural que el recurso de una parte contra la decisión no pueda perjudicarla, salvo cuando la contraparte también recurrió. Sin embargo, un proceso penal *adversarial*, tal como el desarrollado en el mundo anglosajón, ha sido más cuidadoso, probablemente por su concepción del principio *ne bis in idem* (prohibición del *double jeopardy* [de someter a un doble riesgo al acusado]) y de la garantía de control que significa el recurso del acusado contra su condena²⁵⁰, y ha terminado por definir el principio de garantía estudiado en el sentido material que abordaremos bajo el próximo rubro, como prohibición absoluta de que algún recurso contra la sentencia pueda posibilitar un perjuicio para el acusado; al cerrar la puerta del recurso acusatorio contra la sentencia, contra la absolución o contra una condena estimada leve, clausura a la vez, unida a la afirmación de la *prohibición de reformatio in peius*, toda puerta para modificar la sentencia en contra del acusado.

²⁴⁷ Cf. PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), § 72, II, ps. 617 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), § 96, V, 1, p. 368; VOLK, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), § 34, 4, p. 303; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 53, VI, p. 412.

²⁴⁸ CPP Nación, 445, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 435, II; CPP Córdoba, 456, III; CPP CABA, 276, III.

²⁴⁹ Cf. VOLK, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), § 34, 4, p. 303.

²⁵⁰ Ver esta obra, t. I, § 6, H.

Antes de proseguir es preciso aclarar que la *prohibición de la reformatio in peius* constituye entre nosotros un principio general de los recursos, por lo tanto, aplicable no sólo a los recursos contra la sentencia, sino, además, a todos los demás recursos, especialmente a la apelación de resoluciones interlocutorias. Pero también debe acotarse que su mayor importancia reside en el recurso contra la sentencia del tribunal de mérito, cualquiera que sea la extensión del recurso previsto. Por lo demás, cuando el recurso versa sobre materia procesal, si bien existen casos claros que permiten ponderar el beneficio o el perjuicio para el recurrente en comparación con la resolución que él recurre²⁵¹, en variadas ocasiones no permite una ponderación tan clara y menos aún *ex ante*. En los próximos puntos, por ello, prestaremos principal atención al recurso contra la sentencia, sin perjuicio de que muchas de sus conclusiones sean aplicables, también, a recursos intermedios contra decisiones interlocutorias.

III. 2. Según advertimos, una concepción tal del principio estudiado, que en materia penal sólo descansa sobre su aspecto formal –que se defina como garantía de evitar el perjuicio, salvo que el perjuicio sea querido por otro–, está lejos de representar, en primer lugar, una regla debida al Estado de Derecho, precisamente porque también está lejos de reconocerse como un principio de garantía para el acusado. En cambio, si la definición partiera de un punto de vista material e impidiera –en unión con otros principios de garantía del sistema penal del Estado de Derecho– que, una vez juzgado el acusado, él pudiera volver a ser juzgado para “empeorar” su situación jurídica, a pedido de los acusadores, vencidos total o parcialmente en el juicio, y sólo se concediera un recurso al acusado para someter a control su agravio, ella alimentaría la opinión de que se trata de una regla de garantía para el acusado, propia del Estado de Derecho. Así, según opino, debería formularse la regla, pues, de otro modo, la simple voluntad de uno de los acusadores la deja automáticamente sin efecto.

En los §§ 6 y 7 de este libro, bajo las letras E, n° 4, y H del primero y D del segundo de ellos, se defiende esta posición²⁵². Para no repetir explicaciones y argumentos sólo diré, por remisión, que la *prohibición de la reformatio in peius*, referida a la sentencia que finaliza un juicio público, sólo es concebible como garantía unida al auxilio que le prestan, por una parte, la garantía de la prohibición de una múltiple persecución penal (*ne bis in idem*), representada allí por la prohibición de una nueva posibilidad para el acusador de obtener la condena deseada, después de haber sido juzgado el acusado –prohibición precisamente contraria a la permisón de un nuevo juzgamiento–, y, por la otra, la garantía de la existencia de un recurso para el condenado contra su condena, recurso que no es concebible si subsiste el sistema *bilateral* de los recursos –concesión por la ley de la facultad recursiva para todas las partes intervinientes–, pues conduce, claramente, a un *regressus in infinitum*. En efecto, con el sistema bilateral es

²⁵¹ Las medidas de coerción y las excepciones en primera línea.

²⁵² V., además, MAIER, *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, ps. 941 y siguientes.

siempre posible que el acusado sea condenado o, de otro modo, impuesta la pena o medida mayor que deberá cumplir, por el último tribunal previsto en la organización judicial según las normas de competencia, condena contra la cual, si se es consecuente con la facultad de recurrirla por parte del condenado –derecho expresado no sólo por los derechos nacionales, sino, además, por las convenciones internacionales sobre derechos humanos–, es viable su recurso para un nuevo juzgamiento... y todo, al parecer, comienza de nuevo, conforme al sistema bilateral, que no establece sino una garantía similar para el acusador, público o privado, respecto de la condena deseada por él.

Aunque no toco el caso de las apelaciones interlocutorias, estimo que estos razonamientos pueden ser extendidos a esos recursos, con la debida medida, por medición de las consecuencias.

III. 3. Difícil de solucionar en todo caso, con parámetros precisos, resulta el extremo relativo a la ponderación perjuicio-beneficio de la sentencia que decide el recurso y de aquella que lo provoca. El límite máximo que evoca el principio consiste en la confirmación del resultado de la sentencia recurrida. Por resultado y por extremo de comparación el principio se atiene a las consecuencias jurídicas que, eventualmente, emergen de una sentencia²⁵³. En materia penal, la penas y las medidas de seguridad y corrección representan a esas consecuencias. Por lo tanto, una sentencia que corrija el fallo de culpabilidad, sin tocar la pena o medida de seguridad impuesta o, en su caso, las disminuya, no resulta criticable conforme al principio, aun cuando desde el punto de vista de la amenaza abstracta de la ley penal la nueva sentencia condene por un hecho punible más grave. Los parámetros según los cuales se mide la mayor o menor gravedad de la consecuencia parten, en principio, de la ley, para el caso de la ley penal: por ejemplo, desde el ángulo de observación de la clase de penas, entre las penas privativas de libertad, la reclusión es más grave que la prisión; la pena privativa de libertad es más grave que la pena de multa, ésta, a su vez, más grave que la inhabilitación según el CP argentino, 5 y ss.; según su extensión o medida, las penas perpetuas son más graves que las temporales y, entre las divisibles, la gravedad está expresada por su medida.

Pero, en abstracto, mucho más allá no se puede pretender ir. Especialmente discutibles son los casos en los cuales dos penas integran la consecuencia jurídica de la sentencia y no resultan comparables porque sus respectivas extensiones difieren de distinta manera en ambas sentencias; la regla, en este caso, parece privilegiar la pena más grave como metro de comparación. De la misma manera, resultan difíciles de comparar sentencias que establecen ciertos beneficios, como la condena de ejecución condicional más grave, con la condena que debe cumplirse a la misma pena, pero más leve.

²⁵³ Texto expreso del CPP Córdoba, 456, III, y opinión preponderante en el Derecho comparado, amparada en el texto expreso de la ley: ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 53, VI, 2, p. 413; VOLK, *Grundkurs StPO* (6ª ed.), § 34, IV, p. 303.

Esos casos complejos deben resolverse particularmente, mediante las reglas antes determinadas. Las medidas de seguridad y corrección están también sometidas a la prohibición de reforma en disfavor del acusado, pero la doctrina y la jurisprudencia comparadas han dejado de lado algunas de ellas –el internamiento en un establecimiento psiquiátrico²⁵⁴– en razón de los propósitos de la medida, nunca calificados como desfavorables para el acusado. Lo cierto es que, en algunas medidas de seguridad y corrección, consecuencias más administrativas que penales, aunque en ocasiones sean cumplidas como una pena, con privación de libertad, resulta también difícil la comparación y, más aún, entre penas y medidas de seguridad que se cumplen, por ejemplo, con encierro.

f) *¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?* ***Nueva visión de los recursos***

I. *La supresión del sistema de recursos.* El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales (ver este apartado, *b*), marcadamente autoritario, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre ese autoritarismo y la comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de Derecho en materia penal –equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo–, por la otra, han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritarias no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me ha conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptarlo mejor a la idea política del Estado democrático de Derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, en ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos²⁵⁵.

²⁵⁴ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 54, 2, c, p. 413.

²⁵⁵ Las reglas y los desarrollos jurisprudenciales que ha provocado el *derecho al recurso del condenado* contra la sentencia condenatoria, incluidos allí las reglas del Protocolo n° 7 de la llamada Convención europea sobre derechos humanos (cf. mi tantas veces citado *Anfechtung der Verurteilung: Garantie des Angeklagten oder Entscheidungskontrolle*, V, p. 948), la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004) y la de nuestra CSN, de forzada adaptación (caso “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa” –C.1757.XL, recurso de hecho, causa n° 1681–), no sólo se desinteresan de las reglas básicas del proceso penal de un Estado de Derecho y de su realización práctica, sino que hacen honor a aquella respuesta de Sebastián SOLER a Alfredo ORGAZ en una de las polémicas honrosas de nuestra producción jurídica, a propósito de la repercusión civil de la sentencia de condena penal (ORGAZ/SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, p. 44): “pero sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos”.

Cuando uno se pregunta ¿por qué recursos contra las decisiones judiciales?, responde, en primer lugar, con el temor al error del primer tribunal y del primer juicio. Pero, no bien advierta que es del todo posible la producción del yerro en la decisión del segundo tribunal y en el segundo juicio acerca del problema planteado en la decisión²⁵⁶, seguramente caerá en cuenta de que, históricamente, el temor reside en una razón varias veces más práctica, al menos –pero no sólo– en nuestro sistema: el número de jueces que integra los respectivos tribunales, menor el de primera instancia que el de segunda instancia, tribunales integrados con un número mayor de jueces²⁵⁷, dado que, como parece natural, un número mayor de jueces, los que integran los tribunales superiores, requiere mayor deliberación entre ellos sobre la solución del caso y, contrariamente, precisamente por esa razón, existiría así un menor espacio para el error en este supuesto. Entre nosotros, el argumento es todavía más certero porque el temor se reduce a las sentencias del juez unipersonal, cuando opera como juez de mérito, juez que, por ello, no sigue procedimiento formal alguno de deliberación para la obtención de la sentencia, sino que –se puede decir– delibera el caso consigo mismo, en el silencio de su despacho²⁵⁸. Si una mayor estructura de deliberación en la construcción de la sentencia, asegura mayor acierto o menor posibilidad de error es algo que puede discutirse, pero sí parece indudable que esa realidad, unida a otras que fundan argumentos coadyuvantes, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo y en la realización correcta del mismo procedimiento para arribar a él²⁵⁹.

²⁵⁶ No será la primera vez que ello suceda, ¿no es cierto?; multitud de anécdotas acuden a mi mente, como recuerda el texto de un tango famoso. Ver esta obra, t. I, § 7, nota al pie 99: al decir de BINDING, prevalece el tribunal peor informado sobre el mejor informado, realidad que conduce a la idea de que los recursos aspiran a lograr otra finalidad: asegurar una organización judicial vertical, regida por el principio de la jerarquía.

²⁵⁷ No es casual que, en Alemania, contradictoriamente, sólo las sentencias por hechos punibles menos graves, por tanto, eventualmente, también penas leves, puedan ser impugnadas mediante un recurso amplio (cualquier agravio y fundamento de injusticia), la llamada *Berufung* (apelación), mientras que las sentencias por hechos punibles de mediana criminalidad y graves, amenazados con penas más graves, sólo son impugnables por casación (*Revision*), recurso limitado a la crítica sobre errores de procedimiento y relativos a la interpretación y aplicación de la ley penal material (infracción a la ley); cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), §§ 54 y 55, 413 y ss.; para la sorpresa que explica la nota, correspondida por todos los autores alemanes, pero no criticada por ellos, sino, antes bien, explicada políticamente y defendida con fuerza poco habitual, en especial § 54, B, ps. 414 y s.; también MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, Libro Tercero, Cap. 3, *Advertencias*, p. 272.

²⁵⁸ Éste es el caso del CPP CABA, 279, I, 281, I, y concordantes.

²⁵⁹ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *ibidem*.

No obstante, la objeción histórica de un juez francés, enojado por este procedimiento de control²⁶⁰, me parece atendible: si ese número mayor de jueces que colaboran en un tribunal, unido a su mayor sapiencia y seriedad para la función que se predica, y a su mayor experiencia, garantiza una mejor sentencia, ¿por qué no prescindir del juez de primera instancia y acudir directamente al tribunal de segunda instancia, mejor integrado desde todo punto de vista?; ¿para qué perder tiempo y algo más en sostener una organización judicial con dos instancias, si ya bastante demora y cuesta el procedimiento penal en sí mismo?, tiempo y dinero que podría ahorrarse de conocer en primera instancia el tribunal que satisface los deseos de justicia bien lograda, en la segunda instancia. Más razón le asiste a esta tesis si pensamos en los principios que rigen el juicio penal, dificultados sobremanera en una segunda instancia, al punto de que ella constituye, llevada a cabo correctamente, con satisfacción de esos principios —al decir de alguien que sí demostró su saber²⁶¹—, una “segunda primera instancia” y no tan sólo una segunda instancia.

La imposibilidad de contestar este sencillo argumento da pie a la solución. No resulta importante la creación de varias instancias, pues de su crecimiento en número no depende la mejor administración de justicia, ni la evitación de errores; si la cuestión fuera así de sencilla, bastaría pensar en cuántas instancias necesitamos para una administración de justicia ideal y perfecta, y obrar normativamente en consecuencia, con la mayor aproximación posible a ese ideal. Sí es importante, en cambio, discutir cómo debemos integrar satisfactoriamente un tribunal para decidir un caso o un aspecto parcial de ese caso, más sencillamente, cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión. Esa es una pregunta política, en principio, a decidir quizás por aproximación a un ideal²⁶², que puede tener respuesta, como tantas otras, por juicios de oportunidad, dependientes del contexto real en el que se inscribe la pregunta y de las posibilidades reales de una respuesta, pero también en atención a parámetros normativos y, además, quizás por inclusión de una mezcla de ambos conceptos. Del mismo modo deberíamos pregun-

²⁶⁰ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *DPP*, t. I, 236, transcribe a MEYER, *Espris, origine, et progrès des institutions judiciaires*, V, p. 236: “si los jueces de grado valen más que los de primera instancia, que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos”.

²⁶¹ BINDING, Karl (4ª ed., Berlín, 1900), citado y traducido por CASTILLO GONZÁLEZ, en *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, n° 41. Ver esta obra, t. I, § 6, 3, a, y § 7, D.

²⁶² Por ejemplo, juicio por jurados (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), para qué casos y cuántos jurados.

tarnos por el modo de proceder de esos jueces para resolver las diferentes cuestiones, pregunta que, en relación a la sentencia, ya contestan con claridad y suficiencia nuestros códigos de procedimientos penales.

Preguntas como ¿cuántos jueces y de qué clase deben integrar el tribunal que decida una prisión preventiva?, resolución que hoy decide un juez unipersonal y es apelable ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces, pueden tener respuestas únicas o respuestas variadas según la gravedad de la situación. Sería natural que la orden de detención la expida, de ordinario, un juez unipersonal e inaudita parte, por el peligro que sufriría su ejecución con la demora, pero también que ella fuera revisable, inmediatamente o a pedido, en una audiencia, presidida por un tribunal colegiado, en la cual pueda ser tratada la cuestión ampliamente, incluso desde el punto de vista de su reemplazo por medidas de coerción de menor gravedad (hoy llamamos a esa posibilidad *excarcelación* o *eximición de prisión*). Sería también deseable que la prisión fuera examinable en períodos de tiempo y de la misma manera, por un tribunal integrado como el anterior o, quizás, por más jueces, cuando la prisión preventiva alcance una duración mayor, determinada por la ley. Con ello no se está tan lejos de la actual apelación, pero el sistema parece más racional.

Si ello es correcto, ya podemos prescindir durante el procedimiento, al menos en gran medida, del sistema de recursos. Obsérvese que, durante el juicio público, ello ya ha sucedido²⁶³, por elementales razones de concentración, celeridad y coordinación. Por las mismas razones, que pueden ser descritas como el máximo de celeridad con el menor esfuerzo posible —*economía procesal*, si se quiere—, es ahora recomendable pensar en el procedimiento hacia atrás y llevar a cabo una transformación posible, sobre todo en el procedimiento preliminar. Ciertamente los recursos, maguer toda decisión legal que pretende lo contrario, son la causa más clara de prolongación temporal e interrupción del trámite de un procedimiento penal en curso.

II. *El recurso del condenado como garantía judicial*. Dos son las razones básicas según las cuales no podemos proceder de esta manera con el recurso del condenado contra la sentencia de condena; la afirmación rige también, analógicamente, para el recurso de quien, a pesar de no ser condenado, soporta, según la sentencia penal, una medida de seguridad y corrección, sobre todo cuando esa medida representa la privación de su libertad. Sobre el particular ya hemos escrito suficiente²⁶⁴, pero vale la pena repetir, sintéticamente, ciertos conceptos.

²⁶³ CPP Nación, 440; CPP Pcia. de Buenos Aires, 429; CPP Córdoba, 451; CPP CABA, 273.

²⁶⁴ Esta obra, t. I, § 6, E, 4, y H, y § 7, D.

La primera razón es más que simple y trae a colación la justificación del Derecho positivo, de un Derecho positivo muy especial, porque se trata del Derecho internacional de los derechos humanos y de nuestra CN. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2.h, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5, ambas no sólo ratificadas por nuestro país –con lo cual pasaron a formar parte, prácticamente, de su legislación interna–, sino, antes bien, con actual estatus constitucional (bloque de constitucionalidad), en virtud del texto vigente del art. 75, inc. 22, de nuestra CN, disponen que la persona juzgada en un procedimiento penal tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante un tribunal superior –se supone, cuando ese fallo le es desfavorable– o, con un texto más claro, que quien es declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto en él sean sometidos a un tribunal superior, según previsión legal. El Derecho positivo no deja dudas acerca del derecho de un imputado condenado y de alguien que, incluso, no fue condenado, pero sufre una disminución de derechos según la sentencia penal, salvo pequeños errores del texto fácilmente solucionables por analogía en favor de quien es portador de la garantía, interpretación antes aclarada en nuestro texto. La facultad debe ser reglamentada por la ley procesal penal –establecer un recurso idóneo como una facultad del portador de la garantía– y el relativo –pero sugestivo– desliz acerca de la existencia de un “tribunal superior” en la organización judicial puede ser fácilmente explicado como la necesidad de que ese tribunal tenga poder, emanado del recurso interpuesto, para revocar, modificar o transformar la sentencia dictada por el primer tribunal que intervino y ya juzgó, decisión que, precisamente, es objeto del recurso.

La segunda razón resulta más compleja para explicar. El Estado de Derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un sólo juicio en contra del trasgresor, para fundar una condena y una pena (o una medida de seguridad y corrección grave), sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena o la medida no aceptan la decisión estatal, precisa que, en principio, otro juicio, presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por lo contrario, si ese no es el caso, que la revoque. Desde otro punto de vista relativo al perseguido penalmente: el Estado de Derecho en su forma actual, según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, si lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica. Con ello podríamos sentenciar que la condena, o la aplicación de una pena o de una medida, si quien debe soportar la pena o la medida lo requiere, debe tener como fundamento dos condenas en dos juicios distintos. Allí aparece el *derecho al recurso* como

la expresión de voluntad de aquel a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad, en el sentido de la realización de este nuevo juicio, del aprovechamiento de esta segunda chance, que el orden jurídico procesal penal le ofrece.

Claro es que tal facultad es susceptible de ser reglamentada por la ley, siempre y cuando tal reglamentación no la suprima o altere de tal manera que equivalga a suprimirla (CN, 28). Por una parte, quien desee esta segunda chance deberá invocar primero, y luego verificar, que el error que supone en la primera sentencia, que le impone una pena o una medida, es plausible, esto es, racional, probable, caso en el cual dará pie a la apertura del nuevo juicio, que versará sobre su agravio y decidirá con el límite de la extensión de su agravio. Por lo demás, si el error supuesto no toca a las comprobaciones fácticas de la sentencia, que permanecen incólumes, el mismo tribunal que estudia su plausibilidad podrá ahorrar tiempo y procedimiento, y establecer el nuevo orden (condena más leve o absolución) al admitir el recurso, si no son necesarias verificaciones posteriores (por ejemplo, sobre la medición de la pena). Caso contrario, dispondrá la realización de un nuevo juicio para establecer los supuestos que precisa conocer. Si el tribunal *ad quem* no admite el recurso, ello implica la confirmación de la sentencia de mérito. Con ello quiero explicar, también, que es posible dividir el examen entre un tribunal, quizás *superior* en una organización jerárquica –a la letra de las convenciones–, que juzgue sobre la probabilidad de la existencia del error que funda el recurso, y otro de mérito y reenvío que realice el nuevo juicio, si así es ordenado.

El nuevo juzgamiento, a pedido de quien es perseguido penalmente, agraviado por la solución establecida en la sentencia de mérito, no puede culminar en una decisión que perjudique al recurrente aún más que la sentencia recurrida. La *prohibición de la reformatio in peius* adquiere así sentido material (ver este apartado, e, III), y no tan sólo formal, dependiendo de que la expresión de voluntad de un acusador no recurra la sentencia. Por esta misma razón, pero más aún por la infracción contra el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) –una segunda chance para el acusador de lograr la condena querida por él–, sólo al condenado o a quien sufre la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección le incumbe este derecho y los acusadores deben ser privados de la facultad de recurrir la sentencia, cuando ella no satisface sus demandas (no condena o impone penas o medidas más leves). El texto mismo de las convenciones avala también esta solución, si ello fuera necesario para el intérprete.

En el texto que desarrollé para la CABA y que no fue utilizado en la sanción de su código, no se procedió de manera ortodoxa como en el texto académico: se permitió el recurso de la fiscalía, y eventualmente, del querellante, cuando la sentencia era el producto de un delito doloso perpetrado, en relación a ella, por un juez del tribunal (cohecho, exacciones ilegales o recepción de dádivas, por ejemplo) o por otro autor (amenazas o coacción a un juez, al testigo o al perito, con influencia en la sentencia, por ejemplo), únicos casos en los cuales el acusador podía recurrir la sentencia de mérito, si verificaba, previamente, para tornar admisible su recurso, el presupuesto que lo tornaba factible.

Con esto basta. Mayores precisiones hallarán los lectores en los párrafos de remisión de este libro, que ya hemos citado.

Quizás deba decirse aquí, también, que el sistema *bilateral* de recursos contra la sentencia –aquel que permite recurrir tanto al acusado como al acusador– resulta ya imposible desde un punto de vista lógico, porque conduce, en extremo, a un *regressus in infinitum*. En efecto, cuando la fiscalía o el acusador recurren en busca de una condena frente a la absolución que culminó el primer juicio o en busca de una condena más grave que satisfaga sus demandas, y su recurso triunfa, allí comienza, nueva u originariamente, la facultad del condenado de interponer un recurso contra la condena, y, con palabras más simples, todo comienza de nuevo. Esta razón fue, claramente, la que motivó a la convención europea de derechos humanos, en su Protocolo adicional n° 7, que estableció tanto el *derecho al recurso del condenado* como el *principio de la prohibición de la múltiple persecución penal (ne bis in idem)*, principios desconocidos literalmente en el texto original de la convención y reconocidos posteriormente por el protocolo citado, a fijar múltiples excepciones a esas normas básicas del ordenamiento jurídico-penal, excepciones que conducen a la negación de los principios citados o a su alteración a tal punto, que resultan intolerables para ellos porque los eliminan, en el sentido del art. 28 de nuestra CN²⁶⁵.

III. *La organización judicial horizontal*. Claro es que se puede conservar la organización judicial vertical, hasta ahora predominante, para receptar esta serie de sugerencias, y más claro aún es, para nuestro Derecho positivo, que, en cierta manera, ella deberá soportar las reformas necesarias, pues ese tipo de organización viene, incluso en algunos casos, impuesto constitucionalmente²⁶⁶. Pero la implementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción –o con la única distinción de la competencia territorial del tribunal en el cual cumplen funciones, por razones de distancia espacial–, fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asignara, por algún método que proscribiera la arbitrariedad en la atribución particular del caso. Tampoco resulta necesaria la formación rígida de un tribunal, integrado siempre con el mismo número de jueces que son necesarios para cumplir la misión encomendada dentro de la administración de justicia, y con los mismos jueces, a variar sólo por integración ante el apartamiento de uno de los titulares (recusación o excusación), sino que es recomendable que todos los jueces que tienen

²⁶⁵ Cf. MAIER, *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, nota al pie n° 14, p. 948.

²⁶⁶ Nuestra CN, 108, conoce al menos un tribunal superior instituido por ella, la CSN; y varias de las constituciones locales hablan no sólo de la Corte Suprema o Tribunal Superior provincial, sino, incluso, de otros tribunales de primera y segunda instancia.

una misma competencia territorial y material conformen un tribunal integrado con múltiples jueces como organización, tantos como sea necesario según la cantidad y clase de los asuntos a decidir. De este modo, no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal "superior", en sentido jerárquico, y, por lo contrario, sí es posible determinar que este tribunal revisor esté integrado por más jueces que aquel que dictó la sentencia de mérito, necesariamente, además, por otros jueces distintos a aquellos que intervinieron anteriormente. Ello no obstruye la posibilidad de crear tribunales con una competencia material de "menor cuantía", por ejemplo, dedicados al Derecho contravencional o de faltas, cuando se lo elabora como un sistema penal²⁶⁷, y al Derecho penal relativo a los delitos menos graves, y otros de "mayor cuantía", dedicados a delitos relativos a la criminalidad grave y de mediana gravedad.

Déjenme decir, como final del párrafo, que esta organización horizontal se corresponde mejor con un Estado democrático de Derecho, que la organización vertical a la que estamos acostumbrados.

²⁶⁷ Cf., en sentido contrario, pero con indicación de nuestra realidad, MAIER, *El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio*, en *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*, ps. 31 y siguientes.

Las decisiones judiciales § 17

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, marzo/2003, n° 46, ps. 57 y ss.; BELLOFIORE, Daniel C./ALFANO, Sebastián N., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en "La Ley", Buenos Aires, 2000-E-1184 y ss.; CARNELUTTI, Francesco, *Auto de procesamiento*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", VI, Buenos Aires, 1948, ps. 216 y ss.; CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal [Tratado]*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2008, t. IV, Libro segundo, Tít. segundo, n° 1015 y ss., ps. 259 y ss.; DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación* (2ª ed., reimp.), Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, n° 23 a 58, ps. 86 y ss.; FERRER, Carlos F./GRUNDY, Celia A., *El enjuiciamiento penal con jurados en la Provincia de Córdoba*, Ed. Mediterránea, Córdoba (RA), 2003; FILIPPINI, Leonardo G., *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 29/7/2002, ps. 1 y ss.; GIL LAAVEDRA, Ricardo, *Legalidad vs. acusatorio*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 7, ps. 829 y ss.; GORANSKY, Mirna (ver RUSCONI, Maximiliano); HENDLER, Edmundo S., *El juicio por jurados*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, Caps. V a VII, ps. 85 y ss.; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz (RFA), 1968, § 62, ps. 252 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Forma del auto de procesamiento*, en "Cuadernos de los Institutos", n° 75 (IV del Instituto de Derecho Procesal Penal), Córdoba (RA), 1963, ps. 35 y ss.; MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, Libro segundo, ps. 120 y ss.; MAIER, Julio B. J., *¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, marzo/2004, n° 49, ps. 13 y ss.; MAIER, JULIO B. J./LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 617 y ss.; NARVAIZ, Pedro, *El fiscal y la acción penal pública*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 4-5, ps. 983 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, 1997-E-910 y ss.; PETERS, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1985, §§ 50 a 55, ps. 454 y ss.; RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht* (3ª ed.), Ed. Richard Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden (RFA), 2005, § 49, ps. 416 y ss., § 53, ps. 429 y ss., y § 65, C, ps. 569 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier; título original: *Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München [RFA]), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 23, ps. 180 y ss., § 40, C, ps. 349 y ss., y §§ 46, 47, 48 y 50, ps. 415 y ss. y ps. 434 y ss.; ROXIN, Claus/SCHÜNE-MANN, Bernd, *Straverfahrensrecht* (26ª ed.), Ed. C. F. Beck, München (RFA), 2009, § 23, ps. 145 y ss.; RUSCONI, Maximiliano y GORANSKY, Mirna, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 245 y ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 2007, § 19, ps. 107 y ss., § 22, ps. 122 y ss. y § 30, ps. 187 y ss.; SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971; SOLIMINE, Marcelo A., *Carácter no vinculante del dictamen fiscal desestimatorio*, en "La Ley", Buenos Aires, 1993-C-901 y ss.; SURIZ, Gustavo, *Algunos problemas en torno al procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", 1993/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 263 y ss.; VEGEZZI, Santiago, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del art. 348, CPP, y su derogación tácita*, en "Nueva Doctrina Penal", 2001/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 265 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, Tercera parte, Cap. VII, § III, ps. 299 y ss., y Cap. VIII, § IV, ps. 437 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo, *Potestad de fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30/6/1999, ps. 25 y ss.; VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO* (7ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2010, § 12, I a IV, ps. 109 y ss., § 15, VI, ps. 149 y ss., § 18, IV a VII, ps. 157 y ss., y §§ 30 a 32, ps. 281 y siguientes.

A. GENERALIDADES

1. Concepto

Cuando las partes requieren, los jueces deciden. Las decisiones judiciales son, en gran medida, la respuesta a las proposiciones de los demás sujetos del procedimiento que intervienen en él, al modo en el que intervienen en un procedimiento judicial las distintas partes de un procedimiento de Derecho privado –civil y comercial; *adversarial*, en términos anglosajones– o de Derecho público no penal –contencioso-administrativo–, requerimientos cuyas principales manifestaciones hemos estudiado en el párrafo anterior. Empero, además, varias veces la ley procesal penal autoriza a requerir la decisión de los tribunales a otros intervinientes en el procedimiento penal que carecen de la autonomía propia de una parte en el procedimiento –la policía, un perito por detalles de la peritación o por sus honorarios, un testigo para justificar su inasistencia o requerir sus gastos, por ejemplo– y en otras oportunidades faculta a los mismos jueces para dictar una decisión *de oficio* (*ex officio*), esto es, sin requerimiento alguno, por la sola existencia del contexto real que la ley procesal describe como presupuesto de la decisión.

El párrafo que comenzamos supone nuestra decisión de estudiar los actos procesales de la fiscalía y de los tribunales por separado o en distintos lugares, a pesar de que son importantes las razones para unir su estudio bajo un mismo rótulo, precisamente el de este párrafo, pues también los requerimientos del ministerio público representan *decisiones* oficiales¹, de un oficio estatal, tanto por sus consecuencias humanas y sociales, como por sus efectos jurídico-procesales, conducir el procedimiento hacia su meta². Para sostener esa opinión colabora, también, la posición de la fiscalía en nuestro procedimiento penal, acusador para posibilitarle al imputado su defensa frente a un adversario, actor que le señala de qué imputación debe defenderse, pero, asimismo, órgano objetivo de la administración de justicia para la realización del Derecho penal, que no defiende interés alguno, ni siquiera el interés estatal –subjetivo– en la aplicación de la ley penal, posición institucional híbrida que conduce a un sinnúmero de problemas, explicaciones y aclaraciones en temas varios, y también en este rubro. Incluso desde el punto de vista externo, la posición actual del ministerio público, órgano extrapoder independiente³, más adherido al Poder Judicial que a los otros poderes del Estado⁴, conduce a esa solución y a entender la separación entre jueces y fiscales como un mero problema de competencia de organizaciones estatales, cuyo nombre no resulta importante para plantear el problema, ni para decidir su solución. La posición de origen, en cambio, funcionario del Poder Ejecutivo para la realización de la ley (administración externa), habría conducido, con mayor comodidad, a considerarlo el

¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Straverfahrensrecht* (26ª ed.), § 22, A, 1, p. 140.

² Así, PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), § 50, I, ps. 454 y siguiente.

³ CN, 120, I; ver esta obra, t. II, § 11, A, 2.

⁴ Constitución CABA, 124.

representante de su interés ante el Poder Judicial, el órgano oficial requirente de la actividad judicial. Nos hemos inclinado por esta última solución: hemos preferido seguir a la mayoría⁵, que separa las decisiones de los jueces de aquellas que corresponden a la fiscalía y a estas últimas las trata, en lo posible, como requerimientos de parte⁶. De esa manera, sin duda, se privilegia la posición de *actor* del ministerio público fiscal en el proceso penal y ello, según nuestra opinión, contribuye en parte a la comprensión de un procedimiento judicial de mayor corte acusatorio, en materia penal.

2. Deber de decidir y oportunidad de su realización

I. *El mandato*. Los jueces que integran sus respectivos tribunales tienen el deber de pronunciar la decisión en los plazos que la ley establece; de otra manera, ellos pueden incurrir en *denegación de justicia* o *retardo de justicia*, comportamiento que puede llegar a constituir un hecho punible⁷. Precisamente para ello existen plazos, que, como ya hemos visto⁸, sólo pueden clasificarse como plazos de actividad, dentro de los cuales debe cumplirse el acto de decidir, esto es, dentro de los cuales se debe pronunciar la decisión judicial. Sin embargo, estos plazos no siempre están establecidos en medidas temporales, sino que, antes bien, tienen como referencia actos anteriores que fijan el momento a partir del cual comienza, lisa y llanamente, el deber o, como en varias ocasiones, el *dies a quo* a partir del cual se debe comenzar a contar un lapso medible en unidades temporales, que conforma el plazo.

La sentencia que sigue al debate oral y público debe ser pronunciada inmediatamente después de la deliberación de los jueces y de su redacción, como regla⁹, mientras que –quizás irrazonablemente, desde algún punto de vista– la que resuelve procedimientos interlocutorios soporta unos días de plazo después de terminado el procedimiento que habilita la decisión, para los códigos que tramitan estos incidentes por escrito antes de la iniciación del juicio público¹⁰; por último, los decretos, las decisiones menores y de trámite, deben ser dictadas –protocolizadas e incorporadas al legajo– inmediatamente después de decidir, esto es, el mismo día en que el “expediente es

⁵ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 23, ps. 145 y siguientes.

⁶ Así, § 16, B, 3, y D.

⁷ CP, 273.

⁸ Ver en este libro, § 14, A, 2, a.

⁹ CPP Nación, 400, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374 (confuso para la lectura de aquello que denomina *veredicto* [parte dispositiva básica], pero el plazo de lectura y pronunciamiento se extiende, por regla, a cinco o a siete días); CPP Córdoba, 409, I; CPP CABA, 251, I a III.

¹⁰ Precisamente, el hecho de la tramitación por registros, esto es, por escrito, explica culturalmente –aun cuando no justifique racionalmente– el contrasentido de que algunas resoluciones interlocutorias superen en plazo a la sentencia final que sigue a un debate oral y público: en ese tipo de procedimientos ha sido siempre natural la fijación de plazos para decidir después de cerrado el procedimiento respectivo.

puesto a despacho"¹¹. Estos plazos son ahora citados a manera de ejemplo, pues su determinación y detalle corresponderán al estudio particularizado de cada tipo de decisión judicial, estudio que determinará varias excepciones a la regla y variadas aclaraciones hermenéuticas para compatibilizar la interpretación de la regla con el sistema de enjuiciamiento o de decisión que adopta el código respectivo (*infra*, D).

II. *La omisión y sus consecuencias procesales*. El incumplimiento de esas reglas, esto es, la mora en pronunciar la decisión judicial en el momento o en el plazo por ellas previsto, genera en el interesado por el cumplimiento de ese deber el derecho a protestar, salvo el caso de la sentencia nacida como consecuencia de un juicio público o de la decisión producto de una audiencia oral, la primera de las cuales permite casar la sentencia y todas ellas generan la invalidez de la decisión que no observa el plazo legal, por la vía del recurso contra ellas, cuando la decisión provoca un gravamen. La protesta –denominada *pronto despacho*– sirve, a su vez, de advertencia al infractor mediante el nacimiento de un nuevo plazo (tres días, en general) para reparar su falta y cumplir con su deber. El mecanismo completo para atender la queja, una vez vencido el plazo anterior, tiene en la ley el nombre genérico de *queja por retardo de justicia*. Su procedimiento es simple: denuncia del interesado –no necesariamente el autor del requerimiento que provoca la necesidad de una decisión– ante el organismo de superintendencia o ante el mismo tribunal colegiado cuyo presidente o el juez que lo integra, individualmente, son morosos, órganos competentes para atender la queja, denuncia que versa sobre la inobservancia del deber de decidir atribuida al tribunal o al juez que lo integra, denuncia que debe contener los datos sobre la interposición de la protesta y sobre el incumplimiento del nuevo plazo; pedido de informes del organismo competente al tribunal o juez denunciado; y resolución inmediata que conduce a la decisión de la queja por su rechazo o por su acogimiento, en cuyo caso lo natural sería el emplazamiento al moroso para que pronuncie la decisión o su voto, bajo amenaza de denuncia penal y/o de denuncia ante el organismo competente para establecer su responsabilidad institucional y, eventualmente, la sanción o la cesantía que podría corresponder¹². Pero el texto general de las leyes procesales pena-

¹¹ CPP Nación, 125; CPP Pcia. de Buenos Aires, 108, I; CPP Córdoba, 144; CPP CABA, 43, I, y agrega, correctamente, que en la audiencias orales las decisiones deben ser dictadas inmediatamente después de concluido el trámite y deliberadas, sin interrumpir el debate (art. 43, II).

¹² CPP Nación, 127; CPP Pcia. de Buenos Aires, 110; CPP Córdoba, 146 y 147 (establece en el texto los organismos competentes; la denuncia sólo corresponde ante el mismo tribunal cuando se trata de un juez del Tribunal Superior de Justicia); CPP CABA, 46 (siempre el órgano competente es el tribunal superior en grado; la mora del Tribunal Superior de Justicia o de uno de sus jueces no está solucionada en el texto).

les que ha sido citado –“proveerá enseguida lo que corresponda”– puede ser interpretado extensivamente, aunque con prudencia: el órgano decisor de la queja puede, en ocasiones, proceder a reparar la mora por sí mismo, cuando se trata de decisiones de mero trámite, sobre todo si ese órgano representa a un tribunal de justicia de grado superior en el orden jerárquico¹³; empero, para autos y sentencias esta solución no es posible, pues arriesga representar la afectación de las reglas de competencia del caso y, con ello, el *principio del juez natural*. Con todo, el problema dista de haber sido solucionado: en el texto de las leyes procesales nada se dice acerca del reemplazo del juez que, pese a todas las advertencias y admoniciones, se niega a cumplir con su deber de decidir o votar, reemplazo que, en ciertas ocasiones, puede ser problemático¹⁴.

3. Retracción y rectificación

Si bien innumerables actos procesales son retractables –el desistimiento de los recursos, bajo ciertas condiciones, por ejemplo¹⁵–, por regla general debida a la autonomía de la voluntad –principio que preside los actos procesales–, las decisiones judiciales están entre aquellos actos procesales para los cuales se invierte la regla: una vez pronunciadas, no se permite su retractación por justificada que ella sea¹⁶. La ley sólo permite,

¹³ Ello excluye a los Consejos de la Magistratura eventualmente competentes por ser también organismos de superintendencia de las tareas de los tribunales y de sus jueces.

¹⁴ Durante el debate o la obtención de la sentencia, o durante una audiencia o su decisión, para los códigos que establecen ese procedimiento aun para lograr otras decisiones, por ejemplo.

¹⁵ Ver en este libro § 16, D, 4, e.

¹⁶ Recuerdo varias anécdotas del ejercicio de la función judicial. Entre ellas, una vale la pena de ser contada, porque representa un ejemplo extremo desde varios puntos de vista: se trata de una sentencia condenatoria, con un error más que evidente en disfavor del condenado. Condené una vez a una persona a la pena de cinco años de prisión. Me tocó en suerte, luego, unificar pena con otra condena de un juzgado federal que, según mis certificaciones, alcanzaba los dos años y seis meses de prisión. Unifiqué penas y condené a seis años y seis meses de prisión, sentencia que, en definitiva, quedó firme. Con el tiempo, el buen abogado del condenado, de origen extranjero, a quien todavía recuerdo, me pide una audiencia, lo recibo de inmediato y allí me hace saber que la pena de dos años y seis meses de prisión, correspondiente al juzgado federal, es, en realidad, una pena menor, a seis meses de prisión; su defendido, en la cárcel por ejecución de su pena, se lo había advertido al repasar el caso y él lo había verificado en el juzgado respectivo, a más de conocer que las certificaciones contenían un error involuntario del certificante, debido a la organización de los archivos del tribunal, en los que, por error, constaba el dato falso. Verifiqué personalmente la seriedad del planteo y, con ello, el error en que yo mismo había incurrido, pero nada pude hacer. Con el letrado coincidimos en que la única posibilidad de corrección era el recurso de revisión. Lamentablemente, interpuesto el recurso, el tribunal competente, conducido por el voto de un juez superior (camarista, según su nombre entre nosotros) –que acaba de regresar ridí-

por excepción, la aclaración de la decisión por *rectificación*, dentro de un plazo determinado (tres días, en la generalidad de los códigos), de oficio o a pedido de uno de alguno de los intervinientes, con la única finalidad de salvar errores u omisiones contenidos en ellas, que no importen una modificación de sus términos esenciales; si la parte pide la aclaración de la decisión, el requerimiento suspende el plazo para recurrirla, que prosigue una vez rechazada o producida la aclaración¹⁷. Se observa, así, como el legislador ha impuesto, prácticamente, una prohibición de retractación y rectificación esencial de las decisiones judiciales y ha abierto tan sólo una pequeña puerta para ello, la mínima excepción prevista en la ley.

La razón de ser de esta regulación parece clara: si bien las decisiones judiciales son expresión de la voluntad de quienes las pronuncian, los jueces, ellas representan también la última palabra en el asunto y ellos son quienes deben pronunciar esas palabras; resultaría contrario a la estabilidad de esas decisiones y sospechoso de parcialidad al extremo, a más de conferir un poder casi sin límites, autorizar a los jueces a variar sus decisiones conforme a nuevas opiniones, aun en un plazo determinado. La influencia externa al proceso sería un dato a tomar en cuenta por quienes tienen interés en el caso. Los recursos son la única solución a este problema, porque, de ordinario, conceden competencia a otro tribunal o a otros jueces, y permiten el contradictorio sobre el agravio deducido. Éste es el único fundamento que se opone con fuerza a la supresión generalizada de los recursos durante el procedimiento, propiciada en el párrafo anterior¹⁸.

No obstante ello, el recurso de reposición representa una oportunidad clara para que el mismo juez y tribunal que dictó la resolución recurrida la revoque por contrario imperio, esto es, la reforme sustancialmente por una decisión de sentido contrario. Aunque, claro está también, por ello sólo es posible el recurso, por excepción, cuando la decisión fue dictada sin sustanciación, esto es, sin contradictorio alguno; él se produce, precisamente, por intermedio del recurso.

Nuestro Derecho positivo no conoce el remedio de la *reposición del plazo* o de la *reposición al estado anterior*, remedio instituido en favor de las partes, que, por ejemplo, conoce el Derecho alemán¹⁹. Él consiste en la renovación íntegra del plazo vencido o a vencer, inobservado por el participante en el procedimiento, titular de una facultad, sin culpa alguna de su parte, esto es, inobservado por algún accidente o fenómeno que estuvo fuera de su alcance corregir o por no haber conocido el acto que da nacimiento al plazo, sin culpa de su parte²⁰. La institución interesa aquí por el efecto revocatorio de la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, efecto que podría existir a

culamente a la notoriedad, aunque ya no provoque daño porque no es un funcionario público con el poder de aplicar penas—, entendió que, pese al error evidente, para cuya demostración yo mismo había auxiliado al condenado, el recurso era inadmisibles conforme a una interpretación también ridícula, en perjuicio del condenado, del texto de la ley procesal penal positiva.

¹⁷ CPP Nación, 127; CPP Pcia. de Buenos Aires, 109; CPP Córdoba, 145; CPP CABA, 45 (fija también plazo para interponer el requerimiento de rectificación [tres días]).

¹⁸ Ver § 16, D, f, I.

¹⁹ OPP de la RFA, §§ 44 y ss.; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 23, B, V, ps. 144 (números al margen 17 y ss.) y siguiente.

²⁰ OPP alemana, § 44; cf. ROXIN, *Dpp*, § 22, B, V, ps. 177 y siguientes.

raíz de la reposición del plazo (por ejemplo, la reposición del plazo de un recurso contra una decisión, recurso ya declarado inadmisibile). En su lugar, nuestro Derecho positivo conoce, limitadamente, el ya nombrado recurso de reposición, que autoriza al juez a conocer nuevamente el asunto y revocar la decisión por contrario imperio, si a ella se ha arribado "sin sustanciación".

4. Exigencias formales

I. *Escritura y oralidad*. Cuando se habla de resoluciones judiciales e, incluso, de actos procesales en general, nuestro pasado inquisitivo, todavía presente en nuestras leyes procesales penales en un porcentaje apreciable, nos conduce rápidamente al acta y al protocolo, en lugar de al acto y a la decisión como expresión de voluntad de quien o quienes los llevan a cabo. Esta deformación comprensible presenta a nuestra imaginación una decisión judicial *escrita*, suscrita por quien la emite, cuya disposición y las razones de ser de ella pueden ser leídas por quien quiere conocer la decisión. Tal presentación es correcta para una gran cantidad de oportunidades durante el procedimiento y cuando él finaliza, pero representa tan sólo una visión parcial del fenómeno estudiado.

Durante el trascurso del núcleo del procedimiento penal actual, la audiencia del debate –y en alguna otra circunstancia para aquellos códigos que proceden por audiencias–, las decisiones, la mayoría de trámite, son emitidas en forma oral, ya por el presidente del tribunal, si se trata de atribuciones propias de él, o bien por el tribunal en conjunto, cuando se trata de las atribuciones de un tribunal colegiado. Es claro que esas decisiones constarán posteriormente casi siempre en el acta del debate o en el registro escrito, auditivo o visual de la audiencia, que se ordene²¹. De conformidad con ello, el conocimiento de los demás intervinientes que asumen el papel de partes del procedimiento se produce, en principio, al escuchar el pronunciamiento de la decisión, como sucede con la sentencia final, después del debate, para todos los que intervinieron en él²².

II. *Otras formalidades*. Las decisiones escritas requieren otras exigencias propias de esos registros. *Fechar* el documento, en la forma que la ley

²¹ Las más importantes ya porque lo piden las partes, ya porque, al constar las instancias (requerimientos) de ellas, es natural que se consigne también el resultado de esos requerimientos: CPP Nación, 394, incs. 5 y 6, y 395; CPP Pcia. de Buenos Aires, 369, incs. 5 y 6, y 370; CPP Córdoba, 403, incs. 5 y 6, y 404; CPP CABA, 245, incs. 5 y 6, y 246, I.

²² CPP Nación, 400, III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, VII; CPP Córdoba, 409, II *in fine*; CPP CABA, 251, IV. Si los intervinientes en el debate han sido convocados para escuchar la sentencia, pero ellos prefieren estar ausentes, la notificación se produce en forma ficta: escuchar es una facultad de quien intervino en el debate, nunca un deber o, si se quiere, los plazos que pueden existir para impugnar las decisiones comienzan a correr una vez cumplido por el tribunal el deber de comunicarlas verbalmente.

prevé, suscribirlo con la *firma* al pie y la utilización del *idioma nacional*, el castellano, son exigencias obligatorias para la vigencia de la resolución²³. Cuando esos requisitos pueden establecerse ciertamente por la misma acta o el mismo documento o por verificación extraña a ellos, deja de tener sentido privar de validez a la decisión, razón por la cual la mayoría de los códigos consigna la excepción para la fecha; el CPP CABA ha ido más allá y permitido de manera general este modo de evitar la nulidad del acto (convalidación o subsanación).

Algunos ejemplos sin utilizar el sistema de subsanación de nulidades previsto de modo general por los códigos en el capítulo o en la sección correspondiente: será difícil evitar la invalidez de la resolución si falta la firma de quien la ha emitido (con la salvedad de la excepción consignada en la norma), pero si se verifica que la firma falta por algún accidente químico y el juez que la emitió ratifica que él la dictó, no parece existir inconveniente alguno en aceptar la convalidación de la resolución; la resolución puede ser dictada en idioma extranjero, distinto al castellano, para que el imputado, que no habla el lenguaje nacional y a quien ella va dirigida, la comprenda y luego ser traducida al idioma nacional con certeza, sin que se explique, en el caso, la pérdida de su validez, ni la imposibilidad de la subsanación del defecto.

Las decisiones judiciales que se pronuncian oralmente²⁴ son menos formales pero presentan también ciertas exigencias. El uso del *castellano* –el idioma nacional– es una de las exigencias que alcanza también a las decisiones judiciales pronunciadas oralmente e, incluso, la *firma*, suscripta de otra manera, con el acta del debate o de la audiencia, del modo previsto para ella y con la excepción correspondiente, en su caso. Hasta la *fecha* puede concebirse como una exigencia, si se acepta que se trata de otra manera de identificar el período de tiempo en el cual se dictó la resolución, pues el acta del debate determinará, al menos, el día de comienzo y de cierre del debate o de la audiencia, cuando no la fecha del día en el que se celebró la audiencia en la cual se dictó la resolución, si el debate duró varios días.

La utilización del idioma nacional, el castellano, es hoy en día, una exigencia relativa. Si el Congreso de la Nación es competente –competencia concurrente o compartida con las provincias y la Ciudad de Buenos Aires– para “Reconocer la preexistencia

²³ CPP Nación, 124, 114 y 115, I y II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 107 y 99, I a III; CPP Córdoba, 143, 128 y 129; CPP CABA, 40, I, 50, I, 51 y 52. Este último código prevé también los requisitos de los registros auditivos y visuales.

²⁴ Cabe aclarar que la *sentencia* es, en principio, un acto escrito –la escritura es una de sus exigencias: *redactada la sentencia*...–, que se protocoliza, con lo cual debe cumplir todas las exigencias de este tipo de actos, pero tiene también su momento oral, pues se pronuncia por *lectura* del documento que la contiene, y ese pronunciamiento fija su perfeccionamiento para el nacimiento de las facultades que la ley confiere.

étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”²⁵, va de suyo que los idiomas indígenas son también idiomas “nacionales” o, cuando menos, asimilados al dominante, el castellano, en el sentido de la ley procesal penal, aspecto que determina que, cuando en el procedimiento penal interviene un indígena, de habla distinta al castellano, él pueda exigir que las resoluciones judiciales que le incumben sean dictadas o pronunciadas también en su idioma, originariamente, o traducidas a él. Hasta podría determinarse que, cuando todas las partes son indígenas que hablan un idioma común, distinto del castellano, el procedimiento trascurra en ese idioma.

III. *La exigencia de fundamentación.* Entre las resoluciones judiciales posibles son distinguibles los *autos* y las *sentencias* porque a ellos les es exigible, en general –a más de a otras resoluciones específicas que la ley establece expresamente–, la *fundamentación* de su dispositivo²⁶. Expresar el fundamento de una decisión equivale a explicar y tornar públicas –en la medida en la que la decisión lo es– las razones tanto de hecho como de derecho que condujeron al tribunal a establecer la parte dispositiva de la decisión, esto es, la solución dada al caso planteado. Ello no significa agotar los argumentos utilizados por el requirente y sus contradictores para defender su interés sobre el punto a decidir²⁷, pero sí expresar con compleción los motivos que el juez o cada uno de los jueces tuvieron para votar el dispositivo concreto en el que culminó la decisión, de modo de dar prueba de haberse ocupado con seriedad del contradictorio establecido por la ley procesal penal.

5. Perfeccionamiento de la decisión judicial

Las decisiones judiciales no están completas mientras ellas no hayan sido dadas a conocer a las partes o a quienes tengan derecho a conocerlas (ver este parágrafo, C), hecho que las perfecciona²⁸. Y ello sucede por el pronunciamiento oral o por lectura, para las decisiones que son tomadas en el debate, o emitidas como sentencia, después de finalizado el juicio público; o, de otro modo, por notificación, regularmente cuando la decisión se pronuncia por la protocolización del documento escrito sobre ella, o por lectura personal del protocolo en el que constan –toma de conocimiento– efectuada por el interesado. Sólo en ese momento ellas están incorporadas definitivamente al procedimiento y son susceptibles, even-

²⁵ CN, 75, inc. 17.

²⁶ CPP Nación, 123; CPP Pcia. de Buenos Aires, 106; CPP Córdoba, 142; CPP CABA, 42, II.

²⁷ La jurisprudencia ha establecido este estándar: cf. DE LA RÚA, *La casación penal* (2ª ed.), n° 43, p. 122, n° 48/9, ps. 140 y ss., y n° 58, p. 170; Fallos CSJN, t. 326, 2, p. 3824 (cons. 27º del juez Vázquez), y t. 324, 4, p. 5472 (cons. 8º del juez Carrillo), entre los fallos publicados más próximos a esta edición.

²⁸ Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), § 62, III, 1, p. 255.

tualmente, de ser recurridas²⁹. La decisión judicial queda firme y ejecutoriada en ese momento, cuando ella es irrecurrible, o una vez vencidos todos los plazos para recurrirla sin que nadie la haya recurrido: en ese momento se puede proceder a su ejecución³⁰. Recurrída la decisión la cuestión de su firmeza se torna compleja: cuando el recurso es declarado inadmisíble y el recurrente no interpone la queja; cuando, interpuesta la queja respectiva, ella es rechazada, es decir, confirmada la inadmisibilidad del recurso por el tribunal competente para decidirlo; cuando, concedido el recurso interpuesto contra la decisión, él es rechazado o, idénticamente, la decisión recurrida resulta confirmada; y, por último, cuando el tribunal competente para decidir el recurso (*ad quem*) concede razón al recurrente y a su recurso, revoca la decisión, total o parcialmente, y pronuncia una distinta, salvo el caso de condena, que genera el derecho del condenado a recurrirla.

B. LAS DIVERSAS CLASES DE DECISIONES JUDICIALES

Las decisiones judiciales pueden ser clasificadas desde distintos puntos de vista³¹. Es normal, en la doctrina, intentar clasificarlas según varios criterios: el órgano que pronuncia la decisión –más aún cuando se incorpora al ministerio público como órgano decisor–, o bien, según el efecto que producen o el tema del que ellas se ocupan –decisiones materiales y formales, y dentro de estas últimas, aquellas que impulsan el procedimiento hacia su meta y aquellas que sólo lo ordenan–, o también, según el tipo de procedimiento que les da base o por el período del procedimiento en el cual son dictadas –de conocimiento– ejecutivas³². Pero el único punto de vista práctico es aquel que, entre nosotros, acepta el Derecho positivo, pues no sólo es el único que permite distinguir entre distintas clases de decisiones judiciales con algún sentido procesal –esto es, con ciertas consecuencias procesales–, sino que, por ello mismo, permite adjudicarles diversas exigencias formales, materiales y temporales, diversas maneras de darlas a conocer y diversas consecuencias posteriores. Bajo este rubro sólo daremos cuenta de las distintas clases de decisiones judi-

²⁹ El texto CPP CABA, 44, conduce a esta explicación; del texto más utilizado por las leyes procesales penales argentinas se deduce idéntica afirmación: CPP Nación, 128; CPP Pcia. de Buenos Aires, 111; CPP Córdoba, 148.

³⁰ Ver el texto de las normas citadas inmediatamente antes.

³¹ Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), § 62, I, ps. 252 y s.; PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), § 32, II, ps. 250 y ss., para todos los actos procesales; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 23, A, ps. 145 y siguiente.

³² Cf. PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), § 32, II, ps. 249 y ss., y § 50, I, ps. 454 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), § 62, I, ps. 252 y s.; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 23, A, ps. 145 y siguiente.

ciales que marcan los textos legales, para estudiar, posteriormente, cada una de esas clases en particular.

Todos los textos legales distinguen entre la *sentencia*, el *auto* y el *decreto*³³.

1. La sentencia

I. *Concepto*. Las leyes argentinas más modernas denominan *sentencia* a aquella decisión que pone fin al procedimiento penal. De tal manera, es sentencia aquella decisión que, después del juicio oral y público, resuelve sobre el objeto principal del procedimiento penal, esto es da solución al asunto en sentido material, según su definición más extendida³⁴, como también aquella absolutoria anticipada, que pone fin al procedimiento antes de todo su transcurso –sobre todo antes del debate oral y público o, idénticamente, sin ese debate principal–, con valor de cosa juzgada material, llamada en idioma castellano *sobreseimiento*, que nuestros códigos actuales titulan como *sentencia de sobreseimiento*³⁵.

Se trata tan sólo de un problema semántico. Si bien el CPP Córdoba denomina al sobreseimiento sentencia, con lo cual la línea divisoria entre sentencias y autos cambia de lugar, como sucede en las leyes procesales penales más modernas frente a códigos de la misma procedencia pero de texto más antiguo, para los cuales la sentencia es aquella que culmina un procedimiento penal tramitado en todas sus fases o períodos (ver normas citadas en las notas al pie anteriores), la división carece de significado práctico en gran medida, pues los requisitos de ambos tipos de resoluciones son idénticos en gran medida y ellas, como decisiones judiciales, sólo son distinguibles por la definición que la ley establece en el texto. Nosotros hemos preferido siempre la definición “procesal” de sentencia, aquella que refiere a la finalización del procedimiento después de concluidas todas sus etapas, esto es, después de un juicio oral y público, definición a la que incorporamos también aquellas decisiones que responden a un recurso contra aquella sentencia y resuelven sobre su razón material, pues establecen una nueva solución sobre el objeto del procedimiento, total o parcialmente, distinta a la anterior recurrida. Ello significa, a la vez, que quedan fuera de la decisión llamada sentencia aquellas procedentes del tribunal competente para el recurso que, de alguna manera, producen la confirmación de la decisión impugnada y aquellas que, pese a revocar la decisión recurrida, disponen un nuevo juzgamiento, total o parcialmente, por errores *in procedendo*. Tal definición auxilia a comprender aquello que en nuestros recursos extraordinarios significa la voz *sentencia definitiva*, tan vapuleada sin sentido

³³ CPP Nación, 122, I y II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 105, I y II; CPP Córdoba, 141; CPP CABA, 42, I.

³⁴ Cf., por todos, HENKEL, *Strafverfahrensrecht* (2ª ed.), § 62, I, 2, a, ps. 253; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 23, A, I, 1, p. 145. De idéntica manera resuelven la utilización de la nomenclatura el CPP Nación, 122, 337, I, y 338; el CPP Pcia. de Buenos Aires, 105, I, y 324; y el CPP CABA, 42, I, inc. 1.

³⁵ CPP Córdoba, 141, 351 y 352.

por nuestra CSJN y algunos tribunales locales que resuelven sobre la base del mismo presupuesto.

II. *Exigencias formales.* Las sentencias requieren y conservan, básicamente, la forma escrita. Ellas son “redactadas”, incluso de modo previo a su *pronunciamiento por lectura*. En ese sentido, cumplen con todas las condiciones de un acto escrito: son fechadas conforme a la ley y suscritas por sus otorgantes³⁶. Pero, además, a las sentencias le han sido agregadas exigencias especiales, dado su valor y las reglas de principio confrontables en ella. Los códigos de la Nación y la Provincia de Córdoba arriesgan ciertas inconsecuencias cuando dedican dos textos a estas exigencias, uno positivo, que intenta describir el contenido de una sentencia intachable, y uno negativo, que enuncia los defectos que merecen la fulminación por invalidez del acto cumplido con inobservancia de ciertos requisitos, norma que, entonces, pretende prever cuándo la sentencia es nula³⁷. En verdad, salvo excepciones que tienen solución por normas más generales (la fecha como contenido de un acto procesal escrito, por ejemplo), ambas reglas no son tan distantes, pues una, la última de ellas, expresa la consecuencia negativa de la omisión de ciertos contenidos esenciales para el acto expuestos en la primera de ellas. Así, la sentencia debe comunicarnos a quién se juzga, esto es, respecto de qué persona se dicta, por revelación de la identidad del imputado según algún método que lo distinga fehacientemente de otras personas; debe también transmitirnos con claridad la imputación que contra él se dirige, sus enunciados de hecho y de derecho para poder comprender aquello que se ha puesto a su cargo, que se le reprocha, sobre lo cual la sentencia se debe expedir, sin agregar otros supuestos; debe dar cuenta también de las razones de su conclusión mediante el análisis de la conducta atribuida a la luz de las reglas jurídico-penales y de la valoración de la prueba; y, por último, debe elaborar una conclusión completa a modo de colofón final con escasas opciones resumidas en dos sentidos contradictorios, la absolución o la condena, con cita de los textos legales pertinentes. Ello, que responde a las condiciones bajo las cuales la sentencia debe ser considerada inválida, sólo deja de lado, cuando el objeto de la comparación resulta ser la primera regla aquí mencionada como positiva, “la mención del tribunal que la pronuncia; el nombre y apellido del fiscal y de las otras partes”, exigencias que, de ordinario, serán salvadas por el acta del debate –también la fecha y el lugar–³⁸ o por

³⁶ Salvo la excepción prevista para un caso particularísimo –uno de los jueces impedido de hacerlo después de la deliberación, con la anuencia implícita de sus colegas que la suscriben– por el CPP Nación, 399, II; y el CPP Córdoba, 408, inc. 5.

³⁷ CPP Nación, 399 y 404; CPP Córdoba, 408 y 413.

³⁸ CPP Nación, 394, I, incs. 1 y 2.

la firma de esos sujetos procesales en la misma acta, con lo cual la sentencia, maguer el defecto, quedará convalidada. En el caso del CPP Córdoba, las diferencias normativas son, incluso menores, porque el legislador parece haber tenido en cuenta el riesgo mencionado en el texto³⁹.

El CPP de la Pcia. de Buenos Aires no contiene reglas formales especiales para la redacción de la sentencia. Las únicas existentes se refieren a la *fundamentación* del fallo⁴⁰, de modo que, para el documento que contiene a la sentencia, rigen los presupuestos comunes a todo acto escrito.

El art. 248 del CPP CABA regula el contenido esencial de la sentencia. Conforme a las reglas que esa misma ley posee sobre la nulidad de los actos que disciplina, sólo las exigencias amenazadas en la ley con esa "sanción" pueden provocar la nulidad de un acto procesal (CPP CABA, 71, II) –nulidad expresa; las demás formas previstas en la ley serían, para esa teoría, meras expresiones de deseos cuya inobservancia no acarrea consecuencia alguna–; en consecuencia, como ninguno de los contenidos citados en la regla respectiva (art. 248) ha sido impuesto "bajo sanción de nulidad", deberíamos concluir que esos contenidos son meros consejos y que una sentencia inconsecuente con ellos no es, necesariamente, nula. Ello demuestra la invalidez no ya de la norma que expresa el contenido de la sentencia, sino, por lo contrario, la imposibilidad de aceptar la teoría de la invalidez expresada en una regla específica⁴¹.

Son importantes para la sentencia la descripción de la imputación deducida por los acusadores y, en sus fundamentos, la concreción de la acción u omisión verificada con certeza, o la expresión de que nada o tan sólo algo de ello ha sido verificado con certeza, porque ambas descripciones y sus términos, cuando la sentencia afirma la imputación, total o parcialmente, comparecerán para ser comparadas entre sí en homenaje al *principio de correlación entre la acusación y la sentencia (iura novit curia)*⁴², porque en el otro caso será expresión del *principio in dubio pro reo*⁴³ y porque, en definitiva, la sentencia será elemento esencial para tratar los problemas que después de ella puedan aparecer con referencia al principio *ne bis in idem*⁴⁴ y a la *prohibición de la reformatio in peius*⁴⁵. La identificación de la persona cuya situación jurídica la sentencia resuelve, el acusado absuelto o el condenado, en su caso, revela también su impor-

³⁹ Ver CPP Córdoba, 403, incs. 1 y 2, en relación con 408 y 413.

⁴⁰ CPP Pcia. de Buenos Aires, 371, II.

⁴¹ Cf. esta obra, t. I, § 1, B, 2, e, y este libro, § 14, C.

⁴² Ver esta obra, t. I, § 6, D, 2, e; también MAIER/LANGER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

⁴³ Ver esta obra, t. I, § 6, C, 2.

⁴⁴ Ver esta obra, t. I, § 6, E.

⁴⁵ Ver esta obra, t. I, § 6, D, 4, a, y H, 2.

tancia como elemento de la prohibición de la persecución penal múltiple (*ne is in idem*), uno de cuyos parámetros es la identidad subjetiva (*eadem persona*)⁴⁶.

III. *Los fundamentos de la decisión.* Otra exigencia importante, que la sentencia comparte con los autos, como otra clase de decisión judicial, es la exigencia de *fundamentación*. Ella resulta importante, sobre todo, para el control de la sentencia por un recurso, pues la carencia de motivación o su motivación contradictoria respecto de sí misma o de la parte resolutoria (ilógica, insuficiente) constituyen un caso de casación formal, de invalidez del acto que, total o parcialmente, genera un nuevo juicio. Fundar quiere significar explicar la razón de ser, los “por qué”, de la conclusión (parte dispositiva) que define la decisión. Esas razones abarcan tanto la explicación de la conclusión acerca del suceso real imputado, acción u omisión, con todos los elementos, fácticos o normativos, que la ley penal utiliza para describir el hecho punible –sobre todo en caso de condena–, mediante la valoración de la prueba incorporada legítimamente al procedimiento⁴⁷, como establecer los parámetros normativos con los cuales se valora esa conducta. Ésta es, eventualmente, una exigencia de *racionalidad* para la decisión, esto es, la exigencia de que la explicación, expresada en palabras, sea condescendiente con las reglas lógicas básicas del pensamiento humano (principio de identidad, de contradicción, del tercero excluido y de razón suficiente⁴⁸) –no contradictorias con ella misma o con el dispositivo de la decisión– y con el sentido común en la valoración de la prueba (libre convicción⁴⁹).

Yo no soy de los que estimo que la fundamentación de la sentencia y de las decisiones judiciales en general representa una exigencia constitucional que surge del respeto a la *forma republicana de gobierno*⁵⁰. Basta, para sostener lo contrario a la doctrina nacional y a la jurisprudencial muy extendida entre nosotros, reparar en que el modelo de enjuiciamiento penal proijado todavía hoy por la CN, 24, 75, inc. 12 y 118, repetidamente y desde hace 200 años (desde los albores de nuestra independencia)⁵¹, es el *juicio por jurados*, procedimiento y corporación de jueces que, precisamente, no se caracterizan por dar razón de sus fallos, sino que, por lo contrario, emplean un sistema de *íntima convicción* que nos impide conocer la deliberación (secreta) y las razo-

⁴⁶ Ver esta obra, t. I, § 6, E, 2, b.

⁴⁷ El CPP Pcia. de Buenos Aires, 371, II, contiene un enfoque singular que revela la importancia que para él tiene esta parte de la motivación de la sentencia.

⁴⁸ Cf. DE LA RÚA, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación* (2ª ed.), n° 52 a 57, ps. 153 y siguientes.

⁴⁹ Ver esta obra, § 8, D, 3, b, III.

⁵⁰ Cf. esta obra, t. I, § 6, B, 1, III.

⁵¹ Cf. esta obra, t. I, § 7, C.

nes que tuvieron para decidir la cuestión de culpabilidad tal como lo hicieron. Pero ello no quiere decir que yo ampare una opinión contraria a que las sentencias y autos sean fundados, cuando son el producto de la decisión de jueces profesionales. Me parece razonable exigir, en ese caso, para funcionarios públicos cuyo oficio es ejercer el poder omnímodo de valorar las conductas de los ciudadanos, que nos den los motivos por los cuales han adoptado esta decisión y no otra distinta, en especial la opuesta contradictoria. Ello, por lo demás –es cierto–, auxilia a quienes esa decisión perjudica para interponer los recursos admisibles contra esa resolución. La legislación procesal penal cordobesa (organización judicial), única que ha introducido jurados (ciudadanos en un tribunal de mérito *escabinado*⁵²), los ha obligado a fundar la sentencia y autorizado a remitir sus fundamentos a la sentencia de otro juez⁵³.

IV. *El perfeccionamiento de la sentencia: su pronunciamiento y conocimiento*. La sentencia, comprendida como decisión final de la causa que emerge de una deliberación de los jueces, profesionales o ciudadanos, una vez concluido el debate oral, no está completa si no es *pronunciada* en audiencia pública citada al efecto. Pronunciar la sentencia quiere decir redactarla en forma de documento escrito dando cuenta de la deliberación y, entre jueces profesionales, de los motivos del voto de cada uno de los jueces que integran el tribunal de mérito –o de varios jueces en conjunto–, si se trata de la emprendida por tribunales colegiados, y leerla ante el público y los intervinientes asistentes a aquella audiencia. La expresión de la deliberación se transforma en mera exposición de motivos cuando se trata de la decisión de un tribunal de mérito integrado por un juez unipersonal. Tal lectura del documento que contiene la sentencia debe suceder inmediatamente después de la deliberación y redacción del documento, sin solución de continuidad; en casos de demora en la redacción por lo avanzado de la hora o por la complejidad subjetiva u objetiva del asunto debatido, se debe leer inmediatamente la parte dispositiva de la sentencia –vulgarmente: el dispositivo o el fallo– y convocar a audiencia en ese momento, a más tardar dentro de cinco días, para la lectura íntegra de la sentencia⁵⁴.

⁵² Ver esta obra, t. II, § 12, B, 1; 3, III; y IV, c. Cf., también, BINDER, *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*, ps. 769 y ss.; FERRER/GRUNDY, *El enjuiciamiento penal con jurados en la Provincia de Córdoba*; MOONEY, *Juicio por jurado popular* (4ª ed.), ps. 143 y ss. y 199 y ss.; CAVALLERO/HENDLER, *Justicia y participación*, ps. 119 y ss.; HENDLER, *El juicio por jurados*, V, 3 y 4, ps. 94 y ss.; MAIER, *La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios terminados por jurados*; CAVALLERO, *La Constitución argentina. La realidad jurídica y un reciente ensayo de tribunal mixto*, ps. 11 y ss. y 45 y ss. En el Derecho comparado extranjero, ver ROXIN, *Dpp*, § 7, B, ps. 33 y ss.; VOLK, *Grudkurs StPO* (4ª ed.), § 5, III, 5, p. 15; SORIANO, *El nuevo jurado español*, n° 5 a 7, ps. 81 y siguientes.

⁵³ CPP Córdoba, 408, II.

⁵⁴ CPP Nación, 400, I y II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, I y II (autoriza al tribunal a anticipar el "veredicto" [parte resolutive del juicio de culpabilidad], pero dispone la lectura íntegra de la sentencia dentro de los cinco días, en caso de acción civil ejercida, siete días;

La consecuencia jurídica de la inobservancia de ese plazo de actividad es la nulidad de la sentencia, defecto denunciado en casación. Algún código permite un plazo mayor (20, 30 y 40 días) para leer la sentencia íntegra en las causas complejas que han tenido interrupciones extraordinarias, por decisión del tribunal de juicio⁵⁵, lo cual no deja de ser una tergiversación del juicio público, si se abusa de la permisión⁵⁶.

V. *El sobreseimiento judicial*. Si, como sucede en el CPP Córdoba, se incluye entre las sentencias al sobreseimiento dictado por jueces en algún período del procedimiento penal previo al debate, dadas sus virtudes materiales (prohibición de posterior persecución penal por el mismo hecho para aquel a quien beneficia la decisión [*ne bis idem*]; prohibición de la *reformatio in peius* para el imputado que recurre la decisión), el intérprete no puede ignorar la distancia formal o procesal que lo separa de la sentencia propiamente dicha. Desde este último punto de vista el sobreseimiento es un auto, una decisión temprana adoptada durante el procedimiento por varias vías posibles, siempre *interlocutorias*, esto es, en oportunidades y mediante procedimientos que no se proponen resolver el núcleo del conflicto planteado, sino, antes bien, una de sus aristas que, al decidirse a favor del inculpado, torna inútil conducir el procedimiento penal hasta su meta final, la sentencia propiamente dicha, y llevar a cabo todos los pasos o períodos de un proceso de conocimiento. Así, el sobreseimiento en favor de un imputado resulta del triunfo de una excepción perentoria, por extinción de la persecución penal (CP, 59 y cc.), o por carencia de las condiciones mínimas que tornan viable la apertura de un juicio penal por acusación, o, incluso durante los actos preparatorios del juicio, nuevamente por el triunfo de una excepción perentoria relativa a la extinción de la acción penal o de una causa que elimina con total evidencia la capacidad para ser culpable, cuando para verificar la hipótesis no sea necesario el debate⁵⁷. Hasta podría pensarse que la muerte del acusa-

contiene la posibilidad de la división del debate entre el fallo de culpabilidad y el fallo sobre la pena, sin mayores explicaciones); CPP Pcia. de Córdoba, 409 (la audiencia para la lectura puede ser fijada hasta 15 días después); CPP CABA, 251, I, II y III (el plazo entre la redacción y la lectura, después del debate se establece en 24 horas; diferida la lectura de los fundamentos, el plazo coincide en cinco días para la nueva audiencia).

⁵⁵ CPP Nación, 400, IV; esta nueva reglamentación parece establecer plazos excesivos y, en conjunto con la interrupción permitida del debate, atentar contra la naturaleza política del juicio público.

⁵⁶ La OPP de la RFA, § 268 y 229, III y IV, contiene una nueva reglamentación al respecto que no escapa a responder a la esencia del juicio público, aunque los fundamentos, en caso de dirimirse su lectura, puedan ser pronunciados sólo por escrito.

⁵⁷ CPP Nación, 334/5, 343, 350, 358 y 361; CPP Pcia. de Buenos Aires, 321/3, 332, I, 334 bis, I y II, 341; CPP Córdoba, 348, I y II, 358, I, 366, y 370; CPP CABA, 197, III, 212 (este código

do o algún motivo de extinción de la acción penal sucedidos durante el debate, motivos que finalizan abruptamente el procedimiento, ya sin sentido, engendra, excepcionalmente, la capacidad del tribunal de detener el procedimiento y sobreseer⁵⁸.

El CPP CABA, en verdad, no define el sobreseimiento, sino que produce un archivo llamado definitivo o provisional según los casos, dictado por la fiscalía cuando no puede perseguir penalmente (ver arts. 199 y 203) y queda en sus manos la terminación abrupta del procedimiento penal por retiro de la acusación (ver art. 244, V). Sin embargo, en varias ocasiones en las que el juez decide, mencionadas en la notas anteriores (interposición de excepciones), incidente que, claramente, resuelve un juez después de una audiencia llevada a cabo precisamente para ello, para que el juez pueda decidir el artículo, el código menciona al sobreseimiento judicial.

Pero el sobreseimiento, aun en el CPP Córdoba que lo incluye entre las sentencias y lo denomina así, no se pronuncia ni se pone en conocimiento de los demás intervinientes de la manera festiva estudiada para las sentencias propiamente dichas, sino que sigue, en ese sentido, las reglas relativas a los autos interlocutorios, aspecto que conduce a pensar que, pese al rimbombante nombre que el código citado le adjudica, *sentencia de sobreseimiento*, él es tratado procesalmente como una resolución distinta de una sentencia dictada luego de cumplidos todos los pasos de un proceso de conocimiento.

2. Los autos

Son denominadas *autos* todas las decisiones judiciales que resuelven *artículos* del procedimiento, esto es, cuestiones que la ley procesal penal permite plantear a quienes participan en el procedimiento, excluidos los órganos de decisión, con anterioridad a la sentencia final que lo concluye después del debate oral y público (en el juicio o procedimiento principal)⁵⁹. Se trata de *incidentes* –salvo disposición expresa de la ley– sobre temas procesales varios, a plantear durante el transcurso del procedimiento penal, que desencadenan un procedimiento especial relativamente pequeño, con vigencia del *principio de contradicción* para los demás intervinientes o interesados, y, en ocasiones, factible de ser tramitado por separado del desarrollo del procedimiento penal con el que tienen relación.

go, sin embargo, no define el sobreseimiento, sino que concede a la fiscalía el poder de clausurar el procedimiento penal, incluso definitivamente).

⁵⁸ CPP Nación, 345, inc. I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 321, *in fine*, 323, inc. I; CPP Córdoba, 348, II.

⁵⁹ CPP Nación, 122, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 105, II; CPP CABA, 42, I.

Ejemplos de esos procedimientos son: los incidentes para decidir *excepciones* planteadas para la defensa del imputado, las *recusaciones* y *excusaciones* de jueces, aquellos referidos a la aplicación de medidas de coerción como la *excarcelación*, la sustitución de cauciones o de fiadores, las *tercerías* en los embargos, el *procesamiento* y la *prisión preventiva*, por disposición de la ley, la *remisión del proceso a juicio* o la *apertura del juicio público*, cuando media objeción o planteo de excepciones por parte de la defensa. Y, como se observa, hasta el sobreseimiento queda incluido en esta categoría –a pesar de ser denominado pomposamente como sentencia (CPP Córdoba)–, si para decidir su inclusión tienen preeminencia las exigencias formales y el modo de darlo a conocer a los intervinientes en el procedimiento; sin embargo, desde otro punto de vista (valor de *ne bis in idem*) se trata de una sentencia definitiva.

Por preceder a la sentencia final, varios códigos denominan *auto* al sobreseimiento, mientras que otros prefieren atender a su carácter de absolución anticipada y lo llaman, como quedó dicho, *sentencia de sobreseimiento*. Es el caso del CPP Córdoba, que define la sentencia como aquella decisión que pone fin al proceso (art. 141, II) y, por ende, denomina sentencia al sobreseimiento (351 y 352). En razón de que tanto sentencias como autos deben ser fundados –exigencia principal–, la diferencia es casi meramente idiomática y carece de razón práctica, pues tampoco resulta discutible la diferencia procesal entre uno y otro, ni los efectos materiales que el sobreseimiento determina (*ne bis in idem*, prohibición de la *reformatio in peius*). Nadie discute, por ejemplo, que el sobreseimiento dictado durante el transcurso del procedimiento es recurrible por apelación para la fiscalía o para el acusador, mientras que la sentencia, para la mayoría de los códigos, sólo es recurrible por la vía de la casación.

Importante es, en cambio, la característica que identifica tanto a los autos como a las sentencias y, por ello, convierte a su división en una cuestión más semántica y académica, que en una necesidad analítico-jurídica para hallar distintas regulaciones y consecuencias procesales de cada una de estas clases de decisiones judiciales: ambas decisiones requieren, para ser válidas, la expresión de los fundamentos del dispositivo que ordenan⁶⁰. La razón de que, en la práctica de los tribunales, las sentencias conserven formas más rígidas que los autos –de justificación más simple–, con apariencia de mayor seriedad, sólo reside en la menor complejidad habitual de las cuestiones que cotidianamente se resuelven por el último de los modos de decidir estudiados. La exigencia de motivación, como explicación racional de los motivos que conducen al dispositivo, es, empero, idéntica para ambas clases de decisiones.

Los autos son, por lo demás, como la sentencia, regularmente actos escritos, con todas las exigencias formales que de esa forma básica se desprenden, cuando son dictados durante el procedimiento preliminar (instrucción preparatoria) y aun en el juicio, durante el período de preparación del debate; pero, durante el debate, aun escasos, suceden, como los decretos, por pronunciamiento oral, a pesar de que constarán por escrito,

⁶⁰ CPP Nación, 123; CPP Pcia. de Buenos Aires, 106; CPP Córdoba, 142; CPP CABA, 42, II.

con sus exigencias, en el acta del debate. Fuera del debate, la ley procesal penal fija, por regla, un plazo de actividad (cinco días) para decidir incidentalmente por auto⁶¹, plazo que, vencido, puede provocar, a más de sanciones administrativas por el mal ejercicio de la función, el reclamo de pronto despacho y la queja respectiva⁶².

3. Los decretos

El decreto es la forma residual de las resoluciones judiciales, cuando otra clase de resolución no está prevista⁶³. También resulta difícil separar a los autos de los decretos, más aún cuando la ley exige también para estos últimos, en casos particulares, fundamentación como condición de validez. Desde un punto de vista general, los decretos son decisiones de trámite, órdenes o mandatos que indican qué hacer durante el procedimiento penal. Como tales, no necesitan fundamento, porque representan tan sólo expresiones de voluntad de quien dirige el procedimiento. Al igual que los autos, ellos adoptan la forma escrita durante el procedimiento preliminar y los actos preparatorios del debate, y los dicta oralmente el tribunal de mérito, su presidente o el juez unipersonal durante la audiencias. La expresión de voluntad en la que consisten sólo debe ser fundada cuando la ley prevé expresamente esa exigencia⁶⁴.

Por decreto se corren *traslados y vistas* para que las partes u otros intervinientes en el procedimiento opinen sobre requerimientos de otras personas, se *admiten recursos*, se ordena la *apertura del juicio público*, en casos en que se carece de oposición de la defensa, se ordena la *recepción de la prueba*, se *concede la palabra* a los asistentes a un debate, se *fija la fecha de la audiencia del debate*, se ordena la *citación a juicio*.

C. EL CONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Tal como fue anticipado⁶⁵, el conocimiento por los afectados de las resoluciones judiciales, especialmente de aquellas importantes, que deciden un “artículo” o un problema planteado por un requerimiento de uno de los intervinientes en el procedimiento con anticipación a la decisión final, conforme a la permisión que para ello dispone la ley procesal penal (recusación, excepción, por ejemplo), que resuelven el objeto del procedi-

⁶¹ CPP Nación, 125; CPP Pcia. de Buenos Aires, 108, I; CPP Córdoba, 144; CPP CABA, 43, I.

⁶² Ver este parágrafo, A, 2, II.

⁶³ CPP Nación, 122, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 105, II; CPP Córdoba, 141; CPP CABA, 42, I, inc. 3.

⁶⁴ CPP Nación, 123; CPP Pcia de Buenos Aires, 106; CPP Córdoba, 142.

⁶⁵ Este parágrafo, A, 5.

miento (la sentencia o el sobreseimiento), que lo impulsan hacia estadios superiores de su trámite (el auto de apertura del juicio) o que ordenan su contenido o su trascurso (admisión de un medio de prueba para el debate), perfecciona un acto complejo, que no sólo consta de una manifestación de voluntad de un tribunal, dada en la forma prevista por la ley, sino, también, de la transmisión de esa manifestación de voluntad a aquellos que resultan afectados por la decisión. Nuestras leyes procesales instituyen, en general, a los mismos tribunales que dictaron las resoluciones como destinatarios del deber de darlas a conocer a los interesados.

Existen tres modos posibles de dar a conocer una resolución judicial: la *lectura* pública de la decisión en audiencia, la *notificación* en el domicilio de quien es enterado de la decisión por intermedio de un procedimiento formal a cumplir por la secretaría del tribunal o por su encargo y el *conocimiento directo* por parte del afectado, por impulso propio o por transmisión de conocimiento informal, aceptada por él. Estas tres maneras pretenden dar a conocer realmente la decisión al afectado; al lado de ellas, la notificación por edictos constituye una manera ficta de cumplir el requisito de conocimiento que la ley supone, cuando no hay otro modo de alcanzar al interesado.

I. *Conocimiento por lectura o proclamación en audiencia.* Las decisiones que son pronunciadas después de una audiencia son conocidas por transmisión verbal, por la lectura de ellas que desarrolla en esa audiencia el juez o el presidente del tribunal o, por su encargo, el funcionario que cumple la función de actuario, o, más sencillamente, por la comunicación verbal del juez o del presidente del tribunal, cuando no es necesaria la forma escrita de la decisión. En particular, éste es el modo de dar a conocer la sentencia final que emana de un debate⁶⁶. En ese caso, la lectura del protocolo de la sentencia vale como notificación para todos aquellos que intervinieron en el debate, convocados a la audiencia, estén o no estén presentes. La ley permite y prevé como excepcional, para el caso complejo o el horario avanzado de finalización de la deliberación y protocolización de su solución, la división de la lectura en dos audiencias: la inmediata posterior a la deliberación, votación y confección escrita de la decisión, en la cual se lee tan sólo el dispositivo de la sentencia (absolución o condena y, eventualmente, solución de la cuestión civil) y la posterior a esa audiencia, mediante otra audiencia convocada al efecto dentro de un plazo de actividad que la ley prevé bajo la admonición de la nulidad de toda la deci-

⁶⁶ CPP Nación, 400; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, I y II (texto de muy confusa redacción); CPP Córdoba, 409; CPP CABA, 251.

sión y, por consiguiente, del debate, si el momento de la lectura supera ese plazo⁶⁷, nueva audiencia convocada para la lectura de los fundamentos y compleción de la sentencia. El CPP de la Pcia. de Buenos Aires permite también la división de la sentencia por diferimiento de la decisión sobre la sanción penal aplicable, la medida de seguridad y corrección que corresponda, la solución de la acción civil ejercida y la imposición de costas (*cesura del juicio*), con la finalidad de realizar un debate posterior específico sobre esos puntos, nueva audiencia a la que se arriba por decisión fundada del tribunal de mérito y procedimiento cuyo plazo total, incluida la decisión, no puede sobrepasar el mes desde el conocimiento por los demás intervinientes de la decisión que lo anuncia (plazo común, a contar desde la última notificación a alguno de los intervinientes)⁶⁸.

Según se observa, con los diferentes plazos previstos por los distintos códigos para completar el pronunciamiento de la sentencia existen muy diferentes visiones políticas acerca del plazo para pronunciar la sentencia por lectura una vez finalizado el debate. Originariamente, el plazo era –incluso universalmente– de cinco días corridos; él pretendía preservar tanto el principio de *inmediación*, como la autenticidad de la sentencia como expresión del debate, sin influencias externas a él. Eran épocas en las que el Derecho penal sólo expresaba el castigo por alteraciones básicas, de primer nivel, de bienes jurídicos cuya protección resultaba esencial para la vida en una sociedad organizada. Hoy el contexto es otro; se pretende abarcar mediante el derecho penal posmoderno temas de sumo interés para la sociedad “globalizada”, en la cual vivimos, pero institucionales, esto es, cuyo centro reside en la función de control del Estado-administración para crear un ambiente sano de desarrollo de los derechos individuales (sustancias controladas, medio ambiente, Derecho penal fiscal, informática, la llamada “delincuencia asociada organizada”), sin detenerse mínimamente a preguntar si esta clase de Derecho y de administración de justicia puede cumplir eficientemente esa tarea o esa misión⁶⁹. En razón de ello, la regla de la inmediación, incluso de la lectura del fallo, ha cedido, también universalmente⁷⁰. He allí un ejemplo de cómo la concepción del Derecho penal material influye sobre las instituciones procesales penales.

⁶⁷ El plazo de actividad no siempre coincide en todos los códigos procesales penales: CPP Nación, 400, II y IV: 5 días a partir de la finalización del debate, pero entre 10 y 40 días, según la duración del debate, cuando se hubiere verificado la suspensión extraordinaria del debate prevista por el art. 365; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, II: 5 días a partir de la finalización del debate, prorrogable a 7 días –dos días más– cuando tramitó en el procedimiento penal la acción civil reparatoria; CPP Córdoba, 409, II: 15 días a contar desde la finalización del debate; CPP CABA, 251, II y III: después del cierre del debate, 24 horas para la lectura del dispositivo y 5 días para la lectura de los fundamentos (por analogía estos plazos rigen también para las decisiones interlocutorias tomadas después de audiencias, según lo impone este Código, cuando la ley no estipule un plazo distinto para decidir o no exija la resolución inmediata a la deliberación).

⁶⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 372.

⁶⁹ Mi visión particular del problema en: MAIER, Julio B. J., *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (R. F. A.), 2010, p. 481 y siguientes.

⁷⁰ Cf. OPP de la RFA, §§ 229 y 268; el retroceso del principio de *inmediación* parece evidente, pese a mis quejas al respecto: cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el valor de la inmediación (una*

Como se advirtió, las decisiones que el tribunal adopta durante una audiencia oral, sea ella la audiencia del debate público de la causa o una audiencia para decidir una cuestión interlocutoria, previa al debate de la causa, son dadas a conocer a los intervinientes mediante un método similar a la lectura, por comunicación oral del juez que lleva a cabo la audiencia o del juez que preside la audiencia, en los casos de competencia de tribunales colegiados⁷¹.

II. *Notificación en el domicilio*. Decisiones judiciales que emanan de un procedimiento escrito o, mejor dicho, sin presencia de los interesados, son comunicadas por la notificación en el domicilio de cada uno de los intervinientes interesados en la decisión o afectados por ella. Básicamente, esa notificación se lleva a cabo con una copia auténtica de la decisión a dar a conocer, que se entrega a quien es notificado; en el caso de las sentencias y los autos, consta tan sólo su encabezamiento (lugar y fecha de emisión del acto) y la transcripción de su parte dispositiva⁷². Por domicilio se comprende aquel *domicilio especial* para el procedimiento que los intervinientes en él deben fijar al comparecer por primera vez en él, dentro del radio ciudadano previsto por la ley o de la ciudad sede del tribunal que decide, o, en su defecto, el domicilio real, el lugar de residencia actual o aquel en el que el notificado se hallare, cuando el domicilio especial no haya sido fijado o no corresponda que él sea fijado⁷³. El imputado preso es notificado en aquel lugar donde cumple su privación de libertad o en la secretaría del tribunal, pero las notificaciones cursadas a su defensor y el deber que éste asume de darle a conocer las vicisitudes del procedimiento establecido en su contra suplen el conocimiento personal transmitido por el tribunal, salvo que se trate de una decisión que, por su carácter (nacimiento de un deber o de una facultad personalísimos) o por imposición directa de la ley, deba él conocer personalmente, sin intermediación; una situación y solución idénticas resulta del vínculo entre mandante y mandatario, en el caso de otros intervinientes que pueden ser representados en el juicio, salvo que el mandato, expresamente, prive al mandatario de la facultad de recibir notificaciones por su mandante y en la medida en

aproximación crítica), ps. 57 y ss.; y mi respuesta: MAIER, *¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición*, ps. 13 y siguientes.

⁷¹ CPP Pcia. de Buenos Aires, 121, III.

⁷² CPP Nación, 147; CPP Pcia. de Buenos Aires, 126 (exige copia completa de la decisión, eventualmente con sus fundamentos); CPP Córdoba, 168; CPP CABA, 59, I, y 54, inc. 4.

⁷³ CPP Nación, 145 y 144, I y III; CPP Pcia. de Buenos Aires, 123 y 124, I y III; CPP Córdoba, 165, I y III, y 166, III; CPP CABA, 56, I, y 57.

que ello esté previsto como una excepción en el contrato⁷⁴. El domicilio (*legal*) de los funcionarios del procedimiento (fiscal, defensor oficial, etc.) --pero también el de los funcionarios públicos que intervengan por cualquier razón en el procedimiento-- es el de sus despachos oficiales, lugar donde deben ser notificados⁷⁵.

El procedimiento que cumple el funcionario notificador es sencillo: si halla a quien debe ser notificado, le entrega la copia prevista y éste le firma la otra copia que el notificador lleva para reintegrar al tribunal, precisamente con la firma del notificado y con el acta, confeccionada por el oficial notificador, que determina el lugar, la fecha y la hora de la notificación; si no lo halla, entrega la copia a una persona de la casa o a un vecino, con preferencia a un pariente, empleado o dependiente del notificado, y él es quien firma la copia que devolverá al tribunal; si alguno de ellos no quiere recibir la copia o firmar el acta, llama a un testigo que presencie el acto, cuya identidad, domicilio y firma deben constar en el acta que suscribe el oficial notificador, y pega la copia en la puerta de acceso del lugar en el que tramita la notificación⁷⁶.

El CPP Pcia. de Buenos Aires contiene una innovación interesante: al comparecer por primera vez en la causa, quienes pretendan ser sus protagonistas deben acordar con la secretaría y el funcionario respectivo el modo en que serán notificados, conforme a las posibilidades técnicas de que dispongan funcionarios y litigantes (art. 121, II). El procedimiento deberá asegurar el conocimiento completo de la resolución por parte de quien recibe el mensaje, asegurar la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa del notificado y de las facultades que nacen con la notificación y, cuando se trata del imputado o de la víctima, posibilitar la advertencia sobre el ejercicio de facultades sujetas a plazo o condición. El CPP CABA, 56, 59, II, y 62, posterior a aquél, parece haberse inspirado en esta previsión: sugiere utilizar medios técnicos cuando ellos garanticen suficientemente la autenticidad de la copia y la recepción segura por parte del notificado. Ello sucede, precisamente, cuando el participante en el procedimiento acordó con la secretaría el modo de recibir información sobre la causa.

El contenido de la cédula mediante la cual se entrega la copia de la resolución, para ser completo y posibilitar un ejercicio inmediato de los derechos por parte del notificado, debe agregar, a más de la resolución a

⁷⁴ CPP Nación, 144, II, y 146; CPP Pcia. de Buenos Aires, 124, II, y 125; CPP Córdoba, 165, II, y 167; CPP CABA, carece de normas semejantes, pero esas soluciones son aplicables según reglas más generales.

⁷⁵ CPP Nación, 144, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 124, I; CPP Córdoba, 165, I; CPP CABA, 57, I.

⁷⁶ CPP Nación, 149; CPP Pcia. de Buenos Aires, 128; CPP Córdoba, 170; CPP CABA, 60 y 61 (cuando las personas a quienes entrega la copia no quieren o no pueden firmar, deja constancia de ello en el acta respectiva; si no puede entregarla, la fija en la puerta de acceso con dos testigos de ocasión que observen el procedimiento, sean identificados y firmen el acta).

notificar o su parte resolutive, los datos que permitan al interesado identificar el tribunal y la causa en la que la decisión fue dictada⁷⁷. La copia que el notificador devuelve, junto al acta que detalla lugar, fecha y hora de la notificación, pasan a integrar el legajo de actas del procedimiento⁷⁸.

Regularmente, el Poder Judicial crea y administra un servicio de correos con funcionarios propios para las notificaciones a domicilio, pero, en verdad, ello no obsta a la utilización del servicio de correos general (telegrama, carta, incluso con aviso de recepción o cualquier otro servicio que garantice la entrega para el conocimiento real por parte del notificado⁷⁹). Una desconfianza sin fundamento en el servicio de correos general para atender este servicio condujo a que todo el sistema de notificaciones a domicilio se piense con punto de partida en la secretaría del tribunal correspondiente⁸⁰. He visto funcionar en países de nuestro espacio cultural métodos sencillos de descongestionamiento del sistema de notificaciones a domicilio, a los que puedo titular como preinformáticos, mediante, por ejemplo, la obligación para el ejercicio profesional de la abogacía o, meramente, la facultad de tomar una casilla de correos en el Palacio de Justicia, o en los diversos locales en los que funciona la administración de justicia o en aquellos lugares dispuestos para ello, con lo cual el servicio gana en rapidez y sencillez en innumerables casos, por el ingreso a la casilla de correos de las cédulas de notificación y copias correspondientes, con certificación de la oficina o del tribunal correspondiente. Ello significa el comienzo manual de un servicio informático de notificaciones mediante casillas de correo electrónico, donde se deposita la información al menos para los profesionales que intervienen en la administración de justicia y –¿por qué no?– para las partes que consientan este tipo de ingreso de la información.

III. *Notificación en la oficina del tribunal.* El –llamado por mí– *conocimiento directo* de la decisión o la *notificación informal* sucede cuando, en virtud de aquel conocimiento por el interesado, se protocoliza la aceptación de conocer la resolución de quien es notificado en el legajo de la causa mediante atestado de la secretaría de quien dictó la resolución a notificar o por el encargado de llevar a cabo la transmisión de conocimiento sobre la decisión, atestado a suscribir por él y por el notificado⁸¹. El atestado o acta mediante los cuales se expresa el conocimiento del notificado, enterado por la lectura personal de la decisión o por la lectura del funcionario que lo notifica, debe contener, mínimamente, la fecha –even-

⁷⁷ CPP Nación, 149, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 128, I; CPP Córdoba, 170, I; CPP CABA, 54, I, incs. 2 y 3.

⁷⁸ CPP Nación, 149, I, y cc.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 126; CPP Córdoba, 170, I, y cc.; CPP CABA, 62, prevé los extremos a certificar y agregar al legajo en el caso de notificaciones electrónicas.

⁷⁹ Cf. CPP CABA, 54, I.

⁸⁰ CPP Nación, 143, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 122, I; CPP Córdoba, 164; CPP CABA, 55.

⁸¹ CPP Nación, 143, I, y 144, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 122 y 124, I; CPP Córdoba, 164 y 165, I; CPP CABA, 55 y 57, I.

tualmente la hora cuando del conocimiento deriva un plazo previsto en horas para ejercer una facultad— de la toma de conocimiento; lugar, identificación del oficio decisor e individualización de la causa pueden faltar, sin provocar la invalidez de la notificación, cuando, como sucede regularmente, son, con evidencia, conocidos por el notificado; en este caso, el notificado tiene el derecho de exigir una copia de la resolución notificada, facultad correspondida por el deber correlativo del funcionario de extenderla, deber que, incumplido, torna inválida la declaración de conocimiento del notificado sujeta, precisamente, a esa condición; la exigencia sólo alcanza al encabezamiento y a la parte resolutive de la decisión, pero, si el interesado lo desea, debe facilitársele el acceso a su costa a una copia íntegra de la decisión⁸².

IV. *Notificación pública o por edictos*. Cuando quien debe notificar una decisión judicial ignora todo domicilio de la persona afectada por ella y resulta imposible notificarla en su residencia transitoria, en la oficina o en el lugar en donde ella se halla, la ley manda notificar por intermedio de un acto público, de un edicto publicado en un periódico, el Boletín Oficial donde se publican las leyes y actos de gobierno⁸³, con un contenido similar al de la notificación en el domicilio: fecha del edicto (notificación pública), identidad de la persona a notificar, individualización del tribunal y de la causa, motivo del proceso, decisión a notificar expresada por su lugar y fecha de su emisión (encabezamiento), y parte dispositiva, firma del encargado de la secretaría, eventualmente, plazo para la presentación del notificado ante el tribunal; un ejemplar del periódico debe ser incorporado al legajo que documenta el caso como prueba del acto cumplido⁸⁴. En verdad, este tipo de notificación sólo es utilizable para citaciones judiciales, tanto del imputado como de otras personas que deban intervenir en el procedimiento (testigo, perito, depositario de cosas, por ejemplo), esto es, para decisiones que implican una citación a comparecer, pues se trata de alcanzar por este medio a quien no es hallable por otro que garantice un conocimiento real de la resolución. Es por ello que la norma advierte sobre la admonición al imputado de su declaración de *rebeldía*, si no comparece en determinado plazo, y obliga, en los demás

⁸² CPP Nación, 147 y 148; CPP Pcia. de Buenos Aires, 126 y 127 (la ley exige la copia íntegra de la resolución notificada en todos los casos, esto es, con sus fundamentos, eventualmente); CPP Córdoba, 168 y 169; CPP CABA, 54, I, inc. 4, y 58.

⁸³ Durante 5 días; el CPP Pcia. de Buenos Aires permite la publicación por otros medios, por resolución judicial; el CPP Córdoba exige que el edicto se publique en un diario con circulación pública real.

⁸⁴ CPP Nación, 150; CPP Pcia. de Buenos Aires, 129; CPP Córdoba, 171; CPP CABA, 63.

casos, a determinar y comunicar el plazo en que se espera la comparecencia ante el tribunal. La notificación, como tal, es ficticia y representa más bien una condición de otro acto –la declaración de contumacia del imputado, por ejemplo– que el conocimiento real –sólo presupuesto– de la persona a notificar.

V. *Invalidez de la toma de conocimiento de una decisión judicial.* La transmisión de conocimiento de una decisión judicial –cualquiera que fuere el modo de su realización– es inválida cuando omite algún contenido esencial para que el afectado pueda ejercer las facultades que ella pone en movimiento y, como su consecuencia, la decisión no llega a conocimiento –real– de la persona a notificar, por error en su identificación o en la transmisión del conocimiento (por ejemplo, el pariente, dependiente o vecino que han recibido la copia de la decisión no cumplen correctamente con su deber de transmitir la información), cuando resulta imposible suplir la falta de datos que conduzcan al oficio que dictó la resolución y al proceso al que ella se refiere, de modo de tornar imposible o dificultar sobremanera el ejercicio de esas facultades, o cuando la copia de la decisión entregada discrepe del texto de la decisión a notificar en una medida tal que conduzca al mismo efecto inhibitor del derecho a ejercer, acordado por la ley⁸⁵. La invalidez de la notificación conduce a una nueva transmisión del conocimiento sobre la decisión y, en su caso, a la reposición de las facultades, plazos y condiciones de ejercicio omitidos o dejados vencer por la falta de conocimiento de la decisión que les daba comienzo; los nuevos plazos corren a partir del momento en que el afectado conoció realmente la decisión⁸⁶.

El hecho de que la persona a notificar haya tomado conocimiento correcto de la decisión, pese a cualquier omisión o error –por ejemplo, el hecho normal de que el notificado conozca, sin posibilidad de confusión, por intervenciones anteriores, el tribunal que comunica una decisión y la causa en la cual ella es dictada, datos omitidos en la cédula de notificación, o el de la falta de coincidencia de la copia de la decisión con la decisión original en un aspecto insustancial para el ejercicio de la facultad (el cambio

⁸⁵ Los códigos conceden valor a la copia entregada con preferencia a la copia agregada al legajo y al mismo original de la decisión, pero ello sólo subsana la invalidez cuando permite el ejercicio del derecho acordado a partir del conocimiento de la decisión, pues, de otra manera, la notificación carece de sentido: CPP Nación, 151; CPP Pcia. de Buenos Aires, 130; CPP Córdoba, 172.

⁸⁶ Ésta es la forma de reponer plazos de actividad para la realización de actos procesales, a semejanza del remedio positivizado en los §§ 34 y ss., de la OPP de la RFA, pero el remedio para la reposición del plazo al estado anterior es más amplio que la invalidez de la transmisión de conocimiento, pues abarca situaciones de imposibilidad que no dependen de la validez del acto de notificación.

de una preposición que no varía el sentido de la decisión)–, impide que ese conocimiento sea pretendido inválido con éxito⁸⁷. Por lo demás, la pretensión de invalidez de la toma de conocimiento y de reposición del derecho dejado de ejercer por ello debe acompañarse con la designación del acto procesal en el que consiste el ejercicio de la facultad omitida por desconocimiento de la decisión y, en la mayoría de los casos, cuando el interviniente ya ha tomado conocimiento real de la decisión erróneamente comunicada, del mismo uso práctico de la facultad cuyo ejercicio se omitió por la razón apuntada, para evitar nuevos vencimientos de los plazos de actividad dispuestos para ella o imposibilidad de su ejercicio por tornarse imposible el cumplimiento de la condición relativa a la efectividad del acto. Si desde la toma de conocimiento real de la decisión todavía no ha vencido el plazo de actividad dispuesto para la realización del acto a partir del conocimiento real y correcto sobre la decisión –un recurso, por ejemplo– y resta tiempo útil para el ejercicio de esa facultad, con la pretensión de invalidez debe acompañarse la expresión de la voluntad de su ejercicio y la explicación del deseo de utilizar para ello todo el tiempo útil para la realización del acto; por supuesto, si ínterin vence el plazo sin ejercicio de la facultad pertinente, caduca también la pretensión de invalidez. Puede también que se trate, por el error, de una facultad realmente ejercida por el interviniente, quien, al conocer la decisión real, prefiere omitir su ejercicio, pero ese caso, extraordinariamente raro, se soluciona por sí mismo dada la posibilidad de desistir del acto cumplido (por ejemplo, el recurso contra una decisión beneficiosa para él, valoración que, debido al error en la transmisión del conocimiento sobre la decisión, se estimó, originariamente, perjudicial al interés del recurrente).

VI. *Otras notificaciones.* Regularmente se titula “decisiones judiciales” a aquellas dictadas por los tribunales competentes en cumplimiento de su función. Pero dado que en el procedimiento penal intervienen otros órganos públicos que, además, dirigen el procedimiento durante ciertos períodos o en ciertas circunstancias, ellos tienen también la necesidad ocasional de hacer conocer a algunas personas sus decisiones e, incluso, de este conocimiento puede, eventualmente, partir la condición o el plazo de ejercicio de actos válidos por parte de aquellos a quienes afecta la resolución. Básicamente, la fiscalía se halla en esa posición durante el procedimiento preparatorio, pero también puede existir la necesidad de hacer conocer una decisión, según el sistema que se adopte, incluso en otros períodos del procedimiento⁸⁸. Es raro, pero no imposible, que la defensa oficial deba hacer conocer una decisión propia, pues ella, a contrario de la fiscalía, no dirige ningún período del procedimiento penal. En estos casos, lo expresado sobre el conocimiento de las decisiones, rige análogamente para esos otros actores de la administración de justicia penal.

⁸⁷ CPP CABA, 64, único que aclara este extremo, sumamente delicado, con propiedad y sencillamente.

⁸⁸ Tal situación es reconocida por el mismo texto de las leyes procesales penales: ver, por ejemplo, CPP Pcia. de Buenos Aires, 121, I, y 122; CPP CABA, 55.

D. LAS PRINCIPALES DECISIONES JUDICIALES DE MÉRITO

Nos proponemos aquí estudiar sintéticamente aquellas decisiones de los tribunales sobre el mérito de la imputación, comenzando por los principios que rigen la sentencia de condena y su contrapartida, la absolción, siguiendo por el auto de apertura del juicio, para terminar con dos decisiones relativas, básicamente, al primer período del procedimiento penal, la investigación preparatoria, aunque una de ellas, el sobreseimiento, pueda ser dictada también durante la preparación del juicio y la otra, como veremos, esté asimismo presente, aun cuando informalmente, cada vez que se decide sobre la privación de libertad del imputado o acusado. Según ya puede advertirse, no se trata aquí, como en B, de develar una clasificación formal conforme a las condiciones, también formales, para ese tipo de decisión, sino, antes bien, pretendemos indagar acerca de las exigencias de conocimiento (materiales) que la ley prevé para cada una de las decisiones mencionadas.

1. La sentencia

a) *Concepto*

I. Básicamente se menciona como *sentencia* a la decisión del tribunal de mérito que conoce por intermedio del juicio público: se trata, en principio, de la decisión que culmina el debate oral, público, contradictorio y continuo, de la resolución judicial que emerge del conocimiento que brinda ese procedimiento principal, núcleo central del procedimiento penal, pensado completo, esto es, con todos sus períodos o fases previstas como necesarias para su terminación natural, sin la eventual de los recursos. El resultado de ese debate es, precisamente, la sentencia de mérito. Pero, si bien todas las sentencias refieren a un grupo de principios materiales idénticos, que condicionan la labor de decisión del tribunal de mérito, no todas las sentencias se fundan en la existencia de las mismas condiciones materiales, pues unas son, en ocasiones, el reverso de las condiciones exigidas para las otras: cuando no se consigue verificar completamente esas exigencias o se consigue verificar las opuestas contradictorias, la ley prevé la decisión de sentido contrario. Se distinguen así, básicamente, dos clases de sentencias, las unas *condenatorias*, a las cuales se refieren los principios a estudiar, las otras *absolutorias*, para las que basta la referencia material a no haber podido alcanzar las condiciones exigidas para las primeras nombradas, aunque la verificación de condiciones opuestas a aquellas que exigen los principios que rigen la condena conduce a la misma solución. De conformidad con esa explicación introductoria, dividiremos el estudio breve que sigue.

II. El concepto de sentencia soporta una extensión a decisiones que no provienen de un juicio público. Los recursos que contra ella pueden ser planteados autorizan la intervención de otro tribunal distinto al tribunal de mérito, o, al menos, integrado por jueces distintos, que pone en acto un procedimiento –del recurso– diferente y, en ocasiones, extraño al juicio público. Pero no toda decisión que finaliza el procedimiento recursivo puede ser catalogada como una sentencia, en sentido material. Sólo aquellas decisiones que culminan el procedimiento de los recursos de conformidad con él y, por ende, corrigen la sentencia de mérito del tribunal del juicio, completándola, o dictan una nueva sentencia opuesta contradictoria a la anterior pueden ingresar a esta categoría. En cambio, aquellas decisiones que rechazan el recurso porque él no es admisible o porque, a pesar de haber sido admitido, no triunfa sobre la sentencia de mérito del tribunal de juicio que fue impugnada nada agregan para ser clasificadas en el rubro de las sentencias. Lo mismo puede decirse de las decisiones de reenvío a un nuevo juicio, nuevo juicio que conducirá a la sentencia de mérito. La aclaración pretende advertir acerca de las exigencias diversas que presiden a unas y a otras decisiones. Sólo para las sentencias verdaderas rigen las reglas formales y materiales referidas a ella.

b) Sentencia de condena

I. Dos principios básicos, ya estudiados como tales⁸⁹, gobiernan la condena penal. Ambos están interrelacionados, pues a la par de que la sentencia sólo puede condenar sobre la base de la imputación deducida por alguien diverso del tribunal que juzga y de sus integrantes –correlación entre la imputación y la sentencia–, sólo puede decidir de esa manera cuando alcanza la *certeza* acerca de los elementos de la imputación que utiliza para condenar –*in dubio pro reo*–; cualquier otra posición del juzgador respecto de la verdad de esos elementos conduce al rechazo total o parcial de la imputación. En este sentido, este último principio representa a la exigencia material de la condena: convicción total o parcial acerca de los elementos de la imputación, de aquellos que bastan para concluir en una condena. Huelga decir que esta exigencia, garantía de quien es juzgado penalmente, deriva de la afirmación de *inocencia* que ampara a todo habitante del Estado frente a una imputación penal, por aquello de que, en el Estado de Derecho, preferimos absolver a cien culpables que condenar a un inocente. Uno de los resultados prácticos de esa afirmación está

⁸⁹ Ver esta obra, t. I, § 6, C, 2, a, y D, e; cf. también MAIER/LANGER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

representado por el aforismo *in dubio pro reo*, que los códigos argentinos definen por vía de principio⁹⁰: si se duda, posición comprensiva de la probabilidad que no alcanza a crear convicción (certeza), se debe decidir en favor del reo.

En este ámbito, la discusión gira en torno de la categoría o clase de los elementos de la imputación que abarca el principio⁹¹. Algunos piensan que él sólo está referido a las llamadas *cuestiones de hecho*, con exclusión de la interpretación de normas, en especial de reglas jurídicas. Con cierta prudencia, yo he expresado esa opinión por principio⁹², aunque reconozca que las leyes penales no sólo contienen elementos puramente fácticos, sino, además, elementos normativos de diversa índole que integran la prohibición o el mandato y que, por lo tanto, resultan sometidos al principio que integra el aforismo citado. Debería decirse que el principio sólo se refiere a datos de cualquier índole, existentes singularmente en la realidad, mientras que la ley penal, como norma general y abstracta, en cambio, es aplicable de oficio, incluso sin necesidad de invocación por los participantes en un procedimiento judicial, con lo cual resulta posible que el tribunal aplique una norma distinta a aquella que el acusador invoca. Aquello que el aforismo *in dubio pro reo* establece para la verificación de la realidad es aquello que, a semejanza problemática, siempre mencionamos, en el ámbito de la hermenéutica jurídica, como *interpretación restrictiva de la ley penal*; pero la respuesta a la pregunta acerca de si la ley penal soporta una interpretación extensiva o, por lo contrario, sólo puede ser interpretada restrictivamente —una pregunta que, sin duda, ha sido tratada por el Derecho penal—, afirmación esta última que algunos han fundado en el aforismo que tratamos⁹³, no pertenece, según nuestra opinión, al ámbito del principio estudiado ni del Derecho procesal penal en sentido estricto.

A su lado, el otro principio, que reduce el conocimiento de los jueces del tribunal de mérito a la imputación deducida, contribuye a delimitar y determinar el tema en estudio (objeto procesal⁹⁴), esto es, a definir y circunscribir aquellos elementos, propuestos por el acusador y extraños al tribunal (*ne procedat iudex ex officio - nemo iudex sine actore*), sobre los cuales la sentencia debe afirmar su existencia o su inexistencia. Con ello queda claro que esa exigencia deriva del *principio acusatorio* que, a su vez, es un imperativo de la necesidad de asegurar la *defensa* efectiva del imputado.

Aquí también la discusión, a semejanza de la referida al *principio de inocencia*, pasa por establecer cuáles elementos integran la limitación del poder de juzgar del tribunal⁹⁵. Nuestra solución ha partido también de la afirmación del aforismo *iura curia*

⁹⁰ CPP Nación, 3; CPP Pcia. de Buenos Aires, 1, II; CPP CABA, 2.

⁹¹ Cf. la discusión en esta obra, t. I, § 6, C, a, VI.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Ver esta obra, t. II, § 9, C.

⁹⁵ Cf. esta obra, t. I, § 6, D, 2, e.

*novit*⁹⁶ con alguna prudencia: en ocasiones, la ley invocada colorea de tal manera la imputación deducida que produce sorpresa en quien se defiende la aplicación de una norma penal diversa; para él no representa un deber la necesidad de imaginarse todas las posibilidades jurídicas de la imputación, con lo cual, al mismo tiempo, denuncia- mos que el problema comparece ante el principio que garantiza una defensa eficiente⁹⁷. Sirva como ejemplo que no parece representar la misma dificultad –ni siquiera parecen comparables los casos– la aplicación de una figura simple de la ley penal, cuando el acusador ha empleado en su acusación una figura calificada, sobre todo cuando en la acusación se trata de una agravación, con el caso académico que se relata en la cita previa, una verdadera sorpresa para la defensa.

II. La sentencia de condena debe fijar también, en su dispositivo, la clase de pena que aplica y su medida, en el caso de penas divisibles, únicas previstas como penas principales de nuestro Código Penal y, eventualmente, decidir asimismo las medidas de seguridad y corrección que correspondan y sobre la acción civil ejercida en el procedimiento penal; empero, aunque no se haya ejercido la acción civil, ella debe ordenar las restituciones que correspondan de las cosas secuestradas y disponer sobre las costas⁹⁸.

El CPP Pcia. de Buenos Aires, 372, citado en la nota anterior, permite al tribunal de mérito, en este instante procesal relativo a la sentencia, decidir diferir el pronunciamiento sobre la pena, la medida de seguridad, la acción civil y las restituciones, para decidir sobre estos puntos después de un nuevo debate. Se trata de aquello que se conoce como *cesura del juicio penal*⁹⁹, más allá de la extensión a todos los resultados de la sentencia de condena.

c) *Sentencia de absolució*n

I. Como se anticipó, la absolució

II. El contenido de la sentencia absolutoria no es otro que el rechazo de la imputación penal. Para ese concepto carece de significado el hecho de que a ella conduzca la imposibilidad de alcanzar las exigencias de una sentencia de condena, verificar con

⁹⁶ CPP Nación, 401, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 374, IV; CPP Córdoba, 410, con el límite relativo a la competencia de los tribunales llamados inferiores (de competencia menor o para delitos más leves); CPP CABA, 249, con el límite referido a la pena requerida por la fiscalía en los delitos de acción penal pública.

⁹⁷ Cf. MAIER/LANGER, *Acusación y sentencia*, § 4, ps. 629 y siguiente.

⁹⁸ CPP Nación, 403; CPP Pcia. de Buenos Aires, 372; CPP Córdoba, 412; CPP CABA, 248, inc. 6, 7 y 8.

⁹⁹ Cf. MAIER, *La cesura del juicio penal*, en “Doctrina penal”, ps. 235 y siguientes.

certeza un hecho punible conforme a la acusación, o la afirmación de certeza acerca de la inocencia del acusado, según su fundamento: la absolución no tiene la misión de reparar el honor –supuesto como existente– del acusado, mancillado –también supuestamente– por la imputación deducida¹⁰⁰. Por excepción, la sentencia absolutoria puede ordenar, en nuestro Derecho penal y procesal penal, la privación de libertad a título de medida de seguridad y corrección, cuando, por ejemplo, a ella conduce la verificación de la inimputabilidad del acusado (incapacidad de culpabilidad más peligro de dañarse a sí mismo o de dañar a un tercero, CP, 34, 1°).

III. El resultado básico de la sentencia absolutoria consiste en la cancelación de las medidas de coerción dispuestas y todavía en ejecución, en especial, la recuperación de la libertad cuando el acusado sufre su privación cautelar de ella, salvo que corresponda prolongarla por la aplicación de una medida de seguridad y corrección privativa de libertad; ello no significa otra cosa que la aplicación de una regla general de los recursos, la carencia de efecto suspensivo debido a la presunción de legitimidad y acierto de los actos estatales, en este caso, de la sentencia¹⁰¹.

2. El auto de apertura del juicio

I. La decisión que ordena el juicio público no sólo no es necesaria, pues, según la génesis del Derecho argentino, sólo corresponde que sea dictada si existe de parte de la defensa alguna objeción a la apertura del juicio público, sino que, además, desde el punto de vista de su justificación material, la exigencia es menor que aquella antes indicada para la sentencia de condena; caso contrario, sin objeción y sin planteo de excepciones, la causa se remite automáticamente –por decreto– al tribunal competente para la realización del juicio¹⁰². No existe en la ley un parámetro cognoscitivo concreto sobre la imputación que justifique la iniciación de un juicio público, al punto de que, como se observó, la omisión de objeciones contra la remisión a juicio –criterio dominante en la práctica casi sin excepciones¹⁰³– determina la apertura automática del juicio público¹⁰⁴. Parece natural y

¹⁰⁰ Cf. sobre el punto, SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, 6, ps. 126 y siguientes.

¹⁰¹ CPP Nación, 402; CPP Pcia. de Buenos Aires, 371, IV; CPP Córdoba, 411; CPP CABA, 250.

¹⁰² CPP Nación, 349 y ss.; CPP Pcia. de Buenos Aires, 336 y 337; CPP Córdoba, 357 y 358; CPP CABA, 210 y ss., 197, 198 y cc., con un sistema algo diferente que depende de una audiencia oral a instrumentar cuando son planteadas excepciones contra el requerimiento de apertura del juicio público u otras soluciones que eviten el juicio, permitidas por ese Código (suspensión del procedimiento a prueba, CP, 72 y ss., y avenimiento).

¹⁰³ Se comprende que las defensas no arriesguen una decisión en contra de su defendido, cuando el próximo paso procesal, si bien difícil de tolerar para el acusado, expuesto al público, está dominado por reglas de principio en su favor, que conducen a la absolución.

¹⁰⁴ El CPP Córdoba, 358, II, introduce apenas el criterio de que para, la apertura del juicio, no debe existir la certeza acerca de los casos genéricos que determinan el sobreseimiento y de que existe algún criterio material de referencia para abrir el juicio, sin indicar cuál.

racional que se exija que la apertura del juicio sólo se produzca cuando aparezca como *probable* una condena, esto es, cuando exista la probabilidad acerca de la existencia de los elementos de la imputación deducida en la acusación que, eventualmente, permitan condenar al tribunal del juicio; se trata, entonces, de la misma exigencia que el procesamiento, decisión que estudiaremos a continuación, cuyo criterio de justificación es también aplicable a la resolución aquí comentada¹⁰⁵. Tal criterio, sin embargo, deja una laguna difícil de resolver, entre la inexistencia de la certeza de la inocencia o sobre la imposibilidad de perseguir por extinción de la acción, que funda el sobreseimiento, y la inexistencia de la probabilidad que funda la apertura del juicio público, estado material del procedimiento que debe tener solución en la ley procesal penal¹⁰⁶.

II. Se ha caracterizado al auto de apertura del juicio, en nuestro Derecho procesal penal, como *facultativo*, pues, según advertimos, la decisión sólo procede cuando la defensa del imputado objeta esa apertura, ya por razones materiales, ya por el planteo de una excepción que impida el juicio o su concreción inmediata. De otro modo, el tribunal competente para la decisión sólo cumple burocráticamente —por simple decreto— la orden de la ley procesal penal. Tal caracterización dista de ser universal y las propuestas reformistas han exigido esta decisión —necesaria— siempre antes de la apertura del juicio¹⁰⁷.

En la secuencia del procedimiento penal común, el auto de apertura del juicio público se ubica, cuando existe, entre el procedimiento preliminar (instrucción o investigación preparatoria) y el procedimiento principal (juicio con debate público), como culminación judicial del llamado *procedimiento intermedio*, suerte de unión entre las distintas fases del procedimiento penal común o regular.

Para la legislación argentina este auto es, unas veces, apelable ante un tribunal de mayor jerarquía¹⁰⁸ y, otras, irrecurrible¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ¿Será esto aquello que quiere indicar la remisión del CPP Córdoba, 358, I, y 282, I?, a más de las exigencias formales del auto? Cf. MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, II, IV y V, 2, ps. 36 y ss., 39 y ss. y 46 y siguientes.

¹⁰⁶ El proyecto de CPP Nación 1986 ("Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 645 y ss.; Secretaría de Justicia de la República Argentina, Buenos Aires, s/f), arts. 265, 278, inc. 2 y 281, preveía una clausura provisional del procedimiento cuando, en ese estado, resultaba posible, en el futuro, alcanzar alguno de los méritos citados mediante la adquisición de nuevas pruebas, medios que debía individualizar específicamente la decisión; de lo contrario, cuando no era posible la incorporación de nuevos elementos de prueba y no era posible tampoco alcanzar el conocimiento necesario para abrir el juicio público, correspondía el sobreseimiento, con el efecto de una absolución anticipada, sin debate. El Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989) siguió a la letra esta misma solución (idénticos artículos).

¹⁰⁷ Cf. Proyecto CPP Nación 1986 (*ibidem*), arts. 273 y ss.; Código procesal penal modelo para Iberoamérica, *idem*; CPP CABA, 208, con plazo (dos años) para lograr la incorporación de los elementos de prueba faltantes.

¹⁰⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 337, IV; CPP Córdoba, 358, V; en este caso por quien dedujo la oposición; CPP CABA, 210 y 197 (muy confuso y sólo clasificado aquí porque la decisión que resuelve una excepción es recurrible por apelación).

¹⁰⁹ CPP Nación, 352.

3. El procesamiento y la falta de mérito

I. El *procesamiento* y la *falta de mérito* son, como la sentencia de condena y la de absolución, pares conceptuales opuestos contradictorios, de manera tal que una de estas decisiones procede –la falta de mérito–, como ya su nombre lo indica, cuando la carencia de alguna de las exigencias de la otra –el procesamiento– impiden su aparición en el procedimiento. El procesamiento es, además, el presupuesto material de las medidas de coerción que afligen al imputado, especialmente el presupuesto de la privación de libertad a título cautelar, por lo que la falta de mérito representa, precisamente, la declaración formal de que no se ha alcanzado esa exigencia cognoscitiva para poder aplicar la privación de libertad durante el procedimiento penal, aun cuando otras exigencias lo permitieran, esto es, con palabras más sencillas, el procesamiento representa el mínimo de conocimiento necesario para, eventualmente, encarcelar preventivamente al imputado. El procesamiento, según ha sido definido¹¹⁰, consiste en la decisión judicial sobre la presunta participación del imputado en el hecho punible que se le atribuye, una decisión que comparece ante el fundamento de la gran probabilidad de la seriedad de la imputación; no requiere la certeza que reclama la sentencia de condena, basta con la probabilidad de su existencia futura en la realidad como resultado del procedimiento judicial. Más aún, se debería recomendar no expresar más que aquello que exige la ley –y la ley sólo exige un juicio de probabilidad, que basta para seguir adelante con el procedimiento y provocar la apertura del procedimiento principal¹¹¹–, cualquiera que sea la opinión del juzgador; en términos vulgares, una correcta interpretación de la ley auspiciada para la práctica por los tribunales recomendaría no condenar por anticipado¹¹².

II. Esta decisión se ubica, naturalmente, al comienzo de la investigación preparatoria llevada a cabo contra un imputado individualizado e identificado. Pero desde los orígenes del Derecho procesal penal argentino¹¹³, ella cumple la única misión de definir al presupuesto material de cuya existencia depende la justificación del encarcelamiento preventivo. Por esta razón, los códigos someten regularmente a plazo al procesamiento y cuentan ese plazo desde el momento inicial de la privación de libertad en el

¹¹⁰ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. II, Tercera parte, Cap. VIII, § IV, p. 438; MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, II, p. 36.

¹¹¹ CPP Nación, 306; CPP Pcia. de Buenos Aires, 157 (como en el CPP Nación originario, se titula a esta decisión: *auto de prisión preventiva*); CPP Córdoba, 281 (*idem*); CPP CABA, 173, II (*idem*).

¹¹² Cf. MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, p. 43.

¹¹³ C.Proc. Crim. para la justicia federal y los tribunales de la capital (1882), art. 366.

procedimiento¹¹⁴. Tal concepción peca algunas veces por exceso y otras por defecto. Peca por exceso cuando obliga a dictar el procesamiento a pesar de que no exista antes privación de libertad alguna que examinar, ni se trata en el futuro de imponer o autorizar la prisión preventiva requerida por alguno de los protagonistas del procedimiento¹¹⁵, a pesar de la alabanza que le brindara el renombrado profesor italiano CARNELUTTI a la existencia de una decisión como el auto de procesamiento durante la investigación preliminar, cuando la conoció a través del CPP Córdoba originario¹¹⁶. Peca por defecto porque no imagina que la gran probabilidad de que el imputado sea autor culpable del hecho punible que se le atribuye o partícipe culpable en él es siempre, en todo momento del procedimiento, presupuesto material de la privación de libertad cautelar, sin cuya existencia ella no se justifica, salvo la posibilidad de la internación provisional en relación a una medida de seguridad y corrección, posibilidad que, de todos modos, necesita poder afirmar la probabilidad de la imposición de esa medida como resultado del procedimiento, esto es, al menos la existencia del hecho punible y la participación del imputado en él, conforme al Derecho penal argentino (CP, 34, inc. 1). Ciertamente es que, con el avance del procedimiento penal, la acusación y la apertura del juicio se corresponden con esa probabilidad, de modo que, por ejemplo, una decisión sobre la prisión preventiva durante el procedimiento principal, raramente se ocupe del punto, que aparece normalmente presupuesto. Pero lo importante aquí es reflexionar acerca de que desaparecida esa probabilidad, no se justifica el encarcelamiento preventivo, como sucedería, por ejemplo, si, durante el período procesal anterior al debate público o durante ese debate, la incorporación de la prueba ofrecida y admitida por el tribunal –o, quizás, un hecho inesperado– y hasta la modificación de los parámetros jurídicos –valga también como ejemplo, la reforma legal favorable para el imputado: derogación o atenuación del hecho como punible– verifica la inexistencia de la probabilidad que justificó su apertura, sin que la ley permita un sobreseimiento inmediato. De tal manera, el llamado *procesamiento*, una institución pensada para el período preliminar del procedimiento penal, lo sobrepasa, si se piensa en la finalidad material que la gobierna, como presupuesto del encarcelamiento preventivo. Esa parece haber sido la idea de los códigos más modernos de nuestro país, que suprimen formalmente la institución, aun cuando marcan la exigencia como presupuesto de la detención preventiva¹¹⁷.

¹¹⁴ CPP Pcia. de Buenos Aires, 158 (cinco días después del requerimiento de prisión preventiva por la fiscalía, que, a su vez, sólo puede demorar quince días, prorrogables por otro tanto, a contar desde el momento en el que fue aprehendido el imputado); CPP Córdoba, 278, II, y 280, inc. 3 (inmediatamente después de la presentación del aprehendido ante un tribunal judicial); CPP CABA, 172 y 173, I (previa audiencia y dentro del plazo máximo de 24 horas posteriores al pedido de la medida por los acusadores). El CPP Nación, 306, conserva el antiguo plazo de diez días y a contar desde la declaración indagatoria, un indicio de que se consideraba a todos los imputados como personas detenidas y no se los concebía en libertad sino después de una decisión judicial que la concediera.

¹¹⁵ El CPP Nación, 306 y su contraposición con el CPP Pcia. de Buenos Aires, 157, incs. 1 y 3 (similar: CPP Córdoba, 281; y CPP CABA, 173, II), son un buen ejemplo de ello.

¹¹⁶ CARNELUTTI, *Auto de procesamiento*, p. 217.

¹¹⁷ CPP Pcia. de Buenos Aires, 157, inc. 1 y 3; CPP Córdoba, 281, I; CPP CABA, 173, II.

III. La *falta de mérito*, regulada¹¹⁸ o no regulada por la ley¹¹⁹, no significa otra cosa, como ya lo dijimos, que la negación, por parte del tribunal competente para autorizar el encarcelamiento preventivo, del procesamiento o del presupuesto que justifica la prisión preventiva.

IV. *Recursos contra esas decisiones y su reforma o revocación*. En el CPP Nacional, el procesamiento y la falta de mérito son recurribles por apelación, con total independencia de que contribuyan a fundar la orden de prisión preventiva o ella sea rechazada: el procesamiento tanto por el imputado, que lo sufre, como por la fiscalía, cuando no está de acuerdo con la gravedad del hecho punible imputado y, también, en favor del imputado, según resulta natural para nuestro orden jurídico; la falta de mérito por la fiscalía y por el querellante constituido en parte en los delitos de acción pública¹²⁰. El recurso, sin embargo, no tiene efecto suspensivo.

A contrario de lo que se supone de conformidad con la costumbre del foro correspondiente al ámbito de aplicación del CPP Nación, la orden de *prisión preventiva*, consecuencia del procesamiento, no es recurrible por apelación según previsión taxativa de la ley, omisión que nos conduce como de la mano a rechazar los recursos que tienen como fundamento las exigencias que no constituyen el fundamento del procesamiento. Para lograr la admisión del recurso en esos casos, sólo queda la referencia, poco confiable, de una previsión cuestionable del recurso de apelación, en tanto permite el recurso contra las resoluciones que provoquen un gravamen irreparable¹²¹. En verdad, todo lo referido al encarcelamiento preventivo, se rige por la institución de la excarcelación.

Para el CPP Pcia. de Buenos Aires, 164 (conforme a los principios comunes, sin especificar para quién resulta recurrible), el CPP Córdoba, 282, II (por el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo) y el CPP CABA, 173, III y IV (conforme a los principios comunes, la decisión judicial posterior a la audiencia previa es recurrible para todas las partes intervinientes), la orden de prisión preventiva es recurrible por apelación. Por aplicación de las reglas generales de los recursos, la falta de mérito, negación del encarcelamiento preventivo, es recurrible por apelación para los acusadores que generen un gravamen; sobre todo ello es así textualmente en el CPP CABA, antes citado. El CPP Córdoba, no contiene una regla específica.

Tanto el procesamiento como la falta de mérito —como las decisiones correspondientes en los demás códigos, la orden de prisión preventiva o su negación— no precisan de un recurso para su revocación o reforma;

¹¹⁸ CPP Nación, 309; CPP Pcia. de Buenos Aires, 320.

¹¹⁹ Según era léxico común del foro penal durante la vigencia del CPCrim. originario (1882) para la justicia federal y los tribunales de la capital de la República para el caso de negar fundamento al auto de prisión preventiva, sin previsión legal alguna.

¹²⁰ CPP Nación, 311.

¹²¹ CPP Nación, 449.

ellas son revocables y reformables, aun de oficio, por el tribunal que las dictó o por el tribunal competente, razón por la cual se expresa de estas decisiones, como característica de ellas, que *no causan estado*, aforismo que significa, precisamente, que son reemplazables incluso por las decisiones contrarias no bien muden las condiciones bajo las cuales se examinó su posibilidad anteriormente¹²². He allí la razón de ser de la posibilidad, ya anticipada, del valor del contenido intrínseco y de la función de estas decisiones durante todo el procedimiento, pues, no bien modificadas en el trascurso del procedimiento penal las circunstancias por las que ellas fueron resueltas –o, mejor dicho, cuando cambien con posterioridad los parámetros jurídico-fácticos que constituyeron el fundamento del encarcelamiento preventivo o de su negación–, es viable y válido volver sobre esas decisiones y esos parámetros, tanto para liberar al imputado preso, como para encarcelar al imputado libre, según el caso lo requiera.

4. El sobreseimiento

I. *Concepto, motivos y valor de la decisión*. El *sobreseimiento*, que en origen representa más a la finalización objetiva del procedimiento, es hoy sinónimo de una sentencia absolutoria anticipada, esto es, de una decisión en esencia subjetiva, relativa a una persona determinada, absolución anticipada en el sentido de ser resuelta antes del juicio o, mejor dicho, antes del debate público que constituye el núcleo básico del procedimiento judicial principal en materia penal y la base ideal del procedimiento penal en general. En ciertas ocasiones se verifica con certeza la inocencia del imputado o, al menos, la certeza de no poder reunir los elementos de convicción suficientes de sospecha sobre la participación del imputado en un hecho punible para justificar su enjuiciamiento, o se constata ciertamente un motivo que concluye la persecución penal definitivamente (excepciones perentorias), de modo que resulta inútil y dispendioso proseguir el procedimiento penal hasta la sentencia, en especial, cumplir con el rito de la audiencia oral, pública, contradictoria y continua que habilita la sentencia del tribunal de mérito, en ese caso, la absolución; proseguir no sería otra cosa que prolongar la persecución penal, cuyo resultado final

¹²² CPP Nación, 311; los otros tres códigos utilizados a manera de ejemplos no precisan una regla específica pues, al concebir al contenido del procesamiento, la probabilidad acerca de la participación culpable en un hecho punible –en ocasiones, un hecho punible de cierta gravedad–, como presupuesto material del encarcelamiento preventivo, resulta en general de sus diversas reglas y su interpretación armónica la posibilidad de variación, incluso de oficio, durante el trascurso del procedimiento: CPP Pcia. de Buenos Aires, 157 a 163, y 320; CPP Córdoba, 283 y 284; CPP CABA, 173, V, última oración.

está ya a la vista, sin razón suficiente y transformar la función de esa persecución para conducirla a la única finalidad de provocar la prolongación innecesaria del sufrimiento del imputado, sentimiento implicado por la necesidad de sentarse en el banquillo de los acusados en una audiencia pública. Por ello, la ley procesal penal autoriza, en esos casos, no sólo la clausura anticipada del procedimiento, sino, antes bien, la liberación de la persecución penal respecto de una persona determinada y un hecho punible concreto que se le ha atribuido. La equiparación a la sentencia absolutoria, que ya produjo en el lenguaje más moderno de nuestras leyes procesales penales un cambio en el modo de designar la resolución –*sentencia de sobreseimiento*–, privilegiando su efecto de clausura definitiva de la persecución penal, proviene con razón del valor de *cosa juzgada*, portadora del principio *ne bis in idem*, que nuestro Derecho procesal penal le adjudica seriamente al sobreseimiento¹²³.

Dos son los motivos genéricos que, en nuestro Derecho, autorizan el sobreseimiento. En primer lugar, la extinción de la acción penal (imperseguibilidad del hecho) que regula el CP, 59 y ss., provenga esa decisión del triunfo de una excepción perentoria interpuesta por la defensa o de una decisión del tribunal asumida de oficio o requerida por el acusador. A los motivos de extinción de la persecución penal regulados en el CP, sólo es posible agregarles la *cosa juzgada* –motivo no mencionado por la ley penal–, debido al principio constitucional *ne bis in idem*¹²⁴, que lo implica. En segundo lugar, el sobreseimiento se justifica por la inocencia de quien es perseguido penalmente, comprendida como cualquier causa que torne impune la imputación dirigida contra él –el hecho no es típico según la ley penal, él no ha participado en el hecho, en sí punible, o, de otra manera, se constata en su favor alguna causa de justificación, de inculpaibilidad o de exclusión de la punibilidad– y afirmada por la certeza sobre esa suerte de inocencia a la que conducen los medios de prueba incorporados al procedimiento o, cuando menos, la imposibilidad de atribuirle el hecho como punible con el grado de probabilidad de una condena que la ley procesal penal requiere para abrir el juicio público¹²⁵.

Ya hemos advertido que entre el sobreseimiento, concebido como sentencia absolutoria anticipada, y la decisión que abre el juicio público no existe un vacío, sino, por lo contrario, un contenido que se expresa por la imposibilidad de declarar la apertura

¹²³ CPP Nación, 335; CPP Pcia. de Buenos Aires, 322; CPP Córdoba, 349. CPP CABA, 203, I y II.

¹²⁴ Ver esta obra, t. I, § 6, E.

¹²⁵ Ver este párrafo, D, 2.

del juicio público, a falta de la probabilidad de una condena, y el sobreseimiento, que normalmente requiere cierta certeza para comprometerse a dejar de perseguir para siempre al imputado por el hecho atribuido. Nuestro código federal originario ofrecía, para el caso de la advertencia, la solución del *sobreseimiento provisional*, solución con la cual la promesa relativa a la carencia de persecución penal posterior no era tan amplia y franca como en el allí también llamado *sobreseimiento definitivo*, equiparable este último al sobreseimiento actual: esa solución subsistía hasta la modificación del contexto procesal en el que se había dictado y, en todo caso, hasta que el transcurso del tiempo operara la extinción de la persecución penal por prescripción o por cualquier otro motivo de extinción¹²⁶. También advertimos antes acerca de la idea del Proyecto de CPP Nación (1986) y del CPP modelo para Iberoamérica que lo siguió: sólo para el caso de la posibilidad real de incorporar prueba que, en el futuro, permitiera decidir la apertura del juicio o el sobreseimiento, era posible una clausura provisional del procedimiento¹²⁷; pero ella estaba sujeta a condiciones formales tales como la indicación de los medios concretos de prueba a incorporar en el futuro, hoy impedidos de ser incorporados por alguna razón plausible y la cesación de ese estado no bien ese fundamento desapareciera como posibilidad de realización. Algunas de esas ideas han sido retomadas por la más moderna legislación procesal penal argentina: el CPP Pcia. de Buenos Aires, 323, inc. 6, y el CPP Córdoba, 350, inc. 5, parecen advertir el problema pero sin solucionarlo; el CPP CABA, 202, III, y 203, III, también advierte el problema y lo trata jurídicamente a la manera del antiguo sobreseimiento provisional, aunque con la importante diferencia de la expresión de los elementos a incorporar en el futuro y de someterlo a un plazo regularmente más breve que el de prescripción –dos años–, transcurrido el cual sobreviene la clausura definitiva de la persecución penal, no bien resulte imposible procurar la incorporación de otros elementos de prueba o de los esperados en la solución provisional (art. 208). Se trata, por lo demás, de una decisión de la Fiscalía, que puede ser cuestionada por el querellante, quien, de no obtener apoyo dentro del control interno por el ministerio público, tiene la facultad de tomar a su cargo, exclusivamente, la persecución penal, a la manera del procedimiento por acción privada¹²⁸.

El efecto natural del sobreseimiento impone que él sea una resolución judicial, en el sentido de dictada por un tribunal, aun cuando, en ocasiones, integrado por un único juez, el juez de instrucción o el que controla la actividad preparatoria de la fiscalía, tribunal ante el cual la fiscalía, en su caso, debe requerirlo. Ello no impide que, en múltiples ocasiones, los tribunales competentes estén autorizados a decidirlo de oficio. Pero el caso notable está representado por una suerte de sobreseimiento “obligatorio” para el tribunal, típico en nuestro orden jurídico. Se trata del caso del llamado, en la jerga del foro, “sobreseimiento por acuerdo de fiscales”,

¹²⁶ CPCrim. para la justicia federal y los tribunales de la capital de la República (1882), arts. 432 y siguientes.

¹²⁷ Ver *supra*, 3.

¹²⁸ Ya hemos criticado esta última solución que implica, sin autorización de la ley penal, dejar afuera al Estado de la persecución penal en los delitos de acción pública, en contra de lo dispuesto por el CP, 71, y someter la persecución a un estatuto legal distinto que aquel creado para aquellos delitos.

en el cual la opinión del acusador público, controlada internamente en el oficio del ministerio público, vincula al tribunal, obligado a dictar el sobreseimiento aun contra su opinión: cuando la fiscalía interviniente es refrenada en su requerimiento de sobreseimiento por el superior jerárquico, el tribunal competente “debe” dictar el sobreseimiento, o, dicho de otra manera, el dictamen fiscal resulta vinculante para el tribunal, solución que importa preferir el principio acusatorio frente al control del principio de legalidad, labor esta última que, regularmente, ejercen los tribunales sobre la tarea del ministerio público fiscal¹²⁹. Debe reconocerse que el caso genérico, situado al final del procedimiento preparatorio o preliminar resulta de difícil solución, pues situados en el caso inverso –que describimos *infra*–, predominio del tribunal sobre la fiscalía –por tanto, lesión del principio acusatorio–, la solución es también criticable y así ha sucedido en la práctica, según veremos.

El CPP Nación, 348, II, ha optado por la solución opuesta, en tanto, sucedida la discrepancia entre la fiscalía requirente y el tribunal de control, decide el tribunal competente para el recurso de apelación durante el procedimiento preliminar e intermedio y, en su caso, instruye al ministerio público para cumplir correctamente la decisión; tal solución del caso, en favor del control judicial de la tarea del ministerio público, ha dado lugar a una polémica en doctrina y jurisprudencia, incluso de carácter constitucional¹³⁰, algo exagerada, a mi juicio¹³¹.

¹²⁹ CPP Córdoba, 359; CPP Pcia. de Buenos Aires, 326. algo similar sucede en el CPP CABA, 201 y 202, y en el *bis*, pero en ellos la víctima cumple un papel preponderante, pues, con diferencias de detalles, su discrepancia con la fiscalía interviniente en el caso, expresada ante el Fiscal superior con mención de los elementos de prueba a incorporar, provoca el control interno del requerimiento por el ministerio público fiscal y, en caso de acuerdo con la víctima, la orden de proseguir la persecución penal, eventualmente conforme a los elementos de prueba designados por la víctima, o de requerir la apertura del juicio. Estos dos últimos códigos tienen también de particular, en el caso inverso –víctima con voluntad de perseguir penalmente y acusar–, la prosecución de esa persecución sólo por la vía de la acción privada.

¹³⁰ Cf. SOLIMINE, *Carácter no vinculante del dictamen fiscal desestimatorio*, ps. 901 y ss.; NARVAIZ, *El fiscal y la acción penal pública*, ps. 983 y ss.; GIL LAAVEDRA, *Legalidad vs. acusatorio*, ps. 829 y ss.; PALACIO, *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación*, ps. 910 y ss.; RUSCONI/GORANSKY, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, ps. 245 y ss.; SURIZ, *Algunos problemas en torno al procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, ps. 263 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, *Potestad de fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, ps. 25 y ss.; BELLO-FIORE/ALFANO, *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, ps. 1184 y ss.; FILIPPINI, *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, ps. 1 y ss.; VEGEZZI, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del art. 348, CPP, y su derogación tácita*, ps. 265 y siguientes. La CSN ha resuelto sobre el punto en la sentencia del caso “Quiroga”, dictada el 23 de diciembre de 2004.

¹³¹ Si bien con una instrumentación distinta, que ayuda al momento de discutir la viabilidad jurídica del punto, la OPP de la RFA, §§ 172 a 177, proporciona una solución básicamente similar: el llamado *procedimiento para obligar a interponer la acción penal pública*

Una solución distinta, también muy criticable por otra razón, la conversión de acciones penales públicas en acciones penales privadas –en discordancia con lo previsto por el CP, 71 y ss.–, diferente en ciertos detalles, pero básicamente similares por el órgano que decide y la función que esos códigos le conceden a la víctima en el conflicto, presentan el CPP Pcia. de Buenos Aires, 334 *bis*, y el CPP CABA, 201 y 202. El primero de ellos se atiene, en principio, a la solución tradicional en nuestro Derecho procesal penal (art. 226): en los delitos de acción pública, requerido el sobreseimiento por la fiscalía interviniente, ante la discrepancia del juez, decide el fiscal superior jerárquico el camino a seguir y, en caso de acuerdo, emerge el sobreseimiento “obligatorio” para el juez; caso contrario, un fiscal reemplazante de quien requirió el sobreseimiento solicita la apertura del juicio público. Pero luego (art. 336 *bis*), al terminar el procedimiento preliminar (investigación preparatoria para decidir la apertura del juicio), la ley vuelve sobre sus pasos y concede a la voluntad de la víctima, en caso de ser apoyada por el Fiscal superior en rango al de la fiscalía interviniente, la virtud de provocar la prosecución de la persecución penal o el requerimiento de apertura del juicio, y, en caso de no conseguir ese apoyo, la facultad de perseguir por sí misma, con los riesgos correspondientes –“por cuenta propia”– y de requerir la apertura del juicio público, con lo cual ha logrado, sin decirlo, transformar un delito de acción pública en un delito de acción privada, sin reparar tan siquiera en el significado político-histórico del Derecho penal. Algo similar sucede en el CPP CABA, 201 y 202, pero en él la víctima cumple un papel preponderante, pues su discrepancia con la fiscalía interviniente en el caso, expresada ante el fiscal superior con mención de los elementos de prueba a incorporar, provoca el control interno jerárquico del requerimiento de sobreseimiento por el ministerio público fiscal: en caso de acuerdo con la víctima, la orden de proseguir la

(cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 41, ps. 299 y ss.; VOLK, *Grundkurs StPO* [7ª ed.], § 12, III, ps. 112 y ss.; SCHROEDER, *Strafprozessrecht* [4ª ed.], § 19, II, ps. 108 y ss.; RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht* [3ª ed.], § 49, ps. 416 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*, vol. II, Libro segundo, Cap. 2, *Advertencias*, último párrafo, y §§ 171 a 177, ps. 136 y 147 y ss.), suerte de procedimiento judicial de amparo en favor de la víctima de un delito de acción pública para lograr el control de la aplicación del *principio de legalidad* por parte del ministerio público fiscal. Los tribunales (en el caso de la RFA se trata del Tribunal Superior del Estado), frente a la demanda de la víctima que denunció el hecho, deciden archivar la persecución penal, de conformidad con la opinión del ministerio público, o hacer lugar a la demanda y entonces obligarlo a interponer la acción penal pública. Visto de modo principista y desde afuera, esa solución del problema debería haber dado lugar a literatura aún más polémica que entre nosotros, por la posición institucional del ministerio público en Alemania, órgano del Poder Ejecutivo. Esa solución inspiró aquella del Proyecto de CPP Nación 1986 (Secretaría de Justicia de la Nación, Buenos Aires, s/f, arts. 269, incs. 3 y 5, 273, inc. 3, y 274, incs. 2 y 3) y del CPP modelo para Iberoamérica (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, *idem*), ciertamente de texto sumamente complicado, pero idéntica al ejemplo, básicamente. El CPP modelo (texto en el apéndice de este tomo), que redacté en principio para la Ciudad de Buenos Aires, por encargo oficial, y que entregué a la Secretaría de política criminal de la Nación, ante el desinterés del Jefe de Gobierno que me lo encargó, arts. 191, 207 y 211, prevé la posibilidad de recursos informales del ofendido por delito de acción pública ante funcionarios superiores del ministerio público, cuando la fiscalía sobreseyere el procedimiento en favor de un imputado –estimaré que no es posible requerir la apertura del juicio público–, para lograr la orden de persecución o el requerimiento de apertura del juicio público, y, frente a la negativa final del ministerio público, la posibilidad del amparo ante el tribunal competente para el recurso contra la sentencia, según el caso.

persecución penal, eventualmente conforme a los elementos de prueba designados por la víctima, o de requerir la apertura del juicio; en el caso inverso, si el fiscal superior presta conformidad con el requerimiento del inferior, la víctima con voluntad de perseguir penalmente y acusar –el texto es muy confuso conforme a los múltiples archivos que el código concibe, pero, al menos en caso de clausuras provisionales– adquiere la facultad de proseguir esa persecución por la vía de la acción privada (art. 208); si ella no ejerce la facultad adquirida, sobreviene el sobreseimiento “obligatorio”. En el fondo, maguer detalles diferentes y confusiones parecidas, las soluciones son políticamente equiparables, si no idénticas.

El CPP CABA introduce modificaciones incluso en el lenguaje utilizado, pues a nuestra institución tradicional, traída del Derecho procesal penal hispano y de la lengua castellana, que designa esta clausura con efecto definitivo con la voz natural de sobreseimiento, la llama archivo y así la confunde con otras clausuras denominadas de la misma manera, pero con otros efectos sobre la posición jurídica futura del imputado; pero, además, su texto es al menos oscuro a la hora de instruirnos sobre los efectos de la decisión y los órganos autorizados a dictarlas (ver arts. 199 y 203; ver también 201 y 202). En términos muy generales no deja de seguir a nuestras regulaciones tradicionales, en tanto el efecto definitivo de clausura de la persecución penal sólo parece lograrse por la extinción de la acción penal o porque los elementos de prueba coleccionados no permiten abrir el juicio sino, antes bien, confirman la inocencia del encausado, pero todo ello va mezclado con causas de extinción de la persecución penal ignoradas por el CP, 59 y ss., y con la regulación del *principio de oportunidad*, desconocido para nuestra ley sustantiva, contradicción que torna más que dudosa a alguna de sus reglas (por ejemplo, la del imputado culpable pero “colaboracionista”, absuelto a todo efecto después de su “colaboración”). La confusión, desde el punto de vista del lenguaje utilizado, llega a un límite cuando el art. 197, III, ordena dictar un “auto de sobreseimiento” como resultado del triunfo de una excepción que demostró la extinción de la acción penal. ¡Al menos desprolijo el texto!, que logra desorientar, cuando no confundir al intérprete.

II. *Oportunidad y formas de la decisión.* El ámbito propio de desarrollo del sobreseimiento es el trascurso del procedimiento preliminar o de la instrucción preparatoria; pero la opción por esta decisión se tensa al final de ese período procesal, pues se trata de decidir, en principio, entre la apertura del juicio y el sobreseimiento¹³². No obstante, la ley permite que el motivo de la extinción de la acción penal justifique el sobreseimiento, dictado de oficio o a petición de parte, durante todo el trascurso del procedimiento, incluidos allí el mismo debate, el procedimiento de obtención de la sentencia y el procedimiento recursivo¹³³. Tradicionalmente, las

¹³² CPP Nación 334; CPP Pcia. de Buenos Aires, 321; CPP Córdoba, 348; CPP CABA, 199 a 202 y 206 (interpretación sistemática). Recordamos que el último de los códigos mencionado llama archivo tanto al sobreseimiento de otras leyes procesales penales, como a la clausura provisional por otros motivos, casos estos últimos en los cuales la persecución penal puede ser reabierta.

¹³³ *Idem.* El CPP CABA carece de texto expreso pero tampoco limita la facultad general de sobreseer durante el procedimiento preliminar, razón por la cual él resulta posible durante todo el procedimiento.

leyes procesales penales argentinas contienen una segunda excepción: en los actos preliminares al debate, el tribunal de mérito puede sobreseer, de oficio o a petición de parte, no sólo por la extinción de la acción penal, sino, también, por la evidencia (certeza) de que el acusado obró en estado de inimputabilidad (incapacidad de ser culpable) para cuya comprobación no resulta necesario el debate, motivos a los que hoy se agregan causas de exclusión de la pena, como la aplicación de la ley más benigna y las excusas absolutorias (condiciones objetivas de punibilidad)¹³⁴.

Calificado como auto o como sentencia de sobreseimiento, sus formas esenciales son similares: decisión escrita, que individualiza al imputado en favor de quien se dicta, con una exposición clara y precisa del hecho atribuido que abarca el sobreseimiento y de los fundamentos (motivos incluidos y, eventualmente, demostrados)¹³⁵.

III. *Recursos*. La sentencia –o el auto– de sobreseimiento es recurrible por apelación, por el acusador y sin efecto suspensivo; la defensa puede también impugnar la decisión por la misma vía, cuando no se respete el orden que la ley establece para que el tribunal cognoscente trate las diferentes cuestiones que conducen a esa decisión o cuando a raíz de esa absolución anticipada se impone al imputado una medida de seguridad y corrección; el plazo para recurrir varía según la ley procesal penal entre el plazo común del recurso de apelación y un plazo abreviado¹³⁶.

No es derivable directamente de los textos citados si el recurso del imputado o su defensor tiene también efecto no suspensivo. El CPP CABA no contiene regla especial de concesión del recurso de apelación contra las decisiones finales de archivo. De conformidad con la regulación general del recurso, la decisión de archivo no es recurrible por esa vía, salvo que establezca un gravamen irreparable, como, por ejemplo, en el caso de imposición al acusado de una medida de seguridad y corrección¹³⁷. Como fue dicho, la ley procesal penal de la CABA concede al ofendido o sus sustitutos facultades especiales de impugnación y de prosecución del procedimiento, incluso de acusación, para hacer valer su opinión favorable a la persecución penal.

¹³⁴ CPP Nación, 361; CPP Pcia. de Buenos Aires, 341 (el texto permite sobreseer por cualquier motivo que corresponda –absolver antes del debate– con la única condición de la certeza; CPP Córdoba, 370. El CPP CABA carece de un texto similar pero recuérdese que no limita el archivo, como regla general, al procedimiento preliminar.

¹³⁵ CPP Nación, 337, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 324; CPP Córdoba, 351; CPP CABA, por regla general, 42, II.

¹³⁶ CPP Nación, 337, II y III (plazo: tres días); CPP Pcia. de Buenos Aires, 325 (plazo: cinco días); CPP Córdoba, 352 (plazo general del recurso de apelación).

¹³⁷ CPP CABA, 267 y 279, I.

**Las medidas de coerción
aplicables al imputado § 18**

BIBLIOGRAFÍA

BARCESAT, Eduardo S./BOICO, Roberto José, *Las penas de muerte, tormentos y azotes*, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial (Artículos 1/35)* (publicación dirigida por Daniel A. Sabsay y coordinada por Pablo Manili), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 1, § 5, ps. 838 y ss.; CAFFERATA NORES, José I., *La excarcelación*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1977; y *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992; CARRANZA, Elías/HOUED, Mario/MORA MORA, Luis P./ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1983; CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal [Tratado]*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2009, Libro segundo, Cap. quinto, ps. 207 y ss.; DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción*, en "Nueva Doctrina Penal", 2004/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 561 y ss. (reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 71 y siguientes); HASSEMER, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia de apertura de la "Jornada de los Defensores Penales" del mismo Estado, dictada en la *Paulskirche*, Frankfurt a. M. (RFA), el 24 de marzo de 2006 (manuscrito original de la conferencia cedido por el autor y traducido por Gabriela Córdoba y por mí con el título *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, en *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 11 y ss.; JIMÉNEZ, Pablo Eduardo/RIQUERT, Eduardo Marcelo, *Teoría de la pena y derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, Cap. II, LL.2.3., ps. 172 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos* (2ª ed.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 6, C, 2, c, ps. 510 y ss.; y *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal [Sobre la libertad del imputado]*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981; 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*, en "Revista de Derecho Procesal Penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 2005, ps. 393 y siguientes; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Ed. Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986; PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; y *Las funciones de la prisión preventiva*, en "Revista de Derecho Procesal Penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 2006, II, ps. 109 y ss.; RIQUERT, Marcelo Eduardo (ver JIMÉNEZ); ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2009; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal [Dpp]*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1968/9, t. I, Cap. VII, ps. 313 y ss. y t. II, Cap. VIII, § V, 3, ps. 475 y ss.; y *La coerción personal del imputado*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968-I-95 y ss.; VITALE, Gustavo L., *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007; VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO* (7ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), § 10, III, ps. 57 y siguientes.

A. EL PROBLEMA

1. Advertencias

I. *Errónea distinción conceptual por categorías y terminológica*. En esta sección sólo estudiaremos, básicamente, aquellas medidas de coerción del procedimiento penal que son conocidas por la doctrina mayori-

taria bajo el nombre de *personales*, por contraposición a las medidas de coerción llamadas *reales*¹. Con esa diferenciación y bajo esos nombres se pretende que las primeras van referidas directamente a una persona, incluso de existencia ideal, mientras que las segundas tienen por núcleo de su injerencia a una cosa. Ni los nombres con los que se denomina a ambas categorías, ni ellas en sí mismas, ni el concepto que preside su diferencia son correctos. La coerción estatal significa utilización de la fuerza pública por parte de órganos del Estado, para el caso, la ejercida legítimamente, esto es, la autorizada o permitida por la ley a ciertos órganos estatales (*nulla coactio sine lege praevia*). El Estado, salvo contadas excepciones en las que la ley también autoriza a los particulares a usar de la fuerza –en virtud de que aquellos representantes estatales llegarían tarde a la protección del bien jurídico a salvaguardar, por lo que el ejercicio de la fuerza sería ineficaz en esos casos (*legítima defensa* propia o de terceros, *aprehensión* del sorprendido en flagrancia, como ejemplos más notorios y relativos a nuestra materia penal)–, monopoliza esa fuerza pública, según su concepción actual. Las medidas de coerción, expresión del uso de esa fuerza, van siempre dirigidas hacia una persona, de existencia visible o de creación jurídica –serían, con aquella terminología errónea, todas *personales*–, pues ellas se refieren *todas* a derechos fundamentales concedidos por la ley a una persona (la libertad de desplazamiento físico, la de disponer de las cosas y bienes que están dentro de su patrimonio, la intimidad de ciertos ámbitos, excluidos del conocimiento de terceros, según decisión de su titular, etc.), generalmente con anclaje en la Constitución del estado, en su ley fundamental, derechos que, a su vez, establecen todos los *bienes jurídicos* básicos de las personas² que conviven en una organización social.

Valgan como ejemplo el secuestro de cosas y bienes o el embargo, siempre clasificados como medidas de coerción real, injerencias que, sin embargo, no están referidas a una cosa en sí, como núcleo o centro de la aplicación de la fuerza pública, sino a la relación de señorío (dominio) de una persona sobre una cosa o bien, de los que no puede disponer libre y legítimamente debido a la medida de coerción aplicada; la prisión preventiva, o, más ampliamente, la privación de libertad durante el procedimiento penal, un símbolo, un ícono representativo de todas las medidas llamadas personales por la mayoría de los procesalistas argentinos, no es otra cosa que la injerencia

¹ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, Cap. VIII, § V, ps. 475 y ss.; CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. V, n° 1266, ps. 211 y ss.; CAFFERATA NORES, *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Parte primera, n° 3, p. 4. Cf. la distinción en la misma ley: CPP Pcia. de Buenos Aires, 146 y Libro I, Título VI, Cap. VI, arts 197 y siguientes.

² Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 29, B, ps. 210 y siguiente.

provocada por el ejercicio de la fuerza pública en otro derecho, en este caso de la persona física (de existencia visible), la libertad locomotiva o de movimiento³.

Desde ya se observa que estas medidas estatales representan siempre una injerencia del Estado en derechos reconocidos de las personas, injerencia lograda por aplicación de la fuerza pública. Conforme a esta concepción, algunas medidas, que serían expuestas por la literatura vernácula mayoritaria formando parte de los medios de coerción real, ingresarán a nuestro estudio actual; me refiero, sobre todo, a aquellas referidas a la acción civil reparatoria, pero también a algunas de nuestra materia penal, sucedáneas, incluso, de la privación de libertad (las cauciones económicas que permiten reemplazar la prisión).

Por lo demás, no debo ocultar que el objeto principal de estudio de este parágrafo va referido a aquellas medidas que importan una privación de derechos para quien es imputado en un procedimiento penal (ver apartado IV), aun cuando alguna de ellas alcance también, eventualmente, a otras personas (ejemplo: el arresto).

II. *La libertad locomotiva o de desplazamiento, núcleo duro de la exposición.* Nadie discute acerca de la afirmación de que el núcleo principal y problemático de injerencias permitidas y disciplinadas por la ley procesal penal consiste en la privación de libertad del imputado. Desde este ángulo de observación sucede algo parecido, directamente proporcional, a aquello que ocurre con las penas del Derecho penal: a pesar de algunos progresos de órdenes jurídicos positivos sobre el reemplazo de la privación de libertad por otras penas, como pena básica del Derecho penal, la discusión político-criminal, en esta materia, gira en torno de la privación de libertad. Éste será también, pues, el núcleo de nuestra sección actual, más allá de incluir en ella alguna explicación sintética relativa a otras medidas de coerción.

El hecho de la sensibilidad política tanto de la pena privativa de libertad como de la medida de coerción procesal que consiste en la privación de libertad (detención, prisión preventiva) reconoce una argumentación tan común como errónea. Por alguna razón que no se comprende del todo, la privación de la libertad funciona, no sólo vulgarmente, sino incluso para algunos pretensos entendidos en materia penal, como una especie de "sanalotodo" místico y mítico que, a la vez de "curar" la culpabilidad del autor emergente de la comisión o de la sospecha sobre la comisión de un delito —el castigo redime según la norma cultural actual—, soluciona mágicamente el problema de la

³ Cf., sobre estos conceptos, MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, I, ps. 13 y siguientes.

recidiva⁴. Nada más apartado de la realidad según la investigación seria: no sólo la exclusión del mundo social que implica la prisión no impide el delito o torna inocuo al autor, pues en la cárcel se puede también delinquir y de hecho así sucede regularmente —a lo sumo se reduce empíricamente la posibilidad de transformarse en víctima de esos delitos, calidad que recae en los también excluidos del mundo social libre, como el autor—, sino que, además, el pertenecer al submundo de la cárcel funciona como uno de los principales factores y medio de enseñanza de conductas delictivas futuras⁵. Desde el punto de vista que pretende tornar inocuo al autor se comprende mejor la pena de muerte o las penas corporales, maguer su brutalidad fundante de su desaparición y abominación, que la pena de prisión. La compulsión a incluir el encarcelamiento preventivo como remedio sin par del delito o vector importantísimo de la seguridad común es todavía mayor durante el proceso penal que como resultado de él (sentencia de condena y pena). Por esta razón, los reglamentos jurídico-procesales referidos a la prisión preventiva son tan maleables y sensibles, variables en escaso tiempo y espacio: el reclamo de seguridad ciudadana se traduce de manera inmediata en mayores posibilidades para el encarcelamiento preventivo-procesal y en menores posibilidades de someterse al procedimiento penal en libertad hasta que una sentencia de condena, fundada en la certeza sobre la culpabilidad del autor del delito o del partícipe en él, altere esa situación⁶.

III. *Imposibilidad de tratar todos o gran parte de los ordenamientos positivos vigentes.* Conforme a ello, corresponde advertir que examinaremos el punto de conformidad con las reglas básicas que lo gobiernan; utilizaremos para ello, a manera de ejemplo, el CPP Nación y, en ocasiones, alguno de los otros códigos que ya utilizamos para ilustrar sobre el Derecho positivo, cuando así convenga a la exposición. La razón por la cual nos apartamos de la regla que rige la exposición en general se comprenderá de inmediato: la reglamentación positiva de la privación de libertad procesal, más allá de aquello que según el intérprete esté permitido reglamentar de conformidad con los principios que contiene la ley fundamental, que rigen la materia, es un tema que, como dijimos, se presenta por demás sensible, que provoca continuas modificaciones en los códigos procesales penales provinciales y en el de la Nación, producto de los avatares

⁴ Cf. el resumen de los propósitos y argumentos con los cuales la jurisprudencia superior argentina, de nuestra CSJN, ha defendido, sobre todo, el encarcelamiento durante el procedimiento, en BARCESAT/BOICO, *Las penas de muerte, tormentos y azotes*, t. 1, § 5, ps. 838 y ss., argumentos y propósitos político-criminales que no difieren, en verdad, de su articulación vulgar.

⁵ Cf., en general y por todos, KAUFMANN, *Kriminologie III*, Cap. primero; y sobre el resultado específico del encierro como proceso de socialización negativo, ese capítulo, III, p. 82 y también SCHNEIDER, *Kriminologie VII*, 2, p. 849.

⁶ Vale como ejemplo el CPP Pcia. de Buenos Aires y sus continuos cambios —no siempre meditados— por leyes sobre esta materia.

políticos, de modo que las diferencias de detalle, aun importantes pero monográficas, oscurecerían la exposición principista, por una parte, y responderían a argumentos político-criminales locales⁷, efímeros, por la otra parte.

IV. *Exclusión de las medidas de coerción relativas a los medios de prueba.* Por último, en este parágrafo sólo tendrán cabida las medidas de coerción disciplinadas genéricamente para proteger los fines reconocidos para el proceso judicial en materia penal, la averiguación de la verdad sobre un caso hipotético de aplicación de la ley penal y la misma aplicación de la ley penal a través del procedimiento regulado por la ley, de realización necesaria (*nulla poena sine iudicio*⁸). Quedarán de lado medidas de coerción referidas directamente a los medios de prueba particulares, estudiadas ya en el parágrafo relativo a ellos⁹. Se trata, así, no tan sólo de medidas de coerción que implican el uso de la fuerza pública, sino, antes bien, de *medios o medidas cautelares*, cuyo objetivo es la eficiencia y eficacia del procedimiento, y de la sentencia que lo concluye, de conformidad con la concepción de esos conceptos elaborada por la ley¹⁰. Por lo demás, se debe tener presente que, a pesar de que el imputado resulta ser el destinatario principal, casi exclusivo, de estas medidas de coerción, algunas de ellas, incluida la privación de libertad, se refieren a otras personas que intervienen en el procedimiento penal o representan injerencias para otras personas distintas a él que, incluso, no revisten carácter de parte en el procedimiento penal.

⁷ En un tiempo, las provincias agropecuarias solían prever para el delito de abigeato (hurto de ganado) en sus leyes procesales penales el encarcelamiento preventivo obligatorio, mientras que los códigos más referidos a la vida ciudadana (CPP Nación) colocaban en esta categoría al hurto de automotores: cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, III, ps. 29 y siguientes.

⁸ Ver esta obra, t. I, § 6, B; cf., además, CPP Nación, 280, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 144, II; CPP Córdoba, 268, I, en especial inc. 4, 271, I, y 281, I, inc. 2; CPP CABA, 169, II.

⁹ Ver este libro, § 15, G.

¹⁰ Un proyecto de código procesal penal elaborado por juristas de la Provincia de Santa Fe, en el marco de una reforma procesal penal propuesta en esa Provincia, que fracasó con el tiempo por ausencia de afirmación legislativa, permitía, a grandes líneas, el proceso en contumacia o en rebeldía del inculcado. Cualquiera que fuere la opinión política acerca de la novedad, eso solucionaba, en principio, la mayoría de los problemas de la privación de libertad procesal, pues la supresión del encarcelamiento preventivo no arriesgaba un impedimento para la realización del procedimiento, que podía ser llevado a cabo hasta su finalización aun en ausencia del acusado.

2. Alcance histórico de la libertad locomotiva y de la regulación jurídica de su pérdida¹¹

I. *Origen y desarrollo.* Sólo se puede hablar de libertad locomotiva, o de traslación, o de desplazamiento físico y de asentamiento del ser humano, si se supone garantías jurídico-políticas para no ser privado de esa libertad injustamente –por fuera de los casos y de las formas previstas en la ley– por el ejercicio de la fuerza pública, si se supone, entonces, que la organización social se rige por las reglas básicas de un Estado de Derecho. Como tantas otras, las garantías para la libertad locomotiva proceden claramente del liberalismo de fines del siglo XVIII. Tanto la Ilustración, movimiento europeo-continental, como el liberalismo de las colonias inglesas de América del Norte, plasmado en constituciones escritas para el Derecho de los Estados Unidos, significaron un desarrollo jurídico inicial claro en la materia. Yo comenzaré con el ejemplo del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), más afín a mi educación. Allí, a pesar de que para privar de libertad a título de pena estatal se requería un procedimiento judicial y una decisión previos (*juicio previo* en sus dos acepciones: procedimiento y sentencia judiciales), proceder que culminaba en un juicio público según el cual el tribunal decidía la absolución o la condena –única que quebraba la inocencia declamada del sospechoso–, nunca se prohibió el encarcelamiento preventivo. Nuestra Constitución Nacional, hija de esos movimientos, contiene –a su imagen y semejanza– en un mismo artículo, el 18, las dos reglas, aquella que prohíbe la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y aquella que, sin embargo, abona la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente en algunos casos. Las reglas jurídicas forjaron allí y en el siglo que le sigue (el siglo XIX) los principios básicos que orientaron la explicación sobre el encarcelamiento preventivo que llega hasta nosotros, a la que se le añadirá otro principio que afirmará el siglo XX, sobre todo después de la gran conflagración europea, luego universalizada y conocida como Segunda Guerra Mundial, principios que aún nos cuesta desarrollar y convertir en realidad en el siglo XXI.

II. *La paradoja.* Ya dimos a entender que, si no existiera la privación de libertad –en este caso, la prisión al sólo título procesal–, este capítulo

¹¹ Un análisis extenso del tema y de su significación actual, con bibliografía al día, en PASTOR, *Las funciones de la prisión preventiva*, ps. 109 y siguientes.

del procedimiento penal bien podría suprimirse o reducirse a una explicación pequeña, sencilla, acerca de la racionalidad sobre la aplicación de la fuerza estatal –por ejemplo, sobre seguridades económicas para una posible pena pecuniaria o anticipaciones temporales de inhabilitaciones eventuales, tales como el secuestro de armas, de vehículos o de sustancias, en sí reacciones administrativas–, y no existirían mayores discrepancias político-criminales o, si ellas subsistieran, serían de menor calibre. Me animo a predecirlo así bajo mi responsabilidad¹². La paradoja consiste en la afirmación de que el procedimiento penal (judicial) existe como tal porque *se presume la inocencia del imputado y nadie puede ser penado* –sufrir una pena– *hasta tanto una sentencia de condena firme exista y lo someta a una pena*; pero, sin embargo, no sólo se tolera el encarcelamiento durante el procedimiento penal –que, para el derecho agredido, la libertad de locomoción, no representa una diferencia sustancial con la pena privativa de libertad–, sino que, además, la cantidad de prisioneros preventivos (procesales), medidos por día, supera claramente al número de condenados¹³. Esta contradicción de base dio pie a la afirmación de que nuestro sistema de enjuiciamiento penal, desde su regla principal, el *principio de inocencia*¹⁴, no tolera la institución de la prisión preventiva¹⁵. Ya he

¹² Sobre ello ya existen indicios en la misma ley procesal penal, que prohíbe el encarcelamiento preventivo en caso de que se atribuya un delito que no esté reprimido con pena privativa de libertad o requiere para su procedencia una imputación amenazada con pena privativa de libertad (CPP Nación, 282, I, 284, I, y 312, inc. 1; CPP Pcia. de Buenos Aires, 151, IV [que requiere aún más: cierta gravedad de la pena de prisión relativa a la imputación, a más que todo su texto conduce a eliminar la prisión preventiva para imputaciones amenazadas con pena que no sea privativa de libertad]; CPP Córdoba, 275, I, y 281, inc. 1; CPP CABA [no contiene normas explícitas al respecto], solución a la que la jurisprudencia argentina había arribado desde antiguo, con argumentos irreprochables, en presencia del Cód. Proc. Crim. originario para el Estado federal, que nada preveía al respecto.

¹³ Las mediciones no resultan idénticas para todas las administraciones judiciales, pero en nuestro país los llamados “presos sin condena” –nombre bautismal debido a CARRANZA/HOUED/MORA MORA/ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*– superan largamente a aquellos que sufren condena de prisión o reclusión. Esas mediciones y comparaciones resultan cuestionables por su método, en tanto miden diariamente la cantidad de imputados detenidos y alojados en una prisión, y la cantidad de condenados que cumplen pena privativa de libertad; el procedimiento de medición padece del error de medir tiempos distintos, pues, en una cantidad significativa de casos, la prisión procesal se mide en días, se reduce a unos cuantos días, es breve, mientras que la pena de prisión o reclusión de cumplimiento efectivo es, sin duda, de duración más prolongada, se expresa y se mide en años. Por lo demás, no asombra que así ocurra, pues las exigencias a cumplir –sobre todo las de conocimiento– para aplicar una pena son incomparablemente mayores que aquellas necesarias para someter a prisión preventiva.

¹⁴ Cf. esta obra, t. I, § 6, C, 2, c.

¹⁵ Cf. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*.

expresado inmediatamente antes y al tratar el principio enunciado, que, desde el punto de vista jurídico-constitucional, tal afirmación, expresada como un absoluto, no es correcta: no lo es ni desde el punto de vista histórico-cultural, ni desde la interpretación del texto de la Constitución argentina y de los reglamentos de derechos humanos fijados en convenciones internacionales, regionales o universales. Pero la afirmación que no tolera el encarcelamiento preventivo y desea abolirlo tiene el valor de desnudar la paradoja de nuestro sistema, ciertamente hipócrita, y su autor la osadía y la valentía de revelar la mayor de las contradicciones de nuestro sistema penal para proponer nuevos y más justos caminos de solución del conflicto que se expresa cotidianamente de manera absolutamente vulgar en las discusiones políticas sobre la tarea del Estado de proveer a la seguridad común. Mi opinión entonces, sintéticamente expresada: la Ilustración y el liberalismo nunca se propusieron abolir el encarcelamiento preventivo (la prisión durante el procedimiento penal), menos aún la pena privativa de libertad, al punto de que, aunque se presumía inocente al imputado, en la misma regla se toleraba el encarcelamiento durante el proceso penal, de conformidad con la ley y sin aplicar rigores innecesarios; los desvíos –que podían ocurrir– de esas exigencias responsabilizaban y responsabilizan a quien autoriza la prisión o los rigores con los cuales ella se cumplía (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 9). Nuestra Constitución Nacional, art. 18, luego de expresar que *nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* advierte que *se puede ser legítimamente detenido (arrestado, según el lenguaje constitucional) por orden escrita de la autoridad competente*, en el caso del procedimiento penal, un tribunal del Poder Judicial¹⁶, textos mediante los cuales la CN revela, confiesa, su indudable procedencia ilustrada y liberal. El hecho de que yo no ignore tal procedencia, por ende, de que respete normas básicas de hermenéutica jurídica, no implica consentimiento de la paradoja, ni mucho menos libertad para que la reglamentación procesal de aquellos principios por la ley procesal penal común establezca a su gusto el estatuto invariable del encarcelamiento preventivo; antes bien, resulta necesario elaborar los principios que rigen la privación de libertad durante el procedimiento penal para apreciar los límites de la legislación común según su contenido y dejar al descubierto sus inconsecuencias constitucionales que restan vali-

¹⁶ La regla de la CN, 18, está expresada negativamente –nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente–, porque se propuso dar nacimiento al derecho a reclamar la libertad por *habeas corpus*.

dez a ciertas cláusulas legales¹⁷. A ello me dedicaré inmediatamente después de esta introducción.

3. Los principios aplicables a las medidas de coerción, sobre todo a las privativas de la libertad

a) *Presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo (coerción) excepcional*

1. *Formulación del principio.* El rigor innecesario para quien sólo es sospechado como autor de un delito o como partícipe en él siempre fue ilegítimo. Esto es lo que declama el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, antes citado, y que renueva, casi a la letra, el texto de nuestra Constitución Nacional, art. 18, según antes lo aclaramos. Ello posibilitó la formulación del primer principio regulador, aquel que privilegiaba la libertad del imputado durante el procedimiento penal hasta la condena y tornaba *excepcional* al encarcelamiento preventivo. Así lo reconocen, jurídicamente, casi todas nuestras leyes procesales penales¹⁸, más allá de que se pueda demostrar, empíricamente, la vigencia de una situación real contraria a esa regla. De tal manera, el Derecho procesal penal estipula que, durante el procedimiento de persecución penal, la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo una excepción, permitida sólo en caso de necesidad absoluta para asegurar la realización de los fines del procedimiento penal, éste, a su vez, único medio realizador o mecanismo de realización del Derecho penal¹⁹. Esta concepción, sin duda reguladora de la legitimidad del encarcelamiento preventivo, puede ser extendida, sin temor al yerro, a toda medida de coerción,

¹⁷ CPP CABA, 1, I.

¹⁸ CPP Nación, 280, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 3 y 144, II; CPP Córdoba, 3 y 269; CPP CABA, 1, II, y 169.

¹⁹ La acentuación de que la afirmación principista acerca de que la privación de libertad durante el procedimiento penal sólo puede tener fundamento procesal, esto es, base firme en la protección de los fines a alcanzar por un proceso penal concreto, de conocimiento o ejecutivo de la pena privativa de libertad, y, por lo contrario, no debe reconocer su fundamento en los fines propios de la pena, cualquiera que sea la formulación a la que ella responda según la ley –expiación/retribución, prevención general o prevención especial en sus múltiples versiones, negativas o positivas–, es, desde antiguo y aún hoy, doctrina universal, aún cuando, como veremos, el carácter preventivo que hoy se adjudica al Derecho penal, pretenda modificar en parte esta afirmación en las leyes procesales penales actuales: cf. sobre el tema VÉLEZ MARICONDE, *Dpp*, t. I, Cap. VII, ps. 313 y ss. y t. II, § V, 3, ps. 477 y ss.; CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, Primera parte, Cap. Segundo, ps. 24 y ss.; MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, §§ 1, II y III, y 2, ps. 23 y ss.; ROXIN, *Derecho procesal penal*, § 29, A, p. 249; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 29, A, ps. 209 y s.; VOLK, *Grundkurs StPO* (7ª ed.), § 10, III, n° 1 y 3, ps. 57 y siguientes.

incluso a aquellas que no privan de la libertad locomotiva o, con mayor razón, a aquellas que se refieren a otra persona distinta del imputado, por interpretación extensiva o analógica conteste con el principio democrático, que privilegia a la seguridad individual y a las garantías ciudadanas establecidas para el uso de la fuerza pública, de conformidad con el artículo 33, CN²⁰. Cualquier falta de semejanza entre la realidad y esta regla debe serle reprochada al Estado y a sus órganos de persecución y justicia penales.

Como, por definición de la ley procesal penal, no resulta posible jurídicamente perseguir a un ausente –nuestra ley procesal penal no conoce el procedimiento en contumacia en materia penal–, la primera excepción está justificada por el *peligro de fuga*, esto es, por la necesidad de la presencia del sospechoso en su propio enjuiciamiento. Efectivamente, a diferencia del litigio judicial de Derecho privado, nosotros, en materia penal, no concebimos que el procedimiento de persecución penal quede a merced del enjuiciado, de su voluntad, y, por ello, necesitamos privar de la libertad cuando determinamos, por ciertos criterios fácticos, que él no desea someterse al procedimiento o resulta probable que lo impida con su ausencia²¹. Todavía mayor es la necesidad de la presencia real del condenado para cumplir efectivamente la pena privativa de libertad –que tampoco puede depender de la voluntad del condenado, a quien la pena le viene impuesta sin atención a su voluntad–, razón de ser de la permisión tanto de la privación de libertad durante el procedimiento penal que, según se espera, concluirá con una sentencia a esta clase de pena y al encarcelamiento como modo de ejecución, como de ciertas medidas de coerción en miras al procedimiento de ejecución penal. La relativa inidoneidad de la fórmula acerca del peligro de fuga para brindar seguridad

²⁰ Cf. CLÉRICO, *Los derechos no enumerados, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1, §§ 1 y 2, ps. 1223 y siguientes.

²¹ Creo que representa una exageración el criterio de PASTOR (*El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Cap. IV, 3.2.2., ps. 477 y ss., en especial, *b*, ps. 480 y ss.) cuando ya no concibe el procedimiento penal sin la posibilidad de privar de la libertad al imputado, pues resulta claro que no existe una única manera de privar de libertad en el espacio y en el tiempo: es posible, por ejemplo, privar de la libertad sólo transitoriamente o localmente, para la realización de un acto o de un núcleo de actos en los cuales debe estar presente el imputado, sin necesidad de prolongar ese estado o de agregarle sufrimiento con el encarcelamiento o la privación de la libertad prolongada. Algo de ello propondremos al final, como conclusión. Empero, pese a la exageración, el pensamiento básico del autor citado es correcto, pues el procedimiento penal no es un caso de jurisdicción voluntaria o, para ser más preciso, de sometimiento voluntario a la persecución penal; por esta razón –y otras que hoy no vienen al caso– soy crítico de la ley nacional n° 25.320 (cf. esta obra, t. II, § 10, B, 4, II).

jurídica, en tanto se trata de una cláusula abierta, como abiertos son sus criterios más conocidos²², nada le quita al hecho de que no confiamos en el sometimiento voluntario de las personas a la pena y al proceso penal que le antecede. Recuérdesse, además, que la rebeldía del imputado, o su fuga sin violencia de un establecimiento carcelario o del lugar en el cual se halla detenido, no representan comportamientos antijurídicos, ni, por ende, son punibles.

Por ello, creo que la única manera de ser medianamente consecuente con la afirmación de inocencia y la *nulla coactio* hasta la condena firme, es, para mal o para bien, tolerar el procedimiento penal en rebeldía o en ausencia del imputado, tal como lo sostuvo entre nosotros –únicamente que yo sepa– un proyecto de nuevo CPP, en la Provincia de Santa Fe, proyecto que no obtuvo sanción legislativa, a pesar de su mérito, por otras razones a aquellas que aquí provocan su mención. En efecto, si no necesito al sospechoso para someterlo a juicio y condenarlo, puedo prescindir también, aun con problemas²³, de ejercer sobre él la fuerza estatal, en forma de privación de libertad, para lograr su presencia en el procedimiento judicial: el procedimiento se llevará a cabo válidamente asista él o pese a su ausencia; ello, no obstante, no nos soluciona el problema de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, razón por la cual, mientras ella se mantenga como pena básica del Derecho penal, existen pocas esperanzas para la abolición del encarcelamiento preventivo. En cambio, en el procedimiento judicial de Derecho privado –e incluso en otros procedimientos de Derecho público– la rebeldía no impide la realización del procedimiento y, por ello, allí no se concibe la privación de libertad locomotiva durante el proceso judicial (salvo rarísimas excepciones, hoy, prácticamente, sólo de importancia histórica: embargo de viaje, por ejemplo), a más de que sus posibles consecuencias, ajenas a la privación de libertad, son aseguables por otras vías cautelares.

El procedimiento judicial representa, también, un proceso de conocimiento para sus protagonistas, principalmente para quienes deciden, es decir, un mecanismo para conocer la realidad lo más próximamente posible. Nadie puede ignorar que, eventualmente, el sospechoso o, por su ruego, cualquier otra persona, pueden proceder a destruir o alterar diversos rastros que en el mundo quedan sobre la imputación que se le dirige, destrucción o alteración que, casi siempre, no es punible (encubrimiento propio), según un argumento más que evidente. Por ello, el *peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad*, en tanto se refiere a otro de los fines irrenunciables del procedimiento penal de hoy²⁴, que puede

²² Cf. un intento de definir los criterios que fundan el peligro de fuga en el CPP Pcia. de Buenos Aires, 148, I y II; CPP Córdoba, 281, II; CPP CABA, 170.

²³ Sin embargo, tampoco el cumplimiento de la pena es voluntario, ni, según parece, nosotros estamos dispuestos a que así sea. Paradigmático, aunque de sentido contrario pero válido para el caso, el primer ejemplo del comienzo del libro de BAUMAN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Cap. 1, I, 1, a, p. 1.

²⁴ Sobre el punto, cf. GUZMÁN, *La verdad en el procedimiento penal*.

inhibir el imputado ocasionalmente, justifica la intervención preventiva de su derecho a la libertad. También aquí nos topamos con una cláusula abierta en su significado, que sólo puede describir la sospecha del peligro muy genéricamente, por la multiplicidad de acciones u omisiones que, según los casos particulares, pueden fundar esa sospecha²⁵. El legislador debería atender más –y atiende en varias ocasiones– a los límites materiales y temporales de la autorización fundada en tal peligro, con el objetivo de reducir su empleo excesivo como justificación de la privación de libertad procesal. El peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad funda, también, la excepción que definen otras medidas cautelares, que, incluso, no representan una privación o una alteración de la libertad física, y aun la privación de libertad de otras personas distintas al imputado, según ya se ha visto.

II. *La ley, única fuente de las medidas de coerción (nulla coactio sine lege praeviae)*. Del carácter excepcional del encarcelamiento preventivo –y de toda medida de coerción– se deriva, además, la necesidad de que la utilización de la fuerza pública, en la que él y ella residen, provenga de una autorización legal²⁶. El aforismo latino no sólo se parece en su formulación textual al *nullum crimen* del Derecho penal, sino que, por ello mismo, funciona de manera similar a él, con la gran diferencia de que no se trata de prohibir o mandar, como ocurre con el principio *nullum crimen*, sino de autorizar, esto es, de la creación de una facultad, para el caso, de una facultad estatal, en otras palabras, de una competencia pública. Si la libertad del imputado o del ciudadano –la ausencia de aplicación de la fuerza pública a modo de limitación de derechos concedidos– es la regla, que no necesita ser afirmada legislativamente, sino que constituye la posición normal del imputado que soporta una imputación penal y del ciudadano involucrado de alguna manera en una persecución penal, pues entonces cualquier medida de coerción aplicada debe estar fundada en una autorización legal específica y, por lo tanto, la regla funciona a la manera de una cláusula de cerramiento²⁷: sólo la medida autorizada por la ley (permisión fuerte) puede ser aplicada por la autoridad competente según la misma ley, y sólo puede serlo en la medida en que la ley establece esa

²⁵ Cf. CPP Pcia. de Buenos Aires, 148, III; CPP Córdoba, 281, II; CPP CABA, 171.

²⁶ CPP CABA, 169, I.

²⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Cap. VII, 6 y 7, ps. 189 y siguientes.

facultad, esto es, en la situación real que la ley menciona para conceder la autorización, con las exigencias y en los límites previstos en la ley. La legitimidad de la medida, que la separa del uso abusivo y delictivo de la fuerza pública, depende, entonces, de su sometimiento a la ley, en primer lugar. Por supuesto, la teoría relativa al control de constitucionalidad, cualquiera que ella sea, exige que la ley que autoriza el uso de la fuerza para interferir en derechos de la persona sea válida –lo mismo: cumpla con las exigencias constitucionales–, desde el punto de vista formal y según su contenido.

III. Necesidad de la medida según sus fines. Pero el sólo sometimiento de la medida a la ley del Estado no basta para valorarla legítima o regular. El principio manda que, para la aplicación de la medida, supuesta la autorización legal, ella sea absolutamente imprescindible para asegurar los fines del procedimiento penal, esto es, no pueda ser evitada conforme a las circunstancias o no pueda ser reemplazada por una medida menos perjudicial para quien la sufre.

Con la detención o el encarcelamiento por motivos distintos a aquellos relacionados con la protección de los fines del procedimiento y la persecución penales –por ejemplo, para adelantar propósitos de prevención general o especial propios de la pena–, que no responden a la evitación del peligro de fuga o del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, razón por la cual las decisiones respectivas no están fundadas en alguno de esos riesgos, sucede, precisamente, aquello que menta el primer caso genérico: desde el punto de vista del procedimiento penal tales medidas son, de ordinario, prescindibles o, al menos, infundadas, por ende, altamente criticables, según veremos en esta misma sección. En ocasiones es preferible correr algún riesgo que conculcar derechos fundamentales. Ello sucede, por ejemplo, cuando resulta imposible requerir una caución económica a quien no puede prestarla para asegurar su comparecencia al juicio, conforme a su situación económica, como incluso lo reconocen textualmente algunas leyes procesales penales²⁸. La reforma actual del CPP Nación, art. 218 *bis* (ver párrafos III, IV y V), por el parlamento nacional, relativa a la investigación sobre la base del ADN, es un buen ejemplo de la segunda de esas situaciones, pues prefiere la injerencia menos perjudicial para el derecho comprometido (la libre determinación sobre rastros propios) que la más gravosa de soportar para el portador del derecho protegido.

b) Pena y encarcelamiento; el principio de proporcionalidad y las medidas de coerción

Resulta absurdo que el encarcelamiento preventivo provoque un sufrimiento mayor que la pena amenazada o que aquella que se espera

²⁸ CPP Nación, 320, IV; CPP CABA, 178, IV.

como resultado del procedimiento. A todas las reglas referidas a evitar este absurdo se las incluye en el *principio de proporcionalidad* del encarcelamiento preventivo, principio que gobierna toda la actividad estatal, propio del Derecho público²⁹. Así, la misma jurisprudencia de los tribunales comenzó por evitarlo cuando no está amenazada la pena privativa de libertad, aun cuando, como sucedía en el Código de procedimiento penal federal antiguo, la excepción no respondía al texto del Derecho procesal penal positivo³⁰. Pero el cuestionamiento fue más allá, pues existen en el Derecho penal mecanismos para evitar la ejecución de esa pena (condenación meramente condicional) o para hacer cesar su ejecución carcelaria (libertad condicional) y porque, además, el tiempo de encarcelamiento preventivo puede superar al permitido para la pena, casos en los cuales, ora referidos a la pena amenazada en abstracto, ora a la que se espera en concreto del procedimiento, según sus sistemas de medición y sus mecanismos de ejecución, el encarcelamiento debe cesar³¹.

Hasta aquí, estos principios y sus desarrollos provienen del siglo XIX. Ellos y las diferencias que ambos suponen entre privación de libertad como pena y como detención preventiva fueron elaborados intelectualmente, en razón de que pena y prisión preventiva si no representan una invasión idéntica en el derecho básico de las personas a la libertad locomotiva, se parecen como gemelos en la realidad: mientras la pena procura una reacción justa al delito cometido, se trate de *retribución* o de *prevención* (general o especial, positiva o negativa), el encarcelamiento preventivo sólo puede procurar salvaguardar la seguridad del procedimiento penal y de su decisión eventual, la posibilidad de su realización conforme a sus fines y del cumplimiento de aquello que será decidido a través de él. Aquella, entonces, reconoce fines materiales, esta última, fines meramente procesales.

²⁹ Cf. CIANCIARDO, *Principio de proporcionalidad y concepto de Derecho*, Capítulo II, ps. 57 y ss.; SOMMERMANN, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 20 Abs. 3, ps. 130 y ss.; JARASS, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (10ª ed.), Art. 20, VI, ps. 509 y ss.; en relación con la privación de libertad preventiva en el proceso penal, PAEFFGEN, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, 3, ps. 165 y ss.; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, A, p. 218.

³⁰ Hoy todos los códigos procesales penales argentinos permiten ser interpretados de esa manera: CPP Nación, 280, I, 282, I, 283, I, 284, I, y 312, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 151, IV (más estricto: en principio, pena privativa de libertad que supere los tres años); CPP Córdoba, 272 y 281, I, inc. 1; CPP CABA, 170, inc. 2, 175 y 187, incs. 2 a 5 (el cómputo prisión preventiva/pena privativa de libertad sólo es viable en esta última clase de pena).

³¹ Cf. Más allá del sistema de la ley para tratar los casos, los arts. 312, inc. 1, y 317, en todos sus incisos, del CPP Nación, responden a este principio; CPP Córdoba, 283, I, inc. 3.

c) Límite temporal

A estos principios el siglo XX le agregó, no sólo en las legislaciones nacionales³², sino también en las convenciones internacionales, universales o regionales³³, uno todavía más razonable: la *limitación temporal del encarcelamiento preventivo*. Llega un momento en que él se vuelve ilegítimo como encierro prolongado y continuo sin condena, y, aunque persistan los riesgos para el procedimiento, aquél debe cesar en razón del mero trascurso del tiempo en prisión sin que se haya arribado a una condena. No se ha logrado una reglamentación universal más o menos fija y única del plazo, pero, por ejemplo, entre nosotros, por imperio de la legislación histórica, tanto de la federal, como de la provincial, tal plazo gira alrededor de los dos años (salvo que la aplicación del principio de proporcionalidad conduzca a uno menor), todo ello con los avances y retrocesos propios de la época. No obstante, no se debe ocultar que la siempre presente objeción que mira a la represión, incluso irracional, como única solución para la seguridad común –idea conservadora fogueada por los medios de comunicación más atrayentes por su rédito en audiencia, pero existente en el seno de las clases propietarias y burguesas de los países de organización jurídica capitalista, sobre todo de aquellos más desiguales en su sistema de distribución social–, ha conseguido retrocesos importantes tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

La ley nacional argentina n° 24.390 –modificada por la ley posterior n° 25.430 debida, precisamente, a la presión conservadora contraria de la burguesía y los medios de comunicación– pretende reglamentar una cláusula constitucional, *v. gr.*, el art. 7, n° 5, de la CADH, convertida en ley constitucional por la CN, 75, inc. 22 (reforma constitucional de 1994) y, al mismo tiempo, declara su incorporación al CPP Nación, ley procesal penal aplicable por los tribunales correspondientes al Estado federal y, parcialmente, a la justicia penal de la Ciudad de Buenos Aires, que ejercen aún esos tribunales. Ella opta, en principio, por el criterio de plazos fijos, expresados en años y meses, con alcance general para todos los procesos penales. Con su reformulación, por la reforma que estableció la ley n° 25.430, el texto actual de la ley se puede sintetizar como sigue:

I. *Plazo general*: dos años de duración del encarcelamiento preventivo, al cabo de los cuales, si el prisionero todavía no ha sido condenado, procede su liberación, bajo

³² En la legislación nacional argentina, leyes nros. 24.390 y su modificatoria, 25.430, del Congreso de la Nación, que siempre fueron entendidas, a la par de reguladoras de la prisión preventiva en el orden nacional, como reglamentarias del art. 7, n° 5, de la CADH: establecen el plazo máximo de dos años, prorrogable por un año en casos complejos, dicho de manera general; detalles, ver *infra c*, en el texto.

³³ CADH, 7, n° 5, que hoy, merced a la reforma constitucional de 1994 (CN, 75, inc. 12), forma parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, esto es, de la legislación fundamental de la República Argentina.

caución y con las obligaciones que el tribunal le imponga, de aquellas expresadas por el CP, 27 *bis*.

II. *Prolongación por excepción*. Un año más por decisión –de oficio– fundada del tribunal, en virtud de la cantidad de delitos atribuidos al procesado (acumulación subjetiva) o de la evidente complejidad de la causa (acumulación objetiva y dificultades para el conocimiento), al cabo del cual el prisionero debe ser liberado bajo las condiciones expresadas inmediatamente antes, si no se ha dictado sentencia condenatoria.

III. *Cesación del amparo*. Obtenida la sentencia condenatoria, aunque ella haya sido recurrida, los límites temporales fijados por estas leyes se tornan inaplicables, sin perjuicio de que corresponda la soltura del procesado por otros motivos.

IV. *Queja de la fiscalía*. El ministerio público puede oponerse a la liberación del prisionero, pese al cumplimiento de los plazos sin lograr la sentencia condenatoria, por la gravedad especial del delito o de los delitos atribuidos, por entender que el imputado liberado eludirá la acción judicial y así pondrá en riesgo cierto la realización del procedimiento o entorpecerá el conocimiento de la verdad, o por estimar que el vencimiento de los plazos sucede por operaciones procesales de la defensa que responden al objetivo manifiesto de demorar el procedimiento. Establecida la queja, ya por simple oposición a la soltura de oficio, antes del vencimiento de los plazos, o por contestación a la excarcelación solicitada por el encausado, decide el tribunal con los elementos de juicio que la fiscalía pone frente a él o le requiere. Si no media oposición o ella es rechazada, procede la liberación inmediata del encausado una vez cumplidos los plazos legales. Si, en el caso de la dilación defensiva del procedimiento, la oposición triunfa, el tribunal debe establecer la cantidad de tiempo a descontar por las maniobras dilatorias defensivas, para dejar de computarlas dentro del plazo.

V. *Efecto suspensivo de los recursos interpuestos contra la decisión de liberación*. Cualquier recurso que se interponga contra la decisión que concede la libertad al prisionero evita su soltura; la resolución no se ejecuta mientras ella no haya quedado firme, sin discusión. Esta disposición es entre nosotros un clásico del conservadorismo político en materia procesal penal, precepto que contraría la regla general en las medidas de coerción y acerca del cumplimiento inmediato de las decisiones favorables al imputado: cf. CPP Nación, 332 y 492.

El carácter conservador de la reforma aflora con evidencia cuando ella pretende que los plazos no deben ser aplicados para aquellos imputados por ciertos delitos relativos a la ley penal sobre sustancias controladas (ley 23.737, arts. 7 [organización o financiación de actividades ilícitas relativas a los “estupefacientes”] y agravantes del art. 11), de modo claramente contrario a la inteligencia del derecho concedido por disposiciones constitucionales, según hemos ya aclarado, disposiciones generales válidas para todo ser humano, cualquiera que sea la entidad de la imputación que se le atribuye en el proceso, sin excepciones^{33 bis}. Al mismo tiempo, la reforma deroga las disposiciones que, en la ley originaria, computaban de diferente manera, favorable al condenado –en comparación con la regla de aplicación general, CP, 24–, el tiempo transcurrido en prisión preventiva, una vez vencidos los plazos establecidos por la ley, para la pena privativa de libertad eventualmente aplicada por sentencia: cualquiera que sea la posición que uno adopte sobre el cómputo de la prisión preventiva en la pena privativa de libertad, en materia penal sustantiva, lo cierto es que la derogación de la alteración de este cómputo por uno más favorable al imputado, una vez transcurridos los plazos establecidos para el encarcelamiento preventivo, opera en el mismo sentido. No obstante lo aquí dicho, la ley sigue representando un gran paso dado por el Derecho procesal penal argentino, incluso en miras al Derecho procesal penal comparado.

^{33 bis} Ver la sentencia de la CSN en el caso “Véliz, Linda Cristina s/ causa N° 5640”, de fecha 15 de junio de 2010”.

Esta manera de cumplir con un derecho humano –no ser privado de libertad durante el procedimiento penal prolongadamente, sin el aval de una sentencia condenatoria y sin límites temporales–, mediante la regulación por la ley de plazos límites generales para toda imputación, si bien conforma una solución, no representa a la única solución posible, sino que ofrece una de las posibilidades, en sí correcta pero no exclusiva. Se podría pensar en plazos diferenciados según la gravedad y la complejidad de la o las imputaciones deducidas en un procedimiento penal concreto e, incluso, en otros criterios a tener en cuenta, siempre que se obligue al tribunal que autoriza o prolonga una prisión preventiva a determinar en la decisión un plazo límite concreto, expresado en años, meses, días u horas, y a fundar ese plazo en aquellos criterios con especificación de cuáles de ellos entran en juego y cuál es la importancia relativa de cada uno de aquellos que son utilizados en la decisión, expresada matemáticamente. Por supuesto, cualquier solución debe expresarse en una regla legislativa, en una norma vigente, pues se trata, por una parte, de la reglamentación de un derecho concedido por una norma constitucional y, por la otra, de la actividad de los jueces que, según la teoría republicana del Estado, no puede depender, enteramente, de la voluntad de ellos, de su concepción política personal³⁴.

No se debe confundir la fijación de un plazo máximo de duración del procedimiento de persecución penal con el establecimiento de un plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo, aun cuando, como procede PASTOR, se señale la importancia hermenéutica de uno sobre el otro y hasta la irracionalidad de un procedimiento penal huérfano de autorizaciones coercitivas rigurosas (privación de libertad preventiva)³⁵. De alguna manera, ya nadie discute acerca de la necesidad de que la ley establezca plazos máximos para la duración del encarcelamiento preventivo, por más que, en la praxis diaria, sean superados esos límites que siempre, como sucede en la ley nacional argentina, reconocen excepciones que los jueces manejan según sus propios criterios discrecionales³⁶. La dificultad burocrática que esos plazos –incluidos los de duración máxima del procedimiento– representan ha conducido a soluciones interpretativas irracionales que siempre finalizan en la fijación discrecional –¿o arbitraria?– por parte de los jueces de las soluciones convenientes para el caso que juzgan, según sus propios criterios. En orden al todavía más discutido “plazo razonable de duración del procedimiento penal”, derecho del perseguido penalmente concedido por instrumentos normativos de primer nivel –supranacionales o constitucionales de un Estado–, estas interpretaciones están a la orden del día³⁷.

³⁴ Cf. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Cap. IV, ps. 347 y siguientes.

³⁵ *Idem*, Cap. IV, 2.7.3., ps. 438 y ss. y 3., ps. 471 y siguientes.

³⁶ Ver, por ejemplo, los §§ 121 a 122a de la OPP alemana.

³⁷ Un ejemplo en la doctrina nacional: RIQUERT/JIMÉNEZ, *Teoría de la pena y derechos humanos*, ps. 172 y siguientes.

Obsérvese que tanto la Comisión como la Corte interamericanas, órganos supranacionales de aplicación de la CADH, han fundado un “no plazo”, la imposibilidad de fijarlo en años, meses, días u horas, a pesar de la clara referencia de la norma del Pacto internacional que ellos aplican (caso “Firmenich” y otros), con lo cual se evita toda decisión comprometida sobre el particular que oriente con claridad a las decisiones futuras; antes bien, las decisiones de los organismos interamericanos de derechos humanos alientan la discrecionalidad judicial³⁸. A pesar, quizás, de su mayor enjundia argumental, no ha sido distinta la conclusión de los órganos europeos sobre derechos humanos, en especial del Tribunal europeo sobre derechos humanos (TEDH), y de los máximos tribunales nacionales, pues ella, cualquiera que sea la opinión sobre los criterios utilizados, reniega del establecimiento normativo de algún plazo a observar en casos futuros, esto es, con pretensión de universalidad –a semejanza de aquello que establece la ley nacional argentina respecto del encarcelamiento preventivo–, sea él idéntico para todos los casos o distinto para los diferentes casos o para las diferentes clases de casos; al igual que en el ámbito americano, las soluciones alientan la discrecionalidad judicial y las decisiones caso por caso³⁹.

d) Prevención de peligros y encarcelamiento preventivo⁴⁰

No quedaría completo este panorama ni la descripción de la realidad, si no hiciéramos hincapié en aquello que ha sucedido con el encarcelamiento preventivo y su reglamentación desde los años setenta del siglo anterior hasta la fecha –cabe aclarar que algunos desarrollos son, incluso, anteriores–, suceso que conforma un verdadero pronóstico de futuro para el siglo que vivimos, y que, por lo demás, nos sobrevivirá en sus principios rectores, según creo⁴¹. El Derecho penal, orientado hoy por la prevención de riesgos⁴², ha modificado, como es natural, el concepto del Derecho

³⁸ Cf. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso penal del Estado de Derecho*, 3.7., ps. 205 y siguientes.

³⁹ *Idem*, Cap. III, 3.3. a 3.6., ps. 109 y ss.; referido al encarcelamiento preventivo, cf. TORO, “Prisión preventiva. El plazo razonable de su duración”, ambos con citas bibliográficas útiles.

⁴⁰ Bajo el rubro “Amenazas actuales...”, PASTOR (*Las funciones de la prisión preventiva*, IV, ps. 153 y ss.) explica la “desviación material de la prisión preventiva” y procura darle solución. Aquí serán expuestas, sobre el final del relato, las exigencias varias que yo considero necesarias para –al menos– paliar esa “desviación”.

⁴¹ No sólo yo pienso así: cf. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, traducción al castellano, ps. 37 y siguientes.

⁴² Sobre el tema cf. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, traducción al castellano, ps. 12 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, Primera parte (*Viejo y nuevo Derecho penal*), B, II, ps. 22 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (título original: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*), en *Derecho penal del enemigo*, ps. 21 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed), 2.2., ps. 26 y ss., y 6, ps. 121 y ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, § 2, VII, ps. 60 y ss.; desde el punto de vista criminológico y político, O'MALLEY, *Riesgo, Neoliberalismo y justicia penal*.

procesal penal, la dirección final del procedimiento penal y de sus instituciones, pues a través de sus fines y de los de la pena, esta última la institución central, fija los del procedimiento judicial de aplicación de sus normas. En este sentido el Derecho procesal penal es *sirviente*, como decía BELING⁴³, o, si se quiere, políticamente *dependiente* del Derecho penal⁴⁴. En el siglo en el que vivimos, el Derecho penal practica esa reelaboración e influencia con una rapidez y una fuerza inusitadas, que antes no conocíamos. De un Derecho penal direccionado hacia atrás, hacia la historia, básicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real cuando estamos en presencia de un comportamiento dañino, se ha pasado a un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros, meramente eventuales. No es del caso ocuparse aquí de los métodos que emplea el Derecho penal para tornar plausibles esos fines, pero, más allá de su eficiencia o ineficiencia —calidades que, lamentablemente, pesan más sobre el Derecho procesal penal—, se incluye entre ellos la proliferación de medidas de seguridad y corrección fundadas únicamente en la peligrosidad del autor, la elaboración de un Derecho penal como mera desobediencia a la norma, la expansión inusitada de los delitos de peligro abstracto, fenómeno consecuente con aquel concepto, la multiplicación de los delitos de omisión, hoy tantos como los de acción, cuya abrumadora mayoría es hoy sólo regla histórica, el escaso poder de definición de nuevos bienes jurídicos sin contenido material, también multiplicados y dejados a merced de la definición o fijación administrativa —con razón HASSEMER los ha llamado *institucionales*⁴⁵—, las definiciones escasamente rigurosas de prohibiciones y mandatos penales, ya por exceso como por defecto del idioma empleado, normalmente del verbo típico, entre otros métodos que concurren al mismo fin⁴⁶. Al conjuero de ese Derecho penal, desnudamente preventivo, con pretensión de evitar riesgos en una sociedad que se caracteriza, precisamente, por la multiplicación exponencial de los riesgos que ella misma crea, productos de la cultura y la obra humanas, bien llamada *sociedad del riesgo*⁴⁷, nace también

⁴³ BELING, *Derecho procesal penal*, § 1, 1, ps. 1 y siguientes.

⁴⁴ Cf. esta obra, t. I, § 3.

⁴⁵ Cf. el ya citado *Viejo y nuevo Derecho penal*, B, III, 2 y 3, ps. 28 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), 6, ps. 121 y siguientes.

⁴⁶ Cf., sin agotar, ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, ps. 23 y siguiente.

⁴⁷ BECK, *Politik in der Risikogesellschaft*, p. 10.

un nuevo Derecho procesal penal, asimismo orientado hacia el futuro y hacia la prevención de riesgos.

Particularmente la prisión preventiva se va convirtiendo también, paso a paso, en un mecanismo para la prevención de peligros. Así, en un comienzo algo lejano, se la concibió como obligatoria para ciertos delitos y para cuando la amenaza penal era grave (superior a 8 años: delitos graves y también algunos de mediana gravedad, entre nosotros⁴⁸), el llamado *peligro por la gravedad del crimen*, que anticipa la pena, frontera que tan sólo representa uno de los indicadores del peligro de fuga –criterio que no es tan rígido, como se observa– en legislaciones más liberales. Pero a él se le agregó otro motivo justificador del encarcelamiento preventivo: el *peligro de reiteración*⁴⁹. Ninguno de estos dos fundamentos justificantes se vincula de manera alguna a la *seguridad o eficacia del procedimiento judicial*. Ellos representan, antes bien, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal, también preventivo, según veremos más adelante⁵⁰.

e) Conclusiones y crítica

I. *Síntesis*. Según se puede observar en la exposición anterior, los principios fundantes o justificantes de la detención preventiva –factibles de extender a toda medida de coerción– estaban prácticamente completos al final del siglo XIX y comienzos del XX. A ellos, el siglo XX le agrega, después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, aun con cierta hipocresía –límite extremo de ameba, sencillo de corregir según criterio casuístico (anastomosis), manejable judicialmente–, algo importante: la limitación de su duración. Y luego, ya dentro de aquello que se ha dado en llamar *sociedad del riesgo*, una finalidad absolutamente preventiva, consistente en el peligro de reiteración delictiva, y una finalidad disimuladamente preventiva, en tanto algunos la refieren al peligro de fuga, la gravedad del delito; tributaria de esta última es la llamada *alarma social*, que, entre nosotros, se edificó alrededor del rechazo de la *excarcelación*.

Entre nosotros la discusión dogmática ha concluido, más allá de la posición que cada uno adopte sobre el particular y de sus criterios justificantes. Aquí el punto de partida del tema, elaborado dogmáticamente y tratado con propiedad, fue conformado por

⁴⁸ CPP Nación, 316, II, y 317, inc. 1.

⁴⁹ CPP Nación, 319, con texto llamativo, que no impide la libertad del imputado en todos los casos, sino tan sólo cuando esa posibilidad indica el peligro de fuga o de entorpecimiento.

⁵⁰ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, B, II, c y d, ps. 220 y siguientes.

los *Estudios de Derecho procesal penal* de Alfredo VÉLEZ MARICONDE⁵¹ que, a raíz de la transformación que trajo consigo el Código de Córdoba, publicó la Universidad con sede en esa Provincia para quienes estudiaban la materia, contenidos luego, reproducidos y ampliados, en *La coerción personal del imputado*. Un discípulo de él, el Prof. Dr. José I. CAFFERATA NORES, se encargaría, más allá de trabajos particulares sobre diversos puntos del tema, de ponerle el final con su tesis doctoral *La excarcelación*.

Ello indica que yo no tengo demasiado que agregar. La cuestión quedó definida universalmente a favor de aquello que se comprende por Estado de Derecho y como Derecho penal orientado hacia el pasado, hacia la culpabilidad por hecho humano dañino o próximo al daño, ya promediando el siglo XX. Desde allí en adelante una creciente y avasalladora corriente de Derecho penal orientado hacia la prevención de riesgos ganó la partida, impuso sus fines preventivos y dirigió al proceso penal, y al encarcelamiento durante su trascurso, al cumplimiento de esos fines, cuestión de actualidad que me gustaría aclarar para no dejar inconcluso el punto⁵².

II. *La actualidad. El Derecho penal preventivo y su influencia sobre el procedimiento penal y sus instituciones.* No quedaría completo este panorama sintético sin el intento de explicar este movimiento que, ideológicamente, se asemeja al conservadurismo actual en el mundo político general: él intenta una suerte de revisionismo que conduzca a la pena estatal a su origen represivo-preventivo, sin atenuantes “garantistas”, originados en la conformidad con el Derecho penal del Estado de Derecho, revisionismo que, en todo caso, se esconde hipócritamente tras banderas “populistas”, como el neologismo de la “seguridad común” o “general”, o el derecho de las víctimas a la reacción penal.

II. 1. *Influencia histórica: la poena extraordinaria o las penas de sospecha.* Le ha resultado sencillo al Derecho penal influir sobremanera en el Derecho procesal penal. De allí el carácter de *sirviente* que BELING le adju-

⁵¹ T. I, Segunda parte, Cap. VII, ps. 283 y ss., y t. II, Tercera parte, Cap. IV, § 5, ps. 245 y siguientes.

⁵² Para ser justos, en el ámbito de aplicación del CPP Nación, se ha producido –causa n° 21.143 de la C.C.C., “Barbará, Rodrigo Ruy a/ exención de prisión”– un saludable regreso hacia el principio que caracteriza al encarcelamiento procesal como excepción, en DÍAZ CANTÓN, *Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción*, ps. 561 y ss. (reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, ps. 71 y siguientes). Del mismo proceso da cuenta OTTAVIANO, ¿“Libertad provisional” o “derecho a la libertad”? *La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos*, ps. 393 y siguientes.

dica a este último por su papel de realizador del Derecho penal. A tal punto ello es así que, por siglos (todo el trascurso de la Inquisición y los comienzos de la Ilustración), las dos ramas jurídicas no estuvieron divididas en leyes y códigos diferentes: ambas eran segmentos de una única disciplina⁵³. Particularmente, se recuerda como otrora –esto es, históricamente, con las *penas de sospecha* o la *poena extraordinaria*, en tanto ellas eran aplicables a simples sospechosos, a quienes no se les había verificado con *plena prueba* la imputación formulada– se lograba edificar la pena estatal en un sentido muy distinto a aquel del nacimiento del Derecho penal como rama jurídica del Estado de Derecho y, si se quiere, burlar varios principios penales hoy básicos, en verdad establecidos en los siglos posteriores gracias a la Ilustración (*legalidad, in dubio pro reo*)⁵⁴.

Ejemplos de esta índole –como por años les indiqué a mis alumnos– existen en la literatura, de lengua castellana o extranjera: vale la pena leer, de aquella época, *Fuente Ovejuna*, obra de teatro de LOPE DE VEGA, y, escrita en época actual, el *Galileo* de Bertolt BRECHT.

II. 2. El Derecho penal de la modernidad. Hoy, en cambio, ese Derecho penal influye de múltiples maneras sobre su pariente cercano o su rama específica, el Derecho procesal penal, con el objetivo de amoldarlo a sus propios fines. Constituye una verdad de Perogrullo la afirmación acerca de que, en el siglo XX, se consolidó cada vez más la idea de que el Derecho penal no respondía al crimen (teorías absolutas: retribución, *quia peccatum est*), esto es, no se dirigía únicamente al pasado, sino que, en mayor o menor medida, pretendía evitar, de múltiples maneras, los crímenes futuros (*ne peccetur*: prevención general y especial en sus diferentes formas y fórmulas, positivas y negativas); la prueba más contundente de ello fue la aparición en el Derecho penal, al lado de la pena fundada en la culpabilidad del autor, de las medidas de seguridad y corrección, medidas fundadas, genéricamente, en la peligrosidad o, si se quiere, en la prevención de riesgos futuros⁵⁵. Yo estimo que, en su expresión actual, que lastima los límites del Derecho penal, antes naturales en la convención gregaria, es posible indicar tres motivos fundamentales para que así suce-

⁵³ Piénsese en la codificación de *Las siete partidas* de Alfonso El Sabio, monumento jurídico de la época (siglo XIII), que rigió en las colonias hispanas posteriores a través de varias leyes y de la Nueva Recopilación (legislación supletoria). Sólo la legislación napoleónica comenzó la diferenciación actual entre Derecho penal material y formal. Otro tanto se puede decir de la *Carolina* alemana (cf. esta obra, t. I, § 5, D, 4 y 5).

⁵⁴ Cf., sobre estas penas, THÄLE, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*.

⁵⁵ Sobre todo ello, HASSEMER, *Sicherheit und Strafrecht*, traducción al castellano, ps. 11 y siguientes.

da –al lado de múltiples repercusiones derivadas–, que sólo pretendo mencionar aquí: en primer lugar, vivimos una –así llamada– *sociedad de riesgo*⁵⁶, peligros creados o agravados, en gran medida, por el mismo ser humano en razón del avance científico-técnico, de velocidad geométrica, que supera todo lo conocido, y por el consumo masivo de bienes, cosas y productos elaborados al que ese “progreso” nos ha conducido; quizás a raíz de esa elevación sin precedentes del riesgo vivimos también, al menos en los ámbitos urbanos, paradigmáticos para la vida gregaria actual, dentro de una *comunidad de miedo*, miedo al delito, miedo a la imprudencia, miedo a los acontecimientos que no podemos dominar, incluso por carencia de los conocimientos imprescindibles para valorar el riesgo; y, en tercer lugar, algunos países menos (los del llamado primer mundo), otros más (aquellos a cuya órbita pertenecemos), y otros más aún (países de extrema pobreza) discriminan entre los seres humanos que allí viven a ciertos hombres y mujeres que no alcanzan un mínimo nivel de existencia comunitaria (sociedad de *excluidos*). Todo ello ha conducido a una *situación de emergencia* o *Estado de excepción* permanente, aunque el adjetivo le suene ridículo al nombre⁵⁷. No me corresponde ahora describir el punto en el cual nos encontramos en el momento actual⁵⁸, pero me parece necesario llamar la atención brevemente sobre las repercusiones de ese Derecho penal “preventivo” sobre el procedimiento penal y verificar, sobre todo, de qué manera él influye sobre el tema que el título pretende desarrollar. Sólo quisiera decir, de modo general, que ese Derecho penal “preventivo”, dedicado cada vez más a evitar riesgos futuros, está transformando el procedimiento penal en una especie de verificación del acierto o desacierto del Estado al imponer sanciones de plano –la llamada coacción directa–, precisamente con el objetivo de evitar peligros eventuales, no comprobables en la realidad, procedimiento penal que, de oficio o por solicitud del interesado, le atribuye a ambos, al Estado y al interesado eventual, una posibilidad para redimir el honor ya lesionado o el sufrimiento, ya cumplido, de quien ya fue penado.

⁵⁶ Por todos, cf. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft*.

⁵⁷ Cf. AGAMBEN, *Estado de excepción*, estado que “ya ha devenido en regla” permanente, pues “el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelv[e] regla y no la excepción”, puesto que “los dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en otros, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz” (el autor cita a ROSSITER, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, 1948, ps. 297 y 313).

⁵⁸ Para ello mi opinión en la conferencia sobre *La esquizofrenia del Derecho penal*, ps. 295 y siguientes.

II. 3. *La amenaza penal.* El modo más visible, y al mismo tiempo más tosco, según el cual el Derecho penal influye y maneja el encarcelamiento preventivo –que sobre ello hoy se trata–, es un mecanismo por demás sencillo: la pena. El aumento indiscriminado de penas privativas de libertad y, dentro de ellas, la amenaza penal desproporcionada para un sinnúmero de delitos –sustancias controladas o, entre nosotros, los mismos delitos culposos, como ejemplos–, repercute directamente sobre el procedimiento penal, comprendido como comienzo del camino a la cárcel. Siempre se ha legitimado el encierro preventivo, según quedó dicho, por necesidades procesales, esto es, por la necesidad de proporcionar seguridad o eficiencia para la realización del procedimiento judicial. Así, el peligro de fuga del imputado, que imposibilita la persecución penal en su contra, más aún en un Derecho procesal penal que no comprende ni permite la condena en rebeldía, aumenta, sin duda alguna, frente a amenazas penales graves; en la misma ley procesal penal esa amenaza es un índice que permite fundar el encarcelamiento preventivo –o negar la *excarcelación*, según el vocabulario común en estas tierras– o, por lo contrario, reemplazarlo por una caución, y, en este último caso, influye sobre el tipo de caución y su importe, en caso de que ella sea medible. Y no parece que exista otra forma de proceder, porque, según dijimos, no resulta imaginable un procedimiento penal “voluntario”, sin coacción alguna sobre la persona acusada para que lo tolere, comparezca a él y soporte su final, pues, de otra manera, ella debería ser sólo preguntada por su tolerancia a él o por su intolerancia a que él se lleve a cabo⁵⁹. Menos imaginable aún es una pena privativa de libertad “voluntaria”, razón por la cual su desaparición es condición necesaria de la abolición del encarcelamiento preventivo. Si a ello le agregamos el peligro de entorpecimiento, en relación a la recolección de prueba, la conclusión se torna, incluso, más evidente.

⁵⁹ Como dije, conozco un único intento consistente lógicamente y naturalmente con la supresión del encarcelamiento procesal: un proyecto de CPP con el cual la Provincia de Santa Fe pretendió incorporarse al movimiento moderno de leyes de procedimiento penales, y no lo consiguió (única Provincia que conservaba un procedimiento penal que, al decir de un profesor español que me visitara hace ya bastante tiempo, y que no se destacaba, precisamente, por pertenecer políticamente al campo progresista, remeda a las *Siete Partidas* del rey sabio); ese proyecto procesal admitía también, con ciertos fundamentos –entre ellos el intento de suprimir en serio las penas anticipadas–, el proceso penal en contumacia. La idea, si es aplicable genéricamente, no me convence, según la escasa –pero básica– explicación que doy en el texto. Sin embargo, creo que esa proposición es la única posible si se quiere sostener al extremo un procedimiento penal sin detención preventiva, realizador de un Derecho penal con pena privativa de libertad, con consistencia lógica: el proceso contra ausentes elimina del ámbito de la seguridad procesal a la presencia necesaria del acusado.

II. 4. *El neopunitivismo*. Pero el Derecho penal cuenta con mecanismos más sutiles para imponerle al Derecho procesal penal su naturaleza preventiva actual. No deseo recorrer toda la enumeración que ya he brindado, ni la explicación de otros ensayos míos anteriores y mencionados al pie⁶⁰. Me basta, prácticamente, con nombrar esos mecanismos. Tal como ya se avizora, el fenómeno de la *inflación* del Derecho penal material, también llamado *expansión* del Derecho penal, *panpenalismo* o *neopunitivismo* y, con mayor altura poética en lengua hispana, *fascinación frente al Derecho penal*⁶¹, ha posibilitado una apertura tal de su aplicación y, con ello, de la llamada *pena anticipada* —precisamente por el encarcelamiento preventivo— que tanto uno como otra pasaron de ser reconocidos como *ultima ratio* de la política social, a ser *primas donnas* de ella, sanalotodos de cualquier enfermedad social, según yo me he permitido definir⁶². Los medios de los que se vale el Derecho penal para lograr ese resultado son conocidos e influyen directamente sobre el procedimiento penal. Por un lado, cualquier interés, incluso de tipo administrativo —por expresar la tarea del Estado dedicada a la creación del *bienestar común*— y definido por la administración, se transforma en *bien jurídico*, en interés digno de protección bajo amenaza penal: así, la enorme proliferación de bienes jurídicos colectivos, escasamente tangibles y —precisamente por ello— difícilmente definibles, salvo que un funcionario administrativo produzca esta definición por puro poder (Derecho penal fiscal, ingresos y egresos de la renta pública, sustancias controladas, elaboración de productos de todo tipo y de consumo masivo —alimentos, medicinas o cosas en general—, salud general, medio ambiente, etc.), aspecto que convierte a la descripción del Derecho penal a través de los bienes jurídicos dignos de protección y, por ello, al paradigma de la *elevación del riesgo*⁶³, en una frontera abierta, prácticamente sin límites. Pero, además, en el afán de evitar riesgos futuros —de una sociedad que continuamente los crea y los acrecienta—, el Derecho penal ha pasado de punir “hacia atrás” —el paradigma clá-

⁶⁰ El último de esos ensayos: *Die Zukunft des Strafrechts*, II, ps. 485 y siguientes.

⁶¹ Cf., entre otros, PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, ps. 94 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), p. 68.

⁶² Cf. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ps. 1 y ss., ha afirmado con razón su caracterización actual como *prima* o *sola ratio* y la extensión de su regulación a regiones antes insospechadas: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, ps. 26 y 31; recientemente también, HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*. Cf. mi artículo en el homenaje a Roberto Bergalli, *La esquizofrenia del Derecho penal*, p. 302.

⁶³ Cf. esta teoría y su momento actual en ROXIN, *El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual*, reproducido en *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, ps. 73 y siguientes.

sico, los delitos de resultado— a definir hoy su paradigma como constituido por los delitos de peligro abstracto —aquellos que, por regla, desligan de la infracción penal la verificación del riesgo real sufrido—, más aún, por los delitos de anticipación, esto es, ubicados en una primera coraza defensiva respecto del paradigma clásico anterior, en el lugar que antes le correspondía a los actos preparatorios, expresado el problema sintéticamente. El núcleo del sistema penal se ha corrido: ahora ya no necesita más que verificar una acción que se considera *-ex ante-* riesgosa, sin necesidad alguna de verificación para aquello que antes se llamaba causalidad o determinación. No existe la menor duda acerca de que todo ello opera como facilitador de la condena en el procedimiento penal, pero tampoco existe duda alguna acerca de la multiplicación exponencial de las posibilidades de encarcelar durante el procedimiento, conclusión que se afirma aún más si se observa la desproporción de la amenaza penal de estos llamados “nuevos” delitos.

II. 5. *Motivos nuevos del encarcelamiento preventivo.* Allí, sin embargo, no termina la finalidad preventiva del nuevo Derecho procesal penal. Así como la *internación de seguridad* significó el quiebre del Derecho penal con el paradigma de la culpabilidad personal y, consecuentemente, el Derecho procesal penal siguió su derrotero con el *internamiento provisional*, hoy casi todas las legislaciones universales han agregado nuevos motivos para el encarcelamiento preventivo, nuevos motivos que ya no responden al paradigma clásico de la seguridad de poder llevar a cabo el procedimiento, sino que, muy por lo contrario, derivan del Derecho penal previsor de peligros futuros⁶⁴. El primer motivo que irrumpió desde este atalaya fue aquel, largamente conocido entre nosotros⁶⁵, relativo a la “gravedad y repercusión social del hecho” —universalmente rotulado: “alarma social”—, al que algunos códigos agregaban la “peligrosidad” del imputado; esta última aclaración conduce al segundo motivo, que quienes definen con mayor precisión denominan peligro de reiteración delictiva, de recidiva o de reincidencia, de manera genérica, nacido a raíz de los delinquentes sexuales y de los delitos que lesionan la libertad sexual, y hoy extendidos a otras esferas como el llamado terrorismo y los terroristas o el Derecho penal de las drogas o de las sustancias controladas⁶⁶.

⁶⁴ Cf. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, III, 2, b (traducción al castellano, ps. 21 y siguientes).

⁶⁵ Ver CProc. Crim. para la justicia federal y territorios nacionales, 380.

⁶⁶ Cf., para advertir el movimiento universal, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, B, II, c y d, ps. 220 y ss., quienes no dudan en señalar sintéticamente la evolución preventiva actual, ni en calificarla como intolerable para el Estado de Derecho. En nuestro

II. 6. *Propuesta*. Con ello puede quedar completo el panorama sintético actual de la coerción personal, mirado desde el punto de vista de los principios que la rigen, sobre todo de aquella coerción que se refiere a la privación de libertad: no son precisas más teorías ni palabras para apreciar que el Derecho penal de hoy, como el Derecho procesal penal que le sirve, sin perjuicio de punir hechos de ayer, pretende dirigirse hacia el futuro para prevenir peligros o riesgos. No se trata de pintar el Apocalipsis ni de describir un holocausto. Se trata, antes bien, de señalar una realidad que, mal que nos pese, hoy vivimos. La llamada *sociedad de riesgo* ha generado una especie de *comunidad de miedo*, según antes anticipamos, a la cual se le unen múltiples factores –y agentes– provocadores, como el consumo masivo de información previamente preparada y la prensa, sobre todo, la de los medios audiovisuales, y las escasas defensas que tenemos los ciudadanos de hoy frente a la información y a valores secundarios como la *seguridad común* o *general* y el *orden*, en un mundo casi sin fronteras y cambiante permanentemente, en el que la ciencia y la técnica rompen límites, antes naturales, a una velocidad vertiginosa y, a la vez, crean peligros, mientras la organización social nos convierte en consumidores. Ignorar esta realidad no parece ser el mejor camino, así como tampoco lo ha sido la cárcel, para aquellos panegiristas del orden y la seguridad común, institución que sólo ha concluido en generar más violencia y fabricar más delincuencia, y una mejor organización para ella. La gran incógnita se revela en la pregunta: ¿cómo responder?

Yo tampoco lo sé, y se supone que sé mucho menos que otros, más jóvenes, pues el trascurso del tiempo hace su trabajo y me conduce lenta pero inexorablemente más a la butaca del espectador que a la posición del jugador. Sólo me animo a esbozar una pequeña senda que quizás tenga futuro, quizás no lo tenga. Me parece que del Derecho penal no conviene rescatar tan siquiera su denominación y, con ella, los continuos debates sobre aquello que es una pena y aquello que no lo es o, si se quiere, sobre sanción y no-sanción en el mundo jurídico, debates que, en múltiples ocasiones, sólo tienen carácter semántico. Creo que conviene edificar un Derecho de la privación de libertad⁶⁷ –al cual se puede agregar algunas sanciones que, por su gravedad, resultan afines– referido a aquellos bienes jurídicos centrales que siempre han dominado la creación y la escena del

Derecho procesal constituye todo un ejemplo –y existen otros en distintos códigos provinciales, fruto del populismo político y la seguridad común o general, entendida como represión sin límites– el párrafo II, última oración, del art. 316, del CPP Nación.

⁶⁷ Suprimo la pena de muerte por obsoleta pero, si alguien lo desea, puede incluirla; quizás valga la pena, a raíz de señalamientos recientes.

Derecho penal, tangibles y susceptibles de ser *dañados* en su concepción más estricta –me refiero a la protección básica de las instituciones estatales y a los bienes jurídicos individuales y tangibles como vida, integridad física, patrimonio, y, quizás, sólo quizás, a algunos colectivos tradicionales–, Derecho al que se debe rodear de todas las garantías y seguridades individuales liberales, ya tradicionales en el Derecho penal y en el Derecho de los derechos humanos. Y estimo que, para todos los bienes jurídicos institucionales, tales como la salud pública o general, la responsabilidad por la elaboración y consumo masivo de productos, el medio ambiente, las sustancias controladas o drogas, el llamado Derecho penal fiscal, no sólo bastaría con un Derecho administrativo sancionador, que se ocupe de reglamentar estrechamente el poder de policía del Estado y lo regule para tornarlo eficiente, sin acudir a sufrimientos tan graves como la privación de libertad, sino que, además, pienso que para él serían preferibles soluciones más imaginativas que la pena estatal, que miren siempre hacia dos metas: reconstruir el *statu quo ante* y evitar peligros futuros. En esta zona, como ha dicho HASSEMER⁶⁸, “no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro”.

Por supuesto, para regresar al tema de hoy, la privación de libertad durante el procedimiento, esto es, el encarcelamiento preventivo, él debe ser un punto especial regulado por aquel Derecho de la privación de libertad⁶⁹, incluso con mayores garantías que las que hoy posee legislativamente. Se me ocurre –para citar ejemplos– que una privación de libertad prolongada en el tiempo, a más de fundarse en la seguridad del procedimiento penal –peligro de fuga o de entorpecimiento rayanos en la certeza– debe exigir, también, un presupuesto cognoscitivo tal que, prácticamente, se equipare al de la condena, a pesar de la orfandad del procedimiento, y que las leyes procesales deben prever, para la realización de actos particulares

⁶⁸ Lo llama *Interventionsrecht* (Derecho de intervención): *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (2ª ed.), 1. Teil, C, III, 2, b, y IV, ps. 22 y ss. (en castellano: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ps. 43 y ss.). Su opinión puede leerse también en castellano, versión traducida por Gabriela CÓRDOBA y por mí, conjuntamente, *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, antes citado.

⁶⁹ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), § 14, n° 8 y ss., ps. 168 y ss., quienes abogan, con razón, por un estatuto nacional único para el encarcelamiento preventivo, competencia legislativa del Congreso de la Nación; cf. también ZAFFARONI, Introducción al libro de Gustavo L. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, p. 19. Hoy ese estatuto único, de legislación nacional, se justifica no sólo por el texto del art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional actual, sino, también, por la incorporación a ella de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, que fijan límites para que el Estado prive de libertad a las personas, incluso en su versión de encarcelamiento preventivo.

—por ejemplo: un allanamiento, un debate, etc.—, privaciones momentáneas de libertad mucho menos extensas, en relación proporcional con las necesidades del acto a realizar. Estimo, también, que los jueces deberían fijar, en las autorizaciones de este tipo, el tiempo máximo por el cual rige la autorización, expresado en fechas concretas o en acontecimientos reales, dentro de cierto extremo fijado por la ley, límite cuyo traspaso tornaría ilegítima la injerencia. Por lo demás, resultaría útil que estas decisiones sean tomadas después de un debate oral incidental frente al tribunal autorizante —quizás integrado por varios jueces según la duración de la autorización—, en el cual quien requiere la medida y quien la resiste tengan la posibilidad de fundar su posición. En nada empece a esta posibilidad el hecho de que la detención cautelar pueda proceder, en ciertas ocasiones, *inaudita parte*, sólo autorizada por un juez o, incluso, llevada a cabo sin orden judicial, siempre y cuando su prolongación requiera un procedimiento como el expuesto inmediatamente antes.

B. LAS DIFERENTES CLASES DE MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESALES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Ordenaremos a las diferentes formas de ejercer la coacción procesal según su gravedad, normalmente expresada por el tiempo de su duración, por su prolongación temporal, por su estabilidad. Se observará que comenzamos por la medida más leve posible y, en relación directa con la privación de libertad locomotiva, por una situación excepcional en la que se halla una persona, cuya prolongación por decisión judicial la va transformando en relativamente permanente, con referencia a la duración del procedimiento penal y a las posibilidades de una sentencia de condena a pena privativa de libertad. Y se notará también que, mientras mayor permanencia se adjudique a la forma coercitiva por la ley, mayor es también la exigencia material que ella prevé respecto del conocimiento y verificación del hecho punible y acerca de su autor o partícipe.

1. La citación del imputado

Aunque no lo parezca, por su levedad, la *citación* es una medida de coerción, pues limita las posibilidades de decisión del imputado —o de cualquier persona— acerca del destino de sus movimientos, en cierta manera su libertad de decidir a dónde ir o no ir, en el sentido de que impone una acción concreta —dirigirse en cierto momento a un oficio judicial— que impide llevar a cabo o intentar otros movimientos corporales con distinto destino, acciones estas últimas que, en origen, serían desarrolladas o evitadas según la libre voluntad de quien debe cumplir la medida ordenada. Pero la citación es, por lo demás, la medida ideal ante un procedimiento judicial, porque no consiste en el ejercicio directo de la fuerza físi-

ca que priva violentamente de toda o de casi toda la libertad personal, sino, antes bien, amenaza con esa consecuencia el incumplimiento a la orden, y, por ello, no repercute negativamente, en principio, sobre la libertad locomotiva (aprisionamiento), de modo directo y necesario. Téngase en cuenta que la libertad locomotiva es, al menos después de la vida, la madre de las demás libertades o derechos adjudicados a la persona humana. Por supuesto, la citación a comparecer no sería una medida de coerción, si de la desobediencia, esto es, de la reacción negativa del citado respecto de la medida, no se extrajera consecuencia alguna, pero lo cierto es que —¡he allí la coacción!— la citación es impuesta como factor desencadenante del deber concreto de asistir, como acto de la autoridad rodeado de consecuencias desagradables para su incumplimiento⁷⁰, por ejemplo, el uso de la fuerza para compeler al obligado a concurrir ante la autoridad que lo cita, incluso la detención y la prisión (*sospecha de fuga*) y, finalmente, la declaración judicial de rebeldía y la consecuente orden de su detención, si en el momento no resulta posible compeler al imputado a concurrir ante la autoridad que lo cita⁷¹.

Procede normalmente la citación del imputado —y, en principio, no procede su detención— cuando el delito que se le atribuye en el procedimiento no está amenazado con pena privativa de libertad o, si está amenazado con esa clase de pena, cuando parezca posible la condenación condicional (CP, 26 y 27); a la vez, según el texto de la ley y por carácter transitivo, procede directamente la privación de libertad, en forma de orden de detención para la comparecencia del imputado, en el caso opuesto, esto es, regu-

⁷⁰ Algo similar ocurre con la imposición de deberes por medio del mandato en el Derecho penal: el mandato introduce deberes de acción e infracciones que se perfeccionan con una *omisión*, la omisión de cumplir la acción mandada, forma de ilícito que, teóricamente, importa una mayor injerencia en el ámbito de libertad de las personas que aquellas infracciones cuya acción constituye un delito, pues significan un recorte mayor del ámbito de la libertad humana o un sacrificio mayor de esa libertad. En el último caso yo no debo llevar a cabo la acción prohibida, pero, en su lugar, puedo realizar cualquiera que me venga en ganas, mientras que en el primer caso la necesidad de cumplir la acción mandada, si no deseo sufrir la consecuencia jurídica desagradable, me impide llevar a cabo una multiplicidad de acciones posibles. La pena, como consecuencia jurídica, también representa a la coacción estatal, al ejercicio de la fuerza pública.

Es por ello que si se permitiera el procedimiento en contumacia, esto es, si la carencia de condescendencia del citado con la orden que representa la citación no produjera, más tarde o más temprano, el efecto de impedir el procedimiento y la sentencia y, como consecuencia, la citación desobedecida no tuviera consecuencias desagradables —o, al menos, no tendría tantas ni tan rigurosas—, la desconoceríamos como medida de coerción y la trataríamos como una posibilidad defensiva, como una facultad concedida por el orden jurídico y dejada de usar por su titular, a semejanza de un traslado o vista en el procedimiento civil.

⁷¹ CPP Nación, 282, II, 284, inc. 3, y 288; CPP Pcia. de Buenos Aires, 150, II, 153, inc. 3, 303 y 304; CPP Córdoba, 86, 87, 271, II, y 281, I, inc. 2; CPP CABA, 148, II, y 158.

larmente cuando el delito atribuido esté amenazado con pena privativa de libertad y no parezca posible la condenación condicional⁷². Éste es un ejemplo claro del eclecticismo que domina nuestras leyes procesales penales, cuando no de la hipocresía legislativa de los autores del texto. Esas leyes declaman el principio consistente en que “toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso” con sólo cumplir exigencias mínimas (prestar caución, cuando sea necesario según decisión judicial, fijar domicilio y conservarlo, comparecer cuando sea citado, abstenerse de obstaculizar la averiguación de la verdad y la actuación de la ley)⁷³ o, de otra manera, o en que “la libertad personal sólo podrá ser restringida (...) en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley”⁷⁴, textos mediante los cuales esas leyes fijan la regla –la libertad personal– y la excepción –la coerción–, para luego proceder de manera inversa a determinar para la medida menos invasiva tan sólo aquellos casos en que se atribuya delitos leves, sin relación alguna con el peligro de fuga y el de entorpecimiento, extremos que, incluso, pasan a constituir fundamentos según los cuales se priva de libertad aun en aquellos casos en los que, por regla, fundada en la levedad de la imputación, no se podía privar de libertad al imputado; así se fija otra excepción a la aplicación de la regla de la libertad. Sin embargo, existen en nuestro país códigos que, al menos según su texto, hacen honor al principio aquel que consolida la privación de libertad como una excepción a la regla libertaria de principio⁷⁵.

La *citación* es medida que ordena tanto el tribunal, unipersonal o colegiado, según corresponda, como la fiscalía, en atención a las competencias funcionales fijadas por la ley procesal penal para los distintos períodos del procedimiento penal; los mismos textos legales antes citados refieren a uno u a otro según coloquen al período preliminar del procedimiento penal, la instrucción preparatoria, en manos o bajo la competencia del juzgado de instrucción o de la fiscalía. La citación requiere, en principio, la forma escrita: se pone en conocimiento del afectado por ella (citado), de ordinario, mediante una notificación que debe contener la

⁷² CPP Nación, 282, I, y 283, I; CPP Córdoba, 271, I, 272, I, y 281, I, inc. 1.

⁷³ CPP Córdoba, 268, I.

⁷⁴ CPP Nación, 280, I.

⁷⁵ Los textos del CPP Pcia. de Buenos Aires, 150, I, y 151, IV, representan una mejoría indudable en el sentido indicado, maguer cierta inclinación a imitar a sus predecesores, sobre todo en ocasión de la reincidencia probable (ver párr. V, art. 151); el CPP CABA, 148, 169 y cc. es todavía más consecuente con el principio en juego.

identificación del oficio judicial que la ordena, el proceso en el cual se ordena, su finalidad, el lugar, el día y la hora en la que el citado debe comparecer, y el apercibimiento de que, si desobedece la orden, se empleará de inmediato la fuerza pública para lograr su cumplimiento; pero, en caso de urgencia, otros medios de transmisión escrita son posibles (envío postal certificado y con aviso de retorno o telegrama colacionado, menciona el CPP Nación; cualquier medio fehaciente, el CPP Córdoba) o también se puede utilizar para ello los servicios policiales⁷⁶.

La *citación* no es sólo una medida de coerción referida al imputado. Con los mismos efectos –establecer el deber de comparecer– y las mismas consecuencias –utilización de la fuerza para lograr la presencia de alguien en el tribunal o en el lugar de cumplimiento de la citación– se aplica a la prueba personal (testigos, peritos e intérpretes). Empero, conforme hemos aclarado, esta sección no tiene por objeto las medidas de coerción referidas a un medio de prueba específico y concreto⁷⁷.

2. El arresto de personas

Ésta es la primera medida de verdadera privación de la libertad locomotiva –en el sentido de impedimento de locomoción libre–, medida que, incluso, no requiere un cierto grado de conocimiento sobre la participación culpable de una persona en un hecho punible –sospecha o probabilidad de condena–; recae así sobre presuntos inocentes y sólo quizás sobre culpables, precisamente cuando en un primer momento de la investigación de un hecho punible no es posible determinar quiénes son testigos o, meramente, personas presentes en el momento del desarrollo del hecho, y quiénes son sospechosos de participación criminal –autoría o cualquier tipo de participación criminal– en él, medida tan sólo permitida con los límites racionales de ser *indispensable* para el éxito de la averiguación de la verdad (*peligro en la demora* para la investigación) y de su breve duración temporal. Como tal, se trata de una medida de coacción efímera, tanto porque sólo es posible en el instante inicial de un procedimiento penal, prácticamente en flagrante, como porque dura solamente hasta poder determinar quién o quiénes son los sospechosos y quiénes los testigos o personas presentes durante el trascurso del hecho punible, o hasta recibir la declaración de todas las personas sometidas a la medida de coerción, aunque no se obtenga el resultado antes citado, y como máximo, aun sin resultado algu-

⁷⁶ CPP Nación, 153 y 154; CPP Córdoba, 174 y 175.

⁷⁷ Ver para ello este libro, § 15, G.

no, el plazo en horas –extraño caso– que la ley prevé⁷⁸. La medida, en su forma más ruda de ingreso a un establecimiento del cual no se puede salir –a semejanza del encarcelamiento–, presupone la imposibilidad de una forma menos grave de ejecución, la orden de no alejarse del lugar y no comunicarse entre sí. Se observa también que, de ordinario, es una medida impuesta a varias personas (el mínimo pensable como posible son dos). De la misma manera que la citación, el *arresto* es dispuesto por el funcionario que, según la ley, es competente para la investigación inicial del caso –incluso por el funcionario policial competente, en los límites de la autorización y con noticia al funcionario judicial competente–, pero, como sucede en los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, su prórroga debe ser autorizada por resolución de un tribunal, fundada en el acontecimiento de un suceso extraordinario.

3. La aprehensión

a) *Concepto*

Llámase entre nosotros *aprehensión* al acto primo de ejercicio de la fuerza pública mediante el cual los funcionarios que ejercen la persecución penal, generalmente la policía, o una persona cualquiera proceden a privar de la libertad a una persona bajo la imputación de un hecho punible, tentado o consumado en flagrante, amenazado con pena privativa de libertad, para ponerla inmediatamente a disposición del juez competente, conjuntamente con los elementos de prueba recogidos en ese momento, con la finalidad de que ese juez decida sobre la situación futura del imputado (continuación de la privación de libertad, liberación del aprehendido o disposición de otra medida de coerción). La autorización se caracteriza por la *flagrancia*, tanto de la tentativa como de la consumación, pero ella se extiende a situaciones próximas, como la llamada *cuasiflagrancia* y no

⁷⁸ CPP Nación, 281 (plazo máximo 8 horas, prorrogable por otras 8 horas excepcionalmente, por circunstancias extraordinarias, y por decisión fundada); CPP Pcia. de Buenos Aires, 149 (plazo máximo 12 horas, prorrogable por 6 horas, por decisión del juez de garantías, con los mismos presupuestos, material y formal antes expuestos); CPP Córdoba, 274 (plazo máximo 24 horas, no prorrogable); CPP CABA, 146 (plazo máximo 6 horas, prorrogable por otras 2 horas, a pedido de la fiscalía y por decisión del juez, mismos presupuestos). “Circunstancias extraordinarias” menta lo excepcional de la prórroga, pero no agota su exigencia material allí: el contexto en el que se pide y resuelve debe representar un acontecimiento excepcionalísimo y de gravedad, demora no atribuible al funcionario que dirige la investigación, como, por ejemplo, un terremoto, un incendio, una tormenta o un estrago de proporciones; la cantidad de personas que abarca la medida, imposible de interrogar en el plazo máximo inicial fijado, no representa un suceso extraordinario sino, tan sólo, un inconveniente que la regla que establece el plazo máximo no ha previsto como motivo de prolongación.

tan próximas como la fuga de quien está legítimamente detenido y, en el caso de la *aprehensión policial*, a un supuesto en el que, si bien la conducta no es flagrante, existen suficientes elementos como para tener por probable la autoría o la participación del imputado en el hecho punible y existe inminente peligro de fuga o de entorpecimiento⁷⁹.

La *flagrancia* o el hecho sorprendido *en flagrante* es un concepto universal –*auf frischer Tat*, en alemán⁸⁰– que caracteriza al acto de aprehensión y que menta tanto a la circunstancia de sorprender al autor o partícipe en el momento de tentar o consumar el delito, durante su ejecución, o, con su extensión a la *cuasiflagrancia*, en el momento inmediatamente posterior a aquella situación, cuando el autor o partícipe fuga del teatro de los acontecimientos y es todavía perseguido por la policía, por la víctima o sus allegados, o por el clamor público o conserva consigo cosas o señas que demuestran de modo fehaciente que acaba de tentar o cometer un delito.

Situaciones de flagrancia se presentan cuando quien delinque es sorprendido en la ejecución del hecho punible, cualquiera que sea el progreso o el grado de la ejecución, pero siempre después del comienzo ya punible, como cuando quien pretende robar en un local comercial o una casa-domicilio es sorprendido en el momento de la efracción por cualquier persona o por un agente policial, para quienes el hecho se comete en flagrante. En cambio, quien es sorprendido por un control policial en la conducción de un automóvil antes sustraído se halla en una situación próxima a la flagrancia, la cuasiflagrancia.

b) Clases

La ley procesal penal, de ordinario, autoriza dos clases de aprehensiones definidas muy claramente por el tipo de permiso que ella significa.

I. *Aprehensión policial*. Para la policía de seguridad la aprehensión de quien delinque en flagrante o en alguna de las circunstancias más o menos próximas que la ley prevé no es, jurídicamente, tan sólo una *facultad*, sino, antes bien, se trata de un *deber* funcional, no sólo porque la ley procesal penal establece ese deber en su texto, sino porque, precisamente, lo establece en razón de que se trata del cumplimiento de la función para la que la policía está instituida: seguridad pública, proporcionada por el Estado

⁷⁹ CPP Nación, 284 a 287; CPP Pcia. de Buenos Aires, 153 a 156; CPP Córdoba, 275 a 279; CPP CABA, 152 (reglamentación insuficiente: no contiene la autorización de la *aprehensión privada*, aspecto que transforma en ilegítima toda privación de libertad que no provenga de un funcionario de la persecución penal).

⁸⁰ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 31, I, 2, ps. 232 y siguiente.

y, en su representación, los agentes policiales⁸¹. Nótese que, incluso para otros funcionarios de la persecución penal –más directamente, para la fiscalía y sus agentes–, la aprehensión no constituye un deber sino, a semejanza de la aprehensión privada –cualquier otra persona–, se trata tan sólo de una facultad⁸².

La *aprehensión policial* sólo es legítima y constituye un deber del agente policial en las siguientes situaciones:

I. 1. Flagrancia y cuasiflagrancia: delito de acción pública amenazado con pena privativa de libertad y sorprendido en flagrante, esto es, durante su ejecución, al comienzo o inmediatamente después de consumado, también en situaciones próximas o equiparables a la flagrancia, que la ley define como fuga con persecución empírica policial, de la víctima, o de alguien o algunas personas pertenecientes al público en general, o cuando el aprehendido guarda todavía consigo cosas o marcas que indican fehacientemente que acaba de cometer un delito.

I. 2. Peligro de fuga del imputado o de acciones de entorpecimiento para la averiguación de la verdad desarrolladas por él o con su concurso: inminencia de la producción del daño o de la dificultad para el procedimiento posterior o para la investigación que señalan los peligros del rubro (*periculum in mora*), mas sobre la base de la *probabilidad* de existencia de todos los extremos que justifican una sentencia condenatoria (*fumus boni iuris*), conforme a los elementos de prueba con los que se cuenta en ese momento.

I. 3. Fuga del aprehendido del lugar en el que se halla privado de libertad legítimamente: por sentencia condenatoria, por decisión de prisión preventiva o detención, por la misma aprehensión en flagrante o en las demás situaciones autorizadas y hasta por arresto. Este motivo permite, por lo demás, que no sólo el imputado pueda ser aprehendido, sino también el condenado y cualquier otra persona privada de libertad legítimamente (por ejemplo, el testigo citado, que no comparece y sobre el cual recayó una orden de detención).

⁸¹ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), § 9, B, ps. 51 y ss.; y esta obra, t. II, § 11, B, 2. En verdad, no es tarea de la ley procesal penal instituir deberes funcionales; a ella le hubiera bastado con autorizar la aprehensión policial, mientras la ley orgánica de la policía se ocupaba de su función específica y establecía tanto el deber como los modos de cumplirlo, según los casos.

⁸² El CPP CABA, 152, ofrece esa explicación desde su texto.

Inherente a la aprehensión policial es la entrega inmediata del aprehendido⁸³ al oficio judicial competente para que, directamente o a través del requerimiento de la fiscalía, un juez controle este primer acto de privación de libertad y, a consecuencia de ese control, emita la orden escrita que autoriza la detención, en su caso, de conformidad con el texto normativo de la CN, 18, o, en caso contrario, ordene la liberación del aprehendido⁸⁴. No es otro el fundamento que da nacimiento a la petición de hábeas corpus, verdadera razón de la existencia de la cláusula constitucional citada.

II. *Aprehensión privada*⁸⁵. Las leyes procesales penales también autorizan a quienes no son funcionarios policiales o de la persecución penal a aprehender a quienes están imputados de haber cometido un hecho punible de acción pública amenazado con pena privativa de libertad. También aquí la flagrancia es la característica básica de la autorización, a la que se le agrega una circunstancia análoga, la llamada *cuasiflagrancia*, y la aprehensión de quien fuga del lugar donde está detenido legítimamente. Como se observa, la aprehensión por una persona particular es sólo legítima en los supuestos en que también lo es la aprehensión policial (*supra*, I. 1 y I. 3), salvo el caso genérico mencionado inmediatamente antes (I. 2, peligro de fuga o de entorpecimiento con probabilidad de condena), que se halla fuera de la autorización en este caso.

Por lo demás, la *aprehensión privada* constituye tan sólo una *facultad* –nunca un deber jurídico–, concedida en general a todos los que presen-

⁸³ Cf. CPP Nación, 286, emplaza la entrega (máximo plazo: seis horas). Las circunstancias del contexto de la aprehensión son aquellas que permiten definir, en el caso concreto, si el aprehensor cumplió con el deber de poner al aprehendido a disposición del funcionario o juez competente para el control de la aprehensión. Esas circunstancias pueden provocar muy distintas medidas temporales, por ejemplo, en el curso de un estrago o cataclismo natural o, simplemente, conforme a la distancia existente desde el lugar de la aprehensión hasta el tribunal o a la dificultad de las comunicaciones posibles entre el aprehensor y el tribunal (piénsese en un delito cometido en un incendio forestal o durante su trascurso, en un terremoto, o en la cordillera con motivo de un ascenso de andinistas). Precisamente por ello extraña que la única ley procesal penal que emplaza férreamente la entrega sea aquella –federal– cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo el país y, por ello mismo, aquella para cuya ejecución los funcionarios judiciales son más escasos en relación con el territorio que su jurisdicción abarca. No existe la menor duda en afirmar que el legislador de esta ley sólo ha pensado en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, en primer lugar, y, además, en que una dificultad real del funcionario que practicó la aprehensión, como las indicadas, justifica el vencimiento del plazo por imposibilidad física de cumplimiento del deber.

⁸⁴ CPP Nación, 286 y 283; CPP Pcia. de Buenos Aires, 155 y 151; CPP Córdoba, 278 y 272; CPP CABA, 152 y 172.

⁸⁵ CPP Nación, 287; CPP Pcia. Buenos Aires, 156; CPP Córdoba, 279.

cian la ejecución de un hecho punible –tentativa o consumación–, a quienes observan la fuga posterior del autor o partícipe o la portación por él de cosas o señas que indican fehacientemente la comisión por el aprehendido de un hecho punible sucedido inmediatamente antes.

Dato curioso: el CPP CABA no contiene la *aprehensión privada*, con lo cual, por imperio del principio *nulla coercio sine lege praeviae*, esta ley ha transformado a esa clase de aprehensión, jurídicamente, en una prohibición: privación ilegítima de la libertad. Sólo una construcción que establezca la asunción de una función pública en caso de necesidad, para la cual también contamos con el inconveniente de la falta de delegación legal, podría conducir a afirmar la facultad jurídica de aprehender de las personas particulares.

Rige también en este caso, para la aprehensión privada, como es natural, el deber de entrega, pero el particular cumple si entrega al aprehendido tanto a la autoridad judicial como a la policial más próxima, autoridad que, a su vez, carga en el caso con el deber de comenzar inmediatamente el procedimiento de control (comunicación y entrega a la autoridad judicial competente o al juez).

c) Circunstancias de la aprehensión

La aprehensión desencadena, según ya vimos, un procedimiento judicial de control, procedimiento reglado por la ley procesal penal sobre el que informaremos en el próximo número de esta sección, bajo el rótulo de *detención*.

Del mismo modo, la privación de libertad, incluido allí su acto inicial, puede ir unida a la circunstancia de la *incomunicación* del aprehendido, suerte de límite mayor para su ya escasa posibilidad de comunicación con otras personas, medida de coerción y cautelar anexa a la privación de libertad del imputado sobre la que también informaremos bajo el próximo rubro de esta sección.

4. La detención

a) Concepto y fundamento

Si bien la *detención* de una persona puede ser ordenada por un tribunal de oficio, esto es, sin requerimiento alguno que parta de otro sujeto procesal –como en el caso de las personas que, citadas, no cumplen su deber de comparecer ante el tribunal⁸⁶–, ella es, básicamente, la forma que la ley procesal penal adopta para indicar un procedimiento de control inmediato de la aprehensión del imputado, de conformidad con el artículo 18, de la CN⁸⁷.

⁸⁶ CPP Nación, 282, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 150, II; CPP Córdoba, 271, II; CPP CABA, 148, II.

⁸⁷ CPP Nación, 283; CPP Pcia. de Buenos Aires, 151; CPP Córdoba, 272; CPP CABA, 172.

Por esa razón, la orden de detención es, en realidad, uno de los resultados posibles de ese procedimiento de control, que corresponde a la competencia de los jueces, y consiste en una autorización, la de privar de la libertad a una persona con motivo de un procedimiento judicial; el otro resultado opuesto o distinto consiste en la negación de esa autorización, la liberación de quien sufre la medida, en el caso de que la privación de libertad ya haya comenzado (aprehensión), o su reemplazo por otra medida de coerción más benigna.

El fundamento material para proceder a la detención, excluido el caso del incumplimiento del deber de comparecer atribuido a quien es citado, no es idéntico en las diferentes leyes procesales penales del país. La mayoría de esas leyes, de conformidad con su procedencia histórica, exigen las condiciones que se detallan a continuación.

I. Aquello que la ley describe como fundamento de la citación a prestar declaración indagatoria: indicios suficientes para estimar cometido un hecho punible, por una parte, y sospecha sobre la autoría o participación culpable en ese hecho de la persona que sufrirá la detención, por la otra⁸⁸. La razón por la que así sucede es sencilla de entender: inmediatamente después de ejecutarse exitosamente la orden de detención o en el caso de haberse ya ejecutado (aprehensión) es absolutamente necesario, según el procedimiento previsto, conceder audiencia al detenido con la finalidad de que pueda defenderse de la imputación que sobre él pesa. Luego del ejercicio originario y provisional del derecho de defenderse, sobrevendrá un segundo control sobre la medida de coerción, posterior a la orden de detención ya cumplida, que, tradicionalmente, la legislación nacional vincula, por una parte, a una decisión material sobre el objeto del procedimiento, el *procesamiento*, y por la otra, a una medida de coerción más estable y presumiblemente prolongada, la *prisión preventiva*, cuyo presupuesto cognoscitivo es, precisamente, el procesamiento⁸⁹.

II. Empero, no es la sospecha de participación que recae sobre cualquier hecho punible aquella que autoriza la *detención*. En principio, debe tratarse de un hecho punible amenazado con pena privativa de libertad y, además, no debe ser factible o esperable que la sentencia exima del cumplimiento o la ejecución de esa pena (condenación condicional, CP, 26 y 27)⁹⁰.

⁸⁸ CPP Nación, 283, I, y 294; CPP Pcia. de Buenos Aires, 151, I; CPP Córdoba, 272, I.

⁸⁹ Cf. este libro, § 17, D, 3, y este párrafo, 5, b, I.

⁹⁰ CPP Nación, 283, I; CPP Córdoba, 272 y 281, I.

Este presupuesto, consecuencia benéfica del *principio de proporcionalidad*, es, sin embargo, el principal error de los códigos tradicionales –por ejemplo, el de la Nación y el de la Provincia de Córdoba, antes citados–, pues, tal como están redactados los textos de esos códigos, la orden de detención provoca, en el caso de existir los presupuestos antes estudiados, una obligación para el juez; es la consecuencia directa de la reunión de ambos elementos, cuya verificación desplaza a la citación.

En cambio, los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, responden a otras exigencias. El primero de ellos, si bien requiere la sospecha de que el imputado participó en el hecho punible investigado y exige que ese hecho o los varios hechos imputados no sólo estén amenazados con pena privativa de libertad, sino, además, que ella alcance cierta gravedad y no parezca factible la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, condiciona la medida a la verificación de ciertos presupuestos generales de toda medida de coerción, entre los cuales tienen importancia los *peligros de fuga y de entorpecimiento de la investigación*, y el *principio de proporcionalidad* de la medida; de otro modo, si tan sólo se desea vincular al imputado al procedimiento, sin que existan los peligros antedichos o desproporcionadamente, procede, en principio, la *citación*; por lo demás, la detención sólo es posible a requerimiento del acusador⁹¹.

El CPP CABA, es más sencillo, lógico y consecuente, pues limita la posibilidad de detener al imputado a la existencia de los peligros de fuga y de entorpecimiento para la averiguación de la verdad⁹², peligros que intenta definir en lo posible⁹³; en todo otro caso corresponde la *citación* del imputado que, en caso de no provocar el resultado esperado (comparecencia), habilita, en primer lugar, la orden de hacerlo comparecer por la fuerza pública –privación de libertad de duración limitada: hasta llevar a cabo íntegramente el acto para el cual fue necesaria– y, de no obtenerse así el resultado esperado, la orden de su detención⁹⁴. Por lo demás, la orden de detención debe ser requerida por la fiscalía, por escrito que contenga sus fundamentos, al juez competente para concederla o negarla⁹⁵. Cabe agregar que la citación, la comparecencia forzada y la detención tienen como sustrato de base, al comienzo del procedimiento penal y de la investigación preparatoria, la necesidad de “vincular” al imputado al procedimiento, esto es, de identificarlo, de intimarle el hecho o los hechos objeto de la investigación y de darle oportunidad de defenderse de la imputación y, eventualmente, tener la posibilidad de interrogarlo⁹⁶.

III. Como consecuencia de lo explicado, los peligros que amenazan la consecución de ciertas metas del procedimiento penal –realizar el procedimiento hasta lograr la decisión que le ponga fin y averiguar la verdad, en lo posible, para que conforme la base de esa decisión– y, por ende, justifican una medida de coerción tan drástica como la privación de libertad, dejan de ser, para la mayoría de las legislaciones procesales penales, los

⁹¹ CPP Pcia. de Buenos Aires, 146, 148, 150 y 151.

⁹² CPP CABA, 169, II, y 172, I.

⁹³ CPP CABA, 170 y 171.

⁹⁴ CPP CABA, 148.

⁹⁵ CPP CABA, 172, I.

⁹⁶ CPP CABA, 92, 161, 162 y concordantes.

presupuestos básicos que fundan los diversos grados de la utilización de la fuerza pública en ese sentido, incluida la detención. Desde otro punto de vista, existe algo así como una presunción *juris et de jure* acerca de que, cuando la pena privativa de libertad ejecutable sea la consecuencia jurídica de la imputación, el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento se afirma por sí mismo, sin otro fundamento. La corrección, si ella existe, se debe lograr por la vía del examen de la prisión (entre nosotros: incidente de excarcelación), por destrucción a través de esa vía procesal de esa presunción, ahora trasformada tan sólo en *juris tantum*. Conforme a lo explicado, sólo los códigos de la Provincia de Buenos Aires –confusamente– y de la Ciudad de Buenos Aires, con mayor claridad el último de ellos que el primero, establecen como condición de la detención la verificación de alguno de los dos peligros que, desde el punto de vista de la ley fundamental, justifican la excepción hecha al principio *nulla poena sine iudicio*. Con ello, sólo estos códigos, en purismo, han sido consecuentes con las máximas de principio que gobiernan la utilización de la fuerza pública para privar de ciertos derechos a los inculpados, durante el procedimiento penal.

b) Las reglas procesales aplicables

Frente a la aprehensión del imputado y a su entrega o al requerimiento de detención de la fiscalía, el juez competente debe decidir, como vimos, si autoriza la detención del inculpado o lo libera, incluso bajo caución o por la aplicación de otra injerencia de menor gravedad. La concesión de la medida coloca también al autorizante en el deber de cumplir cierto rito mínimo que consiste en intimar la imputación a quien sufre la medida y conferirle la palabra para que exprese lo que tenga por necesario para su defensa, acto que, por sí mismo, está sometido a múltiples requisitos⁹⁷. Pero, desde allí en adelante, tampoco las leyes procesales penales proceden de manera idéntica en el sentido del rubro. Merece nuestra atención el Código vigente en la Ciudad de Buenos Aires que, fiel a su sistema de *procedimiento por audiencias*, permite a la defensa del imputado, después del control inmediato de la aprehensión o del requerimiento de detención, cuando autoriza una medida de coerción, requerir la fijación de una audiencia oral en contradictorio para discutir la medida de coerción autorizada por el tribunal, si quien la sufre no está de

⁹⁷ El CPP CABA, 172, I, concede al juez correctamente un plazo de veinticuatro horas para decidir, en consonancia con el remedio del *habeas corpus* (CN, 18).

acuerdo con la medida ordenada, al cabo de la cual el tribunal, según se verá, debe ascender un rubro en la escala de graduación de la privación de libertad procesal si de ello se trata: ahora deberá reexaminar el caso para indicar si existe el fundamento requerido para la *prisión preventiva*, grado de la coerción estatal que estudiaremos enseguida⁹⁸.

Los códigos procesales penales de nuestro país prescinden de esta audiencia. Luego de que el juez le comunica al imputado la imputación que se pone a su cargo, de permitirle el uso de la palabra y de interrogarlo, si se estima necesario, él se concentra en la decisión a tomar sin audiencia oral y contradictoria previa. Esa decisión material sobre el objeto del procedimiento culmina en el *procesamiento*, cuando el juez confirma el mérito de la imputación, o en la llamada *falta de mérito*, en el caso contrario⁹⁹. La decisión positiva para el mérito de la imputación conforma el presupuesto de la prisión preventiva, estadio de mayor gravedad, por la prolongación total o parcial posible de la privación de libertad cautelar al resto del procedimiento; empero, el *procesamiento* procede, según los casos, con o sin prisión preventiva. Como se puede deducir, este sistema de control, tradicional entre nosotros, no prohija una decisión inmediata, si bien provisional, acerca de la corrección de la aprehensión o del requerimiento de detención de frente a los peligros de fuga o de entorpecimiento, esto es, no establece un hábeas corpus en el seno mismo del procedimiento penal.

La ley prevé que la orden de detención sea escrita, tal como exige la CN, 18, para consentir la privación de libertad –el *arresto*, como lo llama la ley fundamental argentina– de una persona imputada y que ella deba contener la identificación del imputado y del hecho o hechos atribuidos, orden escrita que se le debe notificar a quien la sufre en el preciso momento de su aprehensión, sin perjuicio de habilitar, por razones excepcionales de urgencia, otras vías escritas y hasta la posibilidad de la orden oral¹⁰⁰. Pero es claro que esta exigencia formal sólo se refiere a la orden expedida por requerimiento o decidida de oficio por el tribunal y, por lo contrario, no se refiere al control sobre la aprehensión policial o privada –privación de libertad ya ejecutada–, que cumple un periplo varias veces más pausado en las leyes procesales penales argentinas tradicionales.

También el CPP CABA se destaca (art. 153) por la formalidad que impone a la detención; es un deber de la función de quien aprehende (sólo de los agentes policiales) o detiene labrar un acta escrita en la que conste la información básica proporcio-

⁹⁸ CPP CABA, 172, II, y 173.

⁹⁹ Ver este libro, § 17, D, 3, y este párrafo, B, 5.

¹⁰⁰ CPP Nación, 283, II y III.

nada al detenido: imputación, derechos que le competen, incluido el derecho de comunicarse con una persona de su confianza, lugar al que será conducido, tribunal y fiscalía que conocerá el caso.

c) La *incomunicación*

Una circunstancia que contribuye a definir la extensión material de la injerencia que significa la privación de libertad durante el procedimiento para la libertad locomotiva es la llamada *incomunicación* del prisionero, quizás un resabio de antiguas prácticas que hoy sólo es defendible con una limitación temporal férrea, que la circunscriba a un período brevísimo y único durante el procedimiento, bajo el fundamento del *peligro de entorpecimiento* para la averiguación de la verdad. La incomunicación de quien está detenido puede ser practicada por la policía y por la fiscalía, pero por un plazo aún más limitado (regularmente 10 horas) que el autorizado para la decisión judicial (48 horas con extensión a 24 horas más), plazo aquel que no puede prolongarse sin el control judicial de la decisión, esto es, sin la autorización del tribunal competente; la decisión judicial, que se pronuncia por auto, debe estar solamente fundada en impedir que el aprehendido o detenido se ponga de acuerdo con cómplices o encubridores u obstaculice de otro modo la investigación de la verdad, esto es, en las necesidades de la investigación de un delito de acción pública, y sólo es practicable anexa a la privación de la libertad cautelar del imputado en cualquiera de sus formas¹⁰¹. Por lo demás, la medida tiene ciertas limitaciones: no puede impedir la comunicación entre imputado y defensor antes de la declaración del imputado o de algún acto que requiera la intervención personal del detenido, se le debe permitir al detenido la utilización de libros y elementos de escritura que no sirvan para impedir u obstaculizar el fin que se procura con la medida o para atentar contra su vida o su salud, o contra la vida y salud de terceros, y la medida no puede imposibilitar la intervención del detenido en actos civiles impostergables que no afecten su fortuna o la investigación de la verdad sobre la imputación, limitaciones todas a la ejecución de la medida que implican atenuar su rigor, cuando él es innecesario, o constituyen injerencias desproporcionadas para el derecho intervenido.

¹⁰¹ CPP Nación, 184, I, inc. 8, y 205; CPP Pcia. de Buenos Aires, 152 (plazo máximo de ejecución: 48 horas para la fiscalía y, a su pedido, prolongación judicial sin determinación [se debe entender por un plazo máximo igual al anterior, en homenaje a la legitimidad fundamental de la medida], pero de plazo fijo); CPP Córdoba, 273 (sólo un tribunal puede ordenarla y por un plazo máximo de dos días, según regla de la Constitución provincial, 43); CPP CABA, 154.

El CPP de la Ciudad de Buenos Aires, 154, regula la institución de modo diferente: en primer lugar, la decisión corresponde a quienes persiguen penalmente, la policía de seguridad, con aviso inmediato a la fiscalía, órgano judicial competente para autorizar la medida o hacerla cesar; si la autoriza, da aviso de inmediato al juez (de garantías) competente, a quien le corresponde el control judicial de la medida dispuesta, en principio, por el acusador; en segundo lugar, no se trata de impedir la comunicación del imputado detenido con otras personas, en general, sino con ciertas personas que, según un correcto entendimiento, deben estar determinadas en la decisión; y, en tercer lugar, la ley no incluye un plazo máximo, pero remite al art. 13, inc. 6, de la Constitución de la Ciudad, que no fija plazo alguno, sino que prohíbe la incomunicación lisa y llanamente. Curiosamente, esta cita representa el costado débil de la regla: la norma constitucional prevé, entre las garantías para la libertad de las personas y para el respeto de la dignidad humana, que “ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere”, texto que, al menos en el ámbito jurisdiccional de la justicia porteña, impide totalmente la incomunicación anexa a la detención, en principio. Mala conciencia del legislador: el texto de la regla constitucional de garantía, cualquiera que fuere su apreciación política, impide la existencia de la incomunicación de detenidos en la Ciudad de Buenos Aires, medida que la ley procesal penal vigente en ese territorio, conforme a ello, no debería haber autorizado; el art. 154, citado en este texto, parece deliberadamente confuso, quizás porque quienes redactaron esa regla no apreciaban la garantía ofrecida por la CCABA.

d) Otras detenciones

Las que sufre el imputado no son las únicas detenciones posibles en el procedimiento penal. Los tribunales y también otros funcionarios de la persecución penal –la fiscalía– están autorizados, por ejemplo, para privar de libertad a personas remisas a comparecer o a declarar¹⁰². Pero, tal como ya lo advertimos, esas autorizaciones corresponden a los poderes de coerción para el desarrollo de los medios de prueba, medidas sobre las cuales exponemos en el § 15, E.

5. La prisión preventiva

a) Concepto

La *prisión preventiva* –también llamada *encarcelamiento preventivo*– representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es, precisamente por esa razón, la injerencia más grave en la libertad perso-

¹⁰² Ejemplo: CPP Nación, 154, 247, 248 y 257: si el testigo, el perito o el intérprete no comparecen o incumplen sus deberes son conducidos por la fuerza pública y hasta arrestados por un plazo breve. Ver, también, CPP CABA, 127, que autoriza al fiscal a detener cuando exista temor fundado de que el testigo, el perito o cualquier persona que deba comparecer ante la autoridad que dirige el procedimiento, se oculte, fugue o ausente.

nal y, al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el *principio de inocencia* que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*). *Prisión preventiva* quiere decir, en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente– frente a la regla de la libertad personal. Ello es así si nos proponemos respetar a ultranza la reglamentación de la libertad personal en el trascurso del juicio penal, esto es, la garantía que para eventuales imputados supone afirmar que nadie sufrirá una pena antes de la sentencia condenatoria que emerge de un juicio público y lo somete a una pena (CN, 18), posición social que, antes de esa decisión judicial firme, no está, por principio, justificada jurídicamente; por regla, la disminución permanente de los derechos básicos de la persona humana sólo puede sobrevenir como resultado del procedimiento penal y no, por lo contrario, ser justificada por la mera existencia del procedimiento¹⁰³. Esto explica, también, el presupuesto material elevado que la ley procesal penal exige para ordenar la medida, extremo que examinaremos inmediatamente después.

Desde otro punto de vista, la prisión preventiva es, para la regulación procesal penal tradicional en nuestro país, tanto el resultado del examen de control de la aprehensión o de la orden de detención expedida por un juez, una vez que se concedió al imputado su primera audiencia para la defensa de su posición –indagatoria o primera declaración sobre el hecho, acto que domina íntegramente su voluntad en su realización y contenido–, como una necesidad del progreso del procedimiento en su camino hacia el juicio y la sentencia.

b) Presupuestos materiales y formales

I. Materiales

I. 1. La orden de prisión preventiva supone que, previamente, quien la dicta, ha examinado la imputación, a la luz de los elementos de prueba incorporados al procedimiento penal, y el eventual descargo del imputado –ya detenido o todavía en libertad– en su indagatoria, más las consecuencias probatorias que de ella emergen o producidas por iniciativa de

¹⁰³ Ya vimos que, a contrario de este ideal, hoy se somete a prisión para evitar riesgos delictivos futuros –de recidiva– en la sociedad de individuos libres y, aunque ello todavía tiene el carácter jurídico de una excepción, el procedimiento penal, empujado por el Derecho penal material, intenta, cada vez más, colaborar con él, por adopción de uno de los fines que la pena hoy propone, en primerísimo lugar.

su defensa, y llegado a la conclusión de que existe una gran *probabilidad*¹⁰⁴ de condena al final del procedimiento, esto es, una gran probabilidad de que el imputado haya participado culpablemente en un hecho punible objeto del procedimiento. Ello constituye aquello que la legislación procesal penal argentina tradicional conoce desde antaño como *procesamiento*¹⁰⁵. El *procesamiento* es, pues, un primer presupuesto de la decisión que mantiene al imputado en *prisión preventiva*¹⁰⁶.

I. 2. Pero no cualquier procesamiento que determine la participación del imputado en cualquier delito justifica la orden de prisión preventiva. Sólo cuando el mérito de la imputación afirme la participación punible del imputado en un hecho amenazado con pena privativa de libertad y cuando, según estimación judicial, sea probable que la condena a esa clase de pena no sea suspendida en su ejecución (CP, 26 y 27, reglas de la condenación condicional), procederá ordenar la prisión preventiva; de otro modo, corresponderá dictar el procesamiento, pero sin prisión preventiva¹⁰⁷.

Empero, aun en el caso en el que no corresponde privar de libertad a título de prisión preventiva, porque procedería, eventualmente, la condenación a pena privativa de libertad de cumplimiento sólo condicional, la ley permite la decisión contraria cuando existen suficientes elementos ("indicios vehementes") para afirmar el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad¹⁰⁸.

Existe cierta razón para afirmar que, conforme al *principio de proporcionalidad*, nunca se debería privar de libertad, a título de encarcelamiento preventivo durante el procedimiento, cuando sea esperable una condena a pena privativa de libertad de ejecución suspendida, condicional (por supuesto, también cuando la pena amenazada sea de una clase menor, esto es, cuando el hecho punible que afirma el procesamiento no está amenazado con pena privativa de libertad). Se puede pensar para estos casos, frente a imputados que no aceptan el sometimiento al proceso penal, ni su resultado y, en

¹⁰⁴ Ver esta obra, t. I, § 8, D, 1, II.

¹⁰⁵ Ver este libro, § 17, D, 3.

¹⁰⁶ El CPP Córdoba actual ha suprimido el procesamiento, y lo ha hecho, en verdad, como decisión autónoma, innecesaria cuando el imputado permanece en libertad, pero, si se pretende su prisión durante el procedimiento, el art. 281 exige, claramente, una decisión material previa que verifique la existencia de "elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado ...", con lo cual el presupuesto de la prisión preventiva permanece idéntico al expresado en el texto.

¹⁰⁷ CPP Nación, 312, inc. 1, y 310, I; CPP Córdoba, 281, I, inc. 1.

¹⁰⁸ CPP Nación, 312, inc. 2; CPP Córdoba, 281, I, inc. 2.

fin, son rebeldes a la autoridad judicial, en otras medidas, incluso limitativas de la libertad de locomoción, y autorizar la detención para la realización de actos en los que la presencia del imputado sea necesaria para la validez del procedimiento, pero, estrictamente, por el tiempo imprescindible para llevar a cabo el acto¹⁰⁹. El riesgo de su fuga, sin posibilidad de subsanación, o de cierta prolongación inútil del debate, que supone tolerar la privación de libertad durante el procedimiento pese a afirmar la posibilidad cierta de que incluso la condena no determine el ingreso a una cárcel, sumados a la subversión de principios básicos del procedimiento penal, los de inocencia y juicio previo, resulta menor en importancia que la injerencia en la libertad locomotiva, así injusta por desproporcionada en esos casos. Sin duda, existe algo de hipocresía al liberar la decisión judicial de trabas para, aun en esos casos, ordenar el encarcelamiento preventivo, según la excepción que fijan los códigos inmediatamente antes citados; esa liberación, con cláusulas abiertas, según ya hemos observado, no significa otra cosa que conceder a los jueces el poder de resolver, fundados en su criterio personal, la libertad o el encarcelamiento del imputado durante el trascurso del procedimiento o, si se quiere, el poder de anular el principio de proporcionalidad (aspecto que parece incluso más claro en los textos del CPP Nación).

No es, sin embargo, una infracción de principio recurrir al peligro de fuga y al peligro de entorpecimiento para justificar la privación de libertad durante el procedimiento, según lo prevén los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹⁰ y nosotros lo hemos sostenido como único fundamento de la privación de libertad procesal en cualquiera de sus modos. En efecto, si mantenemos con rigor --y con acierto, porque la necesidad del procedimiento penal y de la defensa como actividad real del imputado en él escapan a la voluntad de quien la sufre-- la prohibición de procedimientos penales en rebeldía, total o parcialmente, no podremos evitar del todo algún modo de privación de la libertad durante el procedimiento¹¹¹. El inconveniente emerge cuando, con lesión a ciertas limitaciones de esta justificación --en este caso el *principio de proporcionalidad*--, pretendemos anularlas íntegramente para permitir encarcelar durante el procedimiento de modo prolongado, sin pensar en soluciones tolerables y justas aun para el conflicto planteado por la observancia de todos los principios básicos que rigen la materia.

I. 3. No estaría dicha toda la verdad acerca del tema, si no se informara acerca de la institución que completa el cuadro trazado, la llamada tradicionalmente *excarcelación* entre nosotros, que comporta, en principio, un examen de la prisión ya acordada --o factible de ser acordada: extinción de prisión-- y constituye una nueva ecuación de reglas acerca del

¹⁰⁹ Por ejemplo, autorizar la detención del acusado para purgar su rebeldía y procurar la realización válida del debate, período del procedimiento durante cuyo trascurso es condición de validez de la sentencia --su resultado-- la presencia sin interrupciones del acusado en la audiencia (*principio de inmediación*) o, cuando él no quiere estar presente en la sala de la audiencia, su custodia en una sala próxima --representado en la audiencia del debate por su defensor--, que permite hacerlo comparecer por la fuerza inmediatamente, para la realización de actos personalísimos.

¹¹⁰ CPP Pcia. de Buenos Aires, 157, inc. 4, y 171; CPP CABA, 172.

¹¹¹ Cf. este párrafo *supra*, A, 2, II, y 3, a.

presupuesto material de la prisión preventiva. Como sus reglas deben ser aplicadas por el tribunal aun de oficio¹¹², sus condiciones completan el cuadro normativo que rige para decidir la privación efectiva de la libertad personal. Si dejamos de lado otros motivos de cesación del encarcelamiento preventivo que responden directamente al principio de proporcionalidad (cumplimiento en prisión preventiva, computable según el CP, 24, de la pena privativa de libertad máxima o de la que se considere adecuada en caso de condena, cumplimiento en prisión preventiva computable de las condiciones para obtener la liberación condicional de la pena privativa de libertad que eventualmente será impuesta por condena, estimación de que, conforme al tiempo de prisión ya sufrido durante el procedimiento, la condena no lo privará de libertad, con inclusión de todas las instituciones penales que permiten evitar o reducir la ejecución carcelaria de la pena¹¹³) o al plazo máximo de autorización del encarcelamiento preventivo¹¹⁴, es preciso coincidir en que, cuando el hecho punible imputado no determine la aplicación de una pena máxima superior a los ocho años de prisión, según la legislación nacional¹¹⁵, el imputado tampoco sufrirá encarcelamiento preventivo o, si ya sufrió algún tiempo de privación de libertad, podrá evitarla en el futuro (salvo la excepción del peligro de fuga y del peligro de entorpecimiento).

II. *Formal*. Para la legislación tradicional argentina, la decisión que impone o evita la prisión preventiva –en forma de *auto de procesamiento* o de *falta de mérito*– es, de ordinario, la resolución de la primera aplicación del principio de contradicción en el proceso penal, decisión que valora la oposición –meramente eventual– entre la imputación originaria y la oportunidad inicial de defensa del imputado cuando se le comunica aquella atribución de hechos punibles. Es por ello que, como se trata regularmente de la primera resolución de mérito con consecuencias graves para el imputado, la ley procesal quiera darle la oportunidad de expresarse respecto de esa imputación antes de que el tribunal decida. La declaración *indagatoria*, primera declaración formal sobre el hecho del imputado, como acto procesal reglado, maguer su origen inquisitivo, es, para esa

¹¹² CPP Nación, 318, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 172 y 170, I; CPP Córdoba, 283, I (encabezado).

¹¹³ CPP Nación, 317, incs. 2 a 5; CPP Córdoba, 283, incs. 2 y 3.

¹¹⁴ Leyes federales n° 24.390 y 25.430; CPP Córdoba, 283, inc. 4.

¹¹⁵ CPP Nación, 316, II, y 317, inc. 1.

legislación, el presupuesto formal –defensivo¹¹⁶– para la validez de la decisión que procesa y ordena la prisión preventiva¹¹⁷. Cuando la prisión preventiva es decidida durante el curso del procedimiento penal, por revocación de la falta de mérito o de la libertad gozada por el imputado durante el procedimiento, la ley no exige tal presupuesto formal, por otra parte ya cumplido, pero no resulta viciado el consejo de conceder oportunidad de defensa previo a resolver, sin perjuicio de operar la detención inmediatamente y sin audiencia en los casos urgentes que no admitan dilación (peligro próximo de fuga o de entorpecimiento).

El CPP Córdoba actual, a pesar de que ignora formalmente el auto de procesamiento, sigue los mismos pasos, pues exige que la decisión que impone la prisión preventiva se funde en una decisión de mérito previa, lógicamente, que configura su presupuesto material, de idéntico contenido formal y exigencias materiales que el procesamiento en la legislación tradicional. Tal decisión tiene también por presupuesto formal a la indagatoria¹¹⁸.

Los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires presentan la novedad de agregar, como presupuesto procesal, una audiencia oral y pública previa, en forma de debate sobre la medida cautelar, para decidir la medida de coerción y cualquiera de sus alternativas o reformas¹¹⁹. La audiencia oral y pública, sin embargo, no parece ser condición absoluta de la validez de la decisión, pues procede a pedido del interesado o por decisión voluntaria del tribunal; por supuesto, si el pedido existe, la decisión sin audiencia previa es inválida.

c) *Revocación y cesación del encarcelamiento preventivo*

I. La orden de prisión preventiva es una de aquellas que puede ser revocada y reformada, aun sin requerimiento alguno, esto es, de oficio, cuando desaparecen los presupuestos materiales que le dan fundamento necesario, incluidos allí la desaparición de los peligros de fuga o de entorpecimiento. De tal manera, si ya no es más probable que quien sufre prisión preventiva haya participado en un hecho punible de aquellos que generan persecución penal pública y, por ende, que vaya a ser condenado por él, o, si resulta todavía probable la imputación de un hecho puni-

¹¹⁶ Es por ello que, a pesar del origen señalado y de cierta práctica conforme a él (cf. ODERIGO, *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Parte segunda, VI, FG, ps. 257 y ss. y GB, a, p. 278), tal declaración ha sido categorizada como acto de defensa y rodeado de un sinnúmero de condiciones de validez en garantía del imputado y, por tanto, también en auxilio de esa categorización (ver esta obra, t. I, § 6, D, 2, en especial, d; ver también *Forma del auto de procesamiento*, ps. 37 y siguiente).

¹¹⁷ CPP Nación, 294 y cc., y 306; CPP Pcia. de Buenos Aires, 157, II.

¹¹⁸ CPP Córdoba, 281, I (encabezado).

¹¹⁹ CPP Pcia. de Buenos Aires, 168 bis; CPP CABA, 173 y 177.

ble, pero esa condena no lo privará de su libertad efectivamente –*principio de proporcionalidad*: condena a pena no privativa de libertad, condena condicional (CP, 26), agotamiento de la pena probable en prisión preventiva computable para ella o tiempo de encarcelamiento preventivo suficiente para obtener la liberación condicional (CP, 13) de la pena probable, requerida o máxima del hecho punible imputado, si las demás condiciones están presentes– o el hecho punible ahora imputado como probable no reúne las condiciones de gravedad que conforman el presupuesto material del encarcelamiento preventivo (ver *supra*, inmediatamente antes), procede cancelar o revocar la orden de encarcelamiento preventivo o, con otro vocabulario, conceder la excarcelación. Estos motivos aparecen, en algunos códigos, bajo el título, que me parece correcto, enunciado antes, y, en otros, como motivos de excarcelación, diferencia que no se traduce en una distinción práctica o, al menos, en una de importancia práctica, pues aquello que se desea, la liberación de quien sufre prisión preventiva, sucederá en la realidad, si se presentan aquellas condiciones¹²⁰.

He allí la razón de ser profunda del efecto no suspensivo de los recursos contra la sentencia absolutoria o contra el sobreseimiento: ya no es más probable la imputación de un hecho punible de aquellos que justifican la prisión preventiva o la culminación del procedimiento por una sentencia de condena por uno de estos hechos punibles. Accesoriamente: las decisiones estatales se presumen válidas hasta tanto no sean revocadas por otro acto de autoridad.

Por supuesto, procede también revocar o cancelar la orden de prisión preventiva si, en el curso del procedimiento, se determina que el hecho punible imputado depende de instancia privada (CP, 72) y tal instancia no se ha verificado o el acto mediante el cual ella se ha expresado es anulado –más allá de la culminación formal del procedimiento–, como si se verifica que la imputación sólo constituye un delito de acción privada. En verdad, en estos casos falta también el presupuesto material que funda el encarcelamiento preventivo, que supone un delito de acción pública cuya persecución penal está válidamente habilitada.

II. La autorización para someter a prisión preventiva no es, sin embargo, una autorización ilimitada temporalmente. Según ya quedó

¹²⁰ Ejemplos claros de una distinción meramente académica son el CPP Córdoba, 283, que determina la cesación del encarcelamiento preventivo, por una parte, y los CPP Nación, 317, y CPP CABA, 187, que indican, por este trámite incidental –la llamada *excarcelación*–, las distintas situaciones en las que es aplicable el *principio de proporcionalidad*. Las leyes procesales penales argentinas tienen, en ocasiones, ciertas diferencias de detalle con la exposición del texto, con alguna importancia práctica, pero sin relevancia teórica. Por lo demás, la llamada *excarcelación*, que podría fundar una diversidad de detalle por la necesidad de que ella deba ser requerida por el interesado, también procede de oficio, ya por designio de la ley o por costumbre de la práctica judicial, cuando la ley no lo dispone textualmente.

dicho (*supra*, A, 3, c), la limitación temporal del encarcelamiento preventivo, cualquiera que sea la discusión acerca de la medida del límite en la práctica jurídica y en la realidad legislativa, representa una garantía adicional, pergeñada en el siglo XX, después de la segunda conflagración mundial. Por esta razón y, fundamentalmente, porque su base ya es norma vigente para el Derecho internacional de los derechos humanos, la limitación, en más o en menos, con sus idas y sus vueltas, forma ya parte de la discusión y de la legislación en los derechos nacionales. Las leyes procesales penales argentinas no son ajenas a este debate, ni a las idas y vueltas de la legislación. Existe hoy un piso para la medida de la duración máxima de la privación de libertad prolongada en el procedimiento penal argentino, piso o garantía mínima que expresa la ley nacional 24.390, modificada por la ley 25.430, reglamentarias de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.5 (ver art. 11). Según ese patrón, la prisión preventiva no puede prolongarse más allá de los dos años como regla (art. 1), máxima que sólo rige hasta la sentencia que, si es absolutoria, determina la finalización del encarcelamiento preventivo por carencia de su presupuesto material (efecto no suspensivo de los recursos), y, si es condenatoria, determina el final de la vigencia de la garantía (presunción de aserto). El plazo es prorrogable por un año más (art. 1), por vía de excepción y por resolución judicial fundada, en las causas complejas objetiva o subjetivamente, concepto este último no definido por la ley, que no parece limitado a los casos de conexión objetiva o subjetiva. Pero, además, la fiscalía puede objetar, por la gravedad del delito o por la subsistencia de los peligros de fuga o de entorpecimiento, la soltura del imputado, vencidos los plazos antes expuestos, o denunciar las maniobras dilatorias de la defensa y pedir que el tiempo de su duración se deduzca del tiempo cumplido en prisión preventiva o no se compute para contar los plazos expuestos; toda resolución al respecto puede ser recurrible según las leyes procesales penales locales, pero sin efecto suspensivo, regla que significa liberación del detenido para una resolución que rechaza el requerimiento de la fiscalía y prolongación de la prisión para aquella que acoge la petición (arts. 3 y 4). La liberación, en su caso, puede ser sometida a la prestación de una caución y también ser revocada por incomparecencia injustificada de quien es citado a comparecer o incumplimiento de las obligaciones que fueron impuestas al liberado, previo emplazamiento por quince días para que el imputado comparezca o satisfaga la obligación incumplida (arts. 5 y 6, ley 24.390). El excluir ciertos delitos de los alcances de esta ley (art. 11), para dejar en un limbo el problema del plazo razonable de prisión preventiva, impuesto incluso por obligaciones de la legislación internacional admitida y reconocida por nuestro país, o, peor aún, para justificar el encarcelamiento preventivo cualquiera que

fuere su duración, resulta contrario a Derecho y, hoy, claramente, al Derecho constitucional interno (CN, 75, inc. 22)^{120 bis}. La ley nacional que comentamos se considera a sí misma, según enunciamos, como una ley marco, reglamentaria de la obligación impuesta por convenciones internacionales, sobre todo por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 10).

La ley nacional es, a la vez, ley local, pues integra la legislación procesal penal aplicable en la jurisdicción federal o nacional, el CPP Nación (art. 10). Como ya fue dicho, las jurisdicciones legislativas locales deben respeto a esta ley marco; pueden dictar leyes, en ejercicio del poder legislativo local, que mejoren la garantía de la ley nacional y son aplicables en la medida que favorezcan al portador de la garantía. Ello sucede, por ejemplo, en algún caso, con la reglamentación del plazo razonable del encarcelamiento preventivo que presenta el CPP Córdoba, 283, inc. 4.

III. Parece impropio hablar de la revocación de la revocación o de la cesación de la prisión preventiva¹²¹. No obstante, se debe reconocer que esta determinación es, en gran medida, un problema semántico. Antes bien, si vuelven a existir los presupuestos materiales del encarcelamiento preventivo o preparativos de fuga o de entorpecimiento por parte del imputado liberado, será nuevamente procedente el encarcelamiento preventivo por decisión fundada, si aún resta plazo para su ejecución. Si la cesación hubiere procedido por vencimiento del plazo razonable de privación de libertad procesal, sólo es posible la detención para la realización de un acto procesal que precise la presencia del imputado, colaboración de él para con el procedimiento judicial voluntariamente negada por su incomparecencia, y necesaria para conducir el procedimiento hacia su finalización, en la medida en que no supere la duración de la realización del acto¹²².

d) Sucedáneos de la prisión preventiva

Todas las leyes procesales penales de las diferentes provincias argentinas permiten, desde antiguo¹²³, el reemplazo de la prisión preventiva por otras medidas cautelares, en especial, por las *cauciones*. La *libertad*

^{120 bis} Ver la sentencia de la CSN en el caso "Véliz, Linda Cristina s/causa N° 5640", de fecha 15 de junio de 2010.

¹²¹ CPP Córdoba, 284.

¹²² Ejemplo: para la realización del debate hasta su terminación.

¹²³ Así es que un antiguo fallo de la CSJN (*Fallos*: t. 102, p. 225) observó que era contraria a la Constitución nacional, art. 18, la disposición de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (art. 26) que prohibía la "fianza de cárcel segura" para el delito de abigeato (hurto de ganado); cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, III, p. 32.

caucionada es, tradicionalmente, el remedio que el proceso penal argentino ofrece al destinatario, firme o posible, de la prisión preventiva.

I. *Cauciones*. Son también tradicionales entre nosotros, como medios de asegurar la desaparición o, al menos, la aminoración de los peligros de fuga o de entorpecimiento por parte del imputado, la *caución juratoria*, la *caución real* y la *fianza personal*¹²⁴. Dos de estas cauciones, las llamadas *real y personal* —esta última menos usada en la práctica, al menos como comienzo de la posibilidad de reemplazo— representan, fundamentalmente, aseguramientos económicos para evitar los peligros de fuga y de entorpecimiento; la primera de ellas, en cambio, la llamada *juratoria*, apela, básicamente, a la honorabilidad del imputado para cumplir los deberes que el procedimiento penal, de alguna manera, le impone. En virtud de la prohibición que para las decisiones judiciales al respecto representa la imposibilidad de imponer cauciones cuyo cumplimiento sea imposible para el imputado, conforme a las circunstancias, esta última caución representa la base regular o la regla general frente a las otras dos¹²⁵.

I. 1. La *caución juratoria* consiste, básicamente, en la promesa del imputado —mediante juramento por sus creencias o, simplemente, por su honor¹²⁶— de comparecer cada vez que sea citado —esto es, no ocultarse ni colocarse en situación de rebeldía—, incluida allí la de presentarse a cumplir, en su caso, la sentencia condenatoria, y de no entorpecer la marcha del procedimiento o la recolección de elementos probatorios para averiguar la verdad. La ley procesal penal agrega ciertas obligaciones a imponer eventualmente por los tribunales —comparecer en ciertos plazos ante determinadas autoridades para certificar su presencia en el procedimiento, no ausentarse de determinado lugar o no concurrir a otros, no abandonar su domicilio ni residir en otro durante determinado tiempo, no ejecutar ciertas acciones—, que el imputado debe respetar para conservar su situación de libertad durante el procedimiento, pero ellas, a pesar del factible defecto de redacción de los códigos, no constituyen sino promesas

¹²⁴ CPP Nación, 320; CPP Pcia. de Buenos Aires, 177, I; CPP Córdoba, 288 (sólo conoce la caución real o bajo fianza personal, pero su art. 268, I, inc. 1, permite prescindir de las cauciones en el mismo caso); CPP CABA, 178, I.

¹²⁵ CPP Nación, 320, IV; CPP Córdoba, 268, I, inc. 1 (ver *infra*); CPP CABA, 178, IV.

¹²⁶ Dicho sea de paso: otra interpretación pecaría de inconstitucionalidad, en tanto pertenecemos a un Estado laico, que no impone a sus habitantes y no requiere de ellos afirmación religiosa alguna.

accesorias a las principales antes mencionadas, que, en su caso, colaboran con aquellas para evitar riesgos futuros¹²⁷. En ocasiones, estas obligaciones intentan impedir o prevenir riesgos de recidiva, como cuando ordenan no llevar a cabo determinadas acciones (pena de inhabilitación especial) o la exclusión del hogar para quien es imputado por ciertos hechos punibles cometidos en el seno de una familia, medidas materiales graves, sobre todo esta última, sólo comprensibles y tolerables con el límite de ser aplicadas con extrema prudencia y con el fin de evitar la privación de la libertad. Las infracciones a estas obligaciones accesorias deben ser medidas, para revocar la situación de libertad e imponer la prisión durante el procedimiento, en relación a las obligaciones principales, de comparecer y no obstaculizar, o, si se quiere, como indicios de los peligros de fuga y de entorpecimiento que ellas intentan evitar; dicho de otra manera: si el imputado comparece cuando es citado o para cumplir la sentencia de condena y no entorpece de manera alguna la marcha del procedimiento penal o la recolección del material probatorio, ni influye en él negativamente, resulta imposible revocar su situación de libertad durante el procedimiento por el mero hecho de no cumplir alguna de estas obligaciones accesorias.

El CPP Córdoba desconoce, textualmente, la *caución juratoria*; su texto sólo reconoce como tales a las cauciones *real* y *personal*¹²⁸. Empero, según ya se acotó en nota al pie, su art. 268, I, inc. 1, permite dejar de imponer caución para amparar una situación de libertad en casos de extrema pobreza del imputado –imposibilidad de prestación– o de que la caución, real o personal, se considere innecesaria, conforme a la imputación y al imputado, para asegurar la realización del procedimiento sin obstáculos que lo perjudiquen. Ello implica liberación o libertad sin caución alguna, pero, al mismo tiempo, de conformidad con reglas hermenéuticas, invierte la norma anticipada sobre regla –la caución juratoria– y excepción –las cauciones económicas–, que ahora se observa de la siguiente manera: lo regular está representado por las cauciones económicas, lo excepcional por la prescindencia de esas cauciones.

I. 2. La *caución real* consiste en la afectación de una suma de dinero o de un bien, que cubran el importe determinado por el tribunal, en aseguramiento de las obligaciones estudiadas en el apartado anterior (I. 1)¹²⁹. La suma de dinero, nacional o extranjero, puede darse a embargo

¹²⁷ CPP Nación, 321 y 310; CPP Pcia. de Buenos Aires, 179 a 181; CPP Córdoba, 268 (ver *infra*); CPP CABA, 178 y 179.

¹²⁸ CPP Córdoba, 288, 289 y concordantes.

¹²⁹ CPP Nación, 324; CPP Pcia. de Buenos Aires, 182; CPP Córdoba, 292; CPP CABA, 182.

mediante depósito regular o irregular cuyo depositario es el tribunal, o el importe cubrirse mediante títulos o valores cotizables depositados a la orden del tribunal, o a través del embargo de una cosa, mueble o inmueble, o mediante un derecho real de garantía, como la prenda o la hipoteca. Los depósitos y cualquiera de las seguridades empleadas gozan de privilegio especial, relativo a las obligaciones impuestas e infringidas, privilegio similar al que ampara a los derechos reales de garantía. Si la caución consiste en una garantía real registrable, es tarea que corresponde al tribunal la inscripción en el registro respectivo, aun cuando los gastos corran por cuenta de quien constituye la caución¹³⁰.

El importe de esta caución, a satisfacer por uno de los medios indicados, lo fija el tribunal en moneda corriente en el mismo auto en el cual concede la exención de la prisión o la excarcelación, de conformidad con "la naturaleza del hecho imputado, la importancia del daño causado y el patrimonio del detenido", "de modo que constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones"¹³¹.

Para algunos códigos, este tipo de caución constituye la excepción, porque prefieren las otras dos clases, salvo el caso de criminalidad económica, adecuada especialmente a la caución real¹³². Repárese que el CPP CABA permite al Fiscal resolver por sí mismo la libertad caucionada y los aspectos accesorios que dependen de ella, sin perjuicio del derecho del detenido o interesado de requerir una audiencia ante el tribunal para tratar el caso, en disconformidad con lo resuelto por la fiscalía¹³³.

1. 3. La *fianza o caución personal* consiste en la obligación solidaria en dinero, asumida por el imputado y por otra persona capaz –u otras personas capaces–, relativa al cumplimiento de las obligaciones *supra* indicadas por parte del imputado¹³⁴. El fiador, a más de la capacidad de contratar, jurídicamente necesaria para obligarse solidariamente por la acción u omisión debida por otro y así establecer la fianza, debe ser per-

¹³⁰ CPP Nación, 325; CPP Pcia. de Buenos Aires, *ibidem*; CPP Córdoba, 293; CPP CABA, 183.

¹³¹ CPP Nación, 320, III, y 324, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 177 y 182; CPP Córdoba, 289 y 292, I; CPP CABA, 178, III, y 182, I.

¹³² CPP Nación, 324, III, y CPP CABA, 182, III.

¹³³ CPP CABA, 178 y 186.

¹³⁴ CPP Nación, 322 y 323; CPP Pcia. de Buenos Aires, 183 y 184 (agrega obligaciones particulares del fiador, como la de presentar al imputado en caso de incomparecencia); CPP Córdoba, 290 y 291; CPP CABA, 180 y 181.

sona solvente en relación con el importe fijado por el tribunal o la fiscalía, en su caso, y, en ocasiones, no puede superar una cantidad de fianzas otorgadas, cuyo número establece la ley¹³⁵. La renuncia del fiador al beneficio de excusión, que debe constar regularmente en el acta mediante la cual se constituye la fianza, sólo es condición del contrato –entre aquellos códigos aquí nombrados– en el Código de la Provincia de Buenos Aires, art. 183.

II. *Procedimiento y forma de constitución de las cauciones*. Según se dijo, las cauciones sólo entran en juego al disponerse la *libertad caucionada*, esto es, por el triunfo de un requerimiento de exención de prisión o, para quien ya ha experimentado la pérdida de su derecho a la libertad locomotiva, por la decisión que concede la excarcelación. Estos requerimientos promueven un incidente procesal, en el cual tiene oportunidad de expresarse por escrito la fiscalía en plazos reducidos, en los delitos de acción pública, incidente que finaliza con una decisión interlocutoria (*auto*) que acoge el requerimiento –básicamente, aun cuando, eventualmente, con discrepancias de detalle– o lo rechaza, resolución recurrible para la fiscalía, el imputado y su defensa, sin efecto suspensivo, en un plazo abreviado respecto de la regla común para el recurso de apelación¹³⁶. En el primero de esos casos, esto es, cuando la decisión acoge básicamente el requerimiento y determina la libertad caucionada, ella fija también el importe de las cauciones económicas y las obligaciones pertinentes.

El Código de Córdoba no ofrece una solución distinta en lo fundamental, salvo detalles de trámite. Durante la preparación de la acusación (procedimiento preliminar) resulta posible requerir a la fiscalía el mantenimiento de la situación de libertad (art. 270). Rechazado el requerimiento, el interesado puede acudir ante un juez con su petición (oposición), por escrito (arts. 270, 338). La resolución del juez es recurrible por apelación tanto para la fiscalía como para el imputado y su defensa (art. 270, III). Empero, de todos modos, la ley permite acudir por escrito ante el juez en reclamo de la libertad cercenada o sometida a condiciones (art. 333, *control jurisdiccional*), resolución jurisdiccional también recurrible por apelación para el imputado, su defensor y la fiscalía.

Según ya dijimos, la principal innovación de los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires está representada por la audiencia oral y pública (debate sobre el particular) que precede a cualquier decisión sobre privación de libertad procesal, medidas de reemplazo o condiciones de liberación y, en general,

¹³⁵ CPP Nación, 323 (máximo cinco fianzas); CPP Pcia. de Buenos Aires, 184 (agrega: persona domiciliada en la Provincia; no menciona límite por cantidad de fianzas otorgadas); CPP Córdoba, 291 (máximo: seis fianzas); CPP CABA, 181 (máximo cinco fianzas).

¹³⁶ CPP Nación, 331 y 332.

a toda medida cautelar¹³⁷. La decisión del tribunal, también incidental, es recurrible por apelación para quienes intervienen en el procedimiento, sin efecto suspensivo en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, con efecto suspensivo en la ley de la Provincia de Buenos Aires¹³⁸.

Invariablemente, la caución, cualquiera que sea su clase, se perfecciona formalmente en un acta que redacta el actuario de la oficina que decide la libertad caucionada, acta en la cual deben constar las obligaciones que asumen los comparecientes en ella –el imputado y, eventualmente, el fiador o los fiadores, o quienes constituyen a favor del tribunal derechos reales de garantía, depositan dinero o bienes a su disposición o los dan a embargo; las personas que comparecen, además de ser informadas de las obligaciones que asumen y de expresar su consentimiento, deben fijar los respectivos domicilios especiales para el caso y, en ciertas leyes, denunciar el domicilio real y –especialmente el imputado– los motivos justificados que pueden imponerle la ausencia de su domicilio por un lapso prolongado¹³⁹. La promesa o el juramento, en el caso de la caución juratoria, debe pronunciarse en ese momento y constar en esa acta.

III. *Sustitución y cancelación de cauciones*

III. 1. Las cauciones son, por así decirlo, intercambiables con la anuencia de quien la ha decidido. De tal modo, una caución real puede ser reemplazada por una personal y hasta, eventualmente, por una juratoria, y viceversa; por lo demás, un fiador puede ser reemplazado por otro fiador propuesto. Tal condición es expresada por la ley muy parcamente mediante la permisión de sustituir las cauciones, el fiador o las cosas o bienes que garantizan la caución real¹⁴⁰.

III. 2. Se cancela la caución cuando el imputado, por cualquier motivo, es encarcelado nuevamente, cuando se revoca su prisión preventiva, se decreta el sobreseimiento de la causa en su favor, cuando se lo absuelve o se lo condena a pena no privativa de libertad o a pena privativa de libertad pero no ejecutable (condenación condicional, CP, 26),

¹³⁷ CPP Pcia. de Buenos Aires, 168 bis; CPP CABA, 172 y 173.

¹³⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 163, 170, III, y 188; CPP CABA, 173, V, y 177, IV.

¹³⁹ CPP Nación, 325 y 326; CPP Pcia. de Buenos Aires, 181 y 183; CPP Córdoba, 293 y 294; CPP CABA, 183.

¹⁴⁰ CPP Nación, 328; CPP Pcia. de Buenos Aires, 195, inc. 1 (muy parcialmente en el texto: sólo permite la sustitución de las cauciones real o personal por la juratoria); CPP Córdoba, 296; CPP CABA, 185.

cuando él se presenta para cumplir la pena privativa de libertad de ejecución efectiva o, revocada su libertad caucionada, él se presenta voluntariamente o es presentado por su fiador, o es aprehendido, en el plazo acordado para ello, para ser encarcelado¹⁴¹; en caso de sustitución de cauciones resulta claro que las sustituidas son canceladas por aquellas que las sustituyen¹⁴².

El efecto natural de la cancelación de las cauciones consiste en impedir su ejecución y provocar la devolución o liberación del dinero, o de las cosas entregadas o afectadas como garantía por cualquier título, con cancelación de las inscripciones de derechos reales de garantía que hubieren sido practicadas¹⁴³.

IV. *Ejecución de las cauciones.* Las cauciones son ejecutables cuando el imputado, cuyo cumplimiento de las obligaciones principales de la libertad caucionada ellas garantizan, infringe estas obligaciones: básicamente ello sucede cuando injustificadamente él no comparece ante la citación del tribunal o del órgano público competente para la realización de un acto del procedimiento o para ser constituido en prisión porque se revocó su libertad caucionada, o no comparece a cumplir con la ejecución de la pena privativa de libertad que le fue impuesta por sentencia firme¹⁴⁴. Las leyes procesales penales dan una oportunidad al imputado para presentarse ante la autoridad que lo cita y a su fiador para presentar a su pupilo, oportunidad medible en un plazo razonable que fija el tribunal o quien lo cita; tal resolución debe ser notificada al imputado y, eventualmente, al fiador, o al tercero depositante de la caución real o a quien ha afectado los bienes en la caución real, si lo hubiere, tercero que, regularmente, puede evitar la ejecución si denuncia el lugar donde el imputado se halla y él es aprehendido dentro del plazo o antes de su fijación¹⁴⁵. Ven-

¹⁴¹ CPP Nación, 327; CPP Pcia. de Buenos Aires, 195; CPP Córdoba, 295. Los códigos adolecen de ciertos errores en su texto, pues, por ejemplo, cualquier nueva constitución en prisión, y no sólo aquella que proviene de la revocación de la excarcelación (inc. 1) cancela el efecto asegurador de la caución, ya de imposible cumplimiento voluntario por parte del imputado y, eventualmente, de su fiador; se puede aceptar, únicamente, que la caución sigue subsistente por o para su ejecución, cuando el imputado rebelde es aprehendido para cumplir la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad dictada en la misma causa en la que ella fue prestada con motivo de una libertad caucionada.

¹⁴² CPP Pcia. de Buenos Aires, 195, inc. 1.

¹⁴³ CPP Pcia. de Buenos Aires, 196.

¹⁴⁴ CPP Nación, 329; CPP Pcia. de Buenos Aires, 191; CPP Córdoba, 298; CPP CABA, 189.

¹⁴⁵ Las mismas reglas: Nación y CABA, no mayor de diez días; Pcia. de Buenos Aires, entre tres y quince días; Córdoba, mayor de diez días.

cido el plazo previsto, procede la ejecución de la caución; la ejecución es directa, por transferencia de dinero o bienes y sin procedimiento previo, cuando ellos han sido depositados a la orden del depositario para su apropiación en caso de ejecución; se debe, en cambio, realizar el procedimiento ejecutivo y subastarse los bienes en caso de embargo o constitución de un derecho real de garantía; de ordinario, el actor es el ministerio público y la ley aplicable el CPCyC respectivo¹⁴⁶.

V. *La prisión preventiva como detención domiciliaria*. La prisión preventiva significa, regularmente, internación carcelaria. Pero en los límites en que el CP, 10, permite la ejecución de la pena de prisión como detención domiciliaria, la ley procesal penal, para responder al principio de proporcionalidad, también permite la ejecución de la prisión preventiva en el domicilio¹⁴⁷. Ello implica que el reo no puede ausentarse de su domicilio, salir de él sin autorización del tribunal, y significa, además, una alternativa a la internación carcelaria, en los casos genéricos que abarca la disposición: tratamiento de una enfermedad sólo pasible de recuperación fuera de la cárcel, si no fuere tampoco posible la internación hospitalaria; enfermedad incurable en período terminal; discapacitado que, debido a su dolencia, sufrirá en la cárcel un tratamiento inadecuado, que implicará signos de inhumanidad, indignidad, crueldad o degradación; mayor de setenta años; mujer embarazada; madre de un niño de cinco años o de edad menor, o persona con un discapacitado a su cargo.

Los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires regulan la detención preventiva domiciliaria como una alternativa al encarcelamiento durante el procedimiento penal, sin tornarla dependiente de la permisión del CP, 10, para las penas privativas de libertad y de sus casos o condiciones, sino que dejan abierta la decisión a la discreción judicial, a pedido de la fiscalía o de cualquiera de los interesados constituidos como parte en el procedimiento¹⁴⁸.

VI. *Otros modos de reemplazar la internación carcelaria*. Desde el CPP Nación, que sólo conoce las cauciones ya estudiadas como formas alternativas al encarcelamiento preventivo, con la posibilidad del tribunal de

¹⁴⁶ CPP Nación, 330; CPP Pcia. de Buenos Aires, 192 y 193; CPP Córdoba, 299; CPP CABA, 190.

¹⁴⁷ CPP Nación, 314; CPP Pcia. de Buenos Aires, 165, II; CPP Córdoba, 286 (sin referencia al CP: mujeres honestas, personas mayores de 60 años o valetudinarias, siempre que no se espere una pena mayor a los seis meses de prisión).

¹⁴⁸ CPP Pcia. de Buenos Aires, 163, inc. 1; CPP CABA, 174, inc. 7.

imponer ciertas obligaciones al liberado bajo caución juratoria o al procesado sin encarcelamiento preventivo (no ausentarse o no concurrir a determinado lugar, presentarse ante una autoridad determinada en plazos o fechas previstas, no practicar una actividad cuando el hecho punible imputado torna posible la pena de inhabilitación especial o abandonar su domicilio familiar en ciertos hechos punibles relacionados con la violencia intrafamiliar¹⁴⁹), hasta los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, que, como quedó dicho incidentalmente, permiten a los tribunales reemplazar discrecionalmente¹⁵⁰ la cárcel por otras obligaciones (someterse al cuidado de una persona o institución, en las condiciones fijadas; presentarse ante el tribunal o ante una autoridad en los plazos o fechas fijados; no salir de un territorio determinado; no concurrir a determinadas reuniones o no visitar ciertos lugares o personas determinadas; abandonar el domicilio, cuando el hecho punible imputado consista en una agresión y la víctima conviva con el imputado; suspensión en el ejercicio del cargo público o privado, cuando la imputación verse sobre un hecho punible cometido en su ejercicio; detención domiciliaria, con o sin vigilancia¹⁵¹), impuestas singular o cumulativamente, cuando razonablemente eviten el peligro de fuga o de entorpecimiento que cubriría el encarcelamiento preventivo, se ha cumplido toda una evolución cuyo futuro es aún incierto por aquello de "la seguridad individual vs. la seguridad común", de las idas y vueltas de este capítulo del Derecho procesal penal.

e) Otras medidas de coerción

Restan aquellas medidas de coerción o cautelares relacionadas básicamente con la acción civil accesoria, llamadas también, erróneamente, medidas cautelares reales, porque, según se indica, recaen sobre cosas o bienes. La caracterización en el nombre resulta fallida, según ya se observó, porque toda medida cautelar implica una restricción o limitación a un derecho fundamental de la persona humana, concedido por el estatuto básico del Estado y reglamentado por la legislación común: para el caso, se trata del derecho de disponer libremente de los bienes que a uno le pertenecen según las normas de Derecho privado. Las principales medidas cautelares concernientes a este capítulo del Derecho procesal penal son el

¹⁴⁹ CPP Nación, 321 y 310.

¹⁵⁰ CPP Pcia. de Buenos Aires, 159, 160 y 163; CPP CABA, 175.

¹⁵¹ CPP CABA, 174.

embargo y la *inhibición general de disponer de bienes propios*, medidas ambas que, en las diferentes secciones que abarca su explicación, resultan regidas por las disposiciones de los códigos de procedimientos civiles y comerciales respectivos, por remisión expresa¹⁵² o implícita¹⁵³. Ello no significa que el embargo y la inhibición de disponer de bienes no puedan ser utilizados con fines penales, en garantía de la ejecución de la pena pecuniaria¹⁵⁴ –o, según ya se dijo, de las mismas obligaciones que el procedimiento penal implica y en sustitución de la medida cautelar más grave de privación de libertad–, como también de la imposición de otros deberes, para el caso, la prohibición de ejercer ciertas actividades relacionadas con la forma de comisión del hecho punible imputado. En esos casos no sólo cumple el papel de medida alternativa que nos permite evitar la privación de libertad, sino que puede servir, parcialmente, para asegurar el cumplimiento de las penas de multa o de inhabilitación¹⁵⁵.

Otras medidas de coerción que afectan la relación entre el ser humano y las cosas han sido estudiadas antes, como parte de la prisión preventiva y su reemplazo por una seguridad económica –la caución real–, o como parte del ejercicio de la fuerza pública para acceder a la verdad o a los medios de investigación de la verdad correspondencia –como parte de la prueba: secuestro y allanamiento del domicilio–. Existe, sin embargo, un *secuestro* que se vincula directamente con la pena accesoria amenazada, el decomiso de las cosas utilizadas para cometer un delito o de las cosas que constituyen el provecho o la utilidad del delito, secuestro y decomiso que pueden afectar tanto al imputado a quien se le atribuye ser autor del hecho punible o partícipe en él, como a terceros que no han participado en el hecho punible¹⁵⁶.

Por último, la ley procesal penal permite la *internación provisional* del imputado –esto es, su privación de libertad por incapacidad en un esta-

¹⁵² CPP Nación, 520; CPP Pcia. de Buenos Aires, 199.

¹⁵³ CPP CABA, 176.

¹⁵⁴ CPP Nación, 518; CPP Pcia. de Buenos Aires, 197; CPP CABA, 176, II y III, y 177.

¹⁵⁵ CPP Nación, 310, I, con dudosa legitimidad constitucional porque, claramente, implica un adelanto de la pena probable, tanto es así que la desobediencia del imputado sólo puede determinar –también dudosamente, si se procede sólo por reacción a la desobediencia de esa indicación– la revocación de su situación de libertad, esto es, la privación de su libertad locomotiva como sanción, reacción que sólo sería ajustada a Derecho cuando el incumplimiento del deber impuesto señale con toda probabilidad el peligro de fuga o de entorpecimiento.

¹⁵⁶ CP arg., 23, norma que se ocupa también de la medida cautelar en sus párrafos VI y VII.

blecimiento asistencial— cuando se determine la probabilidad requerida para ordenar la prisión preventiva, pero respecto de la aplicación de la medida de seguridad y corrección establecida por el CP, 34, inc. 1, y se verifique el peligro de que el imputado se dañe a sí mismo o dañe a terceros¹⁵⁷.

Aunque algo confuso, el texto del CPP Pcia. de Buenos Aires, nombrado inmediatamente antes en la nota al pie, parece tener razón. Él, en su párrafo III, ordena poner al detenido a disposición del juez competente para decidir sobre la incapacidad civil de las personas y su eventual internación coactiva, como medida de seguridad del Derecho privado tendente a que no se dañe a sí mismo o que no dañe a terceros, precisamente cuando a causa de esa incapacidad no ha podido comprender el comportamiento que le es atribuido o no ha podido dirigir sus acciones de modo correcto jurídicamente y se verifique el peligro de que produzca un daño para sí mismo o para terceros, esto es, cuando por la razón apuntada —carencia de capacidad de culpabilidad es igual a inimputabilidad, CP, 34, inc. 1— no puedan ser dispuestos, en su contra, el procesamiento y la prisión preventiva. La regla, por lo demás, autoriza a internar asistencialmente al imputado que, según el dictamen de dos peritos, sufre —en el momento en el que transcurre el procedimiento— una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales de tal relieve que lo tornan peligroso para sí mismo y para los demás. Pero esta autorización está temporalmente limitada —aquí las dudas que impone el texto—, pues, si se sospecha que la incapacidad no sólo era sobreviniente, sino que también existía en el momento del hecho punible, ello determina, precisamente, el proceder del párrafo III, antes explicado. Con ello se evita por completo que la regla de la internación provisional constituya una medida de seguridad anticipada a la eventual decisión final, esto es, una reacción prematura para el hecho imputado, más allá de su racionalidad.

f) El examen de la prisión

I. *Significado*. El sistema procesal penal argentino desarrolla normativamente, mediante varias instituciones combinadas, la situación del imputado con referencia a la conservación o pérdida de su libertad física. Una de estas instituciones es la *orden de prisión preventiva* y el *procesamiento*, resolución esta última —expresa o supuesta— en la cual aquella se basa, tanto cuando es afirmativa para la orden, como cuando niega su extensión (*falta de mérito*). Las otras dos instituciones, por cierto paralelas, son la *excarcelación* y la *exención o eximición de prisión*. Estas últimas instituciones, que uno puede explicar unívocamente, son las que regulan el rigor del encarcelamiento preventivo, tanto cuando es dispuesto, como cuando se corre el peligro de ser sometido a él, y constituyen ambas, conjuntamente, aquello que, universalmente, se denomina

¹⁵⁷ CPP Nación, 76, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 168; CPP Córdoba, 287.

*examen de la prisión*¹⁵⁸. Este examen es, por lo demás, la oportunidad concedida por la ley procesal penal al imputado y su defensa para cuestionar el encarcelamiento preventivo como tal o para requerir y ofrecer su reemplazo por alguna otra medida alternativa que permita conservar la libertad locomotiva íntegra o parcialmente o, al menos, disminuir los alcances perjudiciales de la privación de libertad procesal, evitando el encarcelamiento.

Conforme a ello, el *examen* puede realizarse inmediatamente después de la orden de prisión preventiva, cuando todavía no ha comenzado de lleno su ejecución carcelaria, durante su ejecución, en los encarcelamientos preventivos prolongados, o, incluso, antes de la orden de prisión, para prevenirla. Se trata, en principio, de un derecho (facultad) concedido al imputado y su defensa, pero, como ya ha sido dicho incidentalmente, las leyes argentinas no prohíben a los tribunales decidir de oficio sobre la base de sus parámetros legales. Repárese que, para cierta legislación extranjera comparada, el examen de la prisión está sometido a plazos fijos, de observancia obligatoria para el tribunal que autoriza la prisión preventiva, a cuyos vencimientos se constituye un deber del tribunal, no sometido a petición alguna, deber consistente en llevar a cabo el procedimiento respectivo (audiencia de control) para decidir si el encarcelamiento prosigue, debe cesar o debe ser reemplazado por una medida menos perjudicial¹⁵⁹.

II. *Reglamentación material de la prisión preventiva*. Como ya se observó, en tanto las leyes procesales penales argentinas, bajo el rubro *excarcelación* o *eximición de prisión*, determinan en qué casos genéricos y bajo

¹⁵⁸ Ver OPP (RFA), § 117 y ss.; cf. una traducción hoy fuera de actualidad, pero válida para comprender la institución, MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 90 y ss.; actualmente ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, G, ps. 231 y siguiente.

¹⁵⁹ En el Derecho procesal penal argentino se destaca el CPP Pcia. de Buenos Aires, 168 bis, II y IV, que fija plazos de ocho meses, sucesivos y fuera del debate, para la realización de la audiencia pública que controla la prisión preventiva o debate sobre eventuales medidas de reemplazo, siempre como facultad del imputado y su defensa de solicitarla. En el Derecho procesal penal comparado se destaca la Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania, § 121, que fija plazos obligatorios para el control de oficio del encarcelamiento preventivo por tribunales superiores, como así también otros casos en los que establece el deber de control que los tribunales competentes deben cumplir de oficio (§ 117, V, imputado que carece de defensor y no ha recurrido la orden de detención; § 207, IV, auto de apertura del procedimiento principal o juicio; § 268, b, sentencia), sin necesidad de una petición específica de quien la sufre o de su defensor (cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, G, II, ps. 231 y ss.).

qué condiciones se puede prescindir del encarcelamiento preventivo y reemplazar por otras medidas cautelares, ellas reglamentan la conservación o pérdida de la libertad locomotiva durante el procedimiento y así completan la regulación más genérica acerca de la procedencia de la prisión preventiva¹⁶⁰. Si prescindimos de los casos en que la libertad es consecuencia del principio de proporcionalidad, la frontera de concesión de la libertad caucionada o, simplemente, del reemplazo de la privación de libertad cautelar por otras obligaciones y, con ello, el límite entre libertad y encarcelamiento durante el procedimiento, está constituido, por regla para el Derecho argentino, por la pena máxima amenazada para el hecho punible atribuido y constatado en grado de probabilidad, que no puede superar los ocho años de prisión, sin que la reiteración delictiva eventualmente atribuida al imputado y la pena máxima que según el concurso material corresponda, juegue un papel fundamental en la determinación de ese límite.

Los códigos de la Provincia de Córdoba y de la Ciudad de Buenos Aires no observan el mismo sistema antes descripto, pues determinan los presupuestos materiales de la prisión preventiva cuando sus textos se refieren a ella. No constituye una excepción el art. 187 del último de los códigos aquí citado, pues los supuestos de excarcelación se refieren, precisamente, a la ausencia de los presupuestos materiales de la prisión cautelar (inc. 1) o al principio de proporcionalidad (incisos restantes).

III. *Procedimiento*. Tanto el requerimiento de exención de prisión como el de excarcelación provocan un *incidente* que finalizará con la decisión que niega o concede la petición, total o parcialmente. La facultad de requerir le corresponde, en principio, al imputado y su defensor, pero ya advertimos que la reglamentación de ambos remedios, en tanto fija condiciones para prescindir del encarcelamiento preventivo o para reemplazarlo por otra medida, es aplicable de oficio, esto es, sin la condición formal del requerimiento del interesado o del defensor en su favor, incluso por el tribunal, de modo que esas reglas forman parte de la disciplina de la prisión preventiva durante el procedimiento penal¹⁶¹. Un incidente no

¹⁶⁰ Ver este párrafo, B, 5, b, I, Á; CPP Nación, 316, 317 y 319; CPP Pcia. de Buenos Aires, 169 a 171.

¹⁶¹ CPP Nación, 316, I, y 318, I; CPP Pcia. de Buenos Aires, 172 y 173 (que obliga al tribunal a expedirse sobre la situación de todos los imputados frente a esas reglas, cuando tan sólo uno de ellos lo hubiere solicitado, salvo petición en contrario y el caso de la excarcelación extraordinaria); CPP CABA, 172, II, y 173 (todas las medidas cautelares son resueltas después de un debate oral y público; ver también, art. 177).

es otra cosa que un procedimiento pequeño insertado en el procedimiento penal, llevado a cabo con la finalidad de escuchar a todos o a parte de los participantes y resolver sobre su objeto específico, en este caso, sobre la libertad locomotiva del imputado. El trámite de ese incidente es sencillo, pues se agota en escuchar a las partes y, eventualmente, a la incorporación de ciertos elementos de prueba que resulten esenciales para decidir, propuestos por los participantes en el procedimiento, antes de decidir en plazos breves que, de ordinario, fijan las leyes.

La propuesta tradicional está ejemplificada por el Código Procesal Penal de la Nación. Como se trata de un incidente, él sigue la suerte procesal del procedimiento principal, de modo que, durante la investigación preparatoria y hasta en los actos preparatorios para el debate, el incidente tramita por actos escritos: corresponde coirer vista de la solicitud defensiva a la fiscalía, quien debe contestarla de inmediato, sin solución de continuidad, o, en casos complejos, en un plazo máximo de veinticuatro horas; el tribunal resuelve de inmediato (art. 331). En cambio, durante el debate, el requerimiento de excarcelación tramita incidentalmente, de modo oral y, ordinariamente, público, en el debate previsto para dictar sentencia. La eventualidad de que la cuestión sea planteada durante el trámite de un recurso se resuelve procesalmente de la misma manera.

En el otro extremo, los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires resuelven después de una audiencia oral y pública (debate). El CPP Pcia. de Buenos Aires siguió, originariamente, los pasos del CPP Nación (ver arts. 172 y 185); pero la modificación, introducida posteriormente mediante el art. 168 *bis* (leyes provinciales n° 13.449/13.480/13.811/y 14.128), obliga a citar con cuarenta y ocho horas de anticipación a una audiencia oral y pública, siempre que lo requiera así alguna de las partes interesadas, facultadas a intervenir en el incidente y oídas en el debate (la fiscalía, el particular damnificado, el defensor y el imputado, si asiste a la audiencia, oídos en ese orden). La audiencia es presidida por un solo juez, cuando el tribunal interviniente es colegiado y ese juez dicta la decisión correspondiente, a continuación de la audiencia. La petición puede reiterarse cada ocho meses.

El CPP CABA, 172 y 177, 192 y 193, obliga a una audiencia oral y pública previo a resolver cualquier medida cautelar, tanto las privativas de libertad, como aquellas sustitutivas de la privación de libertad o de otro tipo. Esa audiencia es requerida por la fiscalía, si lo requerido es la orden de prisión preventiva o no existe acuerdo entre ella y el imputado y su defensa respecto de la decisión de la fiscalía que tiene por suficiente una medida que no implique privación de libertad. Con posterioridad, en cambio, la audiencia debe ser ordenada por el mismo tribunal, en plazos breves, para poder decidir otras medidas restrictivas o sustitutivas de la privación de libertad o, en general, cautelares. En esa audiencia se escucha a la fiscalía, a la querella, si se hubiere constituido en el procedimiento, al imputado y a su defensa. El tribunal decide inmediatamente después de la audiencia.

La decisión es revocable o modificable, aun de oficio, en cualquier momento del procedimiento, no bien cambien las condiciones sobre la base de las cuales la medida ha sido decidida; y, salvo durante el debate, es recurrible por apelación, sin efecto suspensivo –esto es, la decisión se cumple pese a ser recurrida–, por cualquiera de los participantes en el pro-

cedimiento a quien ella le provoque un agravio, en plazos muy breves¹⁶² o más amplios¹⁶³.

IV. *Distinción entre la excarcelación y la exención de prisión.* En tren de determinar aquello que distingue a ambas instituciones del procedimiento penal es natural pensar y señalar a la orden de prisión preventiva, existente o inexistente, como el trazo perfecto para la frontera de esos dos remedios del encarcelamiento preventivo que procuran una misma finalidad¹⁶⁴. Sin embargo, el problema aparece, en la práctica, algo desplazado de ese lugar: la necesidad de valorar jurídicamente la imputación, con prescindencia de si ella es cierta o incierta, para decidir la especie de salvoconducto que representa la exención de prisión, fija con mayor precisión la diferencia importante en una decisión, más allá de cómo concibe la frontera la ley, por cierto algo confusa en algunas oportunidades¹⁶⁵. No siempre estos dos momentos coinciden, aun cuando, claramente, están próximos¹⁶⁶.

¹⁶² Veinticuatro horas, CPP Nación, 332.

¹⁶³ Cuarenta y ocho horas, CPP Pcia. de Buenos Aires, 174, II, y 188; tres días, CPP CABA, 173, V, y 177, IV, 193 (no contempla la facultad de apelar la exención de prisión por parte de la querella).

¹⁶⁴ CPP Nación, 316, I.

¹⁶⁵ El mismo CPP Nación, 316, II; CPP Pcia. de Buenos Aires, 185 y 186.

¹⁶⁶ Yo, sometido a un procesamiento sin prisión preventiva, producto de una admisión parcial de la imputación en grado de probabilidad, tengo derecho a requerir la exención de prisión de la imputación más grave, origen del procedimiento, "por las dudas", esto es, para el caso de que durante el procedimiento, en el futuro, se confirme aquello que el procesamiento originario consideró sin verificación inicial. Ver CPP CABA, 191, I.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción* (traducción de Flavia e Ivana Costa; título original: *Stato di Eccezione* [2ª ed.], Bollati Boringhieri, Torino, 2003), Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.
- AGUIAR, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, *La voluntad jurídica en la doctrina y en el Código Civil*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924.
- ALCHOURRÓN, Carlos E./BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales* (3ª reimp.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial* (2ª ed.), t. I, Ediar, Buenos Aires, 1963.
- AMELUNG, Knut, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*, en “Neue Juristische Wochenschrift”, RFA, 1977/19, Ed. C. H. Beck, München, 1977.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica*, en “Jueces para la Democracia”, n° 46, Madrid, 2003.
- *Ética de la función de juzgar*, en “Jueces para la Democracia”, n° 40, Madrid, 2001.
- *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en “Doxa”, n° 12, Madrid, 1992.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho procesal penal. Parte General*, Ed. Temis/Ilanud, Bogotá, 1984.
- BARCESAT, Eduardo S./BOICO, Roberto José, *Las penas de muerte, tormentos y azotes*, en SABSAY, Daniel A. (dir.) y MANILI, Pablo (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial (Artículos 1/35)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- BARTOLONI FERRO, Abraham, *Actos jurídicos procesales penales*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.
- *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales* (2ª ed.), Ed. Castellvi, Santa Fe (RA), t. 1º (1944), t. 2º (1949), t. 3º (1950), t. 4º (1952).
- BAUMAN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (traducción de Conrado Finzi; título original: *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrecht. Eine Einführung an Hand von Fällen* [3ª ed.], Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BECCARIA, Cesare, *Opere*, vol. I, *Dei delitti e delle pene*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984 (ed. bilingüe *De los delitos y de las penas*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1959).
- BECK, Ulrich, *Politik in der Risikogesellschaft*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M. (RFA), 1991.
- BELING, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt (RFA, reimpresión 1903), 1968.
- *Derecho procesal penal* (traducción de Golschmidt/Núñez), Imprenta de la Universidad, Córdoba (RA), 1943.
- *Derecho procesal penal* (traducción de Miguel Fenech), Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1943.
- BELLOFIORE, Daniel C./ALFANO, Sebastián N., *Artículo 348 CPP Nación. El ocaso de una polémica norma*, en “La Ley”, 2000/E, Buenos Aires.
- BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- *El régimen de la acción penal como Derecho público provincial*, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- *Sobre el origen histórico de la palabra "escabino"*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto, *El caso "Herrera Ulloa" de la Corte Interamericana y el derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", "Casación", n° 5, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año V, 2005.
- *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*, en *Justicia penal y derechos humanos*, con la colaboración de Christian Hurtado, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- BRECHT, Bertolt, *Der kaukasische Kreidekreis*, en BRECHT, Bertolt, *Stücke*, Ed. Aufbau-Bibliothek der Weltliteratur, Berlin u. Weimar (RDA), 1979.
- BRUZZONE, Gustavo A., *La "nulla coactio sine lege" como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BUNGE, Mario, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna* (traducción de Hernán Rodríguez; título original: *Causality. The place of the causal principle in modern science*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1959), Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1997.
- CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, 1994 (2ª ed.), 1998 (3ª ed.).
- *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- *La excarcelación*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1977.
- CAFFERATA NORES, José I./TARDITTI, Aída, *CPP de la Provincia de Córdoba, comentado*, Ed. Mediterránea, Córdoba (RA), 2003.
- CAGNOLA, Ariel H., *Desde "Tarifeño" a "Mostaccio"*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", "Casación", año IV, n° 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco, *Auto de procesamiento*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", VI, Buenos Aires, 1948.
- CARRANZA, Elías/HOUED, Mario-MORA MORA, Luis P./ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1983.
- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal de la Universidad de Pisa* (traducción de Soler/Gavier/Núñez), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (3ª ed.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- CASAS, José Osvaldo, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente a partir del principio de "reserva de ley tributaria"*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980.
- CAVADINO, Michael/DIGNAN, James, *The penal system* (2ª ed.), Ed. Sage, London, 1997.
- CAVALLERO, Ricardo Juan, *La Constitución argentina. La realidad jurídica y un reciente ensayo de tribunal mixto*, en AA.VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- CAVALLERO, Ricardo J./HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.
- CIANCIARDO, Juan, *Principio de proporcionalidad y concepto de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

- CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2009.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, t. IV, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2008.
 - *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el Código procesal penal*, en "Cuadernos de los Institutos", n° 83 (correspondiente al V del Instituto de Derecho Procesal Penal), Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (RA), 1965.
 - *Tratado de Derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1964.
- CLÉRICO, Laura, *Los derechos no enumerados, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- CÓRDOBA, Gabriela, *Nemo tenetur se inpsum accusare: ¿principio de pasividad?*, en BAI-GÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- CREUS, Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.
- D'ÁLBORA, Francisco J., *Curso de Derecho procesal penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
- DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación* (2ª ed.), Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- *La casación penal* (reimpresión, con la colaboración de Fernando Díaz Cantón), Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- DENCKER, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal* (traducción de Guariglia/Elbert; título original: *Organisierte Kriminalität und Strafverfahren*, en *Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg [RFA], 1998), en "Nueva Doctrina Penal", 1998/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Ed. Karl Heimann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1981.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*, en AA.VV., *Los recursos en el procedimiento penal* (2ª ed.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
 - *Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción*, en "Nueva Doctrina Penal", 2004/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires (reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005).
 - *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- DÖRING, Erich, *La prueba: su práctica y apreciación* (traducción de Tomás H. Banzhaf), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.
- ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1882.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1ª ed., 1995; 4ª ed., 2000) (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al.; título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Bari, 1990), Ed. Trotta, Madrid.
- *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
 - *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Concejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1989.
- FERRER, Carlos F./GRUNDY, Celia A., *El enjuiciamiento penal con jurados en la Provincia de Córdoba*, Ed. Mediterránea, Córdoba (RA), 2003.
- FEZER, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1995.

- FILIPPINI, Leonardo G., *La inconstitucionalidad del artículo 348, segundo párrafo, del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 29/7/2002.
- FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales* (traducción de Jorge Guerrero; título original: *Delle prove penali* [3ª ed.], Ed. Cisalpino, Varese-Milano, Italia, 1961), Bogotá, 1982.
– *Elementos de Derecho procesal penal* (traducción de L. Prieto Castro), Ed. Bosch, Barcelona, 1933.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas, Tercera conferencia* (3ª ed.), Ed. Gedisa, Barcelona, 1992.
- FRAMARINO DE MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Ed. General Lavalle, Buenos Aires, 1945.
- FREDAS, Pietro, "Introducción" a la obra de Eugenio FLORIÁN, *De las pruebas penales* (3ª ed.), Ed. Temis, Bogotá, 1982.
- GARCÍA, LUIS M./ROJAS, Ricardo, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991/A, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- GIL LAAVEDRA, Ricardo, *Legalidad vs. acusatorio*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina* (28ª ed.), Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983.
- GRÜNWARD, Gerald, *Die Teilrechtskraft im Strafverfahren*, Ed. Otto Schwartz, Göttingen (RFA), 1964.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones probatorias en el procedimiento penal. Un ensayo de fundamentación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
– *Las prohibiciones probatorias*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- GULLCO, Hernán V., *¿Es necesaria una orden judicial para el registro de automóviles?*, en "La Ley", 1994/E, Buenos Aires.
– *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* (traducción de Genaro Carrió), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HASSEMER, Winfried, *Seguridad por intermedio del Derecho penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Julio B. J. Maier; título original: *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia de apertura de la "Jornada de los defensores penales" del mismo Estado, dictada en la *Paulskirche*, Frankfurt a. M. [RFA], el 24 de marzo de 2006), en *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
– *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, en "ZRP" (RFA), 1992 (reproducido como introducción en *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* [2. Auflage], Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1996, y traducido al castellano en el libro de HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia [España], 1995).
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, Primera parte, *Viejo y nuevo Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1995.
- HENDLER, Edmundo S., *El juicio por jurados*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
– *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
– *El Derecho penal y procesal penal de los EE.UU.*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- HENKEL, Friedrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953; 2ª ed., Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz (RFA), 1968.

- HESSEN, Johan, *Teoría del conocimiento*, Ed. Orbe, Santiago (Chile), s/f.
- JÄGER, Christian, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2003.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (título original: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*), en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- JARASS, Hans D., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (10ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 2009.
- JARASS, Hans D./PIEROOTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar* (7ª ed.), Ed. C. H. Beck, München, 2004.
- JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.
- JIMÉNEZ, Pablo Eduardo/RIQUERT, Eduardo Marcelo, *Teoría de la pena y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Werkausgabe, Band VII, 10ª ed.)*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1989 (versión en castellano: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción y prólogo de Carlos Martín Ramírez, Ed. Aguilar, Madrid-Buenos Aires-México, 1961).
- KAUFMANN, Hilde, *Kriminologie III*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977.
- KLEINKNECHT, Theodor/MEYER, Karlheinz, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen* (37ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 1985.
- LANGER, Máximo, *La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- LANGER, Máximo/MAIER, Julio B. J., *Acusación y sentencia*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- LEMKE, Michael/JULIUS, Karl Peter/KREHL, Christoph/KURTH, Hans Joachim/RAUTENBERG, Erardo Cristoforo/TEMMING, Dieter, *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung* (3ª ed.), C. F. Müller Verlag, Heidelberg (RFA), 2001.
- LÓPEZ, Claudia Ida Mónica/TENCA, Adrián M., *La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1989.
- MAIER, Julio B. J., *El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio*, en "Revista de Derecho Procesal" (número extraordinario conmemorativo del Bicentenario), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe (RA), 2010.
- *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
- *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 2009.
- *La esquizofrenia del Derecho penal*, en *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2006.
- *¿Es la "inmediación" una condición de la condena penal? un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición?*, en "Jueces para la Democracia", n° 49, Madrid, 2004.
- *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?*, en *El penalista liberal. Homenaje al jurista Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- *La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios terminados por jurados*, en AA.VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999.
- *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos* (2ª ed.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

- *La cesura del juicio penal*, en “Doctrina Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- *La función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- *Forma del auto de procesamiento*, en “Cuadernos de los Institutos”, n° 75 (IV del Instituto de Derecho procesal penal), Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (RA), 1963.
- MAIER, Julio B. J./BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- MAIER, JULIO B. J./LANGER, Máximo, *Acusación y sentencia*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (4ª ed.), Ed. Porrúa, México, 1980.
- MOONEY, Alfredo E., *Juicio por jurado popular* (4ª ed.), Ed. Francisco Ferreyra, Córdoba (RA), 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- NARVAIZ, Pedro, *El fiscal y la acción penal pública*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 4-5, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.
- O’MALLEY, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- ODERIGO, Mario A., *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.
- ORGAZ, Alfredo/SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- 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*, en “Revista de Derecho Procesal Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 2005.
- PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Ed. Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986.
- PALACIO, Lino E., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- *Acerca de la declarada inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación*, en “La Ley”, 1997/E, Buenos Aires.
- PANNAIN, Remo, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Ed. Nicola Jovene & C., Napoli (Italia), 1933.
- PASTOR, Daniel, *Las funciones de la prisión preventiva*, en “Revista de Derecho Procesal Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (RA), 2006.
- *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2005/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- *Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación condenada?*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, “Casación”, año IV, n° 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- *La nueva imagen de la casación penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *El interrogatorio como medio de defensa*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

- *Pruebas ilícitas*, en “Ciencias Penales”, año 7, n° 10, San José (Costa Rica), 1995.
- *Novas tendências do direito processual*, Ed. Forense Universitária, Sao Paulo, Brasil, 1990.
- *Liberdades públicas e processo penal* (2ª ed.), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1982.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E., *Causalidad y determinabilidad*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Marcos Lerner Córdoba/La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba (RA), 2001.
- PESSOA, Nelson R., *La nulidad en el proceso penal*, Ed. Mave, Corrientes (RA), 1ª ed., 1997; 2ª ed., 1999.
- PETERS, Karl, *Strafprozeß* (2ª ed.), Ed. C. F. Müller, Karlsruhe (RFA), 1966; 4ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg (RFA), 1985.
- PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, Ed. Klostermann, Frankfurt a. M. (RFA), 1993.
- RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht*, Ed. Richard Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden (RFA); 2ª ed., 1995; 3ª ed., 2005.
- RIQUERT, Marcelo Eduardo/JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Teoría de la pena y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, en “ZStW”, Bd. 91, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1991.
- ROMERO, Francisco/PUCCIARELLI, Eugenio, *Lógica* (16ª ed.), Ed. Espasa Calpe, México, 1958.
- ROXIN, Claus, *El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual* (traducción de Raúl Pariona Arana), en *El Dial.com*, 29/8/2006, Edición Córdoba, Suplemento Penal, reproducido en *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor; revisada por Julio B. J. Maier; título original: *Strafverfahrensrecht* [25ª ed.], Ed. C. H. Beck, München [RFA]), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- *Derecho penal. Parte General* (traducción de Luzón Peña-Días/García Conlledo/Vicente Remesal; título original: *Strafrecht-AG* [2ª ed.]), Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht* (26ª ed.), Ed. C. F. Beck, München (RFA), 2009.
- RUSCONI, Maximiliano y GORANSKY, Mirna, *Nuevamente sobre el art. 348 del CPP Nación*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- SAID, José Luis, *Sobre la facultad de las provincias para regular el principio de oportunidad*, en “La Ley”, 1997/F, Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad penal por el producto* (manuscrito de tesis doctoral presentada ante la Facultad de Derecho de la UBA, destacada con el premio Facultad de Derecho), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- SCHIAVO, Nicolás, *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozessrecht*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.
- SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminologie*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (27ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2006.

- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht* (4ª ed.), Ed. C. H. Beck, München (RFA), 2007.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.), Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- SOLIMINE, Marcelo A., *Carácter no vinculante del dictamen fiscal desestimatorio*, en "La Ley", 1993/C, Buenos Aires.
- SOMMERMAN, Karl Peter, *Kommentar zum Grundgesetz*, Ed. Franz Wahlen, München (RFA), 2005.
- SORIANO, Ramón, *El nuevo jurado español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.
- STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida* (traducción de Patricia Ziffer), en "Hacia una justicia más efectiva", XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero (RA).
- SURIZ, Gustavo, *Algunos problemas en torno al procedimiento de consulta del art. 348 del CPP Nación*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- SYDOW, Franz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Holzner Verlag, Würzburg (RFA), 1976.
- TEDESCO, Ignacio F., *La garantía contra la autoincriminación*, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- THÄLE, Brigitte, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a. M. (RFA), 1993.
- TORO, María Cecilia, "Prisión preventiva. El plazo razonable de su duración", en www.terragnijurista.com.ar/doctrinaprisionpreventiva.htm.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho procesal penal (Dpp)*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- VEGEZZI, Santiago, *Algunas consideraciones acerca de la constitucionalidad del art. 348, CPP, y su derogación tácita*, en "Nueva Doctrina Penal", 2001/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969.
- *La coerción personal del imputado*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1968-I, Ed. La Ley, Buenos Aires.
 - *Estudios de Derecho procesal penal*, Imprenta de la Universidad, Córdoba (RA), 1956.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo, *Potestad de fiscal vs. potestad jurisdiccional. A propósito de la consulta prevista en el art. 348 del CPP Nación*, en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30/6/1999.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés, *Diversidad cultural y responsabilidad penal. Controles informales y delito en el Perú*, tesis doctoral de la Universidad de Buenos Aires, mimeo.
- VITALE, Gustavo L., *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, Ed. C. H. Beck, München (RFA); 4ª ed., 2005; 6ª ed., 2008; 7ª ed., 2010.
- *Strafprozeßrecht*, Ed. C.H. Beck, München, 1999.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad* (4ª ed. en alemán, 2ª ed. en español, 7ª reimp.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Ibáñez y Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAMBRANO P., Alfonso, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Quito, 2009.

ÍNDICE TEMÁTICO

A

ACCIÓN CIVIL, 10, 61, 246, 257, 262, 266, 285, 347, 357, 375, 431

Momento hasta el cual puede ser ejercida, 247

Delimitación del *thema decidendum* en la sentencia, 248

ACCIÓN PENAL

Conversión de la acción penal pública en privada, 241, 242, 306, 365, 367, 368

Extinción de la, 11, 12, 24, 25, 81, 250, 251, 301, 342, 343, 359, 364, 365, 368, 369

Irretractabilidad (v. *también alegatos y principio de legalidad procesal*), 47

Prescripción de la, 27, 251, 365

Privada, 81, 100, 230, 235, 236, 237, 238, 239, 242, 244, 245, 248, 249, 251, 255, 261, 265, 266, 303, 306, 365, 367, 368, 421,

Pública, 47, 100, 131, 142, 226, 227,

228, 230, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 248, 250, 255, 256, 261, 263, 266, 267, 268, 279, 288, 302, 303, 304, 306, 362, 365, 367, 407, 408, 414, 421, 427,

Pública de instancia privada, 73, 230, 232, 237, 421

Renuncia, 81, 251, 266, 288

ACTA, 10, 12, 27, 29, 48, 59, 60, 62, 102, 131, 133, 166, 168, 170, 171, 275, 281, 333, 334, 349, 350, 428

Actuario, 28, 61, 428

Cargo, 28, 61

Del debate, 10, 60, 139, 140, 142, 171, 190, 200, 201, 333, 334, 338, 345

Invalidez, 28, 61,

Firma, 60, 61, 334, 349

Secretario, 10

ACTO PREPROCESAL, 226

ACTO PROCESAL,

Clasificación del, 55, 56

Como átomo o molécula del procedimiento, 5, 9

Como especie de los actos jurídicos, 15, 16, 17

Concepto, 9, 10

Condiciones de validez (interna y externa, material y formal), 14, 15

De coerción (v. *también coerción procesal, medidas de coerción aplicables al imputado y privación de la libertad ambulatoria de testigos, peritos e intérpretes*)

De comunicación (v. *también comunicación de las decisiones judiciales*)

De decisión (v. *decisiones judiciales*)

De impugnación (v. *recursos*)

De requerimiento (v. *requerimientos de los intervinientes y requerimiento de apertura del juicio*)

Definitivos e irreproducibles, 48, 142, 166

Diferencia con los hechos procesales, 11, 12

Eficacia, 13, 14, 15, 17, 20, 38, 39

Error, coacción, fraude y simulación, 17

Forma (v. *modo o forma de los actos procesales*)

Idioma (v. *idioma de los actos procesales*)

Lugar (v. *lugar de realización de los actos procesales*)

Probatorios (v. *prueba*)

Registración (v. *registración de los actos procesales*)

Tiempo (v. *plazo*)

Vicios (v. *invalidez de los actos procesales*)

ACTOR CIVIL, 10, 248, 261, 262, 263, 265, 266, 280, 285, 306

ACTOS JURÍDICOS, 15, 16, 17, 36, 37, 38, 81, 170, 171, 175,

Anulable, 45

ACUSACIÓN (v. *también requerimiento de apertura del juicio*), 10, 40, 41, 42, 51, 85, 100, 167, 225, 228, 238, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 258, 261, 263, 270, 276, 279, 342, 343, 357, 358, 359, 361, 369, 427

Denominación y función, 242
En los delitos de acción privada, 235, 238, 244, 245
Finalidad y efectos, 245
Importancia política, 243
Tiempo, forma y contenido del acto, 244
Y sentencia (v. *alegatos*)

ACUSADOR

Adhesivo, conjunto, exclusivo (v. *querella*)
Particular (v. *querella*)
Público (v. *acusación, requerimiento de apertura del juicio y fiscalía*)

ADN (v. también *inspección corporal interna*), 69, 205, 385

AGENTE ENCUBIERTO, 126, 194

ALEGATOS (v. también *principio de legalidad procesal y principio de oficialidad o estatalidad*), 37, 47, 225, 249, 263, 264, 268, 288, 310, 311

Acusación y sentencia, 47, 267, 269, 310, 311
Caso "Marcilese" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 47, 268, 269
Caso "Mostaccio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 47, 269
Caso "Santillán" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 268
Caso "Tarifeño" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 47, 268, 269, 310, 311
Concepto, 263, 264
Contenido y efectos, 264
Control judicial, 267
Correcta intelección del principio acusatorio, 269
Desistimiento de la fiscalía, 47, 267, 287, 310, 311
Desistimiento tácito y expreso del acusador privado, 266
Independencia judicial, 267
Querellante particular y abstención, 265, 266
Su carácter renunciable, 265

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO, 10, 21, 28, 50, 118, 119, 179, 185, 195, 401, 432

Alcances y efectos del consentimiento del morador, 192
Auto judicial fundado, 188
Autorización por medios electrónicos, 190, 191
Autorizados por el agente fiscal, 186
Condiciones de ejecución, 189, 190
Cuerpo legislativo, 189
Definición de domicilio, 186
En horario nocturno (consentimiento), 189, 193
Extensión del concepto de domicilio, 187
Finalidades para las cuales puede ser utilizado, 187
Grado de sustento probatorio, 188
Ingresos domiciliarios indiscriminados y redadas policiales, 194
Intimidad y privacidad, 185
Necesidad y urgencia, 179, 193, 194
Sin orden judicial 192

AMNISTÍA, 251

APREHENSIÓN, 188, 191, 410, 412, 413, 416

Concepto, 405
Flagrancia y cuasiflagrancia, 405, 406, 407
Policial, 406, 407, 408
Privada, 374, 408, 409

ARRESTO (v. también *privación de la libertad ambulatoria de testigos, peritos e intérpretes*), 375, 404, 407, 413
Ámbito de aplicación, 404
Autorización judicial, 405
Plazos máximos, 405

AUCTORITAS NON VERITAS FACIT LEGEM, 108

AUTO DE APERTURA DEL JUICIO (v. también *procedimiento intermedio*), 41, 258, 346, 354, 358

Concepto, 358
Parámetros cognoscitivos, 358
Recurribilidad, 259, 359

AUTODEFENSA, 128

AUTONOMÍA PERSONAL (v. también *dignidad humana e inspección corporal*), 206, 209, 210

AUTORITARISMO JUDICIAL, 303, 310, 311, 316

AUTOS, 25, 78, 188, 285, 331, 335, 337, 348, 369, 426, 427

Concepto, 343

De apertura del juicio (v. la voz autónoma)

De procesamiento (v. *procesamiento*)

Ejemplos, 78, 342, 344, 361, 414

Formalidades, 188, 335, 340, 341, 344, 345

Interlocutorio (v. *resoluciones interlocutorias*)

AUXILIAR DEL TRIBUNAL, 142, 273

B

BIEN JURÍDICO, 182, 185, 205, 344, 374, 397, 399

Colectivo o difuso, 182, 237, 391, 397

Individuales, 400

C

CÁMARA DE APELACIONES, 52, 241

CÁMARA DE GARANTÍAS, 241

CÁMARA GESELL
Ley 25.852, 138

CAPACIDAD DE DERECHO, 17

CÁRCEL
Efectos reproductores, 376, 399

CAREO, 96, 139, 165

CASACIÓN (v. también *recurso de casación*)
Formal, 40, 280, 340
Material, 280

CASO "CASAL" de la CSN (v. también *derecho al recurso del condenado, principio de inmediación, principio de oralidad*), 141, 316

CASO "MARCILOSE" de la CSN (v. también *acusación, alegatos, principio de legalidad*

procesal y principio de oficialidad o estatalidad), 47, 268

CASO "TARIFEÑO" de la CSN (v. también *acusación, alegatos, principio de legalidad procesal y principio de oficialidad o estatalidad*), 268, 310

CASO "SANTILLÁN" de la CSN (v. también *acusación, alegatos, principio de legalidad procesal y principio de oficialidad o estatalidad*), 268

CASTIGO, 182, 347, 375

CAUCIÓN, 423

Diferentes clases, 424

Distintos supuestos de procedencia, 375, 385, 387, 396, 403, 412, 422, 431, 435

Juratoria, 424

Real, 425

Personal, 426

Incumplimiento de las obligaciones accesorias, 425

Procedimiento y forma de constitución, 427

Recursos, 427

Sustitución y cancelación, 428

Ejecución, 429

CERTEZA (v. *posiciones subjetivas frente a la verdad*)

CESURA DEL JUICIO, 347, 357

CIENCIAS CULTURALES, 69

CIENCIAS DURAS O NATURALES, 68, 76, 82

CIENCIAS FORMALES, 75, 88

CIENCIAS MATEMÁTICAS, 75

CITACIÓN DEL IMPUTADO, 401
Carácter coercitivo, 401
Ámbito de aplicación, 402, 411

CITACIÓN EN GARANTÍA, 262, 285, 302, 306

CLAUSURA PROVISIONAL DEL PROCESO, 255

COERCIÓN PROCESAL (v. *medidas de coerción aplicables al imputado y privación de la libertad ambulatoria de peritos, testigos e intérpretes*)
Concepto, 182

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 390

COMPETENCIA, 273

COMUNIDAD DEL MIEDO, 395, 399

CONDENACIÓN CONDICIONAL, 386

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD (v. *excusas absolutorias*)

CONFESIÓN (v. *declaración del imputado*)

CONFLICTO SOCIAL, 70, 112

CONOCIMIENTO
Motor, 75
Reproductor, 75

COMUNICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES (v. también *notificación*)
Por lectura pública, 335, 341, 346,
Notificación en el domicilio, 335, 346,
348
Otras formas de notificación, 353
Por conocimiento directo (impulso propio o transmisión de conocimiento informal), 335, 346, 350
Por edictos, 351
Invalidez, 352

CONSULTOR TÉCNICO (v. *prueba de peritos*)

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 141, 320, 422

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 47, 140, 190, 268, 284, 303, 311

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 140, 390

COSA JUZGADA, 251
Horizontal, 308
Parcial, 279, 308
Vertical, 308

COSTAS

Peritos (v. *prueba de peritos*)
Por falsa denuncia, 228
Testigos (v. *prueba de testigos*)

CRIMINALIDAD GRAVE, 115, 323

CUASIFLAGRANCIA (v. *flagrancia*)

CUERPO MÉDICO FORENSE (v. también *prueba de peritos*), 156

CUESTIÓN PREJUDICIAL, 254

D

DEBATE, 24, 28, 30, 31, 38, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 60, 83, 93, 101, 102, 112, 113, 139, 140, 141, 142, 150, 154, 155, 156, 159, 172, 173, 198, 217, 224, 225, 228, 245, 248, 249, 254, 255, 274, 288, 329, 335, 337, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 354, 357, 359, 361, 363, 368, 369, 401, 418
Acta del (v. *acta*)
Audiencia de, 60, 133, 139, 140, 167, 284, 333, 334
Audiencia preliminar 143, 275, 276
Asistencia al, 28, 45
Citación al, 94, 274
Clausura, 264
Concentración del, 45, 47
Cuestiones previas o preliminares, 53
Informes finales (v. *alegatos*)
Interrupción del, 27, 47
Oralidad, 45, 47, 62, 102, 141, 200, 289, 333
Preparación del, 23, 53, 201, 240, 255, 261, 262, 344, 345, 436
Publicidad del, 45, 102, 113

DEBER DE ADVERTENCIA AL IMPUTADO (v. *declaración del imputado*)

DEBIDO PROCESO (v. *principio de legalidad o formalidad del procedimiento*)

DECISIONES JUDICIALES

Arbitraria, 75, 284, 303
Autos (v. *autos*)
Clasificación, 336
Concepto, 328

De mérito, 354
Deber de decidir y oportunidad de su realización, 329
Decretos (v. la voz autónoma)
Exigencias formales, 333, 334, 335
Firmeza, 23, 289, 336
Interlocutorias (v. *resoluciones interlocutorias*)
Plazos genéricos para su dictado, 24, 329, 330
Retractación y rectificación, 331, 332
Sentencia (v. la voz autónoma)

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 378, 380, 381

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, 52, 98, 114, 130, 148
 Como medio de prueba de información personal, 96, 162
 Concepto de imputado, 162
 Concepto y propósitos, 128, 129, 410, 416, 420
 Confesión, 50, 96, 105, 129, 163, 164, 288
 Deber de advertencia, 114
 Derecho a guardar silencio (v. *principio nemo tenetur se ipsum accusare*)
 El problema en el derecho continental europeo y en el derecho anglosajón, 97, 98, 163
 Su tratamiento durante la Inquisición, 164

DECOMISO, 172, 218, 432

DECRETOS, 25, 200, 213, 329, 337, 344, 358, 359
 Concepto, 345
 Ejemplos, 345

DEFECTOS PROCESALES (v. *invalidez de los actos procesales*)

DEFENSA, 10, 42, 47, 48, 50, 56, 129, 154, 162, 165, 213, 218, 249, 250, 255, 258, 259, 260, 261, 264, 279, 302, 328, 344, 345, 349, 353, 356, 357, 358, 359, 364, 369, 388, 412, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 427, 434, 436

DEFENSOR, 10, 31, 61, 102, 154, 163, 166, 168, 176, 178, 213, 218, 260, 263, 279, 285, 288, 305, 307, 313, 348, 349, 362, 369, 414, 427, 435, 436

DELIBERACIÓN (v. *sentencia*)

DELITOS

 Contra el honor, 236
 De anticipación, 182, 398
 De omisión, 391
 De peligro abstracto, 182, 391, 398

DEMANDA CIVIL, 10, 40, 235, 239, 242, 246, 247, 248, 249, 265, 266, 288, 307

DEMANDADO CIVIL, 10, 247, 248, 257, 261, 262, 263, 285, 288, 301, 302, 306

DEMENTES, 17, 60, 145

DENEGACIÓN O RETARDO DE JUSTICIA, 329, 330

DENUNCIA, 10, 184, 225, 238, 240, 241, 330

 Anónima, 226, 227
 Capacidad de las personas jurídicas para formularla, 228
 Carácter facultativo, 231
 Contenido, 230
 Definición, 226
 En los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, 230
 Falsa denuncia, 228
 Formas de realización, 28, 229
 Obligación de denunciar, 152, 231, 232
 Orden excluyente en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, 230
 Prohibición de denunciar, 134, 233
 Propuesta de regulación futura, 234, 235
 Supuestos problemáticos, 233, 234

DERECHO A GUARDAR SILENCIO (v. *principio de nemo tenetur se ipsum accusare*)

DERECHO ADMINISTRATIVO, 55, 174, 232

DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO, 24

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, 323, 400

DERECHO AL RECURSO DEL CONDENADO (v. *recursos*)

DERECHO ANGLOSAJÓN, 74, 98, 100, 104, 110, 149, 313, 328

DERECHO CIVIL, 11, 16, 34, 35, 151, 254, 257

DERECHO CONTINENTAL EUROPEO, 113, 313,

DERECHO DE INTERVENCIÓN, 400

DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL, 21, 24, 25, 281, 307

DERECHO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, 399, 400

DERECHO DE PROPIEDAD, 173, 217

DERECHO GERMANO, 70, 281,

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 320, 422

DERECHO LABORAL, 232

DERECHO PENAL

De acto, 182

Del enemigo, 109, 391

Expansión del, 182, 390, 391, 397

Fascinación ante el, 182, 397

Inflación del, 182, 397

Preventivo, 390, 391

Teoría del delito, 299, 309

DERECHO PRIVADO, 15, 16, 70, 73, 79, 81, 100, 174, 215, 239, 240, 242, 247, 300, 306, 328, 382, 383, 431, 433

DERECHO PROCESAL CIVIL, 62, 247, 287

DERECHO PROCESAL PENAL

Como límite metódico, 71

DESISTIMIENTO DE LA ACUSACIÓN (v. *alegatos*)

DESISTIMIENTO DEL RECURSO (v. *recursos*)

DETENCIÓN, 10, 23, 187, 319, 375, 401, 402, 408, 409, 415, 416, 418, 420, 423, 430,

Condiciones materiales, 385, 407, 410

Control judicial, 409, 410

En el CPP CABA, 411

En el CPP PBA, 411

Formas, 413, 414

Obligatoriedad, 411

Proporcionalidad, 411

Reglas procesales aplicables, 412

DEVOLUCIÓN DE EFECTOS (v. *secuestro*)

DIGNIDAD HUMANA, 95, 206, 210, 415

DISPOSITIVO (v. *sentencia*)

DOBLE CONFORME (v. *recursos*)

DOMICILIO (v. también *allanamiento de domicilio*), 130, 132, 144, 183, 238, 244, 279, 346, 350, 351, 403, 424, 430

Especial, 248, 348, 428

Legal, 133, 349

Real, 348, 428, 431

DUDA (v. *posiciones subjetivas frente a la verdad*)

E

ECONOMÍA PROCESAL, 319

EMBARGO, 374, 383, 426, 430, 432

EMPLEADO PÚBLICO, 231

ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO (v. *prisión preventiva*)

ERROR

De derecho, 141

De hecho, 141

In iudicando (v. *recursos*)

In procedendo (v. *recursos*)

ESCUCHAS, 212, 215

ESTADO

- De excepción, 395
- Democrático de Derecho, 182, 231, 316, 323
- Estado-nación, 70
- Liberal, 70

EXCARCELACIÓN Y EXIMICIÓN DE PRISIÓN (v. también *prisión preventiva*), 418, 433

- Audiencia oral en el CPP CABA, 436
- Audiencia oral en el CPP PBA, 436
- Distinción entre ambas, 437
- Examen de oficio en la OPP Alemana, 434
- Examen de oficio, 434
- Incidente, 344, 412, 435
- Pena en expectativa, 392, 396, 421, 435
- Procedimiento, 435
- Recurso, 284, 297, 362, 436

EXCEPCIONES, 249

- Casos de atipicidad manifiesta en el CPP CABA, 252
- Concepto y clasificación, 249
- Cuestión prejudicial, 254
- Dilatorias, 240, 250, 252, 258
- Efectos comunes, 256
- En delitos de acción privada, 261
- Ofrecimiento de prueba, 256
- Perentorias, 250, 258, 342, 363
- Personas aforadas, 253
- Procedimiento, 256, 260, 275, 344
- Respecto de la cuestión civil, 257
- Validez o nulidad del matrimonio (v. *cuestiones prejudiciales*)

EXCLUSIÓN DEL HOGAR, 425

EXCUSACIÓN (v. también *recusación*) 128, 150, 270, 273, 295, 322, 344

EXCUSAS ABSOLUTORIAS, 78, 369

EXTRACCIÓN DE SANGRE O CABELLOS (v. también *inspección corporal interna*), 202

EXTRADICIÓN, 59

F

FALSO TESTIMONIO (v. *prueba de testigos*)

FALTA DE MÉRITO, 24, 78, 360, 413, 419, 420, 433

FIANZA (v. *caución*)

FISCALÍA, 80, 81, 99, 198, 200, 214, 236, 239, 242, 243, 244, 261, 267, 273, 279, 285, 287, 302, 306, 307, 312, 321, 322, 328, 329, 362, 365, 366, 367

FLAGRANCIA (v. también *aprehensión*), 229, 374, 405, 406, 407, 408

FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO, 76, 340, 389

FORMAS AD PROBATIONEM, 81, 113

FUEROS PERSONALES, 253

FUGA (v. *peligro de fuga*)

FUNCIONARIO PÚBLICO, 10, 24, 27, 60, 62, 134, 171, 341, 349.

FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA (v. *motivación*)

G

GUARDADOR, 230, 237

H

HÁBEAS CORPUS, 408, 413

HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS, 21, 58

HECHOS NATURALES, 11, 12

I

IDIOMA DE LOS ACTOS PROCESALES, 56

- Intérpretes, 57, 138, 149, 334
- Diversidad cultural y pueblos originarios, 57, 335

ILUSTRACIÓN, 105, 107, 144, 269, 378,
380, 394

IMPUTADO (v. *medidas de coerción
aplicables al imputado*)

Colaboracionista, 368

IMPUTACIÓN (v. *objeto del procedimiento*)

*IN DELICTIS ATROCISSIMIS IURA TRANSGREDI
LICET*, 116

IN DUBIO PRO REO, 74, 85, 87, 125, 157,
160, 339, 355, 394

INACTIVIDAD PROCESAL, 5, 31

Acción fallida y omisión de formas,
32

Plazos de inactividad, 19, 23, 31

Que implique desistimiento (v.
también *alegatos*), 265, 287, 288

INCAPACES ABSOLUTOS, 17

Menores impúberes, 17, 60, 138, 145,
151, 233

Dementes (v. *la voz autónoma*)

Sordomudos que no saben darse a
entender por escrito, 17, 57, 138

INCIDENTE, 255, 257, 260, 262, 270, 329,
343, 412, 427, 435

INCOMPETENCIA, 251, 252

INCOMUNICACIÓN, 409, 414

Limitaciones, 414

INDAGATORIA (v. *declaración del imputado*)

INDAMISIBILIDAD (v. *invalidez de los actos
procesales*)

INDICIOS, 97, 179

Como medio indirecto de prueba, 82,
86, 92, 172, 180, 188, 410

Condiciones de aplicación, 180

INFORMES FINALES DEL DEBATE (v. *alegatos*)

INHABILITACIÓN

Pena de, 192, 315, 379, 425, 431, 432

INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES, 432

INIMPUTABILIDAD, 178, 286, 358, 369, 433

INQUISICIÓN, 70, 105, 140, 146, 164, 280,
394

INSPECCIÓN CORPORAL

Externa (v. *requisa*)

Interna (v. *inspección corporal
interna*)

INSPECCIÓN CORPORAL INTERNA, 195

Casos permitidos, 204, 208

Deber de colaboración, 208

El consentimiento como núcleo

problemático esencial, 202, 208

Extracción compulsiva de sangre y

cabellos (v. *la voz autónoma*)

Funcionarios autorizados para emitir
la orden de intervención, 205, 211

Límites absolutos, 203, 210, 212

Principios de actividad y pasividad,
208

Terceros no imputados, 202, 207, 210

Y Nemo tenetur se ipsum accusare,
196, 201, 207, 209

INSPECCIÓN OCULAR, 172, 177

INSPECCIÓN MENTAL, 166, 178, 196

INSTRUCCIÓN PREPARATORIA O

PROCEDIMIENTO PRELIMINAR, 53, 99, 244,
252, 260, 319, 359, 366

INSTRUCCIÓN SUPLEMENTARIA, 275

INSTRUMENTO PÚBLICO (v. *prueba
documental*)

INSTRUMENTO PRIVADO (v. *prueba
documental*)

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES, 212

Atraso cultural en materia
regulatoria, 212

Casos de urgencia, 214

Comunicación escrita con la defensa,
213, 218

Control judicial, 214

Correo electrónico, 212

De terceros, 213
Grabaciones audiovisuales, 215
Necesidad de establecer límites jurídicos, 215
Órganos que pueden autorizarla, 213
Secuestro (v. la voz autónoma)
Sobres cerrados, 214

INTERNACIÓN PROVISIONAL DEL IMPUTADO, 178, 398, 432

INTERPRETACIÓN

Extensiva, 312, 382
Extensiva de la ley penal, 356
Restictiva de la ley penal, 356

INTÉRPRETES (v. *idioma, prueba de peritos y traductor*)

INTIMIDAD 185, 206, 214

De las comunicaciones (v. también *interceptación de comunicaciones*)
Del domicilio (v. *allanamiento de domicilio*)
Derecho a la, 119, 177, 185, 196, 198, 207, 374
Personal (v. *inspección corporal interna y requisa*)

INTRODUCCIÓN POR LECTURA DE LA PRUEBA AL DEBATE, 48, 102, 275

INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES, 32

Absoluta 30
Caducidad, 32
Convalidación fáctica del defecto por producción de la finalidad, 55
Convalidación o subsanación del defecto, 29, 43, 45, 51
Del registro, 28
Inadmisibilidad, 32, 34, 39, 45
Inexistencia (crítica), 38
Nulidad (v. la voz autónoma)
Preclusión (v. la voz autónoma)
Rechazo, 32
Retrogradación del procedimiento (crítica), 41, 51, 52

INVESTIGACIÓN OFICIAL, 16

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (v. *instrucción preparatoria o procedimiento preliminar*)

INVESTIGACIÓN PÚBLICA, 16

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (v. *allanamiento de domicilio*)

J

JUEZ

Accidental (v. *juicio por jurados*)
De garantías, 133, 241
De instrucción, 16, 42, 99, 166, 213, 262, 274, 284, 365
Profesional, 75, 76, 90, 105, 106, 145, 146, 341
Unipersonal, 100, 271, 317, 319, 341, 345

JUICIO ABREVIADO, 13, 85

JUICIO DE CESURA (v. *cesura del juicio*)

JUICIO POR JURADOS, 74, 75, 105, 106, 145, 146, 340, 341

JUICIO PREVIO, 378, 380, 418

JUICIO PÚBLICO (v. *debate*)

JURAMENTO O PROMESA, 29, 31, 63, 137, 144, 150, 156, 163, 166, 167, 169, 175, 424, 428

JURISDICCIÓN JUDICIAL, 243

JUSTICE RETENUE, 281

JUSTICIA

Conceptos de, 69, 70, 71, 72, 73, 74

JUSTICIA DE CADÍ, 70, 71

JUSTICIA DE GABINETE, 280

JUSTICIA DELEGADA, 281

JUZGAMIENTO COMUNITARIO, 58

K

L

LEGÍTIMA DEFENSA, 94, 129, 374

LEYES ANTITERRORISTAS, 194

LIBERTAD CONDICIONAL, 386

LIMITACIÓN TEMPORAL DEL PROCESO (v. *plazo razonable de duración del proceso*)

LÍMITE TEMPORAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA (v. *plazo razonable de duración de la prisión preventiva*)

LUGAR DE REALIZACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES, 29, 58, 97

De los recursos, 30, 282, 288

Del juicio, 30

Efectos del error del impugnante respecto del lugar de interposición del recurso, 30, 291

LL

M

MANDATOS, 34, 35, 37, 89, 94, 121, 356, 391

MECANISMO O PROCEDIMIENTO O RECURSO DE CONSULTA (v. *procedimiento intermedio*)

MEDIDA DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN, 6, 74, 84, 178, 287, 309, 315, 316, 319, 320, 321, 347, 357, 358, 361, 369, 391, 394, 433

MEDIDAS DE COERCIÓN APLICABLES AL IMPUTADO, 85, 183, 184, 263, 297, 298, 319, 344, 358, 360, 401

Alcance histórico y regulación jurídica, 378

Aprehensión (v. *aprehensión*)

Arresto (v. *arresto*)

Caución (v. *caución*)

Citación (v. *citación del imputado*)

Concepto de coerción, 182

Crítica a la distinción entre coerción real y coerción personal, 373, 374

Decomiso (v. *decomiso*)

Detención (v. *detención*)

El problema, 373, 374

Embargo (v. *la voz autónoma*)

Excarcelación (v. *excarcelación y eximición de prisión*)

Excepcionalidad, 381, 382,

Eximición de prisión (v. *excarcelación y eximición de prisión*)

Incomunicación (v. *incomunicación*)

Inhibición general de bienes (v. *inhibición general de bienes*)

Libertad locomotiva como núcleo duro de la exposición, 375

Paradoja de la privación de la libertad durante el proceso, 378, 379

Principio de proporcionalidad, 385, 386

Principio de reserva, 384

Prisión preventiva (v. *prisión preventiva*)

Secuestro (v. *secuestro*)

MEDIO DE PRUEBA (v. también *prueba*), 41, 80, 87, 91, 94, 96, 97, 98, 101, 126, 147, 162, 169, 174, 179

Clasificación, 96, 97, 98

Concepto, 96

De información personal, 89

Pertinencia, 40, 92, 248, 276

Principio de libertad probatoria (v. *prohibiciones probatorias*)

Reales o materiales, 97, 169

Superabundancia, 40, 93, 276

Utilidad, 40, 93

MEDIOS DE DEFENSA (v. *defensa*)

MENORES, 17, 60, 138, 151

Menores adultos, 18

Menores impúberes (v. *incapaces absolutos*)

MODERNIDAD, 68, 70, 394

MODO O FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

Audiovisual, 27

Defectos (v. también *invalides de los actos procesales*), 29

Escrito, 27

Especiales, 29
Internas 28
Oral, 27, 62
Requisitos de validez, 28
Tiempo (v. *plazo*)

MOTIVACIÓN, 335, 339

Crítica, 75, 106, 107, 146,
Cuestionamiento del carácter
constitucional de la obligación de
motivar, 106, 107, 340, 341
De la sentencia como garantía, 74
Exigencia y falso garantismo, 106,
107, 147
Y juicio por jurados, 76, 106, 107,
145, 341

MUERTE VIOLENTA SOSPECHOSA DE
CRIMINALIDAD (v. *prueba de peritos*)

MULTA

Pena de, 251, 309, 315, 432

N

NEGOCIO JURÍDICO PROCESAL, 11, 13, 15

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE (v.
principio de nemo tenetur se ipsum
accusare)

NEOPUNITIVISMO, 182, 397

NORMAS JURÍDICAS

De deber, 33, 35
Potestativas, 16, 33, 35, 109

NOTIFICACIÓN, 28, 55, 335, 346

A personas privadas de su libertad,
348
En el domicilio, 348
En la oficina del tribunal, 350
Posibilidad de acordar el medio, 349
Pública o por edictos, 351

NULIDAD, 24, 32, 61, 62, 134, 135, 191,
310, 334, 339, 342, 346

Absoluta 43, 44, 45, 48, 51, 52
Como sanción (crítica), 33, 36, 37
Como última *ratio*, 55
Cuestionamiento al uso del término
"nulidad de todo lo actuado", 41, 43
Declaración de oficio, 33, 43, 44, 45,

52, 310
Efectos, 41
Genérica 37, 48,
Implícita 38
Instancia de, 51, 54
Interés, 53, 55
Perjuicio, 55
Principio de taxatividad, 36, 37
Relativa, 43, 51, 54, 59, 61, 63
Renovación del acto, 44, 51
Retrotracción o retrogradación, 42,
44, 52, 55.
Sistema formalista, 36
Sistema judicial, 36
Sistema legalista, 36, 37, 38
Virtual, 38

NULLA COACTIO SINE LEGE, 153, 183, 213,
215, 374, y 384

NULLA POENA SINE IUDITIO, 377, 412, 416

Ñ

O

OBJETO DE PRUEBA (v. también *prueba*),
85

Concepto, 82, 85

En abstracto, 86
En concreto, 86, 91
Exclusión, 87
Hechos notorios, 91, 93, 94
Inutilidad, impertinencia o
superabundancia, 93, 96, 274, 276
Principio de libertad probatoria (v.
prohibiciones probatorias)
Principios o máximas de la
experiencia, 89
Prohibiciones absolutas (v. *prohibi-*
ciones probatorias)
Prohibiciones relativas (v. *prohibi-*
ciones probatorias)
Thema probandum, 87, 112
Utilidad o pertinencia, 86, 92, 93, 103,
180, 248
Y objeto del procedimiento, 85, 92

OBJETO DEL PROCEDIMIENTO, 49, 83, 85,
87, 92, 129, 163, 243, 339, 355

OPOSICIÓN A LA APERTURA DEL JUICIO PÚBLICO (v. *requerimiento de apertura del juicio*)

OPOSICIÓN A LA CONSTITUCIÓN EN PARTE DE ALGÚN SUJETO PROCESAL
Diferentes hipótesis, 261

ORDALÍAS, 71

ORGANIZACIÓN JUDICIAL (v. también *Derecho de la organización judicial*)
Horizontal, 146, 322
Vertical, 75, 105, 107, 146, 280, 295, 303, 322

ÓRGANO DE PRUEBA, 96
Concepto, 98
Prohibiciones (v. *prohibiciones probatorias*)

P

PAGO VOLUNTARIO, 251

PARTES DEL PROCESO, 10, 40, 99, 223, 305, 328

PARTICULAR DAMNIFICADO (v. *querellante*)

PELIGRO DE ENTORPECIMIENTO PARA LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD (v. *prisión preventiva o privación de la libertad de testigos, peritos e intérpretes*)

PELIGRO DE FUGA (v. también *prisión preventiva*), 144, 229, 385, 402, 406, 411, 424, 431

PELIGROSIDAD, 391, 394, 398

PENA

Como sanalotodo mítico y místico, 375, 397
Corporal, 376
De muerte, 376
Divisibles, 309, 315, 357
Extraordinaria (v. *pena de sospecha*)
Indisponibilidad, 300
Perpetua, 315
Temporales, 315

PENA DE PROCESO, 303
Pena de banquillo, 258, 364

PENA DE SOSPECHA, 181, 393

PERITO (v. *prueba de peritos*)

PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL, 17, 228, 236, 374

PERSONAS FÍSICAS, 17

PLAZO, 19

Cómputo, 20
Común, 22, 26, 347
Convencional, 22
De actividad, 19, 238, 247, 249, 270, 272, 274, 278, 284, 290, 329, 342, 345, 346, 353
De inactividad, 19, 23, 31
Días hábiles, 20
Días inhábiles, 20
dies a quo, 20, 21, 26, 27, 238, 289, 329
dies ad quem, 20, 21
Exigencias horarias especiales, 58, 189
Extraordinario, 26
Feriados, 20, 21
Hora, 20, 21, 26, 58, 349, 251, 404, 405
Individual, 22, 26, 289
Interrupción, 26
Judicial, 22
Legal, 22, 330, 388
Modos de contabilizarlo, 20, 22
Ordenatorio, no fatal o prorrogable, 13, 24, 422
Ordinario, 26
Perentorio, fatal o improrrogable, 23, 24, 25
Suspensión, 27, 47

PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Cómputo privilegiado (ley 24.390), 388
Diferencia con el plazo razonable de duración del procedimiento, 389
Discrecionalidad judicial, 389
Efectos suspensivos de los recursos, 388

Exclusiones arbitrarias previstas en el artículo 11 de la ley 24.390, 388, 422, 423

Necesidad de contar con una regla legislativa, 389

Sistemática de la ley 24.390 y su reforma por la 25.430, 387, 388, 422

Tesis del no plazo, 389

PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO 25, 389

Caducidad por agotamiento del, 25

POLICÍA, 10, 16

POSICIONES SUBJETIVAS FRENTE A LA VERDAD, 68

Certeza como condición de la condena, 74, 76, 81, 85, 180, 259, 339, 355, 357, 376

Desmitificación de la certeza, 77

Duda, 76, 356

Imposibilidad del absoluto, 77

In dubio pro reo (v. la voz autónoma)

Probabilidad, 74, 76, 81, 85, 108, 210, 232, 259, 356, 359, 360, 364, 404, 407, 417, 420

POSMODERNISMO, 69, 182, 347

PRECLUSIÓN, 32, 302

PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA (v. *instrucción preparatoria o procedimiento preliminar*)

PRESUNCIONES (v. también *indicios*), 97, 179

De legitimidad de los actos estatales, 142, 358

Iuris tantum, 181, 412

Iure et de iure, 96, 181, 412

PREVARICACIÓN, 75, 145

PREVENCIÓN (como finalidad de la pena estatal)

Especial, 385, 386, 394

General, 118, 385, 386, 394

PRINCIPIO ACUSATORIO, 80, 100, 269, 356, 366

PRINCIPIO DE

Concentración de los actos del debate (v. *debate*)

Contradicción, 46, 85, 113, 158, 332, 335, 343, 354, 363, 412, 413, 419

Dispositivo (v. también *recursos*), 73, 79, 94, 298, 303

Imparcialidad, 48, 80, 128, 149, 154, 269, 272

Independencia judicial, 75, 146, 189, 267

Jerárquico, 75, 107, 245, 280, 303, 321, 331, 366

Juez natural, 30, 331

Juicio previo (v. la voz autónoma)

Legalidad o formalidad del proceso, 116

Ne bis in idem (v. también *recursos*), 46, 142, 147, 245, 251, 253, 260, 267, 300, 313, 321, 339, 342, 344, 364

Nemo tenetur se ipsum accusare, 54, 55, 69, 95, 114, 118, 165, 169, 201, 204, 207, 209, 215

Preclusión (v. la voz autónoma)

Proporcionalidad respecto de la medida de coerción aplicable (v. también *medidas de coerción aplicables al imputado y prisión preventiva*) 209, 411, 414

Publicidad (v. *debate*)

Subsidiariedad o última *ratio* del Derecho penal, 74, 397

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA O CORRELACIÓN ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA, 49, 85, 339, 355

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, 41, 46, 49, 75, 83, 85, 102, 107, 139, 140, 170, 302, 347

PRINCIPIO DE INOCENCIA, 52, 355, 364, 368, 378, 381, 404, 416

In dubio pro reo (v. la voz autónoma)

PRINCIPIO DE *IURA CURIA NOVIT*, 91, 249, 339, 356

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL (v. también *alegatos*), 37, 47, 227, 267, 366

PRINCIPIO DE OFICIALIDAD O ESTATALIDAD (v. también *alegatos*), 73, 84, 267

PRINCIPIO DE ORALIDAD, 28, 46, 62, 94, 102, 256, 263, 275, 289, 333, 335, 341, 348, 401, 412, 420, 427, 436

PRINCIPIO INQUISITIVO, 79, 99
Deber de esclarecimiento, 79, 80

PRINCIPIOS LÓGICOS, 75, 77, 159, 340

PRINCIPIOS O MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA, 77, 89, 93, 103, 145, 180

PRISIÓN
Pena de, 315, 376, 430

PRISIÓN DOMICILIARIA
En el CPP Nación, 430
Ámbito de aplicación en el CPP PBA y en el CPP CABA, 430

PRISIÓN PREVENTIVA, 415
Alarma social, 392, 398
Audiencia, 412, 420, 427, 436
Audiencia de control, 319, 434, 436
Caución (v. la voz autónoma)
Contradicción con el principio de inocencia, 378, 383, 416, 418
Gran probabilidad de condena, 85, 361, 400, 417
Identidad fenomenológica entre prisión preventiva y pena de prisión, 386
Indagatoria (v. *declaración del imputado*)
Legislación local y mejora de la tutela jurídica, 423
Limitación temporal (v. *plazo razonable de duración de la prisión preventiva*)
Mecanismos sustitutivos de la prisión preventiva en el CPP PBA y en el CPP CABA, 431, 436
Peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, 383, 388, 396, 400, 403, 417, 431
Peligro de fuga en la, 382, 385, 396, 400, 402, 417
Peligro de reiteración o de reincidencia, 392, 398, 435
Peligro por la gravedad del crimen, 388, 392, 398, 422
Pena anticipada, 390
Presupuestos materiales y formales, 360, 416

Prevención de peligros, 390
Principio de proporcionalidad, 385, 417, 420, 430, 435
Propuesta de solución del problema, 399
Seguridad o eficacia del procedimiento judicial, 388, 392, 400
Sentencia absolutoria y sobreseimiento, 421

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD AMBULATORIA DE TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES, 143, 156, 183, 415
Arresto y duración, 143, 183, 404
Coerción directa y su compatibilidad constitucional, 184
Concepto de coerción, 182

PROBABILIDAD (v. *posiciones subjetivas frente a la verdad*)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO (v. *juicio abreviado*)

PROCEDIMIENTO ADVERSARIAL, 15, 100, 146, 313, 328

PROCEDIMIENTO EN CONTUMACIA (v. *rebeldía*)

PROCEDIMIENTO INTERMEDIO, 100, 258,
Control de los requerimientos conclusivos del fiscal, 258, 260, 365
Acuerdo de fiscales, 365

PROCEDIMIENTO PRELIMINAR (v. *instrucción preparatoria*)

PROCEDIMIENTO PROBATORIO, 81, 96, 99, 113, 181
Asunción, recepción o incorporación, 28, 80, 86, 99, 101, 109, 113, 345, 436
Incorporación de prueba en Casación, 101, 142,
Proposición u ofrecimiento de prueba, 99, 274
Valoración (v. *valoración de la prueba*)

PROCEDIMIENTO RECURSIVO (v. *recursos*)

PROCESAMIENTO, 360
Parámetros cognoscitivos, 77, 360, 417

Como presupuesto de las medidas de coerción, 360, 413, 417
Plazos para su dictado, 24, 360
Como mérito sustantivo para el dictado de la prisión preventiva, 55, 361, 410, 413, 417, 433
Su supresión, 361, 420
Recurribilidad, 284, 297, 362

PROCESO DE CONOCIMIENTO, 84, 342, 383

PROCESO DE PARTES (v. *procedimiento adversarial*)

PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS (v. *reformatio in pejus*)

PROHIBICIÓN DEL DOUBLE JEOPARDY (v. *principio de ne bis in idem*)

PROHIBICIONES PROBATORIAS, 107

Como excepción a la regla general de permisión, 49, 95, 103, 108

Dependientes, 110, 115

En el derecho anglosajón, 104, 113, 114, 118, 122

En el derecho penal internacional, 109

En la ciencia jurídica alemana, 110, 116, 118, 122

Función política, 114, 118, 125

Independientes, 110, 115

Inexistencia de criterios uniformes, 109

Limitación absoluta, 50, 95, 103, 111, 121

Limitación relativa, 50, 96, 103, 111, 123, 191, 193

Orígenes, 107

Principio de legalidad y prohibición de valoración, 120

Principio de libertad probatoria, 48, 94, 108, 103

Prohibiciones de adquisición, 49, 83, 95, 98, 109, 130, 216

Prohibiciones de valoración, 50, 95, 110, 115, 121, 130, 176

Regla de exclusión (v. la voz autónoma)

Sistemática propuesta por Ernst Beling, 111, 120

Sistemática propuesta por Eugenio Florián, 95, 112, 123

PRONTO DESPACHO (v. *denegación o retardo de justicia*)

PROTESTA DE RECURRIR EN CASACIÓN, 5, 30, 39, 46, 47, 48, 49, 50, 330

PROTOCOLO, 329, 333, 335, 346, 350

PRUEBA, 68

Actos probatorios, 5, 10, 56

Como garantía contra la arbitrariedad, 84

Concepto, 81

Consenso probatorio, 94

Control probatorio, 83, 154

Hecho notorio (v. *objeto de prueba*)

Indicios (v. la voz autónoma)

Inspección de cosas y lugares (v. *prueba documental*)

Introducción por lectura de la prueba al debate (v. la voz autónoma)

Judicial, 84

Libre, 112

Limitaciones probatorias (v. *prohibiciones probatorias*)

Medio de (v. *medio de prueba*)

Objeto de (v. *objeto de prueba*)

Órgano de (v. *órgano de prueba*)

Principio de libertad probatoria (v. *prohibiciones probatorias*)

Procedimiento probatorio (v. la voz autónoma)

Prohibiciones probatorias (v. la voz autónoma)

Proposición u ofrecimiento (v. *procedimiento probatorio*)

Recepción (v. *procedimiento probatorio*)

Rigurosa, 112

Valoración de la (v. *valoración de la prueba*)

PRUEBA DE PERITOS, 147

Aceptación e impedimentos para el ejercicio del cargo, 150, 154, 156, 183

Apartamiento de la conclusión expuesta en el dictamen, 157, 159

Apartamiento, 104, 150, 273

Autopsia, 129, 153, 161

Caligráfica, 162, 204
 Coerción de los peritos (v. *privación de la libertad ambulatoria de testigos, peritos e intérpretes*)
 Como auxiliar judicial, 149, 150, 169, 177, 204
 Concepto, 147
 Conocimientos especiales, 148
 Cuerpo de escritura, 162, 202, 204
 Deber de conservar las cosas, 152
 Deber de expedirse, 151, 153
 Deber de guardar reserva, 152
 Derecho a percibir honorarios, 152, 285, 328
 Dictamen, 94, 96, 151, 154, 183, 275
 Discrepancias entre peritos, 157
 Exclusión de los condenados, 151
 Excusación y recusación, 128, 150, 154, 273
 Facultades de la autoridad judicial 153, 158
 Fungibilidad, 127, 149
 Imparcialidad, 104, 128, 149, 150, 154
 Inspección mental o peritación psiquiátrica, 161, 178, 196, 210
 Interrogatorio aclaratorio, 158
 Juramento (v. *juramento o promesa*)
 Perito de parte o consultor técnico, 10, 154
 Perito intérprete, 149
 Perito oficial, 156
 Valoración, 157

PRUEBA DE TESTIGOS, 126

Advertencias preliminares y juramento (v. *juramento o promesa*)
 Arresto (v. *privación de la libertad ambulatoria de peritos, testigos e intérpretes*)
 Careo (v. la voz autónoma)
 Citación, 130, 143, 183, 275, 351, 404
 Costas, 144, 285, 328
 Deberes y facultades del testigo, 130
 Deber de abstención, 31, 50, 98, 104, 131, 162, 207, 211
 Deber de comparecencia, 130, 143, 174, 183, 188, 191, 404, 407, 415
 Deber de guardar reserva respecto de ciertos parientes próximos, 134
 Deber de información, 130, 138, 183, 184
 Deberes accesorios, 136
 Facultad de abstención, 50, 95,

98, 101, 104, 134, 137, 162, 207, 211, 233
 Secreto profesional (v. la voz autónoma)
 Diferencias entre testigo y perito, 126
 Falso testimonio, 31, 137, 174
 Forma del testimonio e interrogatorio, 62, 137, 175
 Habilidad, 130
 Juramento (v. *juramento o promesa*)
 Menores (v. *Cámara Gesell*)
 Notificación, 130, 348, 351, 403
 Preguntas capciosas o sugestivas, 62, 138
 Presentación espontánea, 27, 60, 131, 143
 Registración de la declaración (v. la voz autónoma)
 Sordos, sordomudos y analfabetos, 28, 57, 61, 138
 Testigo (definición), 129
 Testigo en causa propia, 97, 126, 162
 Valoración, 144

PRUEBA DOCUMENTAL, 169

Apropiación temporal, 172
 Concepto, 169
 Evolución del documento y sus soportes, 170
 Informes, 97, 174
 Instrumentos privados, 171
 Instrumentos públicos, 82, 171
 Prohibiciones de valoración probatoria específicas de este medio, 176
 Secreto (v. la voz autónoma)
 Secuestro (v. la voz autónoma)
 Valoración, 176

Q

QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA
 (v. también *denegación o retardo de justicia*) 330, 345

QUERELLA, 28, 225, 235, 244, 248, 261

Acreditación de extremos, 238, 239
 Asociaciones intermedias, 237
 Efectos del acto y facultades de quien querella, 239
 En los delitos de acción privada, 239, 244
 En los delitos de acción pública, 240

Forma, tiempo y contenido del acto, 237, 238

QUERELLANTE, 228, 236, 261, 264, 266, 268, 280, 285, 288, 303, 306, 313, 362, 365, 461

Querellante adhesivo, 235, 306

Querellante autónomo y su crítica constitucional, 241, 242

R

REBELDÍA, 11, 23, 168, 253, 351, 352, 383, 396, 402, 424

Procedimiento en contumacia, 253, 382, 383, 396, 418

REDADA POLICIAL O RAZZIA, 194, 195

RECLUSIÓN

Pena de, 315

RECONOCIMIENTO DE PERSONAS, COSAS O LUGARES, 96, 97, 138, 165, 167, 168, 172, 173, 179, 202, 204

RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO, 97, 165, 168, 169, 204, 209.

RECURSOS, 277

Acusatorio a favor del imputado, 279, 287, 305, 311, 362

Acusatorio en perjuicio del imputado, 46, 142, 147, 302, 305, 306, 311, 313, 316, 321, 322, 362, 369

Adhesión al recurso ajeno, 290

Admisibilidad, 25, 40, 282

Amplios u ordinarios 101, 282, 292

Bilateralidad 285, 314, 315, 322

Competencia del *ad quem* y sus límites, 281, 283, 292, 294, 303, 309, 321

Como requerimiento formal, 277

Derecho al recurso del condenado, 46, 141, 142, 281, 282, 304, 314, 319

Desistimiento 305, 306, 307, 312, 331

Distinción entre cuestiones de hecho y derecho, 141, 282

Efecto devolutivo, 281, 290, 293, 294, 295, 311, 312

Efecto extensivo o comunicante 298, 304, 309, 311

Efecto no devolutivo 293, 295, 312

Efecto suspensivo 294, 296, 358, 388

Ejecutabilidad anticipada de la decisión recurrida, 296, 362, 369, 421, 422, 427, 428, 436

Emplazamiento, 26, 290

Error *in iudicando*, 282, 292

Error *in procedendo*, 282, 292, 337

Facultad jurídica de interponer, 5, 277, 278, 279, 280, 282, 285, 288, 303

Forma, plazo y lugar de interposición (v. también *lugar de realización de los actos procesales*), 23, 26, 28, 30, 40, 61, 282, 288, 332, 336, 369

Gravamen 278, 279, 280, 286, 287, 288, 308

Gravamen irreparable 284, 362, 369

Historia, 280

Impugnabilidad objetiva, 282

Impugnabilidad subjetiva, 282

Inadmisibilidad 288, 291, 293, 294, 309, 312, 336

Inadmisibilidad y depósito previo, 293

Integración del tribunal o el problema de la multiplicación de instancias, 294, 318, 319

Limitados o extraordinarios 282, 291, 292, 337,

Organización judicial horizontal (v. voz autónoma)

Par conditio, 281

Principio dispositivo, 298, 303, 307

Procedimiento, 289, 290, 293, 355.

Reenvío 140, 142, 310, 321, 355

Reformatio in melius (v. *reformatio in pejus*)

Reformatio in pejus (v. voz autónoma)

Regressus in infinitum, 314, 322

Superación del modelo tradicional, 321

Supresión del juicio de admisibilidad del tribunal *a quo*, 294

Supresión del sistema de recursos, 316

Teoría general de los, 277, 278, 281

Y prisión preventiva, 284, 319, 362, 388, 422, 427, 436

RECURSO ACUSATORIO (v. *recursos*)

RECURSO DE ACLARATORIA, 332

RECURSO DE APELACIÓN, 51, 53, 101, 241, 257, 283, 284, 292, 314, 344, 362, 369, 427, 436

RECURSO DE CASACIÓN, 26, 30, 39, 49, 51, 53, 54, 101, 114, 141, 147, 171, 264, 280, 282, 284, 292, 299, 340, 342, 344

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, 53, 282

RECURSO DE QUEJA, 283, 291, 292, 293, 294, 312, 336

RECURSO DE REPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN, 46, 47, 50, 51, 53, 200, 278, 280, 283, 288, 289, 291, 293, 295, 332

RECURSO DE REVISIÓN, 23, 141, 142, 147, 282, 283, 285, 290, 295, 296, 297

RECUSACIÓN, 94, 249, 270, 295, 344
De jueces, 270
Forma, oportunidad, trámite y efectos, 94, 270, 271, 344
Funcionarios judiciales a los cuales se les extienden las reglas, 273
Ofrecimiento de prueba, 270, 274, 276
Sin causa, 273
Temor de parcialidad 40, 273

REFORMATIO IN PEJUS, 46, 142, 147, 300, 303, 310, 312, 313, 321, 339, 342, 344
Concepto, 313
Material y formal, 142, 314
Redefinición de su alcance, 314
Reformatio in melius 300
Y medidas de seguridad y corrección, 316
Y sistema bilateral de recursos, 314

REGISTRACIÓN DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL, 139

Acta del debate, 140
Carencias y efectos, 140
Caso "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 140
Caso "Herrera Ulloa" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 140, 141
Confusión entre el acto y el acta que lo registra, 140

Documentación del acto, 139
Durante la etapa preliminar, 142
Inmediación, 140

REGISTRACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES, 27, 60, 170, 171

Audiovisual, 27, 140, 142
De la declaración testimonial (v. *registración de la declaración testimonial*)
Del acto de debate (v. *acta*)
Escrito (v. *acta*)
Escriturismo, 60
Invalidez 28 (v. también *acta*)

REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA, 93, 104, 108, 110, 117, 118, 125

Consecuencias procesales y consecuencias penales, 121
Cursos causales hipotéticos, 124, 125
Efecto extensivo en el Derecho Penal alemán, 122
Excepción de fuente independiente, 123
Excepción de la buena fe, 117
Excepción de la proporcionalidad o ponderación de bienes jurídicos, 118
Excepción de la seguridad pública, 117, 118
Excepción del descubrimiento inevitable, 124
In dubio pro prueba, 125
Origen, concepto y evolución (Derecho angloamericano), 110, 114, 117
Regla de exclusión intrínseca y extrínseca, 110
Regla de exclusión y efecto preventivo, 117
Teoría del fruto del árbol venenoso, 122

REGRESSUS IN INFINITUM (v. *recursos*)

REPARACIÓN DEL DAÑO

Como tercera vía del Derecho penal, 71, 73
En el marco del ejercicio de la acción civil, 247

RÉPLICA, 264

REPOSICIÓN DEL PLAZO, 332, 333, 352, 353

REQUERIMIENTO DE APERTURA DEL JUICIO O DE REMISIÓN A JUICIO (v. también *acusación*) 41, 225, 228, 238, 239, 242, 260, 261, 262, 367,
Oposición, 258, 345

REQUERIMIENTOS DE LOS INTERVINIENTES
Concepto y clasificación, 223

REQUISA PERSONAL, 177, 195
Ámbitos personales protegidos, 198, 199
Condiciones de ejecución, 200
Requisitos, 197
Sin orden judicial, 197, 198
Urgencia, 199
Vencimiento de la voluntad, 196
Y *Nemo tenetur se ipsum accusare*, 197

RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS, 51, 61, 259, 314, 342, 348, 427

RETRIBUCIÓN, 386, 394

RUEDA DE PERSONAS (v. *reconocimiento de personas, cosas o lugares*)

S

SECRETARIO, 10, 273

SECRETO
bancario, 176, 216
particular 133, 176, 211, 217
oficial 133, 134, 176
tributario, 216

SECRETO PROFESIONAL, 33, 134

SECUESTRO, 11, 114, 119, 162, 176, 172, 195, 212, 213, 214, 217, 218, 285, 374, 379, 432,
Cadena de custodia, 178
Depositario, 219

SEDE DEL TRIBUNAL, 59, 274, 291, 348

SENTENCIA, 10
Concepto, 337, 354, 355
Deliberación, 317, 329, 340, 341, 346,
Exigencias formales, 338, 339
Firme (v. *decisiones judiciales*)

Fundamentación (v. *motivación y decisiones judiciales*)
Perfeccionamiento, 341, 342
Validez de la, 24, 28, 40, 41, 45, 47, 49

SENTENCIA DE ABSOLUCIÓN
Imposibilidad de cumplir con los requisitos que exige una sentencia de condena, 357
Ejecución inmediata y cesación de las medidas de coerción, 358

SENTENCIA DE CONDENA, 355, 356
Certeza (v. *posiciones subjetivas frente a la verdad*)
In dubio pro reo (v. la voz autónoma)
Límites cognoscitivos, 356, 357
Posibilidad de aplicar una norma diferente a la invocada por el acusador (v. *principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia*)
Principio de inocencia (v. la voz autónoma)

SISTEMA BILATERAL DE RECURSOS (v. *recursos*)

SOBRESEIMIENTO, 24, 227, 228, 250, 252, 259, 260, 270, 287, 300, 337, 342, 343, 346, 354, 359, 361, 421, 428
Concepto, 363
Motivos y valor de la decisión, 11, 12, 363, 364, 365
Oportunidad y formas de la decisión, 344, 368, 369
Por acuerdo de fiscales (v. *procedimiento intermedio*)
Provisional y/o definitivo, 365
Recursos, 245, 369

SOCIEDAD DE EXCLUIDOS, 395

SOCIEDAD DEL RIESGO, 182, 391, 392, 395, 399

SUMARIO DE PREVENCIÓN POLICIAL, 63

T

TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM, 310

TEMOR DE PARCIALIDAD (v. *recusación*)

TEORÍA DEL CONOCIMIENTO, 75

TEORÍA DEL DELITO (v. *derecho penal*)

TERCERÍAS, 285, 344

TÉRMINOS (v. también *plazos*), 19, 20, 26, 289

TERRORISMO, 399

TESTIS UNUS TESTIS NULLUS, 105

TORTURA Y TORMENTOS (v. también *prohibiciones probatorias*), 50, 51, 95, 104, 105, 121, 310

TRADUCTOR, 58, 150

TRASLADOS, 345

TRIBUNAL A QUO (v. *recursos*)

TRIBUNAL AD QUEM (v. *recursos*)

TRIBUNAL COLEGIADO, 211, 271, 273, 319, 330, 333, 341, 348, 436

TRIBUNALES DE ESCABINOS (v. *juicio por jurados*)

TRIBUNAL DEL RECURSO (v. *recursos*)

TRIBUNAL EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS, 390

U

V

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

De peritos (v. *prueba de peritos*)

De testigos (v. *prueba de testigos*)

Documental (v. *prueba documental*)

In dubio pro reo (v. voz autónoma)

Íntima convicción, 106, 145, 340

La sana crítica como fruto de un proceso político, 105

Libre convicción o sana crítica racional 102, 105, 106, 118, 144, 145, 157, 158 180, 340

Principio de inmediación y control burocrático de las decisiones, 105

Sistema de prueba legal o tasada, 104, 105, 106, 108, 118, 134, 144, 145

VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET O TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, 43, 48, 54, 119

VERITAS NON AUCTORITAS FACIT IUDICIUM, 73, 108

VIGILANCIA ELECTRÓNICA, 126

VERDAD (v. también *posiciones subjetivas frente a la verdad*), 68, 77, 83, 84, 85, 99, 107, 131, 156, 183, 203, 355

Como comprobación de hipótesis, 72

Como garantía, 73

Conocimiento reproductor, 75

Consensual, 73, 85

Correspondencia, 72, 73, 74, 76, 79, 80, 85, 432

Descubrimiento o averiguación de la, 68, 69, 71, 72, 74, 78, 79, 95, 99, 100, 131, 183, 184, 203, 210, 226, 287, 377, 383, 384, 385, 388, 403, 404, 407, 411, 414, 417, 424, 432

Formal, 79, 81

Principio dispositivo, 73, 79, 94

Producción oficiosa de prueba, 80, 99

Recorte por reglas jurídicas que la delimitan, 50, 51, 71, 95, 96, 107

Relativa o Relatividad del conocimiento 68, 72, 75, 77, 88

Su exageración, 73

VÍCTIMA, 10, 87, 129, 144, 202, 207, 210, 228, 230, 231, 233, 234, 235, 237, 299, 300, 306, 349, 367, 368, 376, 393, 406, 407, 431

Derecho a la reacción penal de la, 393

Menor de abuso sexual (v. *Cámara Gesell*)

VISTAS, 6, 345

W

X

Y

Z

Adenda

Proyecto de Código Procesal Penal Modelo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Historia y fundamentación del modelo normativo en materia procesal penal

El Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en ese momento el Sr. Aníbal Ibarra, dictó el Decreto n° 1092/ 2001 por el cual creaba, en el ámbito de la Secretaría de Justicia y Seguridad de la Ciudad, la Comisión para la redacción del Código de Procedimientos Penales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1 del decreto citado). En ese mismo decreto (art. 2) el Sr. Jefe de Gobierno facultaba al Sr. Secretario de Justicia y Seguridad de la Ciudad para emitir todos los actos administrativos necesarios para la constitución y funcionamiento de la Comisión creada y para el cumplimiento de sus objetivos. Quien fuera Secretario de Justicia y Seguridad, Sr. Julio De Giovanni, a la vez coordinador de la Comisión Redactora de los Anteproyectos de Código, me invitó a redactar el texto del Anteproyecto del Código Procesal Penal para la Ciudad de Buenos Aires a finales del año 2001.

Comencé la tarea al año siguiente con un grupo de jóvenes, todos pertenecientes al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, conocido por la sigla INECIP: la Srta. Ileana Arduino y los jóvenes Andrés Harfuch y Raúl Salinas. A poco andar, me visitó el Sr. Director Nacional de Política Criminal de la Secretaría de Justicia de la Nación, el Sr. Mariano Ciafardini, quien indagó sobre la posibilidad de que el Anteproyecto de Código en construcción sirviera, también, como modelo para la Oficina de Política Criminal del Ministerio nacional con el fin de evacuar las consultas que le formulaban ocasionalmente las diferentes provincias del territorio nacional o autoridades extranjeras. Con ese preciso objetivo se incorporó el Dr. Daniel Pastor, a la sazón consultor de la Dirección Nacional de Política Criminal, al grupo redactor. La tarea se tornó compleja puesto que a una ley de enjuiciamiento penal para la Ciudad se le agregaba la redacción de una ley que sirviera para definir la persecución penal en cualquier Estado, cualquiera que fuera su territorio, las personas que abarcaba y el poder político definido por su Constitución; por lo demás, quiero dejar constancia de que la Srta. Gabriela Jugo, única colaboradora mía en la redacción del Código Procesal Penal para la Provincia del Chubut, se incorporó al grupo en el año 2003, incorporación que, según se verá en las circunstancias que relataré, permitieron la terminación de este modelo para una autoridad diferente a aquella que lo encargó originariamente. A finales del año 2003 desertó el Dr. Daniel Pastor, quien, por entonces, viajaba a radicarse en Munich, República Federal de Alemania, en cumplimiento de una beca de investigación concedida por la *Alexander von Humboldt Stiftung*, a cumplir, básicamente, en la Universidad de esa ciudad.

En los primeros meses del año 2004, los tres jóvenes colaboradores del INECIP, en compañía de Alberto M. Binder, me comunicaron que el Secretario de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Sr. Juan Carlos López, conducía otro grupo que proponía una adaptación del Código Procesal Penal vigente para el Estado federal con el objetivo de ser sancionado como ley de enjuiciamiento penal de la Ciudad de Buenos Aires, a la par de informarme que tal ley sería sancionada en un tiempo breve por la Legislatura. Más aún, me instaron a unirme a ese propósito. Recuerdo que en el primer momento de esta comunicación tomé de inmediato el teléfono para requerirle al mismo Sr. Juan Carlos López que me aclarara la situación. Él me confirmó de inmediato los trabajos por él encarados y sobre los cuales yo había sido informado por las personas mencionadas arriba. Me indicó, a la vez, que creía que yo había dejado de trabajar en el proyecto para el cual había

sido designado. Y, a mi requerimiento, me precisó que en una semana, una vez que conversara con el Sr. Jefe de Gobierno, me anoticiaría fehacientemente acerca de si subsistía el interés de la Ciudad por el proyecto que yo desarrollaba, o si los aires políticos conducían hacia otras personas y otros textos. El Sr. Juan Carlos López nunca contestó mi requerimiento, a pesar de que, de cuerpo presente y verbalmente, en ocasión de visitar al Tribunal Superior de Justicia –tribunal del cual yo era juez y, si mal no recuerdo, su presidente–, me reiteró que lo haría; y tampoco lo hizo el Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad, todavía el Sr. Aníbal Ibarra, quien también recibió mi requerimiento, por escrito, que tenía como único objeto evitar “trabajar de balde”. Ello determinó que, también por escrito (julio de 2004), le comunicara al Jefe de Gobierno que la redacción del Código Procesal Penal para la Ciudad de Buenos Aires, que su Gobierno me había encargado, cesaba en ese momento y que no podía contar más conmigo –mucho menos gratuitamente– para llevar a cabo ese propósito. A los jóvenes colaboradores del INECIP (Srta. Arduino, Sres. Harfuch y Salinas), a pesar de esperarlos en los días siguientes –nos reuníamos los viernes, utilizados semanalmente para desarrollar el código– para proseguir hasta el final un trabajo ya elaborado en un ochenta por ciento, aproximadamente, no les vi nunca más la cara; no me comunicaron su interés por proseguir la obra, aunque más no fuera como “ejercicio académico” –posibilidad que yo había expresado al enterarme de aquello que acabo de contar y que constituía la razón de ser que ellos me expresaron al comienzo, al ofrecer su ayuda–, ni su falta de interés en ello y ni siquiera se despidieron de mí. A raíz de este episodio me he vuelto desconfiado, he aprendido, lamentablemente, a dudar de aquellos que se acercan para ofrecer auxilio; la desconfianza, a decir verdad, se acentuó unos años después: fue confirmada por la conducta que observó un representante político del gobierno nacional que presidía el Senado de la Nación.

El programa parecía haber concluido, y concluido en la nada, pues, para colmo de males, no conseguía los textos aprobados por intermedio de la Srtas. Gabriela Jugo y Cecilia Naddeo, esta última colaboradora mía en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Lentamente fue surgiendo la idea con estas dos colaboradoras de proseguir el trabajo, al menos como “ejercicio académico”. A fines del año 2004, recordamos el antiguo encargo de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación y yo tuve oportunidad de hablar con quien entonces era Subsecretario –actualmente, Secretario– de Política Criminal del Ministerio, Sr. Alejandro W. Slokar, quien me manifestó la permanencia del interés de su Subsecretaría en el programa desarrollado y su resultado. Así prosiguió la última etapa del trabajo, que hoy termina con la presentación de este modelo realizado con la colaboración de las abogadas Gabriela Jugo y Cecilia Naddeo, partícipes en la confección del Código y a quienes les agradezco su colaboración.

II. La reforma procesal penal

A. El enjuiciamiento penal en la República Argentina

La Provincia de Córdoba dio el primer paso para romper los moldes inquisitivos del procedimiento penal que España había dejado en el territorio de la República, como producto de la conquista y colonización de la América hispana. A ella y a su Universidad les corresponde el mérito de haber procurado la adaptación del sistema de enjuiciamiento penal a nuestros antecedentes constitucionales y, sobre todo, a la Constitución que había logrado nuestra unión nacional (1853). Gracias a un gobierno progresista y a la excelencia del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de aquella Universidad (Dres. Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez), la República Argentina comenzaba su proceso renovador en la

materia, en el año 1939, operado durante el siglo anterior en los países de Europa continental. El CPP Córdoba, sancionado y con vigencia desde el siguiente año, significó, entonces, la recepción en nuestro país de las ideas que, respecto del procedimiento penal, había consolidado el Estado de Derecho en el siglo XIX y la primera parte del siglo XX. Ello se puede demostrar, incluso, de la mano de las fuentes en las cuales abrevó el legislador cordobés, citadas en el mismo Código. Básicamente, él sigue los lineamientos del Código Procesal Penal italiano, vigente en esa época, con la anotación de que, políticamente, responde más al Código Procesal Penal italiano de 1911 y, estructuralmente, sigue más los textos del Código de 1930 --llamado Código Rocco--, programado durante la época fascista italiana y razón por la cual el Código Procesal Penal de Córdoba se aparta de él cuando resulta necesario. Tuvieron influencia principal en los textos desarrollados a comienzos del siglo XX, también, la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1939 y la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1855, conocidos por los proyectistas.

El proceso legislativo no se detuvo allí. En una reconstrucción de trazo grueso y simplificada, se puede decir que aquel Código extendió rápidamente su influencia por las provincias del noroeste argentino (salvo la Provincia de Tucumán), luego se trasladó a las provincias cuyanas, después fue introducido en algunas provincias del Litoral (Entre Ríos, Corrientes, Chaco) y alcanzó también a alguna Provincia del Sur (La Pampa). El desarrollo del sistema se paraliza allí, incluso sufre algún retroceso, debido a diferencias teóricas o por influencia directa de la inestabilidad constitucional. Por lo demás, tal desarrollo no alcanza a triunfar en el Estado federal, ni en las provincias de mayor importancia, tanto en población, como en recursos económicos (Buenos Aires y Santa Fe): la ciudad de Buenos Aires y su Universidad representaron, política y académicamente, el núcleo de la resistencia al cambio.

Uno puede describir, sintéticamente, el cambio propuesto por esas leyes procesales penales --que dieron en llamarse códigos procesales penales "modernos"-- de la mano de dos institutos del procedimiento, que representaron, en lenguaje foral y a manera de "emblema distintivo", a ese movimiento académico-legislativo: el "juicio oral" --mejor llamado juicio público-- como forma de legitimación de la incorporación de conocimientos para decidir por sentencia condenatoria o absolutoria; y la concepción --aún parcial-- de las reglas del procedimiento como desarrollo de las garantías de los derechos ciudadanos establecidos por la ley fundamental del Estado. La crítica política a ese movimiento, destinada a mantener la antigua forma de proceder, propia de una justicia de gabinete, por registros, se centraba, básicamente, en la ineptitud del sistema y de la organización judicial correlativa para dar respuesta a todos los casos ingresados a él. Vale la pena advertir que esa crítica, a pesar de responder a intereses políticos conservadores muy claros, se compadecía con la realidad, pero también señalar que ella era correcta aun para la organización judicial que procedía según el método de la justicia de gabinete, justicia que, como es natural en este tipo de procedimientos, toleraba una enorme delegación de las funciones típicas de los jueces en funcionarios y empleados subalternos. Por otra parte, la función de desarrollo de las garantías ciudadanas, que cumple el Derecho procesal penal, resultaba potenciada exponencialmente en esos códigos "modernos", respecto de los códigos antiguos, despreocupados en gran medida de esta tarea, según la entiende el Estado de Derecho.

El regreso a la normalidad institucional a fines de 1983 trae aparejado un nuevo impulso de recreación del Estado de Derecho en materia de procedimiento penal, según se había intentado en 1973, en una encrucijada política similar, aunque sin éxito, debido a la inestabilidad política del período. El movimiento resultaba esta vez acompañado por la tendencia universal hacia la democracia y la ade-

cuación del sistema penal a esa forma de gobierno, que repercutió especialmente en América Latina. Fruto de ese nuevo impulso fue el proyecto nacional de 1986 que, aun sin éxito legislativo, influyó vigorosamente en el ámbito académico. Desde el punto de vista legislativo, ese proyecto se hizo notar una década después, en los nuevos códigos de la Provincia de Córdoba y de la Provincia de Tucumán (1991), hoy también en la Provincia de Buenos Aires (1997), a la par que allanó el camino para la sanción del Código Procesal Penal de la Nación (1991, con vigencia desde 1993), que, algo más conservador, siguió los lineamientos del CPP Córdoba originario (1939), aunque recibió, por vía de excepción, algunas instituciones de aquel proyecto, tanto originariamente como en las sucesivas reformas parciales posteriores.

Con ello, la evolución legislativa de adecuación del procedimiento penal al Estado de Derecho decimonónico se puede considerar terminada y triunfante en todo el país: salvo la Provincia de Santa Fe, ninguna otra recuerda el procedimiento específico de la justicia de gabinete. Una vez aceptadas por el Estado federal las bases del CPP Nación que hoy rige, el desarrollo del procedimiento penal de las provincias que hasta ese momento eran tributarias de la legislación nacional, se aceleró de una manera antes inimaginable, por imitación.

El último exponente evolutivo de la tendencia legislativa llamada entre nosotros "moderna", el proyecto nacional de 1986, y los actuales códigos para las provincias de Córdoba y de Tucumán, realizaron un esfuerzo por poner al día el sistema cordobés originario con la evolución de los sistemas de enjuiciamiento europeo-continenciales acaecida en el siglo XX (Alemania, Italia, Portugal, como ejemplos, aun cuando el Proyecto 1986 es anterior a los nuevos Códigos de las dos naciones mencionadas en último término).

Por su parte, el Código sancionado por la provincia del Chubut (diciembre de 1999) representa un nuevo paso para la adecuación del sistema de enjuiciamiento penal de un Estado democrático, a la vez que una simplificación deseada de las reglas que integran una ley de enjuiciamiento, cuyo centro neurálgico reside en el juicio público y cuyas decisiones interlocutorias responden también a ese modelo de audiencias, con vigencia de los principios de inmediatez y contradicción. Ese Código, sancionado por la Provincia del Chubut representa el antecedente inmediato y directo de este modelo.

B. Síntesis de objetivos

En síntesis, se puede decir que el texto del proyecto procura:

- a) adecuar la legislación procesal penal al texto actual de la Constitución nacional y a la ley penal;
- b) lograr cierta eficiencia en la persecución penal de los hechos punibles, sin descuidar las garantías individuales de sus habitantes frente a esa persecución, conforme a las leyes fundamentales;
- c) simplificar y agilizar los procedimientos y disminuir el tiempo de su duración para arribar a una decisión final; y
- d) corregir la organización judicial y la de todos los oficios que deben intervenir en el procedimiento penal, para lograr los dos objetivos anteriores y un mejor aprovechamiento de recursos humanos y materiales.

C. Los defectos a superar

La llamada legislación procesal penal "moderna" significó, en términos histórico-políticos, un enorme avance en la tarea de "promover[á] la reforma de la actual legislación" en el ámbito de la justicia penal (Constitución nacional, art. 24). Sin

embargo, a pesar de su éxito, más de medio siglo de aplicación revela ciertos defectos del sistema, algunos originarios, propios o extraños a la legislación de recepción, otros debidos al progreso natural de las instituciones y hasta algunos extraños a la legislación procesal penal, sobre todo provenientes de la legislación penal.

En una rápida síntesis pueden ser resumidos los defectos detectables en la actualidad, algunos de ellos compartidos universalmente, en tres sectores básicos, mencionados ahora desde el más general hasta el más particular: la *organización judicial*, incluida allí el acusador público y la defensa pública, aspecto sobre el cual no discurriremos en esta exposición de motivos, sino sólo al final y a modo de advertencia; la *ineficiencia de la persecución penal y del sistema de garantías ciudadanas* y la *degradación del juicio público como pilar indiscutido de legitimación para la sentencia penal*.

1. Eficiencia de la persecución penal y del sistema de garantías

Se ha dicho alguna vez que no es posible lograr un sistema de persecución penal eficiente, en el sentido de la aplicación efectiva de la ley penal, si, además, se trata de ejecutar, al mismo tiempo, un sistema de garantías que proteja realmente los derechos fundamentales o básicos de la persona humana. En este sentido, un académico y legislador, el Prof. Dr. José Ignacio Cafferata Nores, acuñó la frase: lo que se logra en eficiencia para la aplicación de la pena estatal, se paga en moneda de garantías, y viceversa. Precisamente, el gran desafío consiste en crear un sistema de enjuiciamiento penal que potencie la capacidad de decisión sobre los conflictos penales que ingresan al sistema, sin desconocimiento alguno para los derechos básicos de la dignidad del ser humano, incluido quien es perseguido penalmente, y con mayor eficacia para las garantías penales.

a) Duración excesiva de la persecución penal

El mayor problema que se aprecia en el procedimiento penal –compartido con los demás procedimientos judiciales e, incluso, de orden universal– consiste en su excesiva duración, en la distancia temporal que existe entre el suceso que provoca la intervención judicial y su decisión. Se puede indicar por títulos paradigmáticos los principales motivos que provocan este efecto: la *instrucción penal preparatoria*, el sistema de *recursos* y el sistema de *nulidades*.

Históricamente, la *instrucción preparatoria* escrita y formalizada (protocolizada por actas en un legajo), y a cargo de un juez, que reúne en sí mismo la calidad de inquisidor y portador del poder de decisión, aun sin plenitud, fue el resultado de un compromiso político entre *l'ancien régime* y las ideas innovadoras de la Ilustración, espejo de las instituciones inglesas. En efecto, el juez de instrucción representa al inquisidor y el legajo burocrático que reúne los diferentes protocolos representa a la justicia de gabinete, caracterizada por su organización vertical, que imponía al inquisidor rendir cuenta ante sus superiores de su labor y de la conformidad de ella con la ley que regulaba su función, precisamente para que ese superior jerárquico pudiera controlarla y valorarla. El sistema así creado –ni vale la pena indicarlo– reniega abiertamente del régimen acusatorio y de la distinción de funciones entre quien persigue y quien decide. Pero la complejidad instrumental de la averiguación preliminar y de la protocolización de sus actos condujo sin más, por una parte, a la prolongación innecesaria de este período y, por la otra, transformó el litigio en un verdadero “torneo” por la detección de vicios formales que pudieran conducir a la anulación de los actos cumplidos. Si se observa que esos actos pueden ser incorporados al debate, de manera sencilla, por su lectura, se extraerá como consecuencia el valor de la partida para los jugadores y el pre-

mio del vencedor. De la manera que luego se indicará, el texto del nuevo Código pretende –y ojalá lo logre– terminar con esta práctica, cambiar las reglas de juego y, con ello, el objetivo del litigio, con la esperanza de una disminución sustancial de la complejidad formal de este período del procedimiento, que conduzca a su marcada abreviación temporal. En ocasiones le bastará al acusador verificar informalmente los elementos brindados por el parte policial para poder acusar (requerir el juicio público) y ofrecer prueba para el debate. Y ello debe conducir, también, a cierta descarga de las obligaciones de los testigos, hoy condenados a asistir varias veces ante las autoridades policiales o judiciales, antes de rendir sus –verdaderos– testimonios en el debate público.

El sistema de *recursos* también colaboró en la tarea de tornar complejo el procedimiento y de extenderlo temporalmente. Los recursos son, en su génesis, mecanismos para permitir el control jerárquico. A tal punto ello es así, que, originariamente (Inquisición), existía una innumerable cantidad de casos en los que no era necesaria la voluntad de un perjudicado para poner en marcha el mecanismo de control (recurso de *oficio-justice retenue*). Según se verá, el texto del nuevo Código intenta suprimir la gran cantidad de recursos existentes, sobre todo durante la investigación preliminar, reemplazándolos, cuando resulta absolutamente necesario conceder un nuevo examen de la cuestión (sobreseimiento judicial–privación de libertad durante el procedimiento), por la facultad de los intervinientes de solicitar para el examen de algunas cuestiones la integración plural del tribunal. Con ello se pretende, también, evitar las interrupciones temporales del procedimiento de investigación. Párrafo aparte merecerá el sistema de recursos contra la sentencia, a estudiar en el lugar respectivo.

Como dijimos, la *nulidad* y su sistema dan origen a un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia, pero cuya meta intermedia consiste en, cada tanto, intentar que el procedimiento regrese hacia atrás para comenzar de nuevo. Incluso los jueces, de oficio, intervienen en este torneo y evitan con este mecanismo la necesidad de dirimir el caso. El nuevo texto del Código, sin excluir forma esencial alguna del procedimiento necesaria para proteger a alguno de los intervinientes, y, por ende, sin desconocer los vicios que él pudiera contener por la actividad de quienes lo dirigen, transforma a esos vicios en condiciones de validez de los actos regulados para que puedan cumplir su fin, de modo que, advertido quien lo desarrolla del efecto que puede tener la afirmación de su propia voluntad en contra de la regla procesal, sepa que ese vicio, eventualmente, no le permitirá utilizar el acto, conforme a su fin, para decidir en contra de la persona protegida por la regla que establece alguna de las formas esenciales. Para el texto del Código no existe el “incidente de nulidad”, como juicio autónomo sobre el acto, ni la invocación del vicio cuando la resolución no le sea adversa a aquel en cuya protección existe la regla infringida. La “nulidad” no será más, así, una sanción al acto viciado, que provoque la necesidad de su recuperación, sino, antes bien, un motivo de aclaración de la invalidez de la resolución que utiliza ese acto en disfavor de la persona en cuyo interés existe la protección de la forma. Por lo demás, la simplificación deseada, determinante para la confección de un texto legal más sencillo de operar y mucho más reducido, que sólo pone el acento en el juicio oral y público –y no lo pone en un procedimiento por actas o registros anterior a él–, contribuye sobremanera a evitar girar en torno a esta institución, que pierde toda su importancia pasada.

A pesar del esfuerzo por superar problemas reconocidos, es necesario confesar que existen otros problemas imposibles de superar por la legislación o cuya solución sólo depende de la organización judicial y sólo allí hallará tratamiento adecuado. Entre los primeros se debe ubicar el congestionamiento judicial por la

enorme cantidad de casos que ingresan al sistema, que, a su vez, provoca la acumulación en exceso de trabajo de todas las agencias judiciales del Estado (policía, ministerio público, tribunales). El ejemplo más característico es el régimen del ejercicio y de la extinción de las acciones penales, que regula el Código Penal. En efecto, la competencia legislativa del Congreso de la Nación para establecer las reglas respectivas no parece discutible. Frente a la distribución rígida de acciones perseguibles "de oficio" (Código Penal, art. 71), dependientes de instancia (Código Penal, art. 72) y de ejercicio privado (Código Penal, 73 y ss.), resulta imposible jurídicamente imaginar soluciones diferentes que reduzcan el ámbito de la persecución penal oficial o permitan sustituciones de esa reacción por la persecución penal privada, en miras a descongestionar la tarea de los oficios estatales, cargados con una enorme cantidad de casos que no alcanzan a procesar o que no alcanzan a procesar como corresponde. El llamado *principio de legalidad*, emanado de esas reglas y del mandato establecido en el art. 274 del Código Penal, resulta también imposible de reducir en sus consecuencias jurídicas llamando a auxilio a su opuesto contradictorio, la *oportunidad*, en algunos casos genéricos claros que posibilitarían la reducción de aquel caudal justificadamente. Soluciones sencillas para la extinción de la acción penal, en casos en los cuales disminuye el interés estatal en la persecución penal y, por lo contrario, aumenta el valor del interés particular –y, con ello, la influencia correcta del principio de la *autonomía de la voluntad*–, como la conciliación o el restablecimiento del equilibrio autor-víctima (delitos patrimoniales, por ej.), resultan imposibles de instrumentar por intermedio de la legislación procesal en cuyo ámbito legislativo no se halla la solución. Tampoco ella puede solucionar el problema que plantea la verdadera *inflación* de mandatos y prohibiciones penales, hoy extendidos a todos los ámbitos de la relación social, casi sin límites, causa real del congestionamiento judicial que reduce a cenizas aquel viejo principio de la *subsidiariedad* del Derecho penal (*ultima ratio* del control social formal y duro).

Un mayor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales sólo se puede lograr a través de una organización judicial racional y ágil. En relación a la operatividad del procedimiento judicial es conveniente dejar para ese tramo de la reforma la discusión de problemas tales como la competencia de los tribunales y la integración ideal de un cuerpo de decisión para resolver casos genéricos. En este sentido, salvo el caso de la audiencia preliminar y, en principio, el de los incidentes de ejecución, en los cuales el Código ha establecido, por vía de ensayo, la integración unipersonal del tribunal para la decisión, el texto permite decidir con libertad la integración de los –en su caso– diferentes cuerpos de decisión, incluso la participación de ciudadanos en la integración de algunos de ellos, para lo cual contiene reglas especiales de procedimiento, agregadas al juicio común. Pero aun si se deseara una integración plural de los cuerpos de decisión que resuelven artículos anteriores al juicio –básicamente: audiencia preliminar e incidentes de ejecución–, los retoques al texto propuesto serían mínimos.

b) El problema de la instrucción preparatoria

Históricamente, el juez de instrucción y su procedimiento representan el rescate del inquisidor y de la Inquisición para el nuevo Derecho procesal penal del Estado de Derecho, ambos respaldados por la conservación del poder político centralizado y, consecuentemente, por la persecución penal pública como regla de principio del sistema penal en la renovada organización social estatal napoleónica. A decir verdad, estas instituciones lograban un fin político superior: introducir al juicio público, a partir de las actas labradas por un juez que les concedía importancia –así como un notario se la concede a los contratos escritos–, actos de

información básicamente no controlados, que pasaban a servir, a través de la lectura del acta, para fundar la sentencia. Así, el juicio público redujo su importancia y significó, como antaño, una coronación festiva del legajo inquisitivo; también, operó una sustitución del jurado por jueces profesionales, a la vez que los parámetros de observancia acerca de la imparcialidad del tribunal se debilitaron, en el sentido de exigencias de neutralidad. Hoy no vale la pena demorarse en la argumentación contraria a la existencia del "juez de instrucción", pues las principales leyes procesales penales argentinas, originariamente o por reformas posteriores, han trasladado a la fiscalía la función de investigar y preparar la demanda penal (acusación) para defenderla en juicio. Este proyecto parte de esa base y de la base de que, cuando fuera necesaria una decisión judicial, sea el acusado quien la proponga y defienda. Asimismo, el proyecto, para evitar confusiones, define como prueba -elemento idóneo para fundar una decisión- sólo al acto que ingresó en una audiencia judicial en presencia de los intervinientes en ella.

2. El juicio público: base indiscutida de la sentencia penal

La introducción del *juicio público* ha sido, sin duda, el emblema que ha caracterizado la reforma del enjuiciamiento penal en nuestro país y en Latinoamérica. Toda la América hispana procede de un procedimiento burocrático, de gabinete, introducido por España (*Siete Partidas*) durante la colonización, que permaneció entre nosotros y los demás países de la región, maguer la decisión constitucional hacia la revolución decimonónica y el mandato de reformar la legislación vigente (Constitución nacional, art. 24), e introducir el juicio público por jurados (ibidem, arts. 24, 75 inc. 12, 118 y la incorporación constitucional de las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos, art. 75, inc. 22). Frente a esta situación, el CPP Córdoba (1939) y la reforma general que le siguió reivindicaron al juicio público como necesidad ineludible del Estado de Derecho.

Ha llegado el momento de perfeccionar y potenciar esta institución para evitar errores propios de la legislación originaria y las de recepción, y para eliminar otros que, a través del tiempo, impusieron rutinas fundadas en una tradición burocrática inquisitiva. Con la misma advertencia anterior -la necesidad de sintetizar los problemas principales-, tres son las cuestiones básicas a reconocer para intentar un perfeccionamiento de la institución: la *instrucción preparatoria* formalizada en registros ha terminado por transformar el debate en una terminación festiva o pomposa de ella, desplazándolo del centro de gravedad del procedimiento penal; el *tribunal de juicio*, como cuerpo de decisión del debate, está lejos de garantizar los requerimientos mínimos del principio de *imparcialidad del tribunal*, tal como se lo entiende hoy en día, básico para la conformación de un Estado de Derecho; y el *sistema de recursos contra la sentencia*, conformado bilateralmente -tanto para el condenado como para el acusador-, desconoce máximas de garantía esenciales del Estado de Derecho (*ne bis in idem*; prohibición de la *reformatio in peius*) y, al mismo tiempo, traduce una concepción errónea del "derecho del condenado al recurso", garantía procesal emergente de las convenciones universal y regional sobre derechos humanos.

Se ha observado que el debate que precede y legitima una sentencia penal ha sido literalmente "engullido" por la instrucción preliminar escrita, por dos razones principales: la lectura de sus actas en el debate, permitida ampliamente -incluso por reglas prácticamente abiertas- por la ley procesal (verificación que se compadece con el compromiso político que dio nacimiento al sistema inquisitivo reformado del Derecho francés, extendido en toda Europa continental durante el siglo XIX) y la rutina inquisitiva que ya pertenece a nuestra cultura, difícil de vencer en un tiempo breve. Hasta se puede sostener, con fundamento, que los tribu-

nales han leído incorrectamente la autorización para introducir por lectura actos escritos, precisamente por devotos de la cultura inquisitiva, y extendido la autorización para casos y en relación a fines no previstos por la regla. Ello, sin embargo, no evita el suceso real que se comprueba, pues la instrucción preliminar, incluso desde el punto de vista temporal, prevalece sobre el juicio público. El texto del Código pretende corregir este defecto grave de varias maneras. En principio, él encomienda la averiguación preliminar al órgano propio de la persecución penal, el acusador (en el caso de la persecución penal oficial, la fiscalía y la policía), de modo tal de evitar la influencia perniciosa que sugiere la ideología de la práctica de esas diligencias mediante actos formales de un "juez", que le presta su título al propio acto para concederle seriedad y efecto obligante. De manera natural, nadie puede estar dispuesto a condenar por actas labradas por el propio acusador que propone la condena, razón por la cual sus actos y quienes los pueden utilizar respetarán naturalmente la idea básica de que ellos sirven tan sólo para *preparar* el ejercicio de la acción pública. Correlativo a ello resulta ser la prohibición para el acusador de imponer la prestación de juramento a peritos y testigos, quienes, si son ofrecidos para la audiencia del debate, expresarán sólo allí su información bajo admonición. Por lo demás, el texto define la palabra "prueba" sólo como la información incorporada en una audiencia, según las reglas que la presiden (oralidad, publicidad, inmediación), y limita la influencia de ese concepto únicamente a la decisión a dictar a consecuencia de esa audiencia, por los jueces que la presenciaron. Por esta razón, cualquier interviniente puede solicitar a un juez, excepcionalmente, en caso de peligro por la demora o por imposibilidad de incorporar la información en la audiencia a la cual está destinada, que anticipe esa audiencia, reciba la información y la registre, conforme a las reglas propias de ella y por el medio más conveniente, para incorporar su contenido por reproducción en oportunidad de la audiencia respectiva (actos definitivos e irreproducibles); sólo de esa manera la información se podrá incorporar y valorar en la decisión que concluye la audiencia.

Con la instrucción jurisdiccional registrada, el tribunal del juicio conoce por anticipado el caso, esto es, aquello que se conoce de él según la investigación practicada para acusar, antes y por fuera de la audiencia del debate, destinada, precisamente, a incorporar esos conocimientos de un modo particular: con control de las partes y con posibilidad de contradicción para ellas. Ello lesiona el principio de *imparcialidad* del juzgador, pero también la razón natural a cuyo fin se establece el juicio público (publicidad, transmisión directa sin intermediario, contradicción previa). Hoy la imparcialidad o neutralidad del juzgador se define, precisamente, en relación con la ausencia de conocimientos previos sobre el caso, de manera que la audiencia del debate cumpla sus fines naturales; se observa que un juez que conozca el caso de antemano, es, al menos potencialmente, un juez con prejuicios, sospechoso de parcialidad, interpretación sostenida por varias sentencias de tribunales internacionales. Para aventar este peligro, el texto acude también a distintos mecanismos. El debate es precedido por una audiencia preliminar que dirige un juez con impedimento para integrar el tribunal del juicio, quien resuelve si se abre el juicio o se sobresee el procedimiento en favor del acusado, sobre la base del requerimiento del acusador; en el primer caso, también es él quien se ocupa de preparar el debate, actividad concedida por los códigos "modernos" al tribunal de juicio, de modo tal de evitar toda resolución de este último tribunal antes del debate, por una parte, y de lograr que sus jueces ingresen al debate sin conocimientos previos, por la otra. Por supuesto, si el juez lesionara informalmente este principio, sería susceptible de ser recusado por temor de parcialidad, estaría obligado a denunciar el defecto, y, en su caso, la infracción a este

deber constituiría una falta grave en el ejercicio de su función. Esta concepción de la imparcialidad o neutralidad de los integrantes del tribunal del juicio se observa con mayor naturalidad cuando los tribunales están integrados por ciudadanos (jurados o escabinos), pues es regla natural para ellos el desconocimiento de toda información sobre el caso, antes de la audiencia prevista para ese fin. Finalmente, resulta una consecuencia de esta idea, aquella de *desformalizar* la investigación preparatoria y, correlativa a ella, el mandato de resolver los incidentes que pueden ser llevados a cabo durante esa instrucción (autorizaciones de injerencia en derechos individuales: p. ej., injerencias estatales en la libertad o intimidad del imputado) por audiencias que le sirvan de soporte y legitimación a la decisión.

Por último, contribuye a colocar al juicio como centro de gravedad del procedimiento la correcta regulación del sistema de recursos contra la sentencia. Por un lado, conceder recurso al acusador, significa concederle, en principio, la posibilidad de volver a perseguir penalmente después del fracaso de la acusación, con infracción del principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), propio del Estado de Derecho y hoy exigencia universal: este principio ha sido traducido con razón –por el Derecho anglosajón– como la interdicción de someter al acusado a un riesgo redoblado de condenación penal, esto es, a un doble o múltiple enjuiciamiento ante un tribunal. Pero, además, la concesión significa, también, reducir a pura formalidad el principio que prohíbe la *reformatio in peius* frente a la organización estatal, sólo comprensible materialmente, en Derecho penal, si, ante la sentencia del tribunal del juicio, el nuevo juzgamiento no procede de la actividad del órgano que persigue penalmente, sino de la voluntad del propio acusado en procura de una decisión más benigna. Por ello –y otras razones teóricas aquí no nombradas: *regressus in infinitum* cuando el recurso se concede bilateralmente–, el derecho al recurso del condenado, impuesto por las convenciones de derechos humanos, sólo puede querer significar que el único autorizado a lograr un segundo juzgamiento, para hacer efectiva la garantía procesal de la *doble conformidad*, es el mismo condenado, salvo situaciones muy especiales.

La estructura del Código propuesto, por lo demás, resalta, según explicaremos, el papel central que debe cumplir el juicio en todo reglamento procesal.

III. La estructura del procedimiento y sus particularidades

A. Libro I: Regulación del juicio penal

1. El procedimiento: juicio penal

El Código está presidido por el propósito de abreviar la innumerable cantidad de reglas, incluso repetidas, que la manera tradicional de legislar en Derecho procesal ha impuesto en nuestro país y universalmente. Tal propósito sirve al más general de evitar complicar de manera esotérica el procedimiento para aplicar la ley penal y para defenderse de una imputación penal, sin desmejorar la calidad de la protección de las garantías procesales individuales, procedentes del respeto por la dignidad humana, reconocida a quien es perseguido penalmente. Una de esas garantías consiste, precisamente, en el juicio penal y sus características principales de procedimiento *público* (publicidad popular) y *contradictorio* o adversarial, cuyo eje central, los debates, son cumplidos en la presencia ininterrumpida de quienes están legitimados para intervenir en él y de los jueces que contribuirán a dictar sentencia (*inmediación*), sin solución de continuidad entre sus diversos actos (*concentración* o *continuidad*) y con utilización de la *oralidad* como modo de comunicación entre las diversas personas que en él intervienen. Tal caracterización del juicio no sólo sirve para garantizar que la verdad se adquiera mediante un procedimiento dialéctico de crítica y confrontación de intereses, sino, además,

para asegurar la transparencia pública de la manera de administrar justicia por parte de los jueces y de posibilitar su control ciudadano; más aún, también para evitar la *delegación* del poder de juzgar en extraños a esa tarea, fin propio del procedimiento por registros.

Según se puede observar, el Libro I se dedica, *exclusivamente y en primer lugar*, a establecer el *juicio penal*, único período de la persecución penal formalizado y secuenciado estrictamente. Él, básicamente, se resuelve en dos audiencias, la *audiencia preliminar*, llevada a cabo por un juez y establecida, en principio, para el control de la acusación como acto provocador del debate, y, para *preparar el debate*, en caso de que el juez decida su apertura; y el *debate*, destinado a proveer el material sobre la base del cual los jueces que asisten a él dictarán sentencia absoluta o condenatoria.

Se ha querido comenzar de esta manera, a contrario de lo que sucede en los demás códigos argentinos, para señalar claramente el lugar central que ocupa el juicio en el procedimiento penal, sin importar la clase o categoría del hecho punible –de persecución pública o privada, por ejemplo– objeto del procedimiento. En cierta manera, si se mira el procedimiento bajo el cristal de la estructura de los códigos “modernos”, se puede decir, groseramente, que el proceso se ha asimilado a la estructura del juicio por delitos de acción privada.

Según se verá en la próxima letra, se trata de una única manera de proceder en materia penal, de la proposición de un único *juicio de conocimiento*. Los procedimientos especiales tradicionales (juicio por delito de acción privada, juicio con jóvenes, juicio para la aplicación de una medida de seguridad) y los procedimientos que así resultan por diferentes composiciones del tribunal sentenciador (juicio con o por jurados), son resueltos mediante reglas de menor alcance, que establecen aquellos pormenores que cabe cumplir en el caso particular.

Por lo demás, los problemas relativos al ejercicio de la acción, porque ella no pudo proponerse válidamente o no puede proseguir (impedimento u obstáculo procesal como la *cuestión prejudicial*, la legitimación especial para acusar –*acción privada*– o para habilitar la instancia –*instancia privada*– o el *privilegio constitucional* para la imperseguibilidad temporal de ciertos funcionarios), son incidentes de la audiencia preliminar, en caso de no haber sido superado el impedimento o el obstáculo con anterioridad por el acusador, que provocan, de subsistir, la clausura provisional del procedimiento hasta tanto el impedimento o el obstáculo hayan desaparecido.

De la misma manera son resueltas ciertas vicisitudes del procedimiento que conducen a la suspensión del juicio (*suspensión del juicio a prueba*) o al reemplazo del debate por el apoderamiento al juez de la audiencia preliminar para dictar sentencia sobre su misma base (*procedimiento abreviado*).

2. Los antiguos procedimientos especiales de conocimiento

Nuestros códigos siempre sintieron la necesidad de corregir las reglas relativas al juicio común u ordinario de conocimiento en un libro específico dedicado a los *procedimientos especiales*. Nunca se trató, sin embargo, de verdaderos procedimientos específicos, distintos al juicio común, sino del mismo proceso de conocimiento que, debido a la particularidad de su objeto o de la integración particular del tribunal respecto del juicio común, contenía reglas específicas de aplicación al caso. Esa es la razón principal para limitar toda intervención jurídica a señalar pequeñas reglas de adaptación al caso particular de que se trata: el ahorro de reglas y referencias, a más de la sencillez para su comprensión, la reducción de la complejidad y de los problemas que pueden presentarse conforme a ella.

Así, se da cabida en el Código al *juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección*, sentida necesidad de nuestro ordenamiento jurídico pro-

cesal penal para lograr que, quien sufre también la sanción penal, tenga posibilidad de resistirla, esto es, de cuestionar los extremos que tornan posible una medida de esa clase. El juicio, sin embargo, no altera los cánones básicos de aquel en el cual se discute la culpabilidad del acusado y una pena.

El *juicio por delitos de acción privada* no transforma el procedimiento principal. Sólo en la audiencia preliminar se incorpora, previamente, la *audiencia de conciliación*, clásica en nuestro sistema, así como el auxilio judicial para medidas previas a la acusación que no puede realizar el acusador privado por sí mismo y reglas propias para adaptar las reparaciones especiales (*retractación y explicaciones satisfactorias*) que concluyen o redefinen el conflicto en las lesiones al honor, según la ley penal.

El *juicio con jóvenes* tampoco representa mayor modificación respecto del juicio común: una sola regla soluciona las particularidades de este juicio.

Las mayores dificultades provienen de las reglas necesarias para una integración del tribunal con jueces accidentales. En ese sentido, es sencillo adaptar el procedimiento para la incorporación al tribunal de jurados "escabinados", porque ellos integran, con los jueces profesionales y permanentes, un único cuerpo de decisión y gozan de idénticos atributos y deberes que ellos. Las reglas relativas a la selección de los jueces accidentales y al compromiso solemne para administrar justicia son comunes a la integración del tribunal con jurados clásicos.

Pero el *juicio por jurados*, integrado por jueces accidentales a la manera clásica, en un cuerpo de decisión diferenciado del juez profesional que dirige la audiencia, necesitó de mayores esfuerzos de adaptación. En este sentido, hubo de regularse, en la audiencia preliminar y con posterioridad a la decisión de apertura del debate, la audiencia para la selección (derecho de recusación) de los jurados hasta dejar integrado el cuerpo de decisión que intervendrá en el debate, y, en él, la prohibición de interrogar y el compromiso solemne de los jurados para administrar justicia, la forma de postulación y de deliberación del veredicto por los jurados, y la relación del veredicto con la sentencia penal del juez. Cabe agregar que el juez, frente a un veredicto de culpabilidad, todavía puede, por razones estrictamente jurídicas, absolver; el veredicto absolutorio de los jurados es, en cambio, soberano.

Resta aclarar, para terminar la explicación del título, que las previsiones acerca de la diferente integración de los cuerpos de decisión que se expresan por el tribunal, en los casos particulares que les toca decidir, establecen reglas que, de manera idéntica a las de competencia de los diferentes tribunales por circunscripción, corresponden a la ley de organización judicial propiamente dicha e integran su contenido.

3. La investigación preparatoria (instrucción penal)

El Código no disciplina la investigación preparatoria, que en los delitos de acción pública cumplirá, fundamentalmente, la fiscalía, sin perjuicio de la colaboración policial o de la que pueda realizar el acusador privado (víctima), y en los delitos de acción privada, sólo el acusador privado. Respecto de la investigación que cumple la fiscalía para preparar la acción pública (acusación), la ley sólo contiene un par de reglas (arts. 204 y ss.) que pretenden, según se verá, disciplinar la función de quienes persiguen penalmente (policía y fiscalía) por vía de principio y limitar el poder de los órganos estatales que se ocupan de esa tarea y son depositarios de la fuerza pública.

En el caso de los delitos de acción privada se regula sólo el auxilio judicial para la investigación preliminar que cumple quien querella, tanto al disciplinar los pasos iniciales del procedimiento común (art. 8), como cuando se trata de prote-

ger elementos de prueba que, verosíblemente, no podrán realizarse durante el debate (art. 150).

Es conveniente resaltar que la labor de acusador de la fiscalía y la de su auxiliar, la policía, están regidas, por una parte, por los principios de *objetividad y lealtad* (art. 204), y, por la otra, por el principio de *legalidad* (art. 205). El primero de esos principios importa el deber de destinar la investigación preliminar tanto a averiguar los datos que pudieran conducir a una acusación, como aquellos que pudieran determinar el sobreseimiento de la causa en favor de quien fue imputado. El segundo principio se relaciona con el deber de información de la fiscalía hacia quienes intervienen en el procedimiento, en especial, hacia el imputado y su defensor. El tercer principio mencionado se vincula a la decisión política del Código Penal (art. 71) acerca de la iniciación oficial de la persecución penal y al mandato que la misma ley penal contiene para los órganos de persecución penal; de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible (Código Penal, art. 274). Cualquier razón política acerca del ingreso de criterios de discrecionalidad (*oportunidad*) para evitar la persecución penal de algunos hechos punibles, por necesarios que ellos sean para gobernar el cúmulo de casos que ingresa al sistema penal, para mayor eficiencia de la persecución penal o por razones de justicia intrínseca del caso, colisiona con definiciones previamente determinadas por la ley penal nacional, para cuya sanción resulta competente, en principio, el Congreso de la Nación (facultades legislativas delegadas, Código Penal, arts. 71 y siguientes). Ello merece una discusión extraña al procedimiento en sí —relativa a la organización judicial posible— y es conveniente que las reglas que de ella resulten sean incluidas en el Código Penal, dadas las explicaciones anteriores, porque él rige en todo el país (CN, 75 inc. 12).

El procedimiento de investigación está excluido de la publicidad general: la regla disciplina los deberes de reserva de todos aquéllos que intervienen en ella (art. 205). El funcionario de la fiscalía que dirige la investigación puede, incluso, determinar su secreto por un plazo breve, decisión que provoca la suspensión de su deber de lealtad en la información. Ese límite sólo puede ser superado, en casos excepcionales, con la autorización de un juez y siempre por un plazo determinado. Por lo demás, con el fin de llevar a cabo un acto de investigación, el funcionario que dirige el procedimiento puede ordenar el secreto parcial por el tiempo absolutamente imprescindible para llevar a cabo el acto, que nunca puede superar las veinticuatro horas.

Importante también es señalar que, ya desde la definición de prueba (art. 148), quedan excluidas del concepto todas las diligencias llevadas a cabo por el acusador, que así asumen mero carácter preparatorio: el acusador deberá incorporar en el debate todo elemento de prueba que conduzca, según su criterio, a la condena del acusado. Como antes dijimos, la única excepción a este criterio se vincula con la necesidad de proteger elementos de prueba que, factiblemente, no podrán ser incorporados durante la audiencia, caso en el cual se prevé la intervención anticipada de los jueces, con un procedimiento contradictorio, de manera tal que su registro pueda ser incorporado a la audiencia (arts. 150 y 151).

Límites para la investigación penal y para el ejercicio de la fuerza pública por parte de sus portadores resultan ser, además, todas aquellas injerencias en derechos fundamentales de los habitantes que no están prohibidas absolutamente por la ley constitucional, pero que necesitan autorización y control de legalidad por parte de los jueces (libertad, intimidad hogareña, propiedad, etcétera). Dichos derechos han sido reglamentados específicamente en los demás capítulos del Libro II, reglamentación que la policía y la fiscalía deben observar rigurosamente (art. 206).

B. Libro II: Facultades, deberes y garantías de los participantes en el procedimiento

Todo el Libro II está destinado, básicamente, a los intervinientes en el procedimiento.

1. El imputado

Es básico para este Título la reglamentación de todas las garantías procesales de que goza el imputado conforme a las leyes fundamentales y el establecimiento de las facultades correlativas. Así, el derecho a ser oído durante el procedimiento, su defensa técnica y sus facultades defensivas, la protección de su libertad personal y su derecho a ser tratado como inocente, su derecho a la intimidad y a la propiedad privada, sus derechos en relación con la prueba, las limitaciones probatorias, la facultad de quien es condenado de cuestionar esa condena mediante un recurso, el derecho del imputado a un juicio imparcial y a una única persecución penal con relación a un hecho punible, y el derecho a que la persecución penal efectiva concluya en un plazo razonable.

Requieren tratamiento especial, por su novedad, los derechos del condenado al recurso y a la duración razonable de la persecución penal efectiva; por lo demás, ciertas innovaciones acerca de la protección del derecho a la libertad durante el procedimiento, resultan también de importancia. Por razones expositivas, de mejor comprensión, comentaremos aquí la resolución del problema del plazo de duración razonable de la persecución penal y reservaremos un lugar posterior para aclarar las otras dos cuestiones, al indicar el sistema de recursos.

Tanto la Convención regional (CADH, art. 7, n° 5) como la universal (PIDCyP, art. 9, n° 3) que nos rigen (Constitución nacional, art. 75, inc. 22) –y otras convenciones internacionales sobre derechos humanos o libertades fundamentales– conceden al imputado el derecho a ser juzgado en un “plazo razonable”.

Se ha optado por un sistema que conceda un año de plazo desde el *dies a quo*, la acusación, hasta el *dies ad quem*, la sentencia que emerge del debate. El comienzo del plazo (*dies a quo*) puede, sin embargo, ser modificado. Puesto que la protección se vincula a la exposición pública del imputado, quien una vez que sufre esa imputación penal tiene derecho a que en un plazo límite adquiera certidumbre su situación jurídica –en palabras de nuestra Corte Suprema–, el comienzo del plazo se anticipa por la detención del imputado, por su comparecencia forzada ante una citación para defenderse de la imputación o, incluso, ante un acto de la fiscalía que exponga al imputado a la difusión pública indeterminada sobre la sospecha que pesa sobre él. En el caso eventual de un recurso, de ser necesario el reenvío a un nuevo juicio, el tribunal que reenvía fija su plazo de duración dentro del plazo máximo previsto para él. Excepcionalmente, los plazos pueden ser prorrogados por expreso pedido del acusador y por decisión de un tribunal, dentro de los límites ya expuestos, pero esta prolongación no autoriza la extensión de la privación de libertad del imputado que estuviera encarcelado preventivamente; única excepción: el condenado a pena privativa de la libertad aún no cumplida. El plazo, así regulado de manera general, provoca el efecto de culminar la persecución penal a su vencimiento, en el caso de que no haya sido dictada la sentencia (art. 187). Es importante señalar que este plazo se suspende –a más de otros motivos de suspensión con origen en la estructura del procedimiento (sobreseimiento del fiscal y concesión de plazos extraordinarios) o en caso de un estrago– por la rebeldía del imputado y que, cuando su fuga se produce durante el debate, el plazo se interrumpe y vuelve a contarse totalmente desde su presentación o detención (art. 188).

2. La víctima

El Código se define, también, por una consideración efectiva del papel de la víctima en el proceso penal de conocimiento. Primero regula los derechos, facultades y deberes de la víctima, en general, aunque ella no decida adoptar el papel de acusador en el procedimiento penal por delitos de acción pública, luego disciplina el papel de acusador —que la víctima asume voluntariamente— tanto en los hechos punibles perseguibles por acción pública como por acción privada, y, por último, intenta dar una solución novedosa, sin mayores complicaciones, al derecho reparatorio de la víctima conforme a la legislación civil. Previo a ello, sin embargo, ha sido necesario definir aquello que se comprende por *víctima* y la definición resulta considerablemente más amplia que aquella correspondiente al concepto tradicional (art. 189): por una parte, aclara ciertas situaciones conflictivas, como, por ejemplo, la del socio de una entidad colectiva frente a quien la dirige, la administra o la controla, y, por la otra, admite como víctima a las asociaciones civiles cuyo objeto esté constituido por la defensa de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, o comprometida con la protección de derechos humanos respecto de hechos punibles reconocidos por el orden jurídico internacional como delitos contra la humanidad.

Entre los *derechos genéricos del ofendido* (arts. 190 y ss.) son importantes aquellos que se refieren al *derecho de información* (arts. 190, incs. 1 y 6, 192 y 193) sobre el caso o sobre sus facultades jurídicas, a la *protección personal* (art. 190, incs. 3, 4, 7 y 8) y al *derecho de intervención en el procedimiento* (arts. 190, inc. 2, 5 y 9, 191 y 192, párr. II), a más de aquellos concedidos para acusar (art. 194 y ss.).

La forma más vigorosa de intervención de la víctima en el proceso de conocimiento es, sin duda, la asunción del papel de acusador. Por fuera de los delitos de acción privada (art. 195), en los cuales la persecución penal le pertenece con exclusividad, el Código no ha adoptado una posición ortodoxa, entre las varias posibles, sobre su papel en los hechos punibles de persecución penal pública. En primer lugar, acusa autónomamente, pero su acusación debe versar, aun con sus propias particularidades, sobre el mismo suceso histórico que relata la acusación pública (art. 194, párr. II). En segundo lugar, no es necesario que acuse para intervenir en el procedimiento, pues puede adherirse voluntariamente a la acusación pública y defenderla en las audiencias que componen el procedimiento. Por lo demás, si decide acusar, tiene en el procedimiento las mismas facultades que le corresponden a cualquier acusador. Previsiones especiales regulan la concurrencia de varios acusadores privados (*unificación de personería*), el deber de prestar testimonio y la situación específica de quien acusa con domicilio en el extranjero (art. 196).

Por último, se ha adoptado una solución práctica para el problema de la reparación conforme a la ley civil, con el doble fin de evitar la complejidad excesiva que, para el proceso penal de conocimiento, comporta la *acción civil* y de procurar una solución rápida que dé respuesta inmediata a la condena para la víctima de un hecho punible. Se instrumentó un *procedimiento monitorio* (cuasi-ejecutivo, arts. 197 y ss.), que procede con posterioridad a una condena penal, a fin de que el tribunal que decidió la condena fije liminarmente la reparación que estime correcta, sin perjuicio del desarrollo de un procedimiento civil posterior, ante los tribunales competentes, ya para que el ofendido pretenda una reparación distinta o mayor a la atribuida por el tribunal penal, ya para que el obligado pretenda que no debe la reparación, o que debe una reparación distinta o inferior a la dispuesta por el tribunal penal y, eventualmente, repita de quien percibió la reparación. La reparación decidida por el tribunal penal es ejecutable por quien la pretendió.

3. El acusador público

Este es el Título (arts. 204 y ss.) bajo el cual ubicamos a las pocas reglas que definen la persecución penal pública y la tarea de preparación de la acción penal pública, reglas de las que ya nos hemos ocupado con anterioridad o que no merecen mayor aclaración.

Merece aclaración, en cambio, la potestad fiscal de *sobreseer* el procedimiento (arts. 207 y concordantes). Ya se puede advertir que nos apartamos de la regulación rutinaria de los códigos de procedimiento argentinos: cuando sea evidente la inocencia del imputado, o cuando no pueda formularse la acusación pública por carecer de elementos suficientes para lograr una condena (*causa probable*), por falta de individualización del autor de un hecho punible o del partícipe en él, o por hallarse rebelde el imputado, o por la existencia de una *cuestión prejudicial*, de un *privilegio constitucional*, o de una condición para el ejercicio de la acción pública (*instancia privada*), la ley autoriza al funcionario que representa al ministerio público a sobreseer el procedimiento con relación a la persona de que se trate, liberándola, en su caso, de la persecución penal. El *sobreseimiento fiscal* no pone en juego el principio que impide la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*), de manera tal que, en los casos correspondientes, allanado el obstáculo o el impedimento, o conseguidos los elementos de prueba que pueden fundar una acusación, la fiscalía puede retomar la persecución penal. En este sentido, este sobreseimiento se diferencia del acordado por un tribunal en la audiencia preliminar (arts. 15 y ss.), no sólo por la extensión de los casos genéricos, sino, antes bien, por el carácter *definitivo* del sobreseimiento judicial, que coloca en juego al principio *ne bis in idem* (salvo en los casos de clausura provisional: art. 17). La razón de ser de esta diferencia es muy sencilla: una vez que existe una acusación propuesta por el acusador es necesario que el procedimiento termine con una decisión sobre el fondo (condena o absolución; el sobreseimiento representa una absolución anticipada al debate); sólo en el caso de un obstáculo o impedimento procesal, que no permita la prosecución de la persecución penal, se autoriza, por excepción, la *clausura provisional* del procedimiento, hasta tanto se supere el obstáculo respectivo.

Respecto del *sobreseimiento fiscal*, debido a nuestra regulación rutinaria, se debe indicar aún la clase de control previsto, dado, por una parte, la necesidad de asegurar el *principio de legalidad* y, por la otra, la necesidad de responder al temor que provoca en nuestro país el posible manejo arbitrario de la acción penal pública, por parte de los funcionarios de la fiscalía (no se entiende la razón por la cual se confía en los jueces para el manejo de la misma cuestión). Nos ha parecido suficiente control la posibilidad, concedida a la víctima, de impugnar el sobreseimiento fiscal ante los superiores jerárquicos del funcionario que lo ordenó, esto es, en el ámbito del propio ministerio público hasta llegar al Fiscal General, con lo cual la situación se asemeja al llamado –por el foro– “sobreseimiento por acuerdo de fiscales”, tradicional entre nosotros. Por lo demás, la ley orgánica del ministerio público penal deberá contener reglas acerca de cuáles funcionarios de la fiscalía están autorizados para sobreseer el procedimiento de la manera indicada. Empero, si esto resultara insuficiente, se ha previsto –a semejanza del caso contencioso-administrativo– un recurso judicial de la víctima, a quien la última autoridad del ministerio público no dio satisfacción, ante el tribunal superior de la causa, por razones de estricta legalidad, a fin de que ese tribunal, eventualmente, disponga ordenar al jefe del ministerio público la promoción de la acción penal pública.

El fiscal, por principio, no puede recurrir las sentencias absolutorias o las de condena consideradas benignas con relación al requerimiento de la fiscalía (*ne bis in idem*). Sólo por excepción, cuando esa sentencia hubiera sido conseguida por

intermedio de amenazas graves, de coacción o de cohecho sobre uno de los integrantes del tribunal que determina la decisión o por prevaricato de uno de los jueces que integra el tribunal que haya contribuido en el dispositivo, la fiscalía está autorizada a recurrir.

4. Otros intervinientes

Bajo este Título quedan regulados los papeles, derechos y deberes de otras personas que intervienen circunstancialmente en el procedimiento, como el *denunciante*, el *testigo*, el *perito*, *traductor* o *intérprete* y los *auxiliares de las partes* que intervienen en el procedimiento (colaboradores y consultores técnicos). En general, las normas no se apartan del contenido que, de una u otra manera, es propio de las leyes y proyectos procesales penales del país, por lo que no resultan necesarias mayores aclaraciones.

5. Recursos y nulidades

Constituye un problema específico explicar la solución propuesta para estos dos problemas capitales del procedimiento, no siempre bien entendidos en nuestro país. Comenzaremos por afirmar que ha sido propósito inicial del desarrollo de este Código lograr, por una parte, un procedimiento acotado temporalmente, que finalice en el menor tiempo posible y que no regrese continuamente a situaciones procesales pasadas, y, por la otra, demoler la práctica inveterada de litigar formalmente (por “chicanas”), en lugar de ocuparse centralmente del objeto del procedimiento (el “fondo” del caso a discutir). Ello, en parte, se consigue con el procedimiento por audiencias, pero el error de las legislaciones que lo introdujeron fue, en primer lugar, dejar subsistentes los registros, con suma importancia para la decisión final y regular un juicio autónomo sobre la validez de actos procesales (incidente de nulidad) o comprender la invalidez de los actos por fuera de las decisiones judiciales que ellos fundan o provocan, y, por la otra, edificar un sistema de recursos que tiene por objeto, antes bien, el control jerárquico de tribunales “superiores” sobre los tribunales “inferiores”, que decidir el caso conforme a la ley.

Se observará que, durante el procedimiento, se ha eliminado, prácticamente, el sistema de recursos tradicional entre nosotros, reemplazado, en los pocos casos en los que pareció necesario conceder una segunda oportunidad (por ej., sobreseimiento judicial, prisión preventiva) por el reclamo de una integración más amplia del tribunal decisor, que juzga el caso por segunda vez con su propia audiencia. Por lo demás, el recurso de reposición tradicional, durante las audiencias, se disciplina a manera de protesta sobre los actos cumplidos por el tribunal en la audiencia, sin sujeción a la ley procesal, y como admonición acerca de la invalidez de la decisión que los utilice en contra de quien protesta.

He aquí también el régimen de la llamada *nulidad*. El desarrollo de un acto o de una audiencia, con infracción a las reglas previstas para ellos, provoca, entonces, la posibilidad de requerir la invalidez de la decisión que perjudica –por tanto, la de aquella que favorece no genera reclamo alguno–, por medio de la repetición de la audiencia y de la decisión, cuando la facultad de repetición o provocación de una nueva audiencia está concedida al interviniente. A ello se limita aquello que, con mayor propiedad, se debe denominar: *actividad procesal defectuosa*.

Se ha procurado seguir a la letra la garantía procesal, contenida en las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, que concede al condenado una segunda posibilidad de ser juzgado, con el objeto de liberarse de una condena o pena estimada injusta. Este derecho se resume, en principio, en la facultad de determinar, con su voluntad, un segundo juicio, que confirme, modi-

fique o revoque la primera decisión. Para conseguirlo, el ya condenado debe tornar plausible ante el tribunal competente para el recurso el error –jurídico o fáctico– en el que se apoya la condena. Si lo logra, el tribunal del recurso autorizará un segundo juicio (*reenvío*: en realidad, una segunda primera instancia) o absolverá directamente (sin *reenvío*), cuando el error invocado y verificado determine esa solución.

Por razones de principio y prácticas, la concesión de un recurso al condenado contra la sentencia de condena impide el otorgamiento de una facultad idéntica al acusador. Entre las primeras razones se halla la imposibilidad de conceder al acusador una segunda oportunidad para lograr una sentencia condenatoria o una condena más grave o, si se quiere, la posibilidad de volver a poner en riesgo de condena al imputado por el mismo hecho punible (*double jeopardy*), posibilidad que lesiona directa y materialmente el principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). Pero esa posibilidad también lesiona el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, comprendido materialmente, esto es, como imposibilidad de que una segunda sentencia provoque para el condenado mayor perjuicio que la primera condena. Por último, resulta evidente que, dispuesto el juzgamiento por jurados, este tipo de procedimiento no conoce el recurso acusatorio (derecho anglosajón) o es resistente a ese recurso.

Existe también una razón práctica para no conceder el recurso acusatorio: es evidente que, recurrida eventualmente una sentencia por el acusador, y lograda su finalidad mediante el recurso (por ej.: una condena frente a la primera absolución), ésta, la condena motivada por el recurso, es la primera condena que sufre el allí condenado, frente a la cual entra en juego su derecho al recurso. Es sencillo imaginar que el sistema de recursos bilaterales, en materia penal, conduce, por una parte, a un *regreso al infinito* y, por la otra, a condenas *in extremis* (ante el último tribunal posible en la organización judicial), que no permitirán el derecho al recurso del condenado y su revisión judicial.

Merece un párrafo especial la ampliación del objeto tradicional del recurso contra la sentencia, la *casación*, con inclusión en él de todos los motivos que permiten recurrir la sentencia por medio del otro recurso extraordinario contra ella, la *revisión*. En verdad, nadie debería asombrarse por ello, porque anticipar la fecha en la cual es posible impugnar una sentencia por revisión, por traslado del *dies a quo* del recurso hacia atrás, esto es, hacia momentos anteriores a que ella quede firme, resulta, a todas luces, factible y razonable, más aún, necesario. Tal como lo expresamos anteriormente (este capítulo, punto C), hemos considerado necesario establecer sólo una excepción que permita el recurso acusatorio: se trata de aquella absolución o condena benigna –según el requerimiento acusatorio– obtenida mediante un delito doloso que la determina (art. 213).

C. Libro III: La ejecución penal

1. Órgano ejecutor

A contrario de aquello que sucede en los códigos argentinos, sobre todo en aquellos que introdujeron una autoridad de ejecución judicial –un juez especial para la ejecución–, el proyecto postula a la fiscalía como órgano ejecutor inmediato de las penas y medidas de seguridad ordenadas por sentencia firme. Es así que él, por ejemplo, practica el cómputo definitivo de las penas divisibles y controla directamente el cumplimiento de las condiciones relativas a la condenación condicional, efectúa el control general sobre la pena privativa de libertad y se encarga de ejecutar la pena de multa. Cualquier decisión del ministerio público que no fuera compartida por el condenado o por su defensor genera un incidente

que debe decidir un juez del tribunal, por regla general, salvo cuando está prevista una integración plural del tribunal (por ej.: libertad condicional).

Se ha querido, con ello, ser consecuente con el resto del procedimiento y con la función establecida para los jueces, al evitar, también en la ejecución penal, que ellos operen de oficio o, directamente, frente al imputado, como defensores del interés que representa la pena estatal (resguardo de su *imparcialidad*). Los jueces, de esta manera, conservan pura su función principal de decidir conflictos cuya titularidad o protagonismo pertenece a otros.

2. Control judicial de la ejecución

Tal como quedó expresado bajo la letra anterior, a los jueces no les corresponde inmiscuirse de oficio en la ejecución penal, sino que, antes bien, ellos intervendrán cuando entre el organismo ejecutor y el ejecutado emerjan conflictos que un tercero imparcial debe decidir. El condenado y su defensor pueden plantear estos incidentes directamente ante el tribunal (art. 244), quien, entonces, oirá al fiscal; pero lo habitual será que se arribe a la decisión del tribunal por desavenencia con el dictamen de la fiscalía que fija el rumbo de la ejecución penal (ej.: art. 239). En general, la libertad anticipada requiere decisión judicial (art. 241), promovida por la fiscalía o por el condenado, lo mismo que la revocación de la libertad condicional o de la condenación condicional (arts. 242 y 243).

3. Procedimiento

Se ha optado por proseguir el método de las audiencias orales y públicas para decidir los incidentes principales de la ejecución penal, como, por ejemplo, la libertad condicional y la rehabilitación, pero los demás incidentes pueden decidirse de la misma manera no bien el tribunal, por su importancia, lo estime necesario (arts. 241, párr. IV, y 244, párr. II).

Contra la sentencia del tribunal se prevé un recurso de casación ortodoxo, fundado sólo en el motivo de la inobservancia o la errónea aplicación de la ley penal.

IV. La organización judicial que se supone

Aunque la organización judicial necesaria para ejecutar un nuevo Código no está programada –depende, lógicamente, de la aceptación y sanción del Código–, conviene, sin embargo, adelantar unas pocas líneas acerca de una organización judicial apta para aplicar estas reglas, con ahorro de recursos humanos y materiales, que cumpla con el paradigma democrático de *horizontalizar*, en la mayor medida posible, el Poder Judicial en materia penal.

A. El tribunal penal permanente

En la organización de los jueces, ello significa abandonar la organización sobre la base de oficios rígidos, unipersonales o colegiados, para reunir a los jueces en audiencias judiciales o cortes de justicia delimitadas territorialmente. Los cuerpos de decisión fijos de antemano o rígidos, transforman rápidamente las reglas de distribución del trabajo en reglas de competencia práctica.

Esta organización, de tipo “feudal”, por la cual a cada cuerpo de decisión del tribunal le corresponde un “territorio” (juzgado o cámara) y unos “súbditos” (empleados auxiliares) determinados, que provoca incluso el efecto de jueces que sólo aplican unos pocos artículos de la ley procesal, conforme a su misión específica (tribunales que operan durante la investigación preliminar, tribunales de apelación de esas decisiones, tribunales que operan durante el juicio público, tribu-

nales de ejecución), pretende variar hacia cortes de justicia conformadas por múltiples jueces permanentes, con una organización central que distribuya el trabajo, de manera tal que los jueces permanentes que la integran, alternativamente, desempeñen las variadas tareas que el Código propone para los jueces.

La organización horizontal de los jueces –junto a reglas ya contenidas en la ley procesal que se propone– contribuirá efectivamente a la consecución del ideal relativo a la *independencia judicial* (interna). A propósito de esta independencia, el próximo punto, previsto constitucionalmente, que obliga y permite la conformación de los cuerpos de decisión con participación de ciudadanos, completa el cuadro de los mecanismos posibles para lograr ese ideal.

Por lo demás, este tipo de organización puede contribuir eficazmente a seguir rutinas democráticas internas en cada tribunal o corte de justicia. Si los jueces de un tribunal se reúnen en asamblea anualmente, para recibir de los colegas que administraron la corte ese año un informe (memoria) sobre la labor anual desarrollada, y la aprueban o desaprueban, y, al mismo tiempo, eligen a aquellos que continuarán esa tarea en el año próximo, es probable que la tarea crítica, siempre necesaria en un tribunal de justicia desde el punto de vista de la política judicial, se acreciente y dé lugar a transformaciones de provecho en cada tribunal. Es probable, también, que los mismos jueces permanentes cuiden más que nadie una distribución de tareas equilibrada o equitativa. Por último, una organización como la esbozada procura suprimir para la mayoría de los integrantes del tribunal las tareas administrativas, que hoy cumple cada juez en “su tribunal”, mayores en número y en valoración temporal a aquellas judiciales –decidir un caso–, únicas que debería cumplir un juez, en principio. Por fin, la carga de administrar el tribunal –con los auxiliares administrativos–, que pesaría sobre algunos jueces anualmente, se compensaría con una rebaja porcentual de sus tareas judiciales.

B. Participación ciudadana

Es también propósito del Código cumplir con las reglas constitucionales que procuran la integración de los tribunales con jurados.

Se ha pensado, en general, juzgar por jurados los hechos punibles más graves de nuestro Código Penal y aquellos delitos también graves cometidos en ocasión del cumplimiento de la función pública y dejar para los tribunales compuestos por jurados y jueces permanentes (escabinados) para la delincuencia de gravedad inmediatamente inferior y, por último, como tribunales integrados sólo por jueces profesionales –uno o varios– los delitos de menor gravedad. La integración del tribunal, esto es, el número de jueces convocados y el procedimiento para su convocatoria, así como la competencia territorial y las condiciones requeridas para ocupar un escaño en el tribunal, son materia de organización judicial, por tanto, tradicionalmente, de una ley especial que se refiera a la materia en aquel lugar donde este Código pretenda ser aplicado. Consecuentemente, la ley procesal carece de reglas sobre el particular.

C. Ministerio público y defensa oficial

Naturalmente, tampoco estos dos organismos pueden quedar al margen de la transformación. En general, ellos no deben quedar atados a la organización judicial respectiva, como sucede ahora, por remedo de la organización de los jueces, sino que, antes bien, deben desarrollarse separadamente, conforme convenga a su mayor eficiencia y según los principios básicos que rigen una u otra actividad procesal. Baste pensar, por ejemplo, que el ministerio público constituye, por definición (*unidad e indivisibilidad*), una organización jerárquica y vertical, distinta por principio (*independencia y horizontalidad*) a la de los jueces.

ÍNDICE

Libro I Juicio Penal

Título I

Procedimiento preliminar

Capítulo 1. Promoción de la acción

1. Acusación
2. Obstáculos a la persecución penal
3. Delitos de acción pública
4. Comunicación
5. Admisibilidad

Capítulo 2. Audiencia preliminar

6. Citación
7. Acción privada
8. Investigación preliminar
9. Vicisitudes
10. Resolución
11. Auto de apertura
12. Reglas sobre la prueba
13. Preparación del debate
14. Jurados
15. Sentencia de sobreseimiento
16. Forma, contenido y valor de esta sentencia
17. Clausura provisional, archivo
18. Recursos
19. Procedimientos especiales

Título II

Debate

Capítulo 1. Caracteres y dirección

20. Inmediación
21. Acusado
22. Publicidad
23. Restricciones para el acceso
24. Policía y disciplina de la audiencia; decisiones
25. Deberes de los asistentes
26. Continuidad y suspensión
27. Interrupción
28. Oralidad
29. Lectura
30. Imposibilidad de asistencia
31. Dirección del debate
32. Delito en audiencia

Capítulo 2. Desarrollo

33. Apertura
34. Incidentes
35. División del debate único
36. Declaración del acusado
37. Declaración de varios acusados
38. Facultades del acusado
39. Ampliación de la acusación

40. Recepción de pruebas
41. Peritos, testigos e intérpretes
42. Interrogatorio
43. Incomparecencia
44. Otros medios de prueba
45. Nuevas pruebas
46. Discusión final y clausura
47. Recursos

Capítulo 3. Sentencia

48. Deliberación
49. Sentencia y acusación
50. Requisitos de la sentencia
51. Pronunciamiento
52. Vicios de la sentencia
53. Absolución
54. Condena

Capítulo 4. Reglas especiales

55. Tribunal con jurados
56. Juicio por jurados
57. Propuesta de veredicto
58. Deliberación del colegio de jurados
59. Interrupción de la deliberación y reapertura del debate
60. Pronunciamiento del veredicto
61. Debate posterior
62. Sentencia
63. Límites de la sentencia y control de legalidad del veredicto
64. Juicio con jóvenes
65. Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección

Capítulo 5. Acta del debate

66. Funcionario competente y contenido
67. Comunicación y firma del acta
68. Valor del acta

Libro II

Derechos, garantías y deberes de los intervinientes

Título I

El imputado

Capítulo 1. Generalidades

69. Calidad del imputado
70. Denominación
71. Identificación
72. Domicilio
73. Incapacidad
74. Internación para observación
75. Examen mental obligatorio
76. Rebeldía

- 77. Efectos de la rebeldía
- 78. Garantías: regla general

Capítulo 2. Derecho a ser oído

- 79. Regla general
- 80. Advertencias preliminares
- 81. Primera declaración: desarrollo
- 82. Métodos prohibidos para la declaración
- 83. Interrogatorio
- 84. Dirección del acto; asistentes; oportunidad
- 85. Varios imputados; careos
- 86. Valoración

Capítulo 3. Defensa técnica y facultades defensivas

- 87. Capacidad
- 88. Elección del defensor
- 89. Admisión y apartamiento del defensor
- 90. Defensor común
- 91. Número de defensores y sustitución
- 92. Nombramiento inicial
- 93. Nombramiento posterior
- 94. Renuncia y abandono
- 95. Defensa de oficio
- 96. Defensor mandatario
- 97. Facultades del imputado y de su defensor
- 98. Proposición de diligencias

Capítulo 4. Libertad personal

- 99. Tratamiento de inocente
- 100. Finalidad y alcance de las medidas de coerción

Sección 1ª: Coerción personal del imputado

- 101. Presentación espontánea
- 102. Arresto
- 103. Citación
- 104. Apreensión policial y privada
- 105. Otros casos de apreensión
- 106. Comunicación
- 107. Procedimiento posterior
- 108. Prisión preventiva
- 109. Peligro de fuga
- 110. Peligro de entorpecimiento
- 111. Competencia, procedimiento, forma y contenido de la decisión
- 112. Orden de detención
- 113. Cesación del encarcelamiento
- 114. Sustitución

- 115. Acta
- 116. Cauciones
- 117. Ejecución de las cauciones
- 118. Cancelación
- 119. Incomunicación
- 120. Internación provisional
- 121. Tratamiento
- 122. Encarcelamiento preventivo o internación provisional injustos

Sección 2ª: Examen de las medidas de coerción

- 123. Carácter de las decisiones
- 124. Examen obligatorio de la prisión y de la internación
- 125. Examen a pedido del imputado o del acusador

Sección 3ª: Embargo y otras medidas de coerción

- 126. Remisión
- 127. Legitimación

Capítulo 5. Derecho a la intimidad y a la propiedad privada

- 128. Extensión
- 129. Registro. Formalidades
- 130. Facultades coercitivas
- 131. Inspección corporal o mental
- 132. Inspección de lugares
- 133. Contenido de la resolución
- 134. Lugares públicos
- 135. Procedimiento
- 136. Interceptación de correspondencia
- 137. Apertura y examen de la correspondencia
- 138. Telecomunicaciones
- 139. Entrega de cosas y documentos; secuestro
- 140. Orden de secuestro
- 141. Procedimiento
- 142. Cosas no sometidas a secuestro
- 143. Otras cosas no susceptibles de ser secuestradas
- 144. Clausura de locales e inmuebles
- 145. Conservación de objetos secuestrados
- 146. Verificación documental
- 147. Secuestro de otras cosas

Capítulo 6. Prueba y limitaciones probatorias

- 148. Concepto de prueba
- 149. Derecho a la prueba
- 150. Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba

- 151. Urgencia
- 152. Extensión de la prueba
- 153. Valoración. Prohibiciones
- 154. Aplicación a todos los intervinientes

Capítulo 7. Derecho del condenado al recurso

Sección 1ª Disposiciones generales

- 155. Facultad de recurrir y motivos
- 156. Motivos absolutos de impugnación formal
- 157. Revisión
- 158. Interposición
- 159. Efectos y medidas de coerción
- 160. Desistimiento
- 161. Extensión del examen

Sección 2ª: Procedimiento

- 162. Enplazamiento y remisión de actuaciones
- 163. Integración del tribunal competente y deserción del recurso
- 164. Juicio de admisibilidad
- 165. Preparación del debate
- 166. Debate
- 167. Prueba

Sección 3ª: Sentencia

- 168. Deliberación y votación
- 169. Decisión propia
- 170. Rescisión y nuevo juicio
- 171. Efectos de la sentencia
- 172. Trámite abreviado

Sección 4ª: Nuevo juicio

- 173. Regla general
- 174. Indemnización
- 175. Obligado

Capítulo 8. Derecho a un juicio imparcial, concluido en un plazo razonable y persecución penal única

Sección 1ª: Principios generales

- 176. Juez imparcial
- 177. Persecución penal única

Sección 2ª: Apartamiento de jueces y funcionarios

- 178. Principio
- 179. Motivos de inhibición
- 180. Forma y plazo
- 181. Competencia, trámite y efectos sobre el procedimiento
- 182. Efectos sobre los actos
- 183. Colaboradores del tribunal y acusador público

Sección 3ª: Duración razonable de la persecución penal

- 184. Regla general
- 185. Anticipación del comienzo del plazo
- 186. Procedimientos complejos
- 187. Efectos de los plazos
- 188. Suspensión e interrupción de los plazos

Título II

Intervención del ofendido en el procedimiento

Capítulo 1. Disposiciones generales

- 189. Definición de ofendido
- 190. Derechos genéricos del ofendido
- 191. Facultad de impugnar
- 192. Examen de las actuaciones y proposiciones probatorias
- 193. Información

Capítulo 2. Acusación privada

- 194. Delitos de acción pública
- 195. Delitos de acción privada
- 196. Reglas comunes

Capítulo 3. Procedimiento monitorio para la reparación del daño

- 197. Actor civil y tribunal
- 198. Demanda, demandado y citación en garantía del asegurador
- 199. Admisibilidad
- 200. Orden de reparación
- 201. Objeción
- 202. Audiencia y sentencia
- 203. Valor de la sentencia y ejecución

Título III

Acusador público

- 204. Función. Deber de objetividad y lealtad
- 205. Preparación de la acción pública
- 206. Diligencias de investigación
- 207. Sobreseimiento fiscal (archivo)
- 208. Cuestión prejudicial
- 209. Privilegio
- 210. Delitos dependientes de instancia
- 211. Ofendido
- 212. Actos jurisdiccionales durante la investigación preliminar
- 213. Recurso contra la sentencia

Título IV

Otras personas que intervienen en el procedimiento

Capítulo 1. Denunciante

- 214. Denuncia
- 215. Denuncia obligatoria
- 216. Denuncia prohibida

Capítulo 2. Testigo

- 217. Deber de concurrir y prestar declaración
- 218. Facultad de abstenerse
- 219. Testimonio inadmisibile
- 220. Criterio judicial
- 221. Citación
- 222. Compulsión
- 223. Declaración
- 224. Ratificación solemne

Capítulo 3. Peritos

- 225. Definición
- 226. Incapacidad
- 227. Orden de peritación
- 228. Facultades de los intervinientes
- 229. Citación y aceptación del cargo
- 230. Ejecución
- 231. Dictamen
- 232. Auxilio judicial
- 233. Traductores e intérpretes

Capítulo 4. Auxiliares de los intervinientes

- 234. Designación y función
- 235. Consultores técnicos

Libro III

Ejecución penal, costas y disposiciones finales y transitorias

Título I

Ejecución penal

- 236. Competencia
- 237. Defensa

Capítulo 1. Penas

- 238. Pena privativa de libertad
- 239. Cómputo

240. Recurso

- 241. Libertad anticipada
- 242. Revocación de la libertad condicional
- 243. Condenación condicional
- 244. Otros incidentes
- 245. Control general sobre la pena privativa de la libertad
- 246. Multa
- 247. Inhabilitación
- 248. Indulto, conmutación y perdón
- 249. Ley más benigna

Capítulo 2. Medidas de seguridad y corrección

- 250. Remisión y reglas especiales

Título II

Costas del procedimiento

- 251. Imposición; oportunidad
- 252. Contenido
- 253. Condena
- 254. Absolución
- 255. Sobreseimiento y extinción de la acción penal
- 256. Clausura provisional y archivo
- 257. Denuncia falsa o temeraria
- 258. Incidentes
- 259. Recursos
- 260. Procedimiento abreviado
- 261. Acción privada
- 262. Procedimiento monitorio
- 263. Ministerio Público Fiscal
- 264. Resolución
- 265. Funcionarios y abogados
- 266. Recursos
- 267. Liquidación y ejecución
- 268. Anticipo de gastos

Título III

Disposiciones finales y transitorias

- 269. Plazos
- 270. Vigencia
- 271. Disposición transitoria. Procesos pendientes
- 272. De forma y norma derogatoria

CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO

Libro I Juicio Penal

Título I

Procedimiento preliminar

Capítulo 1. Promoción de la acción

1. Acusación. Cuando el acusador estime que tiene fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá al juez, por escrito, la decisión de apertura del debate.

La acusación deberá contener:

1) los datos que sirvan para identificar al imputado y, en caso de que haya sido designado su defensor con anterioridad, su nombre y domicilio;

2) la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado; en caso de contener varios hechos punibles independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;

3) los fundamentos sintéticos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que propone para el debate;

4) la expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables;

5) la indicación del tribunal competente para el debate y la integración que el tribunal debe observar para la realización del debate; y

6) las circunstancias de interés para determinar la pena o la medida de seguridad y corrección, con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas.

Con la acusación, el acusador acompañará los documentos y medios de prueba materiales que tenga en su poder.

El acusador podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal.

2. Obstáculos a la persecución penal. No se podrá promover la acción penal (acusación):

1) cuando ella dependa de una instancia, que no ha sido expresada o no ha sido expresada en la forma que la ley establece (Código Penal, arts. 72 y ss.); y,

2) cuando la persecución penal dependa del juzgamiento de una cuestión que, según la ley, deba ser resuelta en un procedimiento independiente o cuando sea necesario requerir la conformidad de un gobierno extranjero para la persecución penal del imputado.

3. Delitos de acción pública. El acusador público no acusará sin antes haber oído al imputado en la forma prevista para su declaración.

Cuando no sea necesario escucharlo personalmente, bastará con concederle la oportunidad de pronunciarse por escrito, sin perjuicio del derecho del imputado a ser oído.

4. Comunicación. El juez mandará notificar la acusación al imputado y a su defensor; con copia del escrito que la contenga, y colocará los documentos y los medios de prueba materiales a su disposición para su consulta en el tribunal, por el plazo de seis días; hará saber, incluso a los acusadores, la integración del tribunal para la audiencia preliminar.

Cuando el imputado carezca de defensor, el juez, antes de notificar la acusación, lo citará a su estrado para que designe defensor; en caso de que no lo designe, el juez nombrará de oficio su defensor.

5. Admisibilidad. Dentro del plazo antes previsto, el imputado y su defensor, y los demás intervinientes podrán señalar los defectos formales en que incurre el escrito de acusación y requerir su corrección.

El juez decidirá, incluso de oficio si no existe objeción alguna, sobre la admisibilidad de la acusación; en caso de advertir defectos, los designará detalladamente y ordenará al acusador su corrección, con fijación del plazo razonable para ello.

Vencido el plazo, se haya o no se haya producido la corrección, el juez resolverá sobre la admisibilidad de la acusación y, en caso de declararla inadmisibile, archivará las actuaciones, con devolución de los documentos y elementos materiales de prueba a sus tenedores legítimos, salvo que el acusador le solicite su devolución, total o parcial, para preparar mejor la acción penal.

Capítulo 2. Audiencia preliminar

6. *Citación.* Admitida la acusación, el juez designará día y hora de la audiencia preliminar, con un intervalo de al menos cinco días desde la resolución anterior, salvo que las partes, de común acuerdo con él, renuncien a ese plazo.

La audiencia se llevará a cabo según las reglas del debate, con la presencia ininterrumpida del juez, del imputado y de su defensor, y de los demás intervinientes constituidos en el procedimiento. La falta de comparecencia del acusador privado implica abandono de la persecución penal: el juez declarará desistida su acción y, en los delitos de acción pública, el procedimiento seguirá su curso sin su intervención posterior; con los acusadores restantes; en los delitos de acción privada, rige la regla del artículo siguiente, párr. III.

La audiencia debe dar oportunidad al imputado y a su defensor para oponerse a la apertura del debate, y a todos los intervinientes para ofrecer la prueba que se desarrollará en el debate.

Para este último fin, todos los intervinientes presentarán por escrito, al comienzo de la audiencia y con copia para el resto de las partes, la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión y domicilio, señalando los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate; presentarán también los documentos que no fueron ingresados antes o señalarán el lugar en donde se hallan, cuando deban ser requeridos.

7. *Acción privada.* En los delitos de acción privada el juez convocará al acusador y al acusado a una audiencia de conciliación previa, antes de fijar fecha para la audiencia preliminar, quienes podrán concurrir acompañados por sus letrados. Si alguno de ellos reside en el extranjero o en otra provincia podrá ser representado por mandatario especial con facultades suficientes para conciliar.

La audiencia será celebrada ante un funcionario judicial letrado que designe el juez, o ante un mediador o amigable componedor propuesto por el acusador y el imputado, y designado formalmente por el juez: dará oportunidad para que el acusador y el imputado dialoguen libremente en busca de un

acuerdo. El juez fijará un plazo razonable para concluir las negociaciones y presentar el acta de la composición. Sobre el resultado de la audiencia se labrará un acta en la que conste el acuerdo al que las partes arribaron, consignado según sus palabras, o el fracaso de la conciliación, acta que será suscrita por todos los intervinientes.

La falta de comparecencia del acusador implica abandono de la persecución penal: el juez declarará desistida la acción y sobreseerá al imputado en el procedimiento, salvo el caso de que existan otros acusadores que prosigan válidamente la persecución penal. Si el imputado no concurre, el procedimiento seguirá su curso.

La conciliación es posible en cualquier período del procedimiento, pero el juez no citará más a una audiencia de conciliación, una vez fracasada la establecida en este artículo. En caso de producirse la conciliación con posterioridad a esta audiencia, el acuerdo de las partes deberá determinar, específicamente, quién soporta las costas del procedimiento o en qué proporción las soportan cada una de las partes. Sin embargo, acusador e imputado responden solidariamente por las costas, salvo en aquello que se refiere a los honorarios de los defensores, que son regidos por la ley de aranceles respectiva.

La retractación, con los efectos propios del Código Penal, sólo es posible hasta la finalización de la audiencia preliminar (Código Penal, art. 117).

8. *Investigación preliminar.* En la persecución de delitos de acción privada, el acusador y el imputado pueden requerir el auxilio del juez para identificar o individualizar a personas necesarias para la celebración de la audiencia de conciliación, de la audiencia preliminar o del debate, o requerir documentos o cosas que no estén al alcance de los intervinientes, con indicación de las medidas necesarias para ello. El juez prestará el auxilio necesario, si correspondiere, previo a la realización del acto para cuyo fin fue requerido.

9. *Vicisitudes*

1) *Procedimiento abreviado.* Si, en los delitos de acción pública, el acusador público estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad de ejecución condicio-

nal (Código Penal, 26 y 27) o una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta con aquélla, podrá solicitar que se proceda abreviadamente y concretará su requerimiento en la acusación. Para ello, el acusador público deberá contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, y, en su caso, del acusador privado, acuerdo que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación, a la participación del imputado en él y a la vía propuesta. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. El tribunal controlará la existencia y seriedad de estos acuerdos durante la audiencia preliminar.

El juez podrá absolver o condenar al finalizar la audiencia, según corresponda, y fundará su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado, y en las demás circunstancias que eventualmente incorpore el imputado o su defensor. La condena nunca podrá superar la pena requerida por el acusador público. Rigen, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.

Si, para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, el juez no admitiere la vía solicitada y estimare conveniente continuar el procedimiento, la audiencia preliminar continuará su curso en la forma prevista. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al tribunal, ni a los acusadores en el debate.

Cuando la solicitud fuere rechazada, el acusador público reemplazará la acusación de inmediato o en el más breve plazo posible, que fijará el juez; se eliminará todo vestigio sobre el rechazo y el acuerdo previo, y nadie podrá invocarlos en el futuro.

2) *Suspensión del juicio a prueba.* Cuando la ley penal permita la suspensión de la persecución penal, el imputado o su defensor podrán requerirla durante la audiencia preliminar. La petición será tratada en la misma audiencia y, si el ofendido no participar o no estuviere representado en el procedimiento, la audiencia se suspenderá para permitir su citación.

Concluido el tratamiento de la cuestión, el juez dictará la decisión interlocutoria sobre la suspensión del juicio. En caso de conceder la suspensión, la parte resolutive de la decisión fijará el plazo de prueba y establecerá las reglas de conducta que deberá cum-

plir el imputado; en el caso contrario, rechazará explícitamente la suspensión y ordenará continuar la audiencia.

La suspensión del juicio podrá ser solicitada también ante el tribunal del debate, quien resolverá de conformidad con el procedimiento anterior y como cuestión incidental previa. En el juicio por jurados, el juez que dirige la audiencia deberá excluir a los jurados de la sala en la que se realiza el debate hasta la decisión del incidente; si el debate continúa, porque la petición fue rechazada o no fue aceptada por el acusado, el jurado ingresará nuevamente a la sala.

3) *Prueba en la audiencia preliminar.* Cuando excepcionalmente sea necesaria la producción de prueba en la audiencia preliminar para decidir sobre la apertura del debate o para dictar sentencia en el procedimiento abreviado, el juez suspenderá la audiencia y realizará todos los actos necesarios para la incorporación de esos elementos en ella. Las reglas del debate rigen para su incorporación.

10. *Resolución.* Terminada la audiencia preliminar, el juez decidirá la apertura del debate o el sobreseimiento del imputado en el procedimiento.

El auto de apertura del debate requiere la constatación de la probabilidad acerca de que el acusado es autor de un hecho punible o participe en él.

11. *Auto de apertura.* La resolución por la cual el juez decide abrir el debate deberá contener:

1) la designación del tribunal competente para el debate;

2) la descripción del hecho por el cual se abre el debate y su calificación jurídica, incluso cuando la decisión se aparte de lo indicado en la acusación; el nombre y domicilio del acusado, y, eventualmente, las medidas de coerción que él soporta;

3) eventualmente, en el caso de imputaciones plurales, la designación concreta de aquéllas por las que no se abre el debate, conforme a los arts. 15 y 17;

4) en caso de que el acusado o su defensor se hayan opuesto a la apertura del debate, los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, esa pretensión;

5) la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para

incorporar al debate, con indicación del fundamento de la decisión; y

6) la decisión acerca de la legitimación del acusador privado para provocar el juicio o para intervenir en él y, en caso de pluralidad de acusadores, la orden de unificar personería, cuando fuere necesario.

Cuando el acusado soporte una medida de coerción, el juez decidirá, también, acerca de la subsistencia de la medida y dispondrá, en su caso, su sustitución, su cancelación o la libertad del acusado.

12. Reglas sobre la prueba. Un medio de prueba, para ser admitido, se debe referir, directa o indirectamente, al hecho punible sometido a averiguación o a las circunstancias relevantes para la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección, y ser útil para conocer la verdad acerca de esos extremos; quien ofrezca prueba procurará distinguir en secciones diferentes aquella que se refiere al hecho punible de aquella atinente a la determinación de la pena o medida.

El juez podrá limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia cuando ellos resulten manifiestamente superabundantes. En caso de postularse un hecho como notorio, el juez, con el acuerdo de todos los intervinientes, puede prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo y lo declarará comprobado en el auto de apertura. El juez puede, durante la audiencia preliminar, provocar el acuerdo entre los intervinientes, cuando estime que, según la prueba ofrecida, se trata de un hecho notorio. La declaración vincula al tribunal del debate.

La decisión del juez que admite o que rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate.

13. Preparación del debate. Una vez dictado el auto de apertura, que se notificará a las partes intervinientes por su lectura en la audiencia, el juez, en combinación con la oficina administrativa correspondiente, procederá a integrar el tribunal que llevará a cabo el debate con todos los jueces permanentes que deben asistir a él.

Notificadas las partes intervinientes, ellas podrán interponer, en los primeros cinco días, las recusaciones relativas a los jueces que intervendrán en el debate, sin perjuicio

de interponerlas ante el tribunal del debate, durante su trascurso, cuando el motivo que las funde fuere conocido posteriormente o fuere sobreveniente; las recusaciones serán resueltas por el juez inmediatamente y, en su caso, reemplazará al juez apartado.

Integrado el tribunal conforme a la ley, el juez procederá a fijar lugar, día y hora de iniciación del debate con un intervalo que nunca podrá ser inferior a diez días; citará al debate a quienes deben intervenir en él, a las personas que deben comparecer para brindar información durante su trascurso, asegurando su comparecencia, remitirá la documentación y las cosas secuestradas a la sede del tribunal competente para el debate, y pondrá a su disposición a los detenidos que hubiere. El plazo sólo puede ser abreviado de común acuerdo entre el juez y los intervinientes.

14. Jurados. Cuando, según la ley de organización judicial, corresponda integrar el tribunal con jurados, el juez, una vez firme la designación del juez o los jueces permanentes que integrarán el tribunal, convocará a los intervinientes a una audiencia específica, a la cual será citado el número de jurados necesarios para integrar el tribunal, según la lista que proporcione la oficina correspondiente. El juez podrá citar a un número de jurados superior al previsto por la ley para integrar el tribunal, cuando lo considere necesario para no retrasar el procedimiento.

Las partes tendrán oportunidad de formular preguntas a los jurados, que ingresarán a la audiencia individualmente para ser interrogados. La audiencia no será pública y estará dirigida por el juez, que moderará las preguntas. Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa a un jurado. Mas allá de ello, las partes pueden recusar por los motivos válidos para ejercer igual derecho respecto de los jueces permanentes de la organización judicial.

El juez excluirá a los jurados recusados sin causa y resolverá las recusaciones motivadas inmediatamente y en la misma audiencia. Si el número de jurados, debido a las recusaciones, resulta insuficiente, quedarán designados aquellos que no fueron recusados o cuya recusación fracasó, y la audiencia de designación de jurados proseguirá con citación de un número de jurados suficiente para completar la integración.

La audiencia finalizará una vez integrado definitivamente el colegio de jurados o designado el número de jurados que acompañará a los jueces permanentes para la integración del tribunal. Posteriormente, el juez procederá, en combinación con la oficina correspondiente, a fijar el lugar, el día y la hora de iniciación del debate, a convocar a todas las personas que deban intervenir en él y a desarrollar las demás actividades encaminadas a su realización, de conformidad con el artículo anterior.

15. Sentencia de sobreseimiento. Corresponderá sobreseer el procedimiento en favor de un imputado:

1) cuando resultare con evidencia la falta de alguno de los elementos que habilitan la imposición de una pena o la existencia de algún elemento que imposibilita esa aplicación, según las reglas de la ley penal, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección; y

2) cuando la apertura del debate resultare inútil porque mediante su realización sería improbable la consecución de una sentencia de condena, aún cuando no apareciere evidente la inocencia del acusado o la existencia de las condiciones que habilitarían la aplicación de una medida de seguridad y corrección.

16. Forma, contenido y valor de esta sentencia. El sobreseimiento deberá contener:

- 1) la identificación del imputado;
- 2) la descripción del hecho punible objeto de la decisión;
- 3) sus fundamentos; y
- 4) el dispositivo, con cita de las reglas aplicables.

La sentencia de sobreseimiento provocará, inmediatamente, la libertad del imputado privado de libertad y la cesación de las medidas sustitutivas previstas en el art. 114, incs. 1 y 2. El juez podrá decidir la procedencia o la subsistencia de las otras medidas previstas en el art. 114.

El sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas en ese hecho.

17. Clausura provisional, archivo. Si, durante la audiencia preliminar, se constata algún motivo que impida proseguir la persecución penal temporalmente, porque ella no se pudo promover o no pudiese proseguir, conforme a la ley, el juez podrá clausurar el procedimiento, archivar las actuaciones y devolver los documentos y elementos de prueba al acusador. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura.

El juez podrá citar nuevamente a una audiencia preliminar, a pedido de alguno de los intervinientes, fundado en la superación del motivo que originó el archivo.

18. Recursos. El auto de apertura del debate es irrecurrible.

El sobreseimiento es recurrible por el acusador, cuando pretendiere la apertura del debate.

La clausura provisional es recurrible por el acusador o por el imputado y su defensor, en este último caso sólo cuando sostengan que debe dictarse el sobreseimiento.

El recurso implicará la realización de la audiencia preliminar ante un tribunal integrado por tres jueces; durante su trámite se escuchará al recurrente y al recurrido, y serán renovados los actos de la audiencia anterior que los jueces estimen imprescindibles para decidir. Cuando sólo recurra el imputado o su defensor, el tribunal no podrá modificar la decisión en perjuicio del imputado. El tribunal puede modificar la decisión anterior en favor de otros imputados que no han recurrido, cuando los motivos que fundan la decisión no sean exclusivamente personales y alcancen a los demás.

19. Procedimientos especiales. Las reglas especiales para el debate del procedimiento con jóvenes o para la aplicación de medidas de seguridad y corrección son aplicables a la audiencia preliminar, respectivamente.

Título II Debate

Capítulo 1. Caracteres y dirección

20. Inmediación. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia y de las demás partes intervinientes, legítimamente constituidas en el procedimiento, de sus defensores y de sus mandatarios.

El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusare asistir, será custodiado en una sala próxima y representado a todos los efectos por su defensor. Cuando fuere necesaria su presencia en la audiencia, será hecho comparecer para la realización de actos particulares en los cuales su presencia resultare imprescindible.

Si el defensor no compareciere al debate o se alejare de la audiencia, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo inmediato por un defensor oficial, hasta tanto el acusado designe un defensor de su elección.

Si el acusador público no compareciere al debate o se alejare de la audiencia, se procederá a su reemplazo inmediato, según los mecanismos propios de la organización del ministerio público.

Si el acusador privado o su representante no concurrieren al debate o se alejaren de la audiencia, se tendrá por abandonada la instancia y desistida su acción. En los casos de delitos de acción privada, el tribunal sobreseerá al acusado, salvo el caso de que existieren otros acusadores que continuaren válidamente la persecución penal.

21. Acusado. El acusado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el juez que presida podrá disponer la vigilancia necesaria para impedir su fuga o actos de violencia.

Si el acusado estuviere en libertad, el tribunal podrá disponer, para asegurar la realización del debate o de un acto particular que lo integre, su conducción por la fuerza pública e, incluso, su detención, con determinación del lugar en el que ella se cumplirá, cuando ella resultare imprescindible; podrá también variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer alguna de las medidas sustitutivas para la privación de la libertad. Estas medidas serán pedidas fundadamente por los acusadores y se registrarán por las reglas relativas a la privación o restricción de la libertad durante el procedimiento.

22. Publicidad. El debate será público, pero el tribunal podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle, total o parcialmente, a puertas cerradas, cuando:

1) afectare el pudor o la intimidad de alguno de los intervinientes o de alguna persona citada para participar en él;

2) afectare gravemente el orden público o la seguridad del Estado;

3) peligrare un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida sea punible; o

4) estuviere previsto específicamente en este Código o en otra ley.

La resolución será fundada y constará en el acta del debate.

Desaparecido el motivo de la clausura, se hará ingresar nuevamente al público y quien presida el debate informará brevemente sobre el resultado esencial de los actos cumplidos a puertas cerradas, cuidando de no afectar el interés protegido por la reserva, en lo posible. El tribunal podrá imponer a los intervinientes en el acto el deber de reserva sobre aquellas circunstancias que han presenciado, decisión que constará en el acta del debate.

23. Restricciones para el acceso. Se negará el acceso a los menores de dieciséis años, salvo que su ingreso esté justificado por razones docentes o de instrucción ciudadana, o a cualquier persona que se presentare en forma incompatible con la seriedad de la audiencia.

El juez que preside el debate podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según las posibilidades de la sala de audiencia.

Los representantes de los medios de información que expresen su voluntad de presenciar la audiencia tendrán un privilegio de asistencia frente al público; pero la transmisión simultánea, oral o audiovisual, o la grabación con esos fines de la audiencia, requieren la autorización previa de los jueces permanentes que integran el tribunal para el caso, de conformidad con la reglamentación pertinente.

24. Policía y disciplina de la audiencia; decisiones. El juez que preside el debate ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia. Por razones de orden, higiene, decoro o eficacia del debate podrá ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria.

Podrá también corregir en el acto, con multa de hasta dos días del sueldo de un juez permanente del tribunal, las infracciones previstas en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala

de audiencia. Si el infractor fuere el acusador público, el acusado, su defensor, el acusador privado, su abogado o su mandatario, la medida será dispuesta por el tribunal. Con el acusado, su defensor y el acusador público se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 20; el acusador privado nombrará o reemplazará inmediatamente a su representante y, si no lo hiciere, se tendrá por abandonada la instancia.

Cuando la decisión está conferida al tribunal se entenderá que resuelven los jueces permanentes que lo integran.

25. Deberes de los asistentes. Quienes asistieren a la audiencia deberán permanecer respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formule. No podrán portar armas u otros elementos aptos para molestar u ofender, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, contrario al decoro, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

26. Continuidad y suspensión. El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión; él se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, en una única suspensión o en varias sucesivas, sólo en los casos siguientes:

1) para resolver una cuestión incidental o practicar algún acto fuera de la sala de audiencias, incluso cuando una revelación inesperada tornare indispensable una instrucción suplementaria, siempre que no fuere posible cumplir los actos en el intervalo de dos sesiones;

2) cuando no comparecieren testigos, peritos o intérpretes, debiere practicarse una nueva citación y fuere imposible o inconveniente continuar el debate hasta que ellos comparecieren;

3) cuando algún juez, el acusado, su defensor, el acusador privado o su representante, o el acusador público se enfermaren a tal extremo que no pudieren continuar interviniendo en el debate, a menos que el defensor, el acusador privado o su representante, o el acusador público pudieren ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se hubiere constituido, desde la iniciación del debate, con un número superior de jueces

que el requerido para su integración, de manera que los suplentes pasaren a integrar el tribunal y permitieren la continuación del debate; la regla regirá también para el caso de muerte o incapacidad permanente de un juez, del defensor, del acusador privado o su representante, y del acusador público;

4) cuando el acusador lo requiriere para ampliar la acusación o el defensor lo solicitare una vez ampliada la acusación, siempre que, por las características del caso, no se pudiese continuar inmediatamente.

Excepcionalmente, el tribunal podrá disponer la suspensión del debate, por resolución fundada, cuando alguna catástrofe o algún hecho extraordinario tornare imposible su continuación.

El tribunal decidirá la suspensión y anunciará el día y la hora en que continuará la audiencia; ello valdrá como citación para todos los intervinientes. Si el inconveniente descrito en el inc. 3 no se hubiere solucionado al día fijado para la continuación, de manera que pudiese proseguir la audiencia, el tribunal procederá conforme se establece en el art. 20.

Antes de comenzar la nueva audiencia, quien la presida resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad. Los jueces permanentes de la organización judicial y el acusador público podrán intervenir en otros debates durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decidiere lo contrario, por resolución fundada, en razón de la complejidad del caso.

El presidente ordenará los aplazamientos diarios, con indicación de la hora en que continuará el debate. Será considerado un aplazamiento el descanso hebdomadario o el día feriado o de asueto, siempre que el debate continúe el día hábil siguiente.

27. Interrupción. Si el debate no se reanuda a más tardar al undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpido y deberá ser realizado de nuevo desde su iniciación.

La rebeldía o la incapacidad del acusado interrumpirán el debate, salvo que el impedimento se subsanare dentro del plazo previsto en el párrafo anterior, o que prosiguiera el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección.

28. Oralidad. El debate será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del

imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las decisiones del presidente y las resoluciones del tribunal serán dictadas verbalmente, con expresión de sus fundamentos cuando el caso lo requiera, quedando todos notificados por su emisión, pero su parte dispositiva constará luego en el acta del debate.

Quienes no pudieren hablar o no lo pudieren hacer en el idioma oficial, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de un intérprete, leyéndose o relatándose las preguntas o las contestaciones en la audiencia.

El acusado sordo o que no pudiese entender el idioma oficial será dotado de un intérprete para que le trasmita el contenido de los actos del debate.

29. *Lectura.* Sólo podrán ser incorporados por su lectura:

- 1) la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a los que el testigo aludiere en su declaración durante el debate;
- 2) las actas sobre declaraciones de imputados rebeldes o ya condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate, prestadas de conformidad con las reglas pertinentes, sin perjuicio de que ellos, voluntariamente, acepten declarar en el debate;
- 3) los dictámenes de peritos, siempre que hayan sido cumplidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de la facultad de los intervinientes o de cualquier juez del tribunal de exigir la declaración del perito en el debate;
- 4) las actas de las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto, o informe, cuando el acto se haya producido o hecho constar por escrito, según una autorización legal, y el informante no pueda ser hecho comparecer al debate;
- 5) las actas de las declaraciones que consten por escrito de testigos o peritos que hayan fallecido, estén ausentes del país, se ignore su residencia actual o que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones hayan sido recibidas conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles;

6) las actas de las declaraciones que consten por escrito de testigos, de peritos o del acusado, cuando sea necesario auxiliar la memoria de quien declara o demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, y al solo fin de solicitar las aclaraciones pertinentes; y

7) las actas o dictámenes existentes por escrito, cuando todos los intervinientes presten conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan durante el debate, con la aquiescencia del tribunal.

30. *Imposibilidad de asistencia.* Los órganos de prueba que no puedan concurrir al debate por un impedimento justificado serán examinados en el lugar donde ellos se hallen por uno de los jueces permanentes del tribunal o por medio de exhorto a otro juez, según los casos, quien labrará el acta correspondiente. En la audiencia respectiva podrán participar los demás intervinientes en el debate.

El tribunal podrá decidir, en razón de la distancia, que las declaraciones testimoniales o los dictámenes de peritos sean recibidos en el lugar donde resida el testigo o el perito, por un juez comisionado y de la manera antes prevista, salvo el caso de que quien ofreció el medio de prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta.

31. *Dirección del debate.* El presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas pertinentes, hará las advertencias que correspondan, exigirá las ratificaciones solemnes y moderará la discusión; impedirá derivaciones impertinentes, o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad o no resulten admisibles, sin coartar por ello el ejercicio de la persecución penal, ni la libertad de defensa. Si alguno de los intervinientes en el debate se queja por reposición de una disposición del presidente, decidirá el tribunal.

32. *Delito en audiencia.* Si durante el debate se comete un delito, a juicio del tribunal, el presidente ordenará labrar un acta con las indicaciones que correspondan y, eventualmente, detendrá al presunto culpable. El tribunal remitirá copia de los antecedentes necesarios a la fiscalía y, en su caso, pondrá a su disposición al detenido.

Capítulo 2. Desarrollo

33. *Apertura.* En el día y la hora fijados el tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Quien lo preside verificará la presencia de los demás jueces permanentes y, en su caso, de los jurados llamados a integrar el tribunal, del acusado y su defensor, y de los acusadores que hubieren sido admitidos, de los testigos, peritos o intérpretes que deban tomar parte en el debate y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y declarará abierto el debate. Luego advertirá al acusado que esté atento a aquello que va a oír y ordenará la lectura de la acusación y de la parte pertinente del auto de apertura del debate.

34. *Incidentes.* Inmediatamente después de la lectura podrán ser planteadas todas las cuestiones incidentales, que serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva tratarlas sucesivamente o diferir alguna para la sentencia, según convenga al orden del debate.

En la discusión de las cuestiones incidentales sólo se concederá la palabra por una única vez a quien la plantee y a los demás intervinientes, quienes podrán pronunciarse a través del abogado que los defiende o asesora.

35. *División del debate único.* Si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el tribunal podrá disponer, incluso a pedido de uno de los intervinientes, formulado en este momento, que los debates sean llevados a cabo separadamente, pero en forma continua. En este caso, la sentencia puede ser única después de transcurridos todos los debates separados, o procederse conforme está regulado en los párrafos siguientes y decidir cada uno de los debates por interlocutorio de culpabilidad, sin perjuicio del debate sobre la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección, que se realizará al final.

A semejanza de aquello que ocurre en el caso del tribunal de jurados, el tribunal podrá disponer en este momento y de la misma manera, cuando resulte conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado, dividir un debate único, para tratar primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acu-

sado y, posteriormente, la cuestión acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda. Cuando la pena máxima que pudiere corresponder a los hechos punibles imputados, según la calificación jurídica de la acusación o del auto de apertura, supere los ocho años de privación de la libertad, la solicitud de división del debate único, formulada por el acusado o su defensor, obligarán al tribunal a proceder conforme al requerimiento.

En este caso, al culminar la primera parte del debate, el tribunal decidirá acerca de la cuestión de culpabilidad (interlocutorio de culpabilidad) y, si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijará día y hora para la prosecución del debate sobre esta última cuestión. Regirán, para la primera parte del debate, todas las reglas que regulan su desarrollo, y, para la decisión interlocutoria sobre la culpabilidad, las que regulan la sentencia, salvo las referidas específicamente a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección.

El debate sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para determinarla y proseguirá de allí en adelante según las normas comunes. La sentencia se integrará, después del debate sobre la pena, con el interlocutorio sobre la culpabilidad y la decisión sobre la pena o medida de seguridad y corrección aplicable. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de este último momento.

Durante el debate, el tribunal puede organizar la audiencia conforme a las reglas que anteceden, de manera informal, sin necesidad de dictar el interlocutorio sobre la culpabilidad.

36. *Declaración del acusado.* Después de la lectura de la acusación o de resueltas las cuestiones incidentales, el presidente dará oportunidad al propio acusado para que se expida acerca de la imputación que se le dirige. Conducirá un breve interrogatorio de identificación y le explicará, con palabras claras y sencillas, el comportamiento concreto que se le atribuye. Luego le advertirá que puede abstenerse de declarar, sin que esa decisión, por sí misma, provoque algún indicio en su contra, y que el debate continuará aun si él resuelve no pronunciarse sobre la acusación. Si el acusado resuelve

declarar, el presidente permitirá que él manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, para luego permitir el interrogatorio del defensor, de los acusadores y de los miembros del tribunal, en ese orden, finalizando por el mismo presidente.

Cuando en la declaración o el interrogatorio se advierta que el acusado incurre en contradicciones respecto de declaraciones o escritos anteriores, en los cuales se hubiere observado las reglas pertinentes, se podrá ordenar la lectura de esas declaraciones o escritos, siempre que quien interroga ponga claramente de manifiesto las contradicciones, al tiempo de pedir la aclaración pertinente al interrogado.

En el curso del debate, el defensor y los acusadores pueden dirigir al acusado preguntas destinadas a aclarar manifestaciones, si él decide libremente contestarlas.

37. Declaración de varios acusados. Si los acusados fueren varios, el presidente podrá alejar de la sala de audiencia, incluso por pedido de alguno de los intervinientes, a los acusados que no declaren en ese momento, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente sobre lo ocurrido durante la ausencia.

38. Facultades del acusado. En el curso del debate, el acusado podrá solicitar la palabra para efectuar todas las declaraciones que considere pertinentes, incluso si antes se hubiere abstenido de declarar, siempre que se refieran al objeto del debate. El presidente impedirá cualquier divagación y, si el acusado persistiere en ese comportamiento, podrá proponer al tribunal alejarlo de la audiencia (art. 24).

El acusado podrá, durante el trascurso del debate, hablar libremente con su defensor, sin que por ello la audiencia se suspenda; no lo podrá hacer, en cambio, durante su declaración o antes de responder a preguntas que le sean formuladas; en este momento tampoco se admitirá sugerencia alguna.

39. Ampliación de la acusación. Durante el debate, el acusador podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que modifica el significado jurídico o la pena del mismo hecho objeto del debate, o que integra la continuación deli-

cada, cuando ellos no hubieren sido mencionados en la acusación y en el auto de apertura.

En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el presidente dará al acusado inmediatamente oportunidad de expresarse a su respecto, en la forma prevista para su declaración inicial, e informará a todos los intervinientes sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, conforme a la gravedad y complejidad de los nuevos elementos y a la necesidad de la defensa.

Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la imputación y serán detallados en el acta del debate.

Cuando la ampliación de la acusación verse solamente sobre un precepto penal distinto de los invocados en la acusación, incluida su ampliación, o en el auto de apertura, el presidente advertirá al acusado en la forma prevista en el artículo anterior y el tribunal, si fuere necesario, concederá a los intervinientes el mismo derecho allí consignado. La nueva calificación jurídica constará en el acta del debate, con indicación de los preceptos penales agregados, incluso si versaren sólo sobre la determinación de la pena o de una medida de seguridad y corrección, y quedará comprendida en la imputación.

40. Recepción de pruebas. Después de la declaración del acusado, el presidente procederá a recibir la prueba, en el orden que las partes convengan o en el que el presidente del tribunal considere conveniente en caso de disidencia.

41. Peritos, testigos e intérpretes. Los peritos, testigos e intérpretes citados responderán directamente a las preguntas que les formulen los intervinientes, sus abogados o sus consultores técnicos, y los miembros del tribunal.

Antes de declarar, los testigos, peritos o intérpretes no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de aquello que ocurra en la audiencia; permanecerán en una sala distinta a la de la audiencia, advertidos por el presidente

acerca de la regla anterior, y serán llamados en el orden establecido. En debates prolongados, el presidente puede disponer que las diversas personas citadas para incorporar información comparezcan en días distintos. Si resultare conveniente, el presidente podrá disponer que los peritos, testigos e intérpretes presencien los actos del debate o alguno de ellos. Después de declarar, el presidente dispondrá si ellos continúan en la antesala o pueden retirarse, consultando a los intervinientes.

Se podrá llevar a cabo confrontaciones o reconstrucciones entre testigos, peritos e intérpretes, o entre ellos y el acusado.

Los intérpretes que sólo cumplen la misión de trasladar al acusado aquello que se manifiesta en el debate, o a la audiencia aquello que manifiesta el acusado, cuando él no domina el idioma oficial o es ciego, sordo o mudo, permanecerán a su lado durante todo el debate.

42. Interrogatorio. El presidente, después de interrogar al perito, testigo o intérprete sobre su identidad personal y las circunstancias necesarias para valorar su testimonio (generales de la ley), y de advertirle que debe decir la verdad y no ocultar nada sobre el objeto de su declaración, le concederá la palabra para que informe libremente sobre todo aquello que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. Al finalizar el relato, concederá el interrogatorio a aquel que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que deseen interrogar, en el orden que considere conveniente. Por último, podrán interrogar los miembros del tribunal y el mismo presidente, a fin de conocer circunstancias de importancia para el éxito del juicio. En caso de que alguien haya sido propuesto por más de un interviniente, el presidente decidirá quién interrogar primero.

Pese a que los intervinientes pueden interrogar libremente, el presidente moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo, perito o intérprete conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Los peritos, testigos e intérpretes expresarán, en lo posible, la razón de ser de sus conocimientos e informaciones, y determinarán su origen, designando con la mayor precisión posible a los terceros de quienes, eventualmente, hubieren obtenido la información.

Terminado el interrogatorio, quien preside el tribunal advertirá al testigo, perito o intérprete acerca de la obligación de decir verdad y no ocultar nada sobre el objeto de su declaración y procederá a leerle los arts. 275 y 276 del Código Penal. Inmediatamente después o una vez que el testigo, perito o intérprete corrija su declaración, la ratificará solemnemente (art. 224). Los intérpretes que cumplan una función permanente durante el debate, incorporando a él aquello que expresan los intervinientes en otro idioma o de otra manera distinta a la del idioma oficial utilizado oralmente, o auxiliando permanentemente a esas personas para que puedan expresarse, serán advertidos por quien preside la audiencia sobre su obligación de traducir o interpretar fielmente lo dicho, al comenzar su función y al terminar su labor, momento en el cual se procederá a ratificarlos solemnemente, con una fórmula análoga a la del art. 224, que preparará quien recibe el juramento.

43. Incomparecencia. Cuando el perito, testigo o intérprete oportunamente citado no hubiere comparecido, el presidente dispondrá lo necesario para hacerlo comparecer por la fuerza pública. Si estuviere imposibilitado para concurrir y no se pudiese esperar hasta la superación del obstáculo, o no resultare conveniente la suspensión de la audiencia, el presidente podrá disponer que la audiencia prosiga donde esté la persona a interrogar o designar a uno de los jueces profesionales del tribunal para que la audiencia se lleve a cabo en ese lugar y se consigne por escrito su resultado, acta que se leerá en el debate a su reanudación; en este último caso, todos los intervinientes podrán participar en el acto y formular en el acta sus observaciones.

Si el testigo estuviere en algún lugar distante de aquel en el cual se celebra el debate, la audiencia podrá cumplirse por medio de mandamiento o exhorto, y los intervinientes podrán designar quién los representará ante el juez comisionado o consignar por escrito las preguntas que deseen formular.

44. Otros medios de prueba. Los documentos e informes serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen; las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos en la audiencia,

según su forma de reproducción habitual. El presidente, a pedido de los interesados o por provocación de su parte, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación, en la parte pertinente. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate.

Todos los elementos de convicción podrán ser presentados a los peritos, testigos o intérpretes, o al acusado, cuando correspondiere, durante sus declaraciones, quienes podrán ser invitados a reconocerlos o a informar sobre ellos.

Si para conocer los hechos fuere necesario o conveniente una inspección o una reconstrucción, el tribunal podrá disponerlo, a pedido de alguno de los intervinientes o de oficio, y el presidente ordenará las medidas necesarias para llevar a cabo el acto. Si el acto se debiere realizar fuera del lugar de la audiencia el presidente deberá informar sumariamente las diligencias realizadas, cuando se regrese a la sala del debate.

45. Nuevas pruebas. El tribunal podrá ordenar, a pedido de alguno de los intervinientes, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

De la misma manera se podrá citar nuevamente a peritos, testigos o intérpretes que ya hayan declarado, si sus dictámenes o informaciones resultaren insuficientes o se necesitare aclaraciones o ampliaciones; en su caso, las operaciones necesarias serán practicadas en la misma audiencia, cuando ello fuere posible.

46. Discusión final y clausura. Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra a los acusadores, comenzando por el acusador público en los delitos de acción pública, y al defensor del imputado, para que, en ese orden, emitan sus conclusiones. Las partes privadas podrán hablar por intermedio de sus abogados. Si intervinieren dos representantes del ministerio público o dos abogados por alguno de los demás intervinientes, todos podrán hablar dividiéndose la tarea. Tanto los representantes de los acu-

sadores como los defensores podrán replicar, pero siempre corresponderá a estos últimos la palabra final. La réplica se deberá limitar a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieran sido objeto del informe.

En el informe, las partes podrán incluir la solicitud prevista en el artículo anterior.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el presidente llamará la atención al orador y, si este persistiere, podrá limitar racionalmente el tiempo del informe, según la naturaleza y complejidad de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el plazo, el orador deberá emitir sus conclusiones; la omisión implicará incumplimiento de la función para los órganos públicos, abandono y desistimiento de la acusación para el acusador privado y abandono injustificado de la defensa para el defensor.

Por último, el presidente preguntará a la víctima que estuviere presente en la sala de audiencia, si tiene algo que manifestar y, en su caso, le concederá la palabra; luego dirigirá al imputado la misma pregunta, en su caso le concederá la palabra, y cerrará el debate.

47. Recursos. Durante el debate, los intervinientes en él pueden quejarse de las resoluciones por la vía de la reposición. La reposición implica la protesta de recurrir eventualmente la sentencia, cuando ese recurso le hubiere sido concedido al quejoso. En el caso de un tribunal con integración plural, la reposición de las decisiones del presidente implica la integración total del tribunal para decidir y contra esa decisión no existe reposición posterior.

Capítulo 3. Sentencia

48. Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir un auxiliar.

El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate; sólo serán valorables, sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos por un procedimiento permitido e incorporados al debate conforme a las disposiciones de la ley; la duda siempre favorece al acusado.

El tribunal resolverá por mayoría de votos.

Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones, o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias serán fundadas expresamente.

El tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal cuando hubieren sido planteadas o hubieren surgido durante el debate, siempre que ellas puedan decidirse sin examinar alguno de los elementos referidos a la cuestión de culpabilidad. Si se decide proseguir, quien hubiere quedado en minoría deberá deliberar y votar sobre las cuestiones siguientes. En caso contrario, se examinará primero la cuestión de culpabilidad, para luego decidir la cuestión relativa a la competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal.

En el primer caso, la decisión posterior versará sobre la absolución o la condena. Cuando se trate de la aplicación del art. 35, el tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena, y fijará audiencia para la continuación del debate o para el debate sobre la determinación de la pena, en caso de que sea necesario.

Prosigue la determinación de la pena o de la medida de seguridad y corrección aplicable, cuando el dispositivo de la decisión anterior lo torne necesario. Para decidir esta cuestión deliberarán y votarán todos los jueces, incluso aquellos cuya opinión haya quedado en minoría, quienes deberán atenerse al tenor de la condena o de la declaración que torna viable una medida de seguridad y corrección.

Cuando exista la posibilidad de aplicar diversas clases de pena o de medidas de seguridad y corrección, o, dentro de una misma clase, penas o medidas divisibles o indivisibles, el tribunal deliberará y votará, en primer lugar, sobre la clase o especie de pena o medida, y decidirá por mayoría de votos. Si no fuere posible lograr la mayoría se aplicará la pena o medida intermedia.

Si la pena o medida decidida fuera divisible y no existiere mayoría en cuanto a la cantidad, se aplicará la que resultare de la suma y división de todas las opiniones expuestas.

49. Sentencia y acusación. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de

apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia; pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al art. 39, último párrafo. Esta regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección. Esta previsión se aplica, asimismo, a los casos en los cuales la variación de la calificación jurídica implicar, aun por aplicación de un precepto penal más leve, la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.

50. Requisitos de la sentencia. La sentencia contendrá:

- 1) la mención del tribunal, el nombre de los jueces que integran el colegio decisor y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad;
- 2) la enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y del auto de apertura;
- 3) el voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;
- 4) la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado;
- 5) la parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas; y
- 6) la firma de los jueces; pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar, con resumen de la opinión del juez impedido en caso de no coincidir con las emitidas, y la sentencia valdrá sin esa firma.

51. Pronunciamiento. La sentencia se pronunciará siempre en nombre del Pueblo. Redactada la sentencia, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de la audien-

cia, después de ser convocados verbalmente todos los intervinientes en el debate, y el documento será leído ante los presentes. La lectura valdrá en todo caso como notificación y los intervinientes que lo requieran verbalmente recibirán una copia de la sentencia. El original del documento se protocolizará.

Cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora tornen necesario diferir la redacción de la sentencia, en la oportunidad prefijada será leída tan sólo su parte resolutive y el tribunal designará un juez relator que informe a la audiencia, sintéticamente, los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión y sobre el trascurso de la deliberación y votación. En este caso, el presidente del tribunal fijará día y hora para la lectura íntegra del documento que contiene la sentencia, dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

52. Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que habilitan la declaración de su invalidez resultan del incumplimiento de las reglas previstas en los arts. 48 a 51. Los demás defectos que pudieren existir, podrán ser subsanados de oficio por el tribunal o por un pedido de aclaración del interesado.

53. Absolución. En todos los casos, la sentencia absolutoria se entenderá como pronunciamiento de inocencia del imputado. Ordenará la libertad del acusado detenido y la cesación de cualquier restricción impuesta durante el procedimiento y, en su caso, la aplicación de medidas de seguridad y corrección; ella también resolverá sobre las costas del procedimiento.

Para las medidas de seguridad y corrección, para las inscripciones y para la devolución de objetos secuestrados rige el artículo siguiente.

54. Condena. La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan. También determinará, en su caso, la condicionalidad de la condena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

En las penas o medidas de seguridad y corrección divisibles fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condena-

do podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación; para las penas perpetuas y las medidas de seguridad y corrección indeterminadas temporalmente, rige la última parte de esta regla.

Cuando se condene a pagar una multa, la sentencia fijará también el plazo dentro del cual ella debe ser pagada.

Cuando corresponda, unificará también las condenas o las penas, si ello fuere posible.

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; ella decidirá también sobre el decomiso y la destrucción de cosas, previstos en la ley penal.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará inscribir en él una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal que dictó la sentencia, del procedimiento en el cual se dictó y de la fecha de su pronunciamiento; la misma inscripción mandará a realizar en el caso de los matrimonios ilegales y la suposición del estado civil de una persona, sin perjuicio de anoticiar al funcionario competente para iniciar acciones que conduzcan a la nulidad del acto, según la ley civil.

Cuando la sentencia de condena imponga una pena que se deba cumplir, el tribunal decidirá, también, al menos con participación del condenado y de su defensor, la situación del condenado. La decisión versará sobre el mantenimiento de la situación preexistente, el encarcelamiento preventivo del condenado o su sustitución por alguna de las medidas previstas en el art. 114, el embargo de bienes para responder a la pena de multa, según lo dispuesto por el art. 126, o la inhabilitación preventiva para ejercer una profesión, un oficio, un cargo, o un derecho al que se refiera la condena o la medida de seguridad, con secuestro, en su caso, de los documentos habilitantes. La sentencia de condena a pena privativa de la libertad de modo condicional (Código Penal, art. 26) provocará el mismo efecto que la sentencia absolutoria respecto de la libertad del acusado.

Capítulo 4. Reglas especiales

55. Tribunal con jurados. Cuando corresponda integrar el tribunal con jurados, que

juzgan el asunto en colegio único con los jueces permanentes, los jueces accidentales prestarán su compromiso solemne en el acto de apertura del debate (art. 33). Ellos se integrarán al tribunal con posterioridad al compromiso y, de allí en adelante, hasta la sentencia, tendrán todas las obligaciones y atribuciones que las reglas anteriores fijan para los jueces del tribunal. El debate será siempre presidido por un juez perteneciente a la organización judicial de manera permanente.

Después de la deliberación conjunta, cuando se trate de exponer por escrito las razones que justifican la decisión, los jueces permanentes de la organización judicial motivarán en primer término su voto, conjunta o separadamente, según el caso. Los jueces accidentales podrán adherirse a las razones expuestas por cada uno de los jueces permanentes para fundar su voto. Si desean apartarse ellos deberán expresar el motivo. No obstante lo dicho, todos los jueces tienen el derecho de fundar individualmente su voto o de agregar fundamentos a la opinión a la cual adhieren.

56. Juicio por jurados. En los casos en que la ley dispone el juzgamiento de la cuestión sobre la culpabilidad del acusado solamente por jurados, rigen las reglas comunes del debate, pero con las modificaciones siguientes:

- 1) el debate será presidido por un juez perteneciente a la organización judicial de manera permanente, a quien le corresponderán todas las decisiones durante el debate;
- 2) los jurados, en el número previsto por la ley de organización judicial, prestarán su compromiso solemne en el acto de apertura del debate (art. 33);
- 3) los jurados constituirán un claustro separado, que escuchará el debate sin intervenir en él y sin atribución alguna de interrogar durante su trascurso.

57. Propuesta de veredicto. Los acusadores y el defensor, una vez cumplidos los informes finales (art. 46), entregarán al juez que preside la audiencia su propuesta de veredicto, formulada en términos claros, concretos y precisos: ella describirá y calificará jurídicamente el hecho que juzgará el colegio de jurados, con la limitación establecida en el

art. 49, o, de la misma manera, negará su existencia o la participación del acusado en él, total o parcialmente, con expresión final de la decisión que se espera del jurado; se podrá formular propuestas alternativas numerándolas ordinalmente para su tratamiento por el colegio de jurados.

El juez que preside el debate examinará en privado las propuestas de veredicto con los intervinientes que las hubieren formulado, y si alguna merece objeción, intimará al interviniente respectivo para que la ajuste según las reglas del párrafo anterior; si el interviniente no ajusta su propuesta, conforme a la admonición del tribunal, caduca su facultad de proponer el veredicto, que quedará desierta por declaración del juez en la que consten los motivos del rechazo.

Sin embargo, el hecho descripto en la acusación, en el auto de apertura y en la ampliación de la acusación, si existiere, más su calificación jurídica, se considerará siempre como una propuesta de veredicto y será tratado por el colegio de jurados para afirmar o negar la culpabilidad del acusado; la propuesta, en este caso, será formulada por el presidente del tribunal.

El presidente entregará las propuestas al colegio de jurados, que se retirará a deliberar en sesión secreta y continua, y lo instruirá sobre las reglas que rigen la deliberación.

58. Deliberación del colegio de jurados. El colegio de jurados elegirá su presidente, quien moderará la discusión. Bajo su dirección, el colegio analizará las propuestas y realizará el escrutinio de los votos. Admitirá una sola de las propuestas por el voto coincidente de dos tercios del número de sus integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero, en casos excepcionales, a solicitud del presidente del colegio de jurados, el presidente de la audiencia puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso.

59. Interrupción de la deliberación y reapertura del debate. Con la misma mayoría necesaria para aprobar el veredicto, el jurado puede decidir la interrupción de la deliberación para volver a escuchar en audiencia algún elemento de prueba, de los ya incorporados al debate, cuyo contenido no haya

comprendido totalmente o que resulte esencial para la decisión.

En ese caso, el presidente del jurado anoticiará al juez que preside el debate y le entregará por escrito las preguntas que deben ser formuladas al testigo o al perito, la parte del documento que debe ser leída o la cosa que debe ser exhibida nuevamente. Si el presidente considera admisible las preguntas, la lectura o la exhibición, aun con modificaciones parciales, reabrirá el debate y ordenará los actos correspondientes; caso contrario, ordenará el regreso de los jurados al recinto de las deliberaciones y los convocará para la votación definitiva del veredicto.

60. Pronunciamiento del veredicto. Logrado el veredicto, el colegio de jurados se constituirá nuevamente en la sala de la audiencia y el presidente del jurado leerá el veredicto: en primer término, declarará culpable o inocente al acusado; después leerá la propuesta que fue aceptada; y, por último, dará a conocer el resultado aritmético de la votación que logró el veredicto.

Con el pronunciamiento del veredicto finalizará la intervención de los jurados.

Si el jurado no lograre un veredicto en un plazo racional, conforme a las particularidades del caso, el juez podrá, excepcionalmente, interrumpir la deliberación para convocarlos a decidir el veredicto y, eventualmente, disolver el jurado, y convocar a una nueva audiencia frente a un nuevo jurado. El presidente del jurado puede interrumpir la deliberación para advertir al juez sobre esta situación.

61. Debate posterior. Si el veredicto fuere de culpabilidad, el debate continuará, en la fecha de una nueva convocatoria, que fijará el presidente del tribunal, sin relación con el plazo fijado en el art. 27. En él se recibirán los medios de prueba que se hubiere ofrecido para individualizar la pena o la medida de seguridad y corrección. Si el veredicto fuere de inocencia concluirá el procedimiento, que sólo proseguirá para determinar una medida de seguridad y corrección, cuando hubiere sido solicitada, del modo expuesto en la oración anterior.

Terminada la recepción de prueba el presidente del tribunal procederá conforme al art. 46, pero los informes se limitarán a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del colegio de jurados.

62. Sentencia. La sentencia del tribunal se ajustará a las reglas de los arts. 49 y siguientes, en lo pertinente, con las siguientes modificaciones: en lugar de la enunciación de los hechos, transcribirá las propuestas finales de los intervinientes, el veredicto del colegio de jurados, y las propuestas finales de los intervinientes en relación a la pena o medida de seguridad y corrección aplicables; y, en lugar de la determinación del hecho acreditado, especificará las circunstancias tomadas en cuenta para la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección y su valoración en el caso.

63. Límites de la sentencia y control de legalidad del veredicto. El veredicto de inocencia será obligatorio para el tribunal y, salvo el caso de la aplicación de una medida de seguridad y corrección, concluirá el procedimiento.

Si los hechos determinados en la propuesta aceptada como veredicto de culpabilidad, conforme a la ley penal, no permiten la aplicación de una pena o medida de seguridad y corrección, el tribunal podrá absolver al acusado; si lo permiten, pero en un grado menor al establecido por el veredicto de culpabilidad, el tribunal podrá corregir jurídicamente ese veredicto.

En los demás casos, condenará según el veredicto de culpabilidad y expresará su decisión sobre la pena o medida de seguridad y corrección, aun cuando decidiera la exención o remisión de la pena.

64. Juicio con jóvenes. Cuando el acusado fuere un joven menor de dieciocho años el debate tramitará conforme a las reglas comunes, con las siguientes modificaciones: 1) El debate será público o a puertas cerradas conforme a la voluntad del acusado menor de edad, que procurará el juez que presida la audiencia preliminar y hará constar en la decisión de apertura del debate; la regla rige incluso para los casos en los cuales el joven sea enjuiciado en conjunto con otros acusados mayores de aquella edad, siempre que el tribunal no decida la separación de los debates (art. 35).

2) Los representantes legales del joven o el guardador podrán designar al defensor del joven, cuando él no haga uso de su derecho a designarlo. En caso de representación plural, el conflicto que pudiera suscitarse será

resuelto por el juez o tribunal competente, según el caso.

3) La sentencia sobre el joven se limitará, en todos los casos, al veredicto de culpabilidad o inocencia, sin fijar la pena aplicable, y, a su respecto, el debate sobre la pena será realizado posteriormente, conforme al art. 35, en el momento en que pueda decidirse sobre ella según las condiciones fijadas por la ley penal juvenil.

4) En el debate sobre la pena se escuchará, después de los informes finales, a la madre, al padre, al tutor y al guardador que estuvieren presentes en la audiencia o en el tribunal y que, invitados a tomar la palabra, quisieren hacerlo, sin perjuicio de conceder la última palabra al joven, según las reglas comunes.

65. Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección. Si el acusador estima que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad y corrección, requerirá la apertura del debate con las formas y en las condiciones previstas en el art. 1, aplicable analógicamente, con indicación de los antecedentes y circunstancias especiales que fundan el pedido.

El procedimiento se regirá por las reglas comunes con las siguientes modificaciones:

1) Cuando el acusado se hallare en la situación prevista por el art. 73, sus facultades serán ejercidas por su curador o, si careciera de uno, por quien designe el tribunal; en ese caso, las reglas referidas a la declaración del imputado deben dar oportunidad al curador o a su sustituto para tomar posición frente a la imputación.

2) El juicio aquí previsto nunca se tramitará juntamente con un juicio común.

3) El debate se realizará sin la presencia del imputado cuando fuere imposible a causa de su estado (inc. 1) o inconveniente por razones de orden, seguridad o salud, caso en el cual será representado a todos los efectos por su curador o el sustituto; el acusado podrá ser traído al debate cuando su presencia fuere indispensable.

4) El debate será público o a puertas cerradas conforme a la voluntad del acusado, cuando según su situación pudiere expresarla válidamente, o de las personas mencionadas en el inciso anterior, en el caso contrario.

5) El debate será presenciado por un dele-

gado del tribunal a cuyo cargo estuviere el control de la curatela dirimida, quien, previo a la discusión final, informará sobre el acusado.

6) El debate se llevará a cabo ante el tribunal competente según la ley de organización, pero la sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección; en el caso del tribunal de jurados, el veredicto versará sobre la inocencia o la reunión de las condiciones para aplicar una medida de seguridad y corrección.

7) No serán de aplicación las reglas referidas al procedimiento abreviado.

Si en el trascurso del debate el acusador sostuviere como posible la aplicación de una pena, será de aplicación, analógicamente, el art. 39.

La internación provisional (art. 120) y las demás medidas de coerción eventualmente aplicables podrán ser confiadas para su ejecución al tribunal a cuyo cargo estuviere el control de la curatela, el cual, durante el proceso de conocimiento, mantendrá informado al acusador público o al tribunal competente.

Capítulo 5. Acta del debate

66. Funcionario competente y contenido. Quien desempeñe la función de secretario durante el debate labrará un acta que contendrá las siguientes enunciaciones:

1) lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de las suspensiones ordenadas y de las reanudaciones;

2) el nombre y apellido de los jueces, permanentes o jurados, de los representantes del ministerio público durante el debate, del acusado y su defensor, y de los demás intervinientes que hubiesen participado en el debate, incluidos los mandatarios, en su caso, con mención del papel que cada uno de estas personas cumplió; en el caso de los jurados constará también su compromiso solemne;

3) el desarrollo histórico del debate, con mención del nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con la aclaración acerca de si ratificaron solemnemente sus declaraciones o no lo hicieron, y el motivo de ello, y la designación de los documentos leídos durante la audiencia;

4) las instancias y decisiones producidas en el curso del debate;

5) la conclusión final de los acusadores, del defensor y del imputado y la víctima, si hubieren usado de la palabra a la finalización del debate, o la constancia de que no lo hicieron;

6) la observancia de las formalidades esenciales, específicamente, si se procedió públicamente o fue excluida la publicidad, total o parcialmente, con mención de los motivos de la decisión;

7) otras menciones previstas por la ley, o las que el presidente ordene, incluso por solicitud de los demás intervinientes;

8) la forma en que se cumplió con el art. 51, con mención de las fechas pertinentes;

9) el veredicto del jurado, en el caso del juicio respectivo; el dispositivo de la sentencia, en el caso del art. 51; el dispositivo de la decisión sobre la culpabilidad y sobre la pena, en los casos del art. 35; y

10) la firma del presidente y del secretario. En caso de debates prolongados o de prueba compleja, el presidente podrá disponer la versión taquigráfica o la grabación total o parcial del debate y constará en el acta tanto la disposición, como la forma en que fue cumplida; pero la versión taquigráfica o la grabación no integrarán los actos del debate y sólo servirán como forma de recuerdo de los actos efectivamente cumplidos, para los jueces o jurados del tribunal que deban pronunciar la sentencia o el veredicto, o para los intervinientes que deseen interponer un recurso.

67. *Comunicación y firma del acta.* El acta se leerá inmediatamente después de la sentencia ante los presentes, con lo que quedará notificada. En el caso de que se divida la lectura de la sentencia, conforme al art. 51, la lectura del acta del debate se cumplirá inmediatamente después de la lectura íntegra del documento que contiene la sentencia; en el caso de que se disponga dividir la celebración de la audiencia, conforme al art. 35, el acta será leída inmediatamente después de la decisión sobre la pena; en el caso del juicio por jurados, el acta del debate será leída inmediatamente después de la absolución o de la decisión sobre la pena.

El presidente podrá reemplazar la lectura del acta con la entrega de una copia para cada uno de los intervinientes presentes, en las mismas oportunidades dispuestas anteriormente; los intervinientes ausentes recibirán copia del acta, a su pedido.

Con posterioridad a la lectura se invitará a todos los intervinientes presentes a firmar el acta al pie y se dejará constancia de los nombres de aquellos que no quisieron firmar; cuando se entregue copia del acta, constará al pie de la original.

68. *Valor del acta.* El acta verificará, en principio, el modo en que se desarrolló el debate, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido, los actos que fueron llevados a cabo y el resultado del debate.

La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas no originará por sí misma un motivo para recurrir la sentencia, sin perjuicio de las facultades disciplinarias respecto del funcionario competente.

Sin embargo, por vía del recurso admitido contra la sentencia, invocándolo en el escrito de interposición, se podrá probar un enunciado faltante en el acta o la falsedad de un enunciado contenido en ella, que invalide la decisión.

Libro II

Derechos, garantías y deberes de los intervinientes

Título I

El imputado

Capítulo 1. Generalidades

69. *Calidad de imputado.* Las facultades que las leyes fundamentales y este Código conceden al imputado puede hacerlas valer la persona que sea señalada como autor de un hecho punible o participe en él ante alguna de las autoridades competentes para la persecución penal.

Quien considere que puede haber sido imputado en un procedimiento penal, se podrá presentar ante la autoridad judicial que en ese momento dirige el procedimiento, y deberá ser escuchado por ella, a su pedido; la autoridad judicial que reciba su declaración labrará acta sobre su contenido.

70. *Denominación.* En este Código se utiliza la palabra "imputado" como denominación genérica: se denomina "acusado" a aquel contra quien se ha dictado el auto de apertura y "condenado" a aquel sobre quien ha recaído una sentencia de condena.

71. *Identificación.* El imputado será identificado por su nombre, datos personales y señas particulares. Si él se abstuviere de proporcionar esos datos o los diere falsamente, se procederá a la identificación por testigos o por otros medios que sean considerados útiles. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso del procedimiento y los errores podrán ser corregidos en cualquier oportunidad, incluso durante la ejecución penal.

Si fuere necesario para el procedimiento podrán ser tomadas fotografías del imputado, recurrir a la identificación dactiloscópica o a otro medio semejante, aun contra su voluntad, pero ello no implicará su ingreso a un registro.

72. *Domicilio.* El imputado deberá denunciar, en la primera oportunidad en que compareciere ante una autoridad judicial, su domicilio real y fijar domicilio especial para recibir comunicaciones sobre el procedimiento dentro del radio que determine la reglamentación. Con posterioridad, mantendrá actualizados esos domicilios mediante comunicación al acusador público o al tribunal, según el caso, sobre las variaciones que ellos sufrieren.

La inexactitud de su domicilio real será considerada como indicio de fuga; las comunicaciones dirigidas al domicilio especial son siempre correctas.

Si el imputado no pudiere constituir domicilio especial dentro del radio del tribunal, se fijará de oficio el de su defensor; allí serán dirigidas las comunicaciones. En ese caso, el defensor y el imputado, de común acuerdo, establecerán la forma de comunicarse entre ellos.

73. *Incapacidad.* Sin perjuicio de las reglas que rigen el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección, el trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender los actos del procedimiento o de obrar voluntariamente conforme a ese conocimiento, impedirá el juicio y toda valoración del comportamiento que se le atribuye, que no autorice expresamente la ley, pero no inhibirá la averiguación de la imputación que a él se le dirige, ni la continuación del procedimiento respecto de otros coimputados.

La incapacidad será declarada por el tribu-

nal competente, a proposición de cualquiera de los intervinientes o de oficio, y previo dictamen de peritos; durante la investigación preparatoria será competente el juez que debe llevar a cabo la audiencia preliminar.

Sospechada la incapacidad, el acusador público o el tribunal competente ordenará la peritación correspondiente. Hasta la decisión, sin perjuicio de su propia intervención, las facultades del imputado podrán ser ejercidas por su curador si lo tuviere, o por el designado de oficio, si no lo tuviere, y, si carece de defensor o hubiera sido autorizado a defenderse por sí mismo, se designará inmediatamente un defensor de oficio. El papel de curador y defensor de oficio puede cumplirlo la misma persona.

Los actos en los que el incapaz hubiere participado como tal, sin sujeción a estas reglas, carecerán de valor en tanto lo perjudiquen y signifiquen expresiones de voluntad o el ejercicio de derechos personales que le corresponden.

74. *Internación para observación.* Si, para la preparación del informe sobre el estado psíquico del imputado, fuera indispensable que él sea internado en un establecimiento especial o psiquiátrico, la medida sólo podrá ser ordenada por el juez o por el tribunal competente, según el caso. La medida requerirá una resolución fundada y sólo se ordenará si existiere la probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho y no fuera desproporcionada respecto de su importancia y de la pena o medida de seguridad y corrección que se espera.

75. *Examen mental obligatorio.* El imputado deberá ser sometido a un examen mental si el delito que se le atribuye es de carácter sexual o se espera una pena superior a los cinco años de privación de libertad, si se trata de un sordomudo, de un joven imputable, de una persona que haya cumplido los setenta años al momento del hecho atribuido, o si es probable la aplicación de una medida de seguridad y corrección privativa de libertad.

76. *Rebeldía.* Será declarado rebelde el imputado que, sin grave impedimento, no compareciere a una citación, ni fuere posible su comparecencia forzada en un lapso

breve, porque se oculta, abandona la audiencia a la que comparece o el lugar destinado para su custodia, cuando no desea presenciarla, se fuga del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido, no obedece a una orden de aprehensión emitida por la persona competente o se ausenta, sin licencia, del lugar denunciado o asignado para residir.

La rebeldía será declarada por el funcionario o juez que tenga a su cargo el procedimiento, previa constatación de la incomparecencia, fuga o ausencia, quien procurará la búsqueda del imputado. La orden de detención, en su caso, será expedida por un juez del tribunal competente, a pedido del acusador; si la rebeldía se produce durante una audiencia, la orden será expedida por el juez o el presidente del tribunal ante el cual se procede. La orden se hará conocer también a las autoridades encargadas del control para salir del país o ingresar a él, con mandato expreso de que impidan su fuga y den aviso inmediato a la policía del lugar, y se inscribirá en el registro respectivo, con todos los datos necesarios para identificar personalmente al imputado y la causa en que la orden es expedida. La orden podrá requerir informes y su aprehensión inmediata por los medios de comunicación, con publicación incluso de la fotografía, datos y señas personales del imputado o de un dibujo aproximado de su fisonomía, cuando se carezca de otras formas de identificación actuales.

77. Efectos de la rebeldía. La declaración de rebeldía suspende el procedimiento judicial correspondiente; rige analógicamente el art. 73, párr. I.

La declaración de rebeldía implicará la revocación de la libertad que hubiere sido concedida al imputado y lo obligará al pago de las costas provocadas por la contumacia. Cuando el rebelde compareciere o fuere puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, quedarán sin efecto las órdenes emitidas y sus inscripciones, y el tribunal competente, con la integración que corresponda, decidirá sobre la situación futura del imputado, previo a oír en audiencia al acusador y al imputado sobre el acontecimiento que provocó la rebeldía.

El procedimiento continuará según su estado.

78. Garantías: regla general. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino en virtud de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas, y de las facultades y los derechos del imputado.

Nadie podrá ser sometido a una medida de coerción durante el procedimiento que no esté prevista en este Código (art. 99, párr. II). Cuando se autoriza proceder contra su voluntad, la fuerza a aplicar debe ser la mínima indispensable para poder llevar a cabo el acto.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio.

Capítulo 2. Derecho a ser oído

79. Regla general. Además de las oportunidades previstas específicamente en la ley, el imputado tendrá derecho a exigir ser escuchado, cuando desee declarar, por la autoridad o tribunal que, en ese momento, dirija el procedimiento. En todos los casos, la audiencia se desarrollará en presencia de su defensor, salvo que haya sido autorizado a defenderse por sí mismo, y, antes de comenzar el interrogatorio, se permitirá que el imputado pueda consultar con el defensor sobre los derechos que lo asisten, los efectos probables del acto y la actitud a asumir. En el procedimiento preparatorio, el acto podrá prorrogarse por veinticuatro horas para procurar la asistencia del defensor o, en su defecto, designar al defensor oficial.

Salvo que la declaración del imputado se desarrolle en la audiencia preliminar o en la audiencia del debate, sobre ella se labrará un acta que reproducirá, del modo más fiel posible, todo lo que suceda en el acto respectivo y las respuestas o declaraciones del imputado con sus propias palabras; en este caso, el acto finalizará con la lectura y la firma del acta por todos los intervinientes. Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, tal circunstancia se hará constar en el acta; si rehusare suscribirlo, se consignará el motivo.

El acta podrá ser reemplazada, total o parcialmente, por otra forma de registro; en ese caso, quien preside el acto determinará el resguardo conveniente para garantizar su

inalterabilidad e individualización futuras. Cuando el imputado sea sordo, o mudo, o no comprenda el idioma oficial tendrá derecho a designar su propio traductor o intérprete, pero si no lo designa será dotado de uno, cuando el caso lo requiera, para que le transmita el contenido del acto o de la audiencia; rigen analógicamente las reglas del Libro II, Título I, Capítulo 3.

80. Advertencias preliminares. Antes de comenzar la declaración, quien preside el acto comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, e incluirá aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgue aplicables. Luego, el imputado será instruido acerca de que puede abstenerse de declarar y de que esa abstención no podrá ser utilizada en su perjuicio.

En el procedimiento preparatorio, el imputado será también instruido acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba, efectuar las citas que considere convenientes y dictar su propia declaración o la contestación a las preguntas que le fueren formuladas.

Cuando no se trate de la primera declaración del imputado, basta con recordarle las advertencias anteriores y actualizarle los conocimientos sobre el hecho atribuido y su calificación jurídica, si han sufrido alguna alteración.

81. Primera declaración: desarrollo. Se comenzará por invitarlo a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo, si lo tuviera, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio real y legal, si lo tuviera, principales lugares de residencia anteriores y condiciones de vida, nombre, estado y profesión de sus padres, de su cónyuge y de sus hijos o de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su guarda, a expresar si antes ha sido perseguido penalmente y, en su caso, por qué causa, ante qué tribunal, qué decisión recayó y si ella fue cumplida. En las declaraciones posteriores bastará que confirme o modifique los datos ya proporcionados.

Inmediatamente después, se dará oportunidad al imputado para declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna.

Tanto el acusador como el defensor podrán dirigir al imputado las preguntas que estimen convenientes; en caso de que la declaración se produzca ante un tribunal, también los jueces que lo integran podrán preguntar al final del interrogatorio, salvo el caso del colegio de jurados en el juicio respectivo.

82. Métodos prohibidos para la declaración.

En ningún caso se le requerirá al imputado la ratificación solemne de su exposición, ni será sometido a clase alguna de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellas expresamente autorizadas por la ley penal o procesal, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni le serán formulados cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión.

Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de sus actos está prohibida, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura o el tormento, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados "sueros de la verdad" o "detectores de mentiras", y la hipnosis.

Esta prohibición se extiende a la declaración de cualquier persona en el procedimiento, con la salvedad de aquellas excepciones expresamente previstas en la ley.

83. Interrogatorio. Las preguntas serán claras y precisas; no están permitidas las preguntas capciosas o sugestivas; y las respuestas no serán instadas perentoriamente.

Si, por la duración del acto, se notare algún signo de fatiga o de falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan.

84. Dirección del acto; asistentes; oportunidad. Antes de la acusación, en los delitos de acción pública, el imputado prestará declaración ante el acusador público, cuando él mismo lo pidiere, al comparecer espontáneamente, o cuando lo ordenare ese acu-

sador, siempre en presencia de un defensor. Quien preside el acto podrá permitir, con el consentimiento del imputado, que asista a él quien presentó querrela contra el imputado u ordenar que escuche la declaración un perito, con el fin de elaborar un informe; no será necesario dar aviso sobre la realización del acto. El imputado será consultado acerca del derecho de exclusión antes de comenzar el acto y en presencia de su defensor; podrá también ejercer esta facultad durante la audiencia.

Todos los intervinientes podrán indicar las inobservancias legales en que se incurra y, de no ser corregidas inmediatamente, exigir que su protesta conste en el acta.

Si el imputado hubiere sido aprehendido, el funcionario que lo tenga a su cuidado dará aviso inmediato al ministerio público. El acusador público que corresponda procederá, a más tardar en el plazo de diez horas a contar desde su aprehensión, a examinar la situación y, en su caso, a ordenar la libertad; si resolviere mantener la privación de libertad, en el mismo plazo dará oportunidad al imputado de declarar en su presencia, plazo que podrá ser prorrogado por otro tanto, cuando lo pidiere el propio imputado para elegir defensor o cuando fuere necesario para lograr que un defensor asista al acto.

En casos excepcionales, cuando fuere absolutamente imposible el traslado de personas en el plazo establecido, por la gran distancia, la grave dificultad de las comunicaciones, una catástrofe, el aislamiento u otro acontecimiento extraordinario similar, quien preside el acto podrá fijar un plazo distinto, acorde con las circunstancias, por resolución fundada y bajo su responsabilidad.

Durante el debate rigen las reglas de los artículos 36 y siguientes. Durante la audiencia preliminar la declaración será recibida por el juez, si el imputado solicitare declarar.

85. Varios imputados; careos. Cuando deban declarar varios imputados, las declaraciones serán recibidas sucesivamente, para evitar que ellos se comuniquen entre sí antes de que todas ellas sean recibidas.

Los imputados pueden ser careados entre sí o con testigos, a pedido de ellos o por orden de quien dirige el procedimiento, pero ninguno será obligado a la confrontación. Rigen para el careo y en relación a los imputados todas las reglas de este capítulo apli-

cables a su declaración. Quien preside el acto advertirá a quienes se confronten entre sí sobre los desacuerdos de sus respectivas declaraciones.

86. Valoración. La inobservancia de los preceptos de este capítulo o la irrazonabilidad de los motivos que fundan una manera de proceder alternativa y permitida, impedirán aprovechar la declaración para fundar cualquier decisión en perjuicio del imputado, total o parcialmente, aun cuando él hubiere dado su consentimiento expreso para infringir alguna regla o para utilizar su declaración.

Pequeñas inobservancias formales podrán ser corregidas durante el acto o con posterioridad a él. Quien deba valorar el acto apreciará si esas inobservancias fundan la posibilidad de un menoscabo para la libertad de decisión, la memoria, la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en cuyo caso rige la regla del párrafo anterior.

Capítulo 3. Defensa técnica y facultades defensivas

87. Capacidad. Podrán ser elegidos defensores quienes posean el título de abogado o de doctor en derecho, expedido por una Universidad del país, reconocida por la legislación vigente, o admitido en el país conforme a los tratados y disposiciones que rigen la materia.

La inscripción en la matrícula correspondiente, según la legislación vigente, no será, en un primer momento, requisito indispensable para autorizar su intervención, pero el juez fijará un plazo, prorrogable según las necesidades del caso, para que el defensor cumpla con la reglamentación. Vencido el plazo sin subsanación del defecto, cesará la intervención del defensor elegido y se procederá conforme a las reglas del abandono.

88. Elección del defensor. El imputado tiene derecho a elegir un defensor de su confianza; puede defenderse por sí mismo, pero si no reúne la calidad prevista en el primer párrafo del artículo anterior o perjudicare la eficiencia de su defensa técnica con esa decisión, el funcionario judicial que dirija el procedimiento en ese momento lo instará a designar un defensor de confianza y, en su defecto, designará de oficio un defensor, sin que ello menoscabe el derecho del imputado

a formular instancias y observaciones. Para autorizar la propia defensa no es necesaria la inscripción en la matrícula del lugar en el cual se desarrolla el procedimiento.

89. Admisión y apartamiento del defensor. No se admitirá la intervención de un defensor en el procedimiento, o se lo apartará de la participación ya acordada, cuando haya sido testigo del hecho o cuando fuere coimputado de su defendido, condenado por el mismo hecho o imputado por ser autor o cómplice del encubrimiento o favorecimiento de ese mismo hecho concreto. En estos casos, el imputado podrá elegir nuevo defensor; si no existiere otro defensor o el imputado no ejerciere su facultad de elección, se procederá conforme a las reglas del abandono.

La inadmisibilidad o el apartamiento serán revocados tan pronto desaparezca el presupuesto que provoca la decisión.

Para todas estas decisiones es competente el funcionario que preside el procedimiento, quien resolverá por decisión fundada. La inadmisibilidad o el apartamiento, o el rechazo de un pedido de revocación de la decisión anterior, serán recurribles por queja directa ante el tribunal superior de justicia del Estado cuya jurisdicción opera en el caso, en cualquier momento posterior mientras rija la interdicción. El tribunal, previa producción de los informes que crea corresponder, resolverá sin más trámite.

90. Defensor común. La defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor común es, en principio, inadmisibles. Quien dirige el procedimiento podrá permitir la defensa común cuando no exista incompatibilidad alguna para ello; pero si se advierte posteriormente la incompatibilidad, esta situación podrá ser corregida de oficio.

91. Número de defensores y sustitución. El imputado podrá designar el número de defensores que desee, pero en los debates o en un mismo acto sólo podrá ser asistido por dos de ellos.

Cuando intervengan varios defensores, la notificación practicada a uno de ellos bastará para todos y la sustitución de uno por el otro no alterará los trámites ni los plazos. Todos conservarán sus facultades autóno-

mas, salvo cuando la ley, expresamente, imponga una división de funciones.

Cada defensor podrá designar un sustituto, para que intervenga si tuviere algún impedimento, con el consentimiento del imputado. El abogado sustituto asumirá las obligaciones del defensor y no tendrá un derecho especial a prórrogas de plazos o audiencias a menos que la ley lo permita en casos particulares. Si el titular abandona la defensa, él lo sustituirá definitivamente.

92. Nombramiento inicial. Todo imputado deberá ser asistido, al menos, por un defensor. El momento final para cumplir este deber por parte de los funcionarios de la persecución penal es la primera declaración del imputado, antes de su comienzo, ya sea que el imputado se haya presentado espontáneamente (art. 69, párr. II), haya sido citado o haya sido aprehendido, o, conforme al art. 3, párr. II, se le haya concedido la oportunidad de pronunciarse por escrito sobre la imputación.

Si, en esa oportunidad, el imputado no designa defensor o no es autorizado a defenderse personalmente, el funcionario que presida el procedimiento deberá designarle un defensor de oficio.

93. Nombramiento posterior. El imputado podrá designar, posteriormente, otro defensor que reemplace al que ya interviene en el procedimiento, pero este último no podrá abandonar la defensa hasta que el designado acepte el cargo.

El mismo derecho existe para reemplazar al defensor nombrado de oficio por uno elegido, salvo el caso reglado por el artículo siguiente.

94. Renuncia y abandono. El defensor podrá renunciar al ejercicio de la defensa técnica, en cuyo caso la autoridad judicial que preside el procedimiento fijará un plazo para que el imputado lo reemplace, vencido el cual será sustituido por un defensor nombrado de oficio, en caso de silencio del imputado, de incapacidad del defensor elegido o de que este último no acepte el cargo. El renunciante no podrá abandonar la defensa hasta que intervenga su reemplazante; el abandono anticipado de la defensa constituye falta grave en el ejercicio de la profesión, que será comunicada de inmediato a la autoridad de

control de ese ejercicio, caso en el cual, si fuere necesario proveer inmediatamente a la defensa técnica, se nombrará defensor de oficio hasta tanto el imputado haga uso de su derecho de elección.

De la misma manera se procederá si el defensor del imputado, de hecho, abandonar la defensa o dejarse al imputado sin asistencia técnica. En todos los casos de abandono, la resolución será comunicada al imputado a quien se instruirá nuevamente sobre su derecho a elegir otro defensor de confianza. Quien abandona la defensa, no podrá ser nombrado nuevamente en el mismo procedimiento.

No está autorizada la renuncia durante la audiencia del debate o el desarrollo de una audiencia judicial, regla que rige desde el momento de la fijación de la fecha de la audiencia, salvo el caso en el cual la audiencia se haya fijado con mucha anticipación, caso que requiere el reemplazo o la autorización judicial. Este abandono constituye también falta grave en el ejercicio profesional, comunicable a la autoridad de control de ese ejercicio.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante la audiencia se podrá prorrogar su comienzo o suspenderse la audiencia ya iniciada, como máximo por cinco días corridos, si lo solicita el nuevo defensor; la prórroga o la suspensión no proceden por segunda vez en el mismo procedimiento. En este caso, la intervención del defensor que hubiese sido nombrado de oficio continuará, aunque intervenga después otro defensor de confianza.

El abandono injustificado obliga a quien incurriera en él al pago de las costas provocadas por el reemplazo, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

La muerte o la incapacidad del defensor son regidas analógicamente por las disposiciones anteriores, salvo aquellas que prevén sanciones.

95. Defensa de oficio. El nombramiento de oficio de un defensor, para los casos en que está previsto, se rige por las disposiciones de la ley orgánica respectiva. Una vez nombrado el defensor, son aplicables a él todos los preceptos anteriores.

96. Defensor mandatario. En el juicio por delito de acción privada, cuando el acusador

sea representado por un mandatario, el imputado también podrá hacerse representar por un defensor con poder especial para el caso. No obstante, el tribunal podrá exigir la comparecencia personal del imputado y de su acusador.

97. Facultades del imputado y de su defensor.

El imputado y su defensor tendrán derecho a examinar los documentos, actas y cosas incorporadas al procedimiento, previa autorización del acusador público o del tribunal que intervenga, una vez que hayan comparecido espontáneamente en la causa, o que hayan sido citados al procedimiento o hayan sido objeto de una medida de coerción en él, salvo que el acusador público, cuando se tratare de un delito de acción pública, haya ordenado el secreto total o parcial de la investigación, conforme al art. 205, párrs. IV y siguiente.

Durante el debate y las demás audiencias previstas, las facultades defensivas son regidas por las reglas correspondientes.

Antes de la acusación, en los delitos de acción pública, el acusador público podrá permitir la asistencia del imputado o de su defensor a los actos que deba practicar, a su pedido, cuando su presencia fuera útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación, o impida la actuación pronta y regular; no será necesario citarlos para ello. Sin embargo, los asistentes no tomarán la palabra sin expresa autorización de quien preside el acto, ni deberán perturbar la diligencia con signos de aprobación o desaprobación, y podrá ser excluida su presencia en caso de que no se comporten como corresponde. El asistente al acto podrá solicitar que consten en el acta sus observaciones, si el acto debe ser protocolizado. Salvo que su presencia fuere imprescindible, el imputado privado de su libertad será representado por su defensor.

98. Proposición de diligencias. El imputado y su defensor podrán también proponer diligencias al acusador durante el período de preparación de la acción penal pública, quien las realizará sólo si, a su juicio, resultan pertinentes y útiles para la averiguación del caso.

Si durante el período de preparación de la acción fuera imprescindible para la defensa entrevistar a personas que deben brindar

información en el procedimiento, o leer documentos indispensables para preparar la defensa, y esas personas no le prestarán voluntariamente su colaboración o rechazarán exhibir los documentos, el imputado y su defensor podrán requerir al juez competente, según el art. 111, el auxilio judicial necesario para formular preguntas a esas personas o tener a la vista los documentos indicados. El juez decidirá sobre el requerimiento por resolución fundada, que no admitirá recurso alguno, pero cuyo rechazo podrá ser valorado para establecer la absoluta imposibilidad de preparar convenientemente la audiencia del debate. El requerimiento podrá formularse nuevamente durante la audiencia preliminar, si se decide abrir el juicio.

Capítulo 4. Libertad personal

99. Tratamiento de inocente. El imputado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza: tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

100. Finalidad y alcance de las medidas de coerción. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución, y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Cuando se exija una resolución judicial, estas medidas serán autorizadas por decisión fundada y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.

Sección 1ª. Coerción personal del imputado

101. Presentación espontánea. Quien considere que pudiere haber sido imputado en un procedimiento penal (art. 69) podrá presentarse ante la autoridad que lleva a cabo el procedimiento, pidiendo ser escuchado (arts. 3, 79 y siguientes) y que se mantenga su plena libertad.

102. Arresto. Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho punible no fuere posible individualizar al autor, a los partícipes y a los testigos, y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de la verdad, quien dirige el procedimiento podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, ni se comuniquen entre sí antes de informar, ni se modifique el estado de las cosas y de los lugares, disponiendo las medidas del caso, y, si fuere necesario, también el arresto de todos ellos. La detención sólo durará el tiempo indispensable para llevar a cabo medidas urgentes y un interrogatorio sumario de las personas presentes, plazo que nunca sobrepasará las diez horas.

Las personas a cargo de un lugar cerrado o factible de ser cerrado y los conductores de vehículos o medios de transporte están autorizados a hacer uso de la misma facultad en los casos correspondientes, pero deberán procurar de inmediato la presencia de algún funcionario de la persecución penal o de un juez, quien, en adelante, se hará cargo del procedimiento.

103. Citación. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado, se ordenará su citación en su domicilio o, en su defecto, en el lugar en donde él trabaja.

La cédula de citación deberá contener la oficina ante la cual debe comparecer y el nombre del funcionario que debe entrevistar, el motivo de la citación, la identificación del procedimiento y la fecha y hora en que debe comparecer. Se advertirá allí, al mismo tiempo, que la incomparecencia injustificada puede provocar su detención o conducción por la fuerza pública, caso en el cual quedará obligado por las costas de la incomparecencia, las sanciones penales y disciplinarias que puede tener que soportar y que, en caso de impedimento, el citado deberá comunicarlo por cualquier vía al funciona-

rio que lo cita y justificar inmediatamente el motivo de la incomparecencia. A ese efecto, la cédula contendrá el domicilio, el número telefónico y, en su caso, los datos necesarios para comunicarse con la oficina por escrito, por vía telefónica o por correo electrónico. La cédula podrá ser comunicada al destinatario personalmente o por correo; en casos urgentes, por intermedio de la policía, telefónicamente o por cualquier otro medio disponible.

La incomparecencia injustificada provocará la ejecución del apercibimiento, si el funcionario que cita lo juzga necesario. En casos excepcionales, cuando exista el peligro fundado de que la persona citada se oculte o fugue, o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad, se podrá proceder a su detención por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto, que nunca excederá de diez horas. Si se desconoce el domicilio, se puede librar orden de aprehensión para su comparecencia, bajo las mismas condiciones temporales descritas anteriormente.

104. Aprehensión policial y privada. En los delitos de acción pública, la policía debe aprehender a quien sorprenda en flagrante, o a quien persiga o indique el clamor público o la víctima como autor de un hecho punible o participe en él, inmediatamente después del hecho, con el fin de evitar la consumación del hecho punible o que él produzca consecuencias ulteriores, de evitar la fuga del imputado o para conservar elementos de prueba.

En los delitos que dependen de instancia privada rige el mismo deber por denuncia o pedido de socorro de la víctima, incluso en forma verbal, o para evitar la consumación o consecuencias ulteriores.

Cumplida la aprehensión, los funcionarios policiales deben, inmediatamente, entregar al aprehendido y las cosas secuestradas a quien sea competente para la persecución penal, o, en su defecto, a la autoridad judicial más próxima, en todo caso antes de las diez horas, contadas desde el momento de la aprehensión.

En los mismos casos y con el mismo objeto, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión, pero debe entregar al aprehendido inmediatamente a la policía o a la autoridad judicial más próxima.

El funcionario público competente para la persecución penal puede también ordenar la aprehensión del imputado, cuando estimare que concurren los presupuestos para dictar la prisión preventiva y que resulta necesario su encarcelamiento.

105. Otros casos de aprehensión. El deber y la facultad previstos en el artículo anterior operan también en el caso de la aprehensión de aquel cuya detención haya sido ordenada o de quien se fugue del establecimiento donde cumple su condena o su prisión preventiva.

En estos casos, el aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención o que está encargada de su custodia.

106. Comunicación. Cuando el imputado fuere aprehendido será informado acerca del hecho que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención o a cuya disposición será consignado.

La misma comunicación se practicará también a un pariente o a una persona de confianza del imputado, que él sugiera.

107. Procedimiento posterior. La fiscalía o el juez ante quien es consignado el aprehendido pueden prescindir de la privación de libertad, cuando consideren que no existe peligro de fuga o de entorpecimiento, o sustituir, con ese fin, la privación de libertad por otra medida autorizada por este Código (art. 114), casos en los cuales liberarán al aprehendido, previo cumplimiento de las medidas correspondientes. Quien proceda de esta manera deberá dejar constancia escrita de los motivos por los cuales decidió liberar al aprehendido y sobre las medidas aplicadas.

De otro modo, la fiscalía debe solicitar la prisión preventiva al juez competente o, en su defecto, al juez más próximo, por requisito fundada y en el mismo plazo antes previsto, ofreciendo demostrar los presupuestos correspondientes. La misma obligación registrará cuando el funcionario haya reemplazado la privación de libertad por la medida sustitutiva del inc. 1 del art. 114 o cuando pretendiére la aplicación de esa medida. En los demás casos rige el artículo 125.

Si la persecución penal resulta obstruida por obstáculos legales que no han sido supe-

rados (art. 2), el imputado será puesto en libertad, sin perjuicio del intento de remover el obstáculo, cuando correspondiere.

108. Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión cuando medien los siguientes presupuestos:

- 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él; y
- 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento).

No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando se impute un hecho punible que no tenga prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espere una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, sólo podrán ser aplicadas, bajo los mismos presupuestos, las medidas previstas en los incs. 3 a 7 del art.

114. Tampoco se aplicará la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en los cuales sólo excepcionalmente procede la prisión, a pedido del acusador, para hacer comparecer al imputado a las audiencias del juicio en las que sea necesaria su presencia, cuando él no comparezca a ellas y no designe apoderado, o cuando, ostensiblemente, obstaculice la determinación de la verdad; aun en estos casos, son preferibles las medidas alternativas antes nombradas.

109. Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1) arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
- 2) la pena que se espera como resultado del procedimiento;
- 3) la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte, voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; y
- 4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; rige también el art. 72, párr. II.

110. Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- 1) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- 2) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o
- 3) inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

111. Competencia, procedimiento, forma y contenido de la decisión. La decisión que ordena la prisión preventiva será dictada, durante el procedimiento preliminar, por un juez del tribunal competente, previa audiencia en la que se permitirá al acusador fundar su requerimiento y, eventualmente, demostrar su necesidad, en presencia del imputado y de su defensor, quienes también serán oídos. Si fuera necesario recibir prueba, el juez ordenará producirla en la audiencia. La audiencia podrá ser suspendida para el día siguiente con el fin de lograr la designación y la asistencia del defensor, o la incorporación de medios de prueba.

Después de formulada la acusación será competente el juez que dirija la audiencia preliminar y, durante el debate, el tribunal que interviene en él o el juez permanente que lo preside, en caso de integración unipersonal o del tribunal de jurados.

Rigen las reglas de la audiencia preliminar y del debate, en lo pertinente. El imputado o su defensor podrán requerir la integración de este tribunal con tres jueces permanentes, caso en el cual, el juez competente convocará a los colegas que corresponda, según la ley orgánica.

La decisión será dictada inmediatamente después de la deliberación sobre la audiencia, se consignará por escrito, será leída en la audiencia, y deberá contener:

- 1) los datos personales del imputado o, si son ignorados, aquellos que sirvan para identificarlo;
- 2) una enunciación sucinta del hecho punible que se le atribuye;
- 3) los fundamentos que deberán extenderse, expresamente, a cada uno de los presupuestos que la motivan; y
- 4) el dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables.

112. Orden de detención. Cuando se produzca la situación prevista en el art. 76, el acusador podrá solicitar la detención del imputado ante un juez del tribunal competente o ante quien presida la audiencia respectiva. El juez ordenará la detención siempre que existan los presupuestos del art. 108, en este caso, sin necesidad de audiencia previa. Cuando el imputado compareciere o fuere aprehendido se realizará la audiencia prevista por el artículo anterior.

Si ya hubiere sido dictada la prisión preventiva o hubiere sido acusado, bastará remitirse a esos actos y expresar el motivo que provoca la necesidad actual del encarcelamiento.

113. Cesación del encarcelamiento. La privación de la libertad finalizará:

1) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no subsisten los motivos que fundaron el encarcelamiento o tornen posible su sustitución por otra medida;

2) cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, por consideración, incluso, de la posible aplicación de reglas penales referidas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada;

3) cuando se cumpla el plazo máximo de duración del procedimiento (arts. 184 y 185), sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente; y

4) en casos excepcionales de pacientes que sufren una enfermedad terminal y que no sobrevivirán hasta el final del procedimiento, a pedido del paciente y por razones humanitarias.

Vencido el plazo del inciso 3 no se podrá ordenar otra medida de coerción, salvo la citación; pero, para asegurar la realización de la audiencia preliminar o de la audiencia del debate, o para la realización de un acto particular que exija la presencia del imputado, se podrá ordenar su nueva detención u otra medida de coerción (art. 114) por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente indispensable para cumplir las audiencias o el acto nombrados, siempre que el imputado no comparezca a la citación y no sea posible su conducción forzada.

114. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida

menos grave para el imputado que su encarcelamiento, quien decida, aun de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que se disponga;

2) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará periódicamente sobre el sometimiento del imputado al proceso;

3) la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe;

4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside o del ámbito territorial que se fije, sin autorización previa;

5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y

7) la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas capaces y solventes.

Se podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y se ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso estas medidas serán utilizadas desnaturalizando su finalidad o serán impuestas medidas cuyo cumplimiento fuere imposible por parte del imputado; en especial, no se impondrá una caución económica o no se determinará su importe fuera de lo posible, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

Se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

115. Acta. Antes de ejecutar cualquiera de estas medidas, se labrará acta, en la cual constará:

1) la notificación al imputado;

2) la identificación de las personas que intervengan en la ejecución de la medida y

la aceptación de la función o de la obligación que les ha sido asignada;

3) el domicilio real que denuncien todos ellos, con indicación de las circunstancias que pudieren imponerle al imputado la ausencia de él por más de un día;

4) la constitución de un domicilio especial para recibir notificaciones, dentro del radio que fijen los reglamentos para el tribunal; y

5) la promesa formal del imputado de presentarse cuando sea citado.

En el acta constará también la instrucción a todos sobre las consecuencias de la incomparecencia del imputado.

116. Cauciones. El tribunal, cuando corresponda, fijará el importe y la clase de la caución, y decidirá sobre la idoneidad del fiador o el valor de las cosas dadas en prenda, hipoteca, depósito o embargo, según libre apreciación de las circunstancias del caso y atendiendo siempre a la finalidad descrita en el art. 114. Para ello podrá decidir las medidas que estime necesarias; a pedido del tribunal el fiador justificará su solvencia.

Cuando la caución fuere prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar, sin beneficio de excusión, la suma que el tribunal haya fijado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal.

117. Ejecución de las cauciones. En los casos del art. 76 o cuando el imputado se sustrajere a la ejecución de la pena, se fijará un plazo para que comparezca o comience a cumplir la condena impuesta. De ello se notificará al imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquél no comparece, o no comienza a cumplir la condena impuesta, o no justifica que está impedido por fuerza mayor, la caución o la fianza se ejecutará al término del plazo.

Vencido el plazo, el tribunal dispondrá, según el caso, la venta de los bienes que integran la caución por intermedio de una institución bancaria o el embargo y ejecución inmediata, por la misma vía, de los bienes del fiador. La suma líquida de la caución será transferida a la institución de ayuda pospenitenciaria local.

118. Cancelación. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados a la garan-

tía, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:

1) cuando el imputado fuere constituido en prisión;

2) cuando se revoque la decisión de constituir cauciones, sean o no sean reemplazadas por otra medida;

3) cuando, por decisión firme, se sobresea al imputado o se lo absuelva;

4) cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o ella no deba ejecutarse; y

5) con el pago íntegro de la multa, cuando no haya sido condenado a pena privativa de libertad o cuando sea condenado sólo a la pena de inhabilitación.

119. Incomunicación. Se podrá ordenar la incomunicación del imputado privado de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y por única vez, sólo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constarán en la decisión.

La fiscalía y la policía podrán disponer la incomunicación del aprehendido, bajo las mismas condiciones, sólo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, que nunca excederá de diez horas.

La incomunicación no impedirá que el imputado se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar cualquier declaración suya sobre el hecho o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal. Se permitirá al imputado el uso de libros, recado de escribir y demás objetos que pidiere, con tal de que no puedan servir de medio para eludir la incomunicación; podrá también realizar actos civiles impostergables que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen la investigación.

120. Internación provisional. Se podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho antijurídico o partícipe en él, y que será internado definitivamente como resultado del procedimiento;

2) la comprobación, por dictamen unánime

de dos peritos, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso para sí o para los demás; y

3) la existencia de alguno de los peligros a que alude el inc. 2 del art. 108 o la imposibilidad de sustituir la medida por aquellas designadas en los incs. 1, 2 y 3 del art. 114, aplicados analógicamente.

Rigen, análogamente, los arts. 111 y siguientes.

Cuando concurran las circunstancias del inc. 2, quien disponga la internación informará al tribunal competente para decidir sobre la incapacidad civil e internación del imputado, y pondrá a su disposición a quien estuviere detenido.

121. Tratamiento. El encarcelado preventivamente será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que son utilizados para los condenados a pena privativa de libertad, o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos, y tratado en todo momento como inocente, quien sufre la prisión con el único fin de asegurar el desarrollo correcto del procedimiento penal. En especial, los reglamentos carcelarios se ajustarán a las siguientes reglas:

1) Los lugares de alojamiento y los servicios que garanticen las comodidades mínimas para la vida y la convivencia humanas serán sanos y limpios, de modo tal que aseguren el descanso, la nutrición, la atención de las necesidades fisiológicas y las mínimas necesidades para el desarrollo de la vida intelectual; el interno se podrá procurar, a sus expensas, comodidades superiores, con las únicas restricciones relativas al espacio disponible y a la prohibición de ingresar elementos o sustancias cuya tenencia se prohíba por ley, resulten peligrosos para la seguridad común, sirvan para preparar la fuga o provoquen graves desórdenes para la vida en común; en caso de existir en el establecimiento lugares comunes de alojamiento y celdas individuales, el imputado será consultado sobre su preferencia y, en lo posible, satisfecho su deseo.

2) El imputado dispondrá de su tiempo libremente y sólo le serán impuestas las restricciones imprescindibles para posibilitar la convivencia (horarios de comida, silencio nocturno); se asegurará, al menos, un des-

canso nocturno de ocho horas; si el imputado decidiera trabajar, conforme al ofrecimiento laboral del establecimiento, se atenderá al horario y a las reglas determinadas para esa actividad.

3) El imputado gozará, dentro del establecimiento, de libertad ambulatoria, en la medida que permitan las instalaciones; se garantizará, como mínimo, la posibilidad de que el imputado dedique dos horas diarias a actividades deportivas o recreativas, en los lugares dedicados a ello.

4) El imputado podrá tener consigo materiales de lectura y escritura, libros, revistas y periódicos; el material de lectura no será censurado y se proveerá de elementos de escritura y lectura a los internos de menores recursos; se pondrá a disposición de los imputados los periódicos del día en cantidad suficiente para permitir que puedan mantenerse informados sobre lo que ocurre en el mundo exterior; se facilitará la iniciación o la continuación de los estudios.

5) La comunicación epistolar será libre, salvo grave sospecha acerca de la preparación de una fuga o de la continuación de la actividad delictiva, casos en los cuales regirán los arts. 137 y 138. Los imputados podrán ser visitados por familiares y amigos, al menos dos veces por semana, en la forma y en los lugares adecuados, de manera que no signifique un menoscabo para su dignidad, ni impida su libre comunicación, derecho que sólo será limitado por el horario que disponga el establecimiento y, en cuanto a las personas, conforme a lo dispuesto en el art. 114, inc. 6; el reglamento podrá limitar la cantidad de personas que puedan visitar al prisionero en un día de visita y exigir que el prisionero determine qué personas habrán de visitarlo y su relación con ellas, sin menoscabar irrazonablemente el derecho aquí concedido. El imputado tendrá derecho a requerir visitas íntimas, en especial los casados o quienes convivan con otra persona unidos por lazos de afecto permanente, visitas que el establecimiento carcelario adecuará para resguardar el decoro, el recato y la tranquilidad; se garantizará, al menos, una visita de este tipo por mes, a pedido del interno.

6) Se cuidará adecuadamente la salud de los encarcelados, quienes, en caso de enfermedad, tendrán derecho a la asistencia por un médico de su confianza, a su costa; si la

intervención médica en un establecimiento carcelario presentare riesgos para la salud, evitables en un establecimiento común, se consultará al enfermo, quien podrá asumir los gastos de la intervención particular, ser internado en un hospital público o en un sanatorio privado.

7) Si el imputado lo solicita, se le facilitará la asistencia religiosa, según sus creencias; se facilitará el ingreso de los ministros de los diversos cultos para celebrar las principales ceremonias religiosas en los días de culto.

8) El imputado que trabaje tendrá derecho a un salario, que recibirá mensualmente, y se cumplirá con las obligaciones previsionales.

9) Se garantizará y facilitará el ejercicio de los derechos civiles y políticos del imputado, salvo que un motivo distinto al encarcelamiento preventivo, reglado por la ley y aplicado como ella lo dispone, los suprima.

10) El defensor podrá visitar al prisionero y las restricciones reglamentarias relativas al horario y al número de visitas no podrán afectar el derecho de defensa.

Todo imputado que ingrese en un establecimiento carcelario recibirá un impreso explicativo de sus derechos, de la organización del establecimiento, de sus horarios y obligaciones, con transcripción de este artículo.

El fiscal y el tribunal que autorizó el encarcelamiento controlarán el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones impuestos por esta regla; podrán designar también un inspector judicial con facultades suficientes para controlar el cumplimiento del régimen establecido o delegar esta atribución en otro funcionario o tribunal competentes territorialmente en el lugar donde se halle el establecimiento carcelario. Excepcionalmente, podrán conceder permisos de salida, por un tiempo limitado, siempre que aseguren convenientemente que esa medida no facilitará la fuga del imputado o entorpecerá la averiguación de la verdad.

Toda restricción que la autoridad encargada de la custodia imponga a los derechos concedidos al imputado, deberá ser comunicada, con sus fundamentos, inmediatamente al tribunal que dispuso la medida y éste la autorizará o revocará, según el caso.

El condenado que cumpla pena privativa de libertad y simultáneamente esté sometido a prisión preventiva, seguirá el régimen que impone su condena y será trasladado al

establecimiento que correspondiere, cercano al lugar donde se tramita el procedimiento, en lo posible. La fiscalía podrá disponer que, por tiempo limitado, se lo mantenga en otro establecimiento.

122. Encarcelamiento preventivo o internación provisional injustos. Cuando el imputado fuere absuelto, se dictare sobreseimiento en su favor, no fuere aplicada una medida de seguridad y corrección con internación o la privación de la libertad que dispone la condena fuera inferior al tiempo de encarcelamiento preventivo o internación provisional, la sentencia respectiva dispondrá la indemnización por los días de encierro sufridos, o por los días que duró la medida dispuesta en el art. 114, inc. 1, conforme a las siguientes reglas:

1) un día de encierro corresponde a la reparación por la pena privativa de libertad sufrida injustamente (art. 174, párr. II, inc. 1) o por los días que en exceso sufrió encarcelamiento preventivo o internación provisional, según el cómputo previsto en el art. 24 del Código Penal; y

2) un día de arresto domiciliario equivale al cincuenta por ciento de la misma reparación.

Son aplicables analógicamente los arts. 174 y 175.

Sección 2ª. Examen de las medidas de coerción

123. Carácter de las decisiones. La decisión que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable durante el transcurso del procedimiento. La revocación del rechazo de una medida de coerción o la reforma de una decisión que la impone, deberá ser requerida por el acusador, o por el imputado o por su defensor.

124. Examen obligatorio de la prisión y de la internación. Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que la ley lo dispone expresamente, el tribunal competente, integrado por tres de sus miembros, examinará de oficio los presupuestos de la prisión o de la internación y, conforme al caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad del imputado. Durante el debate o una vez comenzada la audiencia preliminar, el examen de la prisión no los interrumpirá y se llevará a

cabo por tres jueces distintos a aquellos que intervienen en esos procedimientos.

El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes, con aquellos que concurren, y después de la audiencia el tribunal decidirá inmediatamente. El tribunal podrá interrumpir la audiencia o la decisión, por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria.

El plazo previsto en el primer párrafo se interrumpirá en el caso regulado por el artículo siguiente, y se comenzará a contar de nuevo íntegramente, a partir de la decisión prevista en esa regla.

125. Examen a pedido del imputado o del acusador. El imputado y su defensor podrán provocar el examen de la prisión o de la internación, o de cualquier otra medida de coerción que hubiera sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento. La audiencia prevista en el artículo anterior se llevará a cabo dentro de las veinticuatro horas, con la misma integración del tribunal. El fiscal a quien le hubiera sido rechazada una orden de prisión (art. 108) o de detención (art. 112), o cuando hubiera sido ordenada una medida de coerción distinta sin su conformidad o procurare la revocación o reforma de una resolución de este tipo (art. 123), podrá provocar esta misma audiencia para lograr sus fines, siempre que funde su solicitud en circunstancias distintas a aquellas que motivaron la decisión anterior.

Sección 3ª . Embargo y otras medidas de coerción

126. Remisión. El embargo de bienes, la inhibición y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación del hecho punible, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías se regirán, en principio, por la ley de procedimiento civil.

Rigen las reglas de competencia del art. 111. Solo serán recurribles, cuando lo admita la ley de remisión y con el efecto que ella prevé, las decisiones de los jueces unipersonales, pero el procedimiento del recurso se llevará a cabo conforme a los arts. 124 y 125, ante tres jueces del tribunal distintos de aquel que hubiere ordenado o rechazado la medida y sin interrumpir la audiencia preliminar o el debate.

127. Legitimación. El embargo de bienes, la inhibición y otras medidas de coerción para garantizar el pago de la multa o de la reparación eventual podrán ser solicitados por cualquiera de los acusadores o por la víctima que anuncie su deseo de reparación con posterioridad a la eventual condena.

El imputado y su defensor podrán solicitar el arraigo del acusador privado y de la víctima que hubiere solicitado la medida de coerción en relación a la reparación del hecho punible, cuando ellos se domicilien en el extranjero, en la forma prevista por la ley de procedimiento civil y con observancia, en lo pertinente, de las reglas anteriores.

Capítulo 5. Derecho a la intimidad y a la propiedad privada

128. Extensión. Las reglas de este capítulo son aplicables a toda persona que con motivo de una investigación o un procedimiento penal sufra una injerencia estatal en su persona, en el lugar que habita o en los bienes que detenta.

129. Registro. Formalidades. Cuando existan motivos suficientes para sospechar que serán hallados rastros de un hecho punible denunciado o cosas de un procedimiento penal en poder de una persona o en un lugar determinado, o fuere necesario secuestrar cosas, se procederá a la inspección de lugares, cosas o personas.

Salvo las excepciones previstas en esta ley, para practicar la inspección se necesitará la autorización judicial, concedida por un juez del tribunal competente, según las reglas del art. 111, o por cualquier juez, con preferencia del más próximo al lugar donde hubiere de practicarse la inspección, en caso de urgencia. Sobre la persona que solicite la inspección pesará la carga de demostrar los presupuestos de los que parte el párrafo anterior. En todo caso, la inspección será presidida por el funcionario judicial, de la fiscalía o de la policía, que conste en la autorización.

En casos de extrema urgencia, la fiscalía y la policía podrán proceder al registro de personas o cosas por su propia decisión, pero la utilización de los rastros o cosas que hallaren quedará sometida a la autorización judicial posterior, a recabar por la persona que ordenó la inspección, sobre quien pesará la carga de demostrar los presupuestos previos

de la medida y la urgencia que imposibilitó solicitar con anterioridad la orden judicial. La regla se aplica también a la inspección de vehículos o medios de transporte; para la inspección de lugares rigen las reglas del art. 132 y siguientes.

Sobre la ejecución de la medida se labrará acta que describirá detalladamente los elementos hallados y las cosas secuestradas. Si el hecho no dejó rastros, no produjo efectos materiales, o si ellos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual y procurará consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición o alteración, y los medios de prueba de los cuales se obtuvo ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona buscada no se hallare en el lugar.

Se invitará a presenciar la inspección a quien habite el lugar donde se efectúa o tenga la cosa, o, cuando estuviere ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad, con preferencia para los familiares de los nombrados. Si la persona que presencia el acto es el imputado y no estuviere presente su defensor, se invitará a otra persona a presenciar el acto. Todos los presentes serán identificados y constará su domicilio.

El acta será firmada por todos los concurrentes; si alguien no lo hiciere, se consignará la razón.

Para mayor eficacia de los registros, requisas e inspecciones se podrá ordenar las operaciones técnicas o científicas pertinentes y los reconocimientos y reconstrucciones que correspondieren. Rigen las reglas previstas para la declaración del imputado y las referidas a testigos, peritos e intérpretes.

130. Facultades coercitivas. Cuando fuere necesario, el funcionario que practique la inspección podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca otra persona. Quienes se opusieren podrán ser compelidos por la fuerza pública e incurrirán en la responsabilidad prevista para los testigos que no cumplen una citación. La restricción de la libertad no podrá durar un tiempo mayor al indispensable para llevar a cabo el acto, que nunca excederá de diez horas; si fuera necesario superar ese plazo, se requerirá la autorización judicial.

131. Inspección corporal o mental. Se podrá ordenar la inspección corporal o mental del imputado, o de otra persona, para la constatación de circunstancias de importancia para resolver el procedimiento o con fines de identificación. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, a efectuarse según las reglas del saber médico, aun sin consentimiento del afectado, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para su salud.

Mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello, que no provocan perjuicio alguno para la salud, según la experiencia común, podrán ser ordenadas por la policía o la fiscalía durante la investigación preliminar, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención la considere sin riesgo alguno para la salud del afectado. En caso contrario, se requerirá la autorización judicial; el juez decidirá por resolución fundada, previa consulta a un perito.

La inspección o la requisita será practicada de modo tal que no afecte el pudor de quien debe tolerarla; en ese caso, será practicada por una persona del mismo sexo, salvo que no se encuentre alguna en el lugar y la demora importe peligro inminente para su salud o de pérdida de un elemento probatorio.

Rige el art. 74 y se preferirá invitar a presenciar la inspección a una persona de confianza del examinado.

132. Inspección de lugares. De ordinario, los registros en lugares cerrados o cercados, aunque fueren de acceso público, sólo podrán ser practicados desde que sale hasta que se pone el sol.

Sin embargo, se podrá practicar registros nocturnos:

- 1) en los lugares de acceso público, abiertos durante la noche y en un caso grave que no admita demora en la ejecución, sin grave peligro para cualquiera de los fines del procedimiento; constará en acta el motivo;
- 2) en los casos en que se puede allanar sin orden de un juez; constará en acta el motivo;
- 3) en caso de que el interesado o su representante, previo a ser informado sobre su derecho a rechazar el ingreso sin orden, preste su consentimiento expreso, con absoluta libertad; la información y el consenti-

miento deberán constar en el acta que suscribirá el interesado o su representante; si quien consintió el ingreso niega haber sido informado, haber concedido la autorización o expresa haber consentido por coacción, la prueba de la existencia de la información o de la libertad del consentimiento corresponderá al acusador; y,

4) por orden expresa del juez, que constará por escrito.

Cuando el registro se deba practicar en una morada o casa de negocio, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado, se requerirá la orden judicial escrita.

Se exceptúa de lo dispuesto anteriormente, en general, y, particularmente, a los casos de estado de necesidad (Código Penal, art. 34, inc. 3) siguientes:

1) si, por incendio, inundación, terremoto u otro estrago semejante, se hallare amenazada la vida o la integridad física de quienes habitan el lugar;

2) cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un lugar y existan indicios manifiestos de que cometerán un delito;

3) cuando se introduzca en un lugar un imputado de un hecho punible grave, a quien se persigue para su aprehensión; y

4) cuando voces provenientes de un lugar cerrado anunciaren que allí se está cometiendo un hecho punible o desde ese lugar se pidiera socorro.

La resolución por la cual el juez ordena el ingreso a un domicilio y su registro será siempre fundada y explicará los motivos que señalan la necesidad del registro; de la misma manera se procederá cuando se ordene un registro nocturno. Ordinariamente, la resolución será cumplida de modo inmediato por la persona autorizada, salvo que ella contenga un plazo especial o sea ejecutable en un determinado momento; en esos casos, el fundamento constará también en la misma resolución.

Los motivos que determinaron el allanamiento o el ingreso nocturno sin orden judicial constarán detalladamente en el acta. En estos casos, el funcionario que practicó el registro deberá recabar, inmediatamente después de cumplido el procedimiento, la autorización judicial posterior y sobre él pesará la carga de demostrar los extremos que justificaban la decisión; la utilización de los rastros o cosas que sean halladas quedará sometida a la autorización judicial.

133. Contenido de la resolución. En la resolución se deberá consignar:

1) la autoridad judicial que ordena el allanamiento o el ingreso nocturno y la identificación del procedimiento en el cual se ordena;

2) la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados;

3) la autoridad que habrá de practicar el registro y en cuyo favor se extiende la orden;

4) el motivo del allanamiento y, en su caso, del ingreso nocturno;

5) las diligencias a practicar y su objeto; y

6) la fecha y la firma.

Cuando el juez autorice a una persona distinta para practicar la diligencia, le expedirá una copia certificada de la resolución o una orden escrita en la cual consten los datos antes consignados.

134. Lugares públicos. Si se trata de oficinas administrativas o edificios públicos, de templos o lugares religiosos, de establecimientos militares o similares, o de lugares de reunión o de recreo, abiertos al público y que no están destinados a habitación particular, se podrá prescindir de la orden de allanamiento con el consentimiento expreso y libre de las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, quienes previamente serán informados acerca de su derecho de rechazar el ingreso sin orden. Si ello fuere perjudicial para la investigación, se requerirá el consentimiento al superior jerárquico en el servicio o al titular del derecho de exclusión. De no ser otorgado el consentimiento o no ser posible recabarlos, se requerirá la orden de allanamiento.

En el acta serán consignados los requisitos previstos en los incs. 2, 3 y 4 del art. 133, y el consentimiento otorgado. Quien prestó el consentimiento será invitado a presenciar el registro.

Para el ingreso en la oficina de una de las autoridades de los poderes del Estado, establecidas por la Constitución, se necesitará la autorización del superior jerárquico en el servicio o del presidente del cuerpo, cuando se tratare de órganos colegiados, respectivamente.

Para la negación del consentimiento o la afirmación de que está viciado por coacción, rige la regla del art. 132, párr. II, inc. 3°. Rige, analógicamente, el último párrafo del art. 132.

135. Procedimiento. La resolución o la orden de allanamiento o de registro nocturno será notificada inmediatamente a quien habita el lugar o a su encargado, con entrega de una copia, y en adelante se procederá conforme al art. 129.

Si quien habita la casa se resistiere al ingreso o nadie respondiere a los llamados, se hará uso de la fuerza pública para ingresar. Al terminar el registro se cuidará que los lugares queden cerrados y, de no ser ello posible en el momento, se asegurará que otras personas no ingresen en el lugar, hasta lograrlo. Este procedimiento constará en el acta.

136. Interceptación de correspondencia. Cuando sea de utilidad para la averiguación, se podrá proceder a la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica o teletipográfica, y de los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo un nombre supuesto, o de los que se sospeche que proceden del imputado o son destinados a él.

La orden será expedida por un juez, a solicitud del acusador o de la policía, y conforme a las reglas de competencia fijadas en el art. 111, con la exigencia de fundamentos que requiere la orden de allanamiento (art. 132, párr. V). El fiscal y los oficiales de la policía podrán expedir la orden en caso de peligro por la demora, pero deberán solicitar la autorización judicial inmediatamente, consignando las razones que tuvieron para emitir la orden, y la correspondencia o envío no les será entregada a ellos, sino al juez competente para emitir la orden. Si dentro de tres días la orden no es ratificada por el tribunal, cesarán la interceptación y el secuestro, y las piezas serán libradas a quien corresponda.

La autorización será sometida a un plazo, que no podrá superar los treinta días; sus prolongaciones requerirán una nueva orden, con las mismas limitaciones. Rigen las limitaciones relativas a las cosas no sometidas a secuestro (art. 142).

137. Apertura y examen de la correspondencia. Recibida la correspondencia o los envíos interceptados, el juez que ha ordenado la medida los abrirá, examinará los textos y los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia: si tuvieran relación con el

procedimiento, ordenará el secuestro; caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, y, de no ser ello posible, a su representante o pariente próximo, bajo constancia. El juez labrará acta en la que consten los detalles de la apertura, examen, orden de secuestro o entrega.

138. Telecomunicaciones. Las reglas anteriores (arts. 136 y 137) serán aplicadas análogamente al control, la interceptación y la grabación de las comunicaciones telefónicas, electrónicas o similares. Su resultado y la grabación sólo podrán ser entregadas al juez que ordenó la medida, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior, en lo pertinente; el juez podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y, con consentimiento del imputado y de su defensor, y los demás intervinientes, destruir toda la grabación o las partes que no tengan relación con el procedimiento.

La persona a quien se le encomiende interceptar la comunicación y grabarla, o aquella que la escriba, tendrá la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo que, citado como testigo en el mismo procedimiento, se le requiera responder sobre ella. Esta regla es aplicable análogamente al secuestro de correspondencia, cuando quien lo lleva a cabo se entera de su contenido por la forma del despacho.

139. Entrega de cosas y documentos; secuestro. Las cosas y los documentos relacionados con el delito o que pudieran ser de importancia para la investigación, y los sujetos a confiscación, serán tomados en depósito o asegurados de otra manera, y conservados del mejor modo posible.

Quien tuviere en su poder cosas o documentos de los señalados estará obligado a presentarlos y entregarlos, cuando le sean requeridos por un funcionario del ministerio público o de la policía, o por un juez. Rigen los medios de coacción permitidos para quien se rehusa a comparecer. Pero la orden de presentación no podrá dirigirse a las personas que pueden o deben abstenerse de declarar como testigos.

140. Orden de secuestro. Examinadas las cosas o los documentos por quien hubiera

emitido la orden de presentación, las devolverá a quien las presentó u ordenará su secuestro cuando ellos sean imprescindibles para ser exhibidos durante el procedimiento o para ser sometidos a exámenes posteriores. El secuestro puede ser ordenado con la entrega a quien presentó las cosas o los documentos, bajo depósito regular.

En caso de peligro por la demora, cuando la orden originaria de secuestro sea expedida por la fiscalía o por la policía, el funcionario que la emitió deberá solicitar inmediatamente la orden judicial; rige, analógicamente, el art. 136, párr. II.

141. Procedimiento. Serán de aplicación las reglas previstas para la inspección y el registro, analógicamente (arts. 129 y 130).

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal, o se ordenará su depósito. Cuando se tratare de automotores o de otros bienes de significativo valor se preferirá como depositante a quienes aparezcan como sus poseedores legítimos. Si trascurren seis meses sin reclamo y no se pudo averiguar a quién corresponden, las cosas podrán ser entregadas en depósito a un establecimiento asistencial o a una repartición pública que las necesite y sólo podrán ser utilizadas para cumplir el servicio que esos establecimientos o reparticiones brindan al público.

Se podrá disponer de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando ellas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o así convenga al conocimiento de la verdad.

Las cosas secuestradas serán aseguradas, en un primer momento, de la manera que disponga el funcionario que emitió la orden. Posteriormente, ellas serán aseguradas con el sello del tribunal y la firma del juez que autoriza el secuestro. Los documentos serán sellados y firmados en cada una de sus hojas. Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquellos serán repuestos y todo se hará constar en acta.

Las cosas o los documentos pueden ser sometidos a exámenes, a pesar de que la operación pueda alterarlos. En este último caso, la reparación debida a su legítimo tenedor por la alteración integrará las costas del procedimiento, pero quien ordene el

examen procurará provocar el menor daño posible o tomará las medidas para que la alteración no provoque daño alguno al tenedor legítimo.

Las cosas y los documentos secuestrados, que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron, tan pronto como no sean necesarios en el procedimiento. La devolución podrá ordenarse provisionalmente, como depósito regular, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Si existiere controversia acerca de la tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o un documento, se devolverá o entregará en depósito a quien se considere con mejor derecho; pero los demás podrán pretender su mejor derecho o su dominio ante los tribunales con competencia para los asuntos de Derecho privado, según el procedimiento fijado para las tercerías.

142. Cosas no sometidas a secuestro. No estarán sujetas al secuestro ni a la orden de presentación:

- 1) las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que pueden o deben abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto particular (art. 218 y 219);
- 2) las notas que hubieren tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia, a las que se extiende el derecho de abstenerse de declarar como testigo o la prohibición de prestar testimonio; y
- 3) otras cosas, inclusive los resultados de exámenes o diagnósticos relativos al arte de curar, a los cuales se extiende el derecho de abstenerse de declarar como testigo o la prohibición de prestar testimonio.

Quienes están facultados para abstenerse de declarar pueden consentir la entrega o secuestro de las cosas, de las comunicaciones o de las notas siempre que hayan sido informados previamente sobre su derecho a abstenerse y el que concede este artículo; la verificación de haber informado le corresponde al funcionario que emitió la orden o la autorizó, quien elegirá el modo de demostrarlo en el futuro, y, durante el juicio, la prueba de ello corresponderá a la acusación. La limitación sólo regirá cuando las comunicaciones o cosas estén en poder de aque-

llas personas autorizadas a abstenerse de declarar o, en el caso de abogados y profesionales del arte de curar, archivadas o en poder del estudio jurídico, del consultorio o del establecimiento hospitalario, y no regirá si el autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente es sospechoso de haber participado del hecho punible que se considera o en su encubrimiento punible, o cuando se tratare de cosas sometidas a confiscación, porque proceden de un hecho punible o sirven, en general, para la comisión de un hecho punible, a ese único efecto.

143. Otras cosas no susceptibles de ser secuestradas. Las actas, documentos o cosas, incluidos los registros informáticos que se encuentran bajo la custodia de un funcionario público no serán susceptibles de ser secuestradas u objeto de una orden de presentación, siempre que el superior jerárquico en el servicio declare, bajo su responsabilidad, que el conocimiento del acta, del documento o de la cosa, afecta la seguridad del Estado federal o local, y existe una disposición legítima acerca de la reserva de su conocimiento, disposición que mencionará en su declaración. Un juez verificará si la orden o el secuestro afecta la seguridad del Estado federal o local, si existe la disposición legal pertinente y si ella es legítima, para ordenar lo que corresponda.

144. Clausura de locales e inmuebles. Cuando para el conocimiento de un hecho punible grave fuera indispensable la clausura de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza y dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, según las reglas del secuestro.

A los inmuebles también le son aplicables las reglas del secuestro y la orden respectiva versará sobre la prohibición de alterar su estado, total o parcialmente, para quien lo detente o sea su depositario.

145. Conservación de objetos secuestrados. Mientras las cosas, documentos o actas sean mantenidas bajo secuestro o en depósito, se levantará un acta que los describa minuciosamente y el funcionario depositario o depositante indicará un procedimiento o forma de evitar su alteración o sustitución. En caso de utilizarse el objeto secuestrado o

depositado para ser exhibido o manipulado de cualquier manera por personas, conforme a las necesidades del procedimiento, ello se hará saber en un acta complementaria que indique las alteraciones o sustituciones.

146. Verificación documental. Rigen, analógicamente, las reglas relativas a la interceptación de correspondencia (art. 136 y cc.) para los registros que tienen por objeto el conocimiento, lectura y secuestro de los papeles de una persona. Si esos papeles estuvieran dentro de sobres cerrados, ellos serán asegurados y sólo podrán ser leídos por un juez, caso en el cual rige analógicamente el art. 141. En el caso de que el registrado sea un profesional del arte de curar, obligado a guardar reserva profesional, el hallazgo de alguna evidencia en sus papeles o registros no podrá ser utilizada contra el paciente.

147. Secuestro de otras cosas. Si en oportunidad de un registro son halladas otras cosas que no tienen relación con el objeto del registro pero que conducen a la verificación de un delito con resultado de muerte, o de lesiones gravísimas, o de un delito contra la libertad personal previsto en el Título V, Capítulo 1, del Código Penal, con excepción de los artículos 149 *bis* y *ter*, o con motivo del registro encontrarse a la persona ofendida por el delito previsto en el artículo 130 del Código Penal, el autorizado puede también secuestrar las cosas relacionadas con el delito descubierto y, en su caso, interrumpir la comisión del delito.

Capítulo 6. Prueba y limitaciones probatorias

148. Concepto de prueba. Se denomina elemento de prueba en este Código a todo objeto material o inmaterial que conduce a un conocimiento cierto o probable sobre un hecho y que ingresa al procedimiento en una audiencia de las previstas en el Código, conforme a las reglas que regulan la posibilidad de incorporación del conocimiento. La prueba incorporada en una audiencia sólo se puede utilizar para fundar la decisión que el tribunal competente debe dictar a la finalización de la audiencia, salvo la excepción del art. 150.

149. Derecho a la prueba. En las ocasiones que la ley prevé, el imputado y su defensor

tendrán la facultad de ofrecer prueba en defensa de su interés, bajo los presupuestos indicados en el art. 12.

En los delitos de acción pública, durante la investigación preliminar, ellos podrán requerir al ministerio público medidas para verificar la inexistencia de un hecho punible o la existencia de circunstancias que excluyan o atenúen la infracción, su culpabilidad o su punibilidad.

Si, antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el defensor tuviere necesidad de entrevistar a una persona que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio de un juez, explicándole las razones que tornan necesaria la entrevista. El juez, en caso de admitir la necesidad, expedirá la orden de que esa persona reciba al defensor en el lugar y en el momento que, en principio, ella misma decida, o la citará al tribunal para que la entrevista se desarrolle en su sede, con o sin la presencia del juez.

150. Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba. Cuando sea necesario recibir un testimonio o practicar una peritación, un reconocimiento, una reconstrucción o una inspección que, por las circunstancias o por la naturaleza y características de la medida, deba ser considerado como un acto definitivo o irreproducible, o cuando sea necesario recibir declaraciones que, por algún obstáculo difícil de superar, como la ausencia, la distancia o la imposibilidad física o psíquica de quien debe declarar, se presuma que no podrá ser recibida durante el debate, el imputado y su defensor podrán requerir al juez indicado en el art. 111, la práctica de la diligencia. El requerimiento contendrá las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarlo y se torna indispensable. De la misma facultad disponen los acusadores, o el particular que haya anticipado su decisión de acusar, bajo las mismas condiciones.

El juez ordenará el acto si lo considera admisible (art. 12) e indispensable, y que no puede ser diferido para la oportunidad de la audiencia, sin grave riesgo de pérdida por la demora. En ese caso, el juez citará a todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir y a ejercer en el acto todas las facultades previstas respecto de su intervención en la audien-

cia. El imputado que estuviere detenido será representado a todos los efectos por su defensor, a menos que pidiere expresamente intervenir de modo personal y siempre que su detención se cumpliera en el mismo lugar donde se practica el acto. Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de los intervinientes o de alguno de ellos de manera de evitar ese peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas.

El juez hará constar el contenido de la diligencia en un acta con todos los detalles que sean necesarios, en la cual incluirá las observaciones que los intervinientes propongan. El acta, que contendrá la fecha, la hora y el lugar de práctica de la diligencia, será firmada por el juez y los intervinientes que quisieren hacerlo. Cuando se trate de actos divididos o prolongados en el tiempo, podrán constar en actas separadas, según lo disponga el juez que dirige el procedimiento, o, en las peritaciones, encomendar a los peritos que consignen en su respuesta un relato pormenorizado de los actos u operaciones cumplidos. En actos sencillos, que no requieran la asistencia del juez, él podrá encomendar la diligencia a un funcionario judicial, no obstante lo cual las partes podrán requerir su presencia, antes o durante el trascurso del acto, que, en ese caso, será obligatoria. Se podrá utilizar, a pedido de parte o de oficio, la grabación auditiva o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta, en la que constará el método utilizado y la identificación del resguardo.

Finalizada la intervención judicial, el juez remitirá las actuaciones, las cosas y los documentos del acto al ministerio público, en los casos de delitos de acción pública, o a quien solicitó su intervención, en los delitos de acción privada.

Si estas reglas son observadas, el acta respectiva y las grabaciones del acto que hayan sido dispuestas, así como los dictámenes de los peritos, podrán ser incorporados a las audiencias por lectura o reproducción, sin perjuicio del derecho de cualquier interviniente a la presencia efectiva en la audiencia de las personas cuya declaración consta en el acta o en la grabación.

Las declaraciones y demás elementos de prueba recibidos durante una instrucción

suplementaria (art. 26, inc. 1), que no pudieren ser incorporados directamente al debate, serán recibidos conforme a lo aquí dispuesto.

151. Urgencia. Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior se deba practicar con extrema urgencia, los acusadores, el imputado y su defensor podrán requerir verbalmente la intervención del juez y él practicar el acto con prescindencia de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor de oficio para que lo controle, si lo estima necesario. En el acta se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia.

Esta intervención podrá ser requerida incluso por los funcionarios policiales o ser practicada, aun de oficio o a pedido de alguna persona, cuando los actos urgentes no admitan dilación alguna.

En lo demás, rigen las reglas del artículo anterior.

152. Extensión de la prueba. Prohibiciones probatorias. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, por cualquier medio de prueba. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Son inadmisibles como medios de prueba aquellos que la ley prohíbe expresamente por su modo de realización o que suprimen derechos y garantías individuales de la Constitución, reglamentadas en este Código, o aquellos que afectan el sistema institucional, tales como la tortura o las declaraciones coactas, la indebida intromisión en la intimidad de la persona, del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones, de los papeles y de los archivos privados.

También son inadmisibles como elementos de prueba aquellos conocimientos que, aún adquiridos de manera regular, por un acto permitido, hayan sido factibles de ser adquiridos como consecuencia de un acto anterior irregular.

153. Valoración. Prohibiciones. Las reglas sobre la incorporación de medios de prueba a las respectivas audiencias determinan, junto a las demás reglas de este capítulo,

aquellos elementos de prueba que pueden ser valorados por los jueces que dictan la resolución respectiva. Los elementos de prueba inadmisibles no podrán ser valorados en la decisión respectiva a menos que, en ella, favorezcan a imputado.

Sólo los elementos de prueba admisibles y correctamente incorporados serán valorados según las reglas de la sana crítica, a menos que la ley, específicamente, determine otro modo de valoración.

154. Aplicación a todos los intervinientes. Las reglas de este capítulo serán aplicables a la actividad probatoria de todos los intervinientes, cuando este Código les conceda el derecho de producir prueba.

Capítulo 7. Derecho del condenado al recurso

Sección 1ª. Disposiciones generales

155. Facultad de recurrir y motivos. El condenado o quien según la sentencia deba sufrir una medida de seguridad y corrección podrán recurrir la decisión en los siguientes casos:

1) cuando afirmen que la sentencia es el producto de un procedimiento defectuoso, en relación al previsto por las reglas de este Código, siempre que hayan reclamado oportunamente la subsanación del defecto o que él se torne evidente sólo en la sentencia y que el defecto influya en la decisión;

2) cuando afirmen que la sentencia, al condenar o imponer una medida de seguridad, ha inobservado o aplicado erróneamente la ley que funda la solución del caso; y

3) cuando afirmen que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error grave en la determinación del hecho punible o de la participación del imputado en él, tal que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior.

Además del condenado o de aquel a quien se impone una medida de seguridad y corrección, están autorizados a recurrir sus defensores o, si se trata de un incapaz, sus representantes legales o su guardador.

156. Motivos absolutos de impugnación formal. No será necesario cumplir las condiciones previstas en el inc. 1 del artículo ante-

rior cuando se invoque la inobservancia o errónea aplicación de las disposiciones concernientes:

- 1) a la integración del tribunal y a la designación y capacidad para decidir de los jueces que lo integraron;
- 2) a la presencia en el debate de los intervinientes, según las previsiones de la ley;
- 3) a la intervención, asistencia y representación del imputado en el debate, en los casos y en las formas que la ley establece;
- 4) a la publicidad y continuidad del debate;
- 5) a los defectos de la sentencia según el art. 52.

157. Revisión. El motivo previsto en el inc. 3 del art. 155 permitirá revisar la sentencia cuando se afirme:

- 1) que un elemento de prueba decisivo, apreciado en la sentencia, carece del valor probatorio asignado en ella, por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación, o debe ser valorado de manera diferente, tal que altere la solución del caso;
- 2) que en la sentencia ha participado un juez que ha cometido, en relación a la causa, una grave infracción a sus deberes, amenazada con pena o con exclusión del cargo, aunque fuere imposible proceder contra el juez por una circunstancia sobreviniente y siempre que en la infracción no haya participado el mismo condenado que recurre;
- 3) que ha sido anulada o revisada una sentencia judicial en la cual se fundó la sentencia penal sobre el caso;
- 4) la existencia de nuevos hechos o elementos de prueba, o la recuperación de documentos decisivos, ignorados, extraviados o que no se hubieren incorporado al procedimiento, que, por sí solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en la sentencia, sean idóneos para alterar la solución del caso; y
- 5) la sanción de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia, que permita su aplicación retroactiva.

158. Interposición. El recurso será interpuesto por escrito, dentro del plazo de diez días hábiles, en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia impugnada. El plazo comenzará a correr el día siguiente a aquel en el cual se pronunció la sentencia por su lectura total (art. 51); cuando se divida el debate según el art. 35, párrs. II a IV, o en el

caso del juicio por jurados (arts. 60 y 61), el plazo correrá desde el día siguiente a la decisión sobre la pena o sobre la medida de seguridad y corrección. En el caso de juicio con jóvenes, el plazo comenzará a correr desde el pronunciamiento del veredicto de culpabilidad (art. 64, inc. 3) y luego será recurrible, en forma independiente, el pronunciamiento sobre la pena.

La revisión (art. 157) permitirá, incluso, recurrir sin límite temporal la sentencia ya firme, aun después de la muerte del condenado; en este último caso están autorizados a recurrir el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos sobrevivientes, siempre que persigan la absolución de quien fue condenado o la declaración de que la imposición de una medida de seguridad y corrección fue errónea.

El recurrente deberá indicar separadamente cada motivo y con posterioridad al vencimiento del plazo no podrá invocar otro motivo distinto, salvo el caso del párrafo anterior, para los recursos no sujetos a un plazo final. El recurrente citará expresamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados y expresará, también concretamente, cuál es la aplicación que pretende. En los casos de los incs. 1 y 3 del art. 155, cuando el recurso dependa de la verificación de algún hecho y sea necesario desarrollar prueba para su éxito, el recurrente indicará precisa y detalladamente las circunstancias a demostrar y los medios de prueba concretos de los que se pretende valer.

No es necesaria la fundamentación detallada del recurso para observar el plazo, pero, en el caso de que el escrito de interposición no la contenga y el recurso dependa para su éxito de explicaciones más detalladas, el recurrente deberá fundarlo con anterioridad al examen sobre su admisibilidad por el tribunal competente para la decisión. Cuando el tribunal estime que existen incorrecciones en el recurso que lo conducen a su inadmisibilidad, deberá previamente advertir al recurrente con indicación sintética de esas incorrecciones y fijar un plazo para que el recurrente, eventualmente, corrija el recurso, plazo que, cumplido, habilitará la decisión pertinente. Este plazo se interrumpe si fuera necesario designarle defensor al imputado, para continuar una vez que el defensor haya comparecido y aceptado el cargo.

El recurrente entregará en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia impugnada o en la secretaría del tribunal competente para la decisión, según el caso, copias del recurso y de su fundamentación, en cantidad necesaria para entregar a los demás intervinientes en el procedimiento.

159. Efectos y medidas de coerción. La interposición del recurso no suspenderá la ejecución de la sentencia; empero, si el condenado estuviere en libertad o sometido a una medida de coerción más benigna que el encarcelamiento preventivo, el recurrente podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la pena privativa de libertad, instando el procedimiento para el examen de la prisión. Será competente para decidir en este caso el tribunal que dictó la sentencia impugnada, ante el cual se ofrece el recurso, o el tribunal competente, en el momento de decidir sobre la admisibilidad del recurso, si el recurrente insiste en una solución más favorable para él. El tribunal que decida el punto podrá suspender la ejecución de la pena privativa de libertad y someter al imputado a cualquier medida de coerción de las admitidas por la ley, incluso de mayor gravedad a aquéllas que rigieron hasta la sentencia. De la misma manera se podrá proceder con relación a la pena de multa y al embargo, o a la fianza de un tercero, con el fin de evitar la ejecución inmediata, si los bienes o la solvencia del fiador alcanzan para garantizar el cumplimiento de la condena impuesta.

160. Desistimiento. Quien ha interpuesto el recurso podrá desistir de él antes de la sentencia que lo decide. El desistimiento implica la finalización del procedimiento recursivo con relación al recurrente, quien responderá por las costas provocadas por la interposición del recurso desistido. El defensor y el acusador público no podrán desistir de los recursos interpuestos por ellos sin mandato expreso del condenado o de quien debe sufrir una medida de seguridad y corrección.

161. Extensión del examen. El recurso atribuirá al tribunal competente el conocimiento del caso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a los cuales se refieren los motivos.

El tribunal competente no podrá modificar la condena en perjuicio del condenado.

Sección 2ª. Procedimiento

162. Emplazamiento y remisión de actuaciones. El tribunal ante el cual se interpuso el recurso remitirá al tribunal competente para la decisión del recurso, la sentencia recurrida, el acta del debate, la acusación, la prueba documental y los actos escritos que hayan sido incorporados al debate por su lectura, después de haber emplazado a todos los intervinientes para que comparezcan ante el tribunal competente y para que, en su caso, fijen un nuevo domicilio especial para notificaciones en el lugar de la sede de este tribunal, si no lo hubieren fijado antes. El tribunal remitente fijará el plazo correspondiente en atención a la distancia entre la sede del juicio y la del tribunal competente, plazo que nunca excederá de diez días. El tribunal que dictó la sentencia recurrida expresará, en primer lugar, el día y el acto en el cual quedó notificada la sentencia (art. 158, párr. I) y, en segundo lugar, determinará si el recurso fue interpuesto por quien está autorizado a recurrir (arts. 155 y 158, párr. II), dentro del plazo y en la forma previstos por el art. 158.

163. Integración del tribunal competente y deserción del recurso. Arribadas las actuaciones al tribunal competente, el secretario del tribunal comunicará a todos los intervinientes la iniciación del procedimiento y la integración del tribunal para el caso. Previamente, dará oportunidad a los jueces para denunciar los motivos de apartamiento que pudieren afectarlos, motivos que serán valorados en conjunto con las recusaciones. Si el recurrente no compareciere en el plazo de tres días y mantuviere el recurso, el tribunal declarará de oficio desierto el recurso y devolverá las actuaciones al tribunal de mérito. Cuando el recurrente fuere defendido por un defensor designado de oficio fuera de la sede del tribunal competente, o cuando el recurrente o su defensor hayan solicitado el nombramiento de un defensor oficial para que intervenga en la sede del tribunal competente, el plazo anterior comenzará a correr a partir de la designación de ese defensor. Estos plazos rigen, también, para interponer las recusaciones que correspondan.

164. Juicio de admisibilidad. Una vez integrado, el tribunal competente examinará el recurso interpuesto para decidir sobre su procedencia: si lo declara inadmisibile devolverá las actuaciones al tribunal de mérito, previa notificación de la decisión; abierto el recurso, notificará la decisión y las actuaciones quedarán por seis días en la oficina del tribunal para que los interesados puedan examinarlas.

Cuando se hubiere ofrecido prueba, la declaración de admisibilidad contendrá también la decisión por la cual el tribunal la admite, por ser pertinente y útil, o la rechaza porque no reúne esos requisitos. Asimismo, se pronunciará, a pedido del recurrente, sobre el efecto suspensivo del recurso.

En esta oportunidad el tribunal podrá, de oficio, dictar el sobreseimiento, cuando resultare evidente una causa extintiva de la persecución penal, se tratare de un menor inimputable o existiere una excusa absolutoria, siempre que para comprobarlo no sea necesario el debate. Del mismo modo procederá a la clausura provisional del procedimiento, conforme al art. 17, cuando fuere evidente que no se pudo proceder.

165. Preparación del debate. El secretario del tribunal se ocupará de realizar todas las diligencias necesarias para que se pueda proceder válidamente y para que la prueba admitida pueda ser incorporada al debate. Rigen en este caso las reglas referidas al debate del procedimiento de mérito.

El secretario del tribunal comunicará a quien lo presida la finalización de las diligencias necesarias y, en ese momento, o cuando no haya sido ofrecido o admitido medio de prueba alguno, el presidente del tribunal fijará el día y la hora de la audiencia para informar, con un intervalo no menor a diez días, resolución que comunicará a todos los intervinientes.

166. Debate. La audiencia se celebrará con los intervinientes que comparecieren. La palabra será concedida en primer lugar al recurrente y, si existieren varios recursos, el presidente determinará el orden de exposición. Podrán hablar luego quienes no interpusieron el recurso en el orden que fije el presidente. No se admitirán réplicas y quienes intervinieron en la discusión podrán dejar en poder del Tribunal breves notas

escritas sobre su informe. Tanto el sentenciado como los demás intervinientes privados serán representados por sus abogados, pero podrán asistir a la audiencia. Si asiste el condenado, se le concederá la palabra en último término.

Se admitirá que quienes están facultados a intervenir reemplacen su participación en la audiencia por un informe escrito, presentado antes del día de la audiencia.

167. Prueba. Cuando se deba recibir prueba en la audiencia, ella se incorporará y valorará conforme a las reglas que rigen para el debate del procedimiento de mérito y su sentencia, en lo pertinente, y conforme a la finalidad descripta para el recurso.

Los medios de prueba deben tender a demostrar el defecto del procedimiento motivo del recurso (arts. 155, inc. 1, y 156), cuando el recurrente discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto en contraposición a lo señalado por el acta del debate o por la sentencia, o que la sentencia contiene errores de los señalados en los arts. 155, inc. 3, y 157.

Al recurrente le compete la carga de tornar plausible el defecto o error de la sentencia, de modo de justificar el reenvío a un nuevo juicio.

Sección 3ª. Sentencia

168. Deliberación y votación. Terminada la audiencia, el tribunal pasará a deliberar según las reglas del art. 48, en lo pertinente. Si por lo avanzado de la hora o por la importancia y complejidad de las cuestiones planteadas fuere necesario diferir la deliberación y el pronunciamiento de la sentencia, el Tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias y el presidente anunciará ante los comparecientes el día y la hora de la nueva audiencia en la cual se pronunciará la sentencia, fecha que no podrá exceder el plazo de treinta días hábiles.

La sentencia se pronunciará siempre por su lectura en la audiencia: rechazará o acogerá el recurso interpuesto, total o parcialmente, y explicará, fundadamente, cuáles motivos acoge o rechaza.

169. Decisión propia. Si la sentencia acoge el recurso, constatando la inobservancia o errónea aplicación de la ley que da solución al caso resuelto, sobre la base intangible de

las comprobaciones de hecho ya fijadas por la resolución recurrida, el tribunal decidirá por sí mismo el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate.

También podrá decidir el tribunal sin necesidad de un nuevo juicio en aquellos casos referidos a los motivos del art. 157, cuando las comprobaciones de hecho que fundan un error evidente en la sentencia o el hecho de la vigencia de una ley penal más favorable, conduzcan a una nueva sentencia, a la interrupción del proceso sin límite alguno o permitan el reenvío parcial para la medición de la pena o la fijación de una nueva medida de seguridad o corrección.

Si la sentencia dictada tornara necesario un nuevo debate sobre aspectos parciales del caso, para arribar a una sentencia definitiva, el tribunal determinará en su sentencia el objeto parcial del reenvío, análogamente a lo dispuesto en el párrafo II del artículo siguiente.

170. Rescisión y nuevo juicio. En los casos previstos por los arts. 155, incs. 1 y 3, 156 y 157, si la sentencia acoge el recurso, el tribunal anulará la decisión recurrida, total o parcialmente, y ordenará la renovación del trámite por el tribunal competente, desde el momento en que corresponda.

Cuando la anulación fuere parcial, el tribunal indicará el objeto concreto del nuevo trámite.

Los jueces que contribuyeron a dictar la decisión anterior, no podrán participar en el debate del nuevo juicio.

171. Efectos de la sentencia. El tribunal ordenará inmediatamente la libertad del condenado o la cesación de la medida de coerción que él sufre, cuando por efecto de su decisión ellas no pudieren continuar.

Durante el trámite del recurso corresponde al tribunal la aplicación de todas las reglas que regulan las medidas de coerción.

Cuando en un proceso existieren varios condenados o varias personas sometidas a una medida de seguridad y corrección, la sentencia que decide el recurso interpuesto en interés de uno de ellos sólo favorecerá a los demás cuando el motivo en que se funde no sea exclusivamente personal. El tribunal competente examinará el punto específicamente en la sentencia que decide el recurso.

172. Trámite abreviado. Cuando la condena impugnada no supere los dos años de privación de libertad, se tratare de una condena condicional a esa clase de pena o imponga multa o inhabilitación, siempre que no deba recibirse prueba en audiencia, el trámite se abreviará de la siguiente manera:

1) el tribunal dictará sentencia sin debate, a la vista del recurso interpuesto y de los escritos que los demás intervinientes agreguen conforme al art. 166, párr. II;

2) la sentencia será pronunciada por escrito, con omisión de la audiencia respectiva, en el plazo previsto por el art. 168, que comenzará a correr cuando se venciere el plazo concedido a los demás intervinientes para informar;

3) con la decisión que admite el recurso (art. 164), el tribunal determinará este trámite, la hará conocer al recurrente y a los demás intervinientes, y concederá a estos últimos el plazo previsto en el art. 165 para que, si lo consideraran necesario, agreguen informes escritos sobre el recurso.

El tribunal podrá, aun en estos casos, decidir que se siga el procedimiento común, por audiencias.

Si la condena impone penas conjuntas con la pena privativa de libertad, el procedimiento se regirá por esta última.

Sección 4ª. Nuevo juicio

173. Regla general. En caso de ser necesario un nuevo juicio, él será tramitado conforme a las reglas del procedimiento de mérito.

La sentencia ordenará, en su caso, la libertad del condenado, la restitución total o parcial de la suma pagada en concepto de multa, la cesación de la inhabilitación o practicará un nuevo cómputo; si el nuevo juicio versare sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección la sentencia hará cesar la medida o aplicará la que corresponda. Siempre que no hayan sido entregados a terceros, la sentencia resolverá también sobre la devolución de objetos confiscados o secuestrados.

Por instancia del recurrente, la sentencia se podrá pronunciar acerca de la indemnización prevista en el artículo siguiente; la reparación podrá sólo concederse al condenado o, después de su muerte, a los herederos del condenado.

174. Indemnización. Cuando el condenado fuere absuelto o se le impusiere una pena menor y haya cumplido todo o parte de la pena privativa de libertad o de inhabilitación impuesta, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o de inhabilitación sufrido, o por el sufrido en exceso, salvo que él haya provocado el error intencionalmente. El precepto es aplicable también, análogamente, para el caso de la medida de seguridad y corrección, y no regirá cuando se trate de la aplicación de una ley posterior más benigna.

El importe de la indemnización se fijará conforme a las reglas siguientes:

1) un día de pena o medida de seguridad y corrección privativa de libertad equivale al sueldo de un juez, dividido por treinta;

2) un día de pena de inhabilitación o de una medida de seguridad y corrección análoga equivale al cincuenta por ciento del importe anterior.

La multa o su exceso serán restituidos con el interés que devengan los créditos fiscales no abonados dentro del plazo; el interés sólo corresponde bajo las mismas condiciones previstas en el párrafo I.

El importe de la indemnización o la decisión sobre el interés de la multa devuelta no impedirán que, quien pretenda un importe superior, lo reclame ante los tribunales competentes, por la vía que corresponda.

175. Obligado. El Estado estará siempre obligado al pago de la indemnización o devolución decidida, sin perjuicio de su derecho de repetir de otro obligado, y la sentencia servirá de título ejecutivo suficiente para el reclamo. Cuando alguien haya contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial, la sentencia fundará y declarará esta circunstancia, con individualización de la persona que haya incurrido en la conducta señalada.

Capítulo 8. Derecho a un juicio imparcial, concluido en un plazo razonable, y persecución penal única

Sección 1ª. Principios generales

176. Juez imparcial. El juzgamiento y la decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales, independientes de todos los poderes del Estado, incluida la jerarquía judicial, sólo sometidos a la ley.

Los restantes poderes del Estado no podrán, por causa alguna, arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o el restablecimiento de las ya terminadas por decisión firme.

Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa. Por excepción, cuando no exista ese tribunal en el momento del juzgamiento, en razón de la modificación general de las leyes de competencia, podrá intervenir otro tribunal creado con posterioridad al hecho punible, siempre que el nuevo tribunal, con evidencia, no implique la creación de una comisión especial para el juzgamiento del hecho o del imputado; el carácter permanente del nuevo tribunal significa la inexistencia de una comisión especial.

177. Persecución penal única. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

1) cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo clausuró el procedimiento;

2) cuando el archivo del procedimiento proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la persecución penal, que no debió iniciarse o proseguirse, o que no debió iniciarse o proseguirse por quien la ejerció, según obstáculo legal que no inhiba la punibilidad del imputado;

3) cuando un mismo hecho deba ser juzgado, por disposición de la ley, ante tribunales o por procedimientos diferentes, que no pueden ser unificados según las reglas respectivas; y

4) cuando resulte admisible el recurso del acusador.

La absolución o el sobreseimiento por un delito no impedirá la persecución penal posterior por una contravención o falta derivada del mismo hecho imputado, y viceversa. El procedimiento realizado por una autoridad disciplinaria no inhibirá la persecución penal derivada del mismo hecho.

Sección 2ª. Apartamiento de jueces y funcionarios

178. Principio. El imputado y su defensor podrán recusar a un juez o jurado, cuando invocaren algún motivo serio y razonable que funde el temor de parcialidad.

Además de los motivos que fundan la obligación del juez de inhibirse de oficio, enumerados en el artículo siguiente, se podrá invocar un motivo análogo o equivalente en importancia a los de esa lista, como, por ejemplo, un grado de parentesco o una relación distintos de los fijados como límites, cuando las circunstancias lo tornaren razonable, o cualquiera de las causas descriptas en el inc. 6 del artículo siguiente, aun cuando el hecho que la funda suceda después de iniciado el procedimiento, salvo que hubiera sido producido con el propósito deliberado de provocar el apartamiento del juez.

La facultad de recusar se extiende a los demás intervinientes en el procedimiento y a la víctima, aunque no haya asumido el papel de acusador; caso en el cual no será preciso notificarle específicamente la integración del tribunal, pero podrá participar en la audiencia respectiva.

179. Motivos de inhibición. Un juez deberá apartarse del conocimiento de la causa:

1) si intervino en ella como acusador, defensor, representante, perito o consultor técnico, si denunció el hecho o lo conoció como testigo, o si dio recomendaciones o emitió opinión sobre la causa fuera del procedimiento;

2) si pronunció o contribuyó a pronunciar sentencia en la misma causa o dictó el auto de apertura del debate, no podrá intervenir en el procedimiento de reenvío; si pronunció o contribuyó a pronunciar la decisión impugnada no podrá intervenir en el procedimiento que sustancia la impugnación y en su decisión, salvo el caso de la reposición (art. 47); si pronunció o contribuyó a pronunciar el auto de apertura del debate o alguna decisión anterior al debate, no podrá integrar el tribunal respectivo;

3) si en la causa intervino o interviene su cónyuge o algún pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o por adopción, y segundo de afinidad, o quien ha sido su tutor, curador o guardador, o quien está o ha estado bajo su tutela, curatela o guarda;

4) si él o alguna de esas personas estuviere interesado en la causa o tuviere juicio pendiente, comunidad o sociedad con alguno de los interesados, salvo que se tratare de una sociedad anónima cuyas acciones coticen en el mercado de valores o de entidades civiles abiertas o amplias;

5) si él o alguna de esas personas recibieron o reciben beneficios de importancia o son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de instituciones estatales o de entidades crediticias constituidas como sociedades anónimas, o si, después de comenzado el procedimiento, él hubiere recibido presentes o dádivas de alguno de los interesados, aunque fueren de escaso valor; y

6) si tiene amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados o si antes de iniciado el procedimiento denunció o acusó a alguno de ellos o fue acusado o denunciado por alguno de ellos, incluso conforme al procedimiento para el desafuero o la destitución, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos.

Se considerará interesados al imputado, al ofendido y a quienes pudieren intervenir en el procedimiento, aunque no se hubieren constituido en él, a sus representantes o defensores.

El juez comprendido en alguno de los motivos contenidos en los cinco primeros incisos deberá denunciarlo inmediatamente, ni bien conozca su situación respecto de la causa, y apartarse del conocimiento y decisión del proceso respectivo. En el caso del inc. 6, el juez, a su exclusivo criterio, podrá omitir el apartamiento, sin perjuicio de informar a los intervinientes sobre la situación en la que se halla. La misma obligación de informar existe para el juez que pueda resultar afectado por un motivo de temor de parcialidad comprendido o no comprendido en el párrafo I de este artículo.

180. Forma y plazo. Salvo el caso de los jurados (art. 14), en el procedimiento preliminar la recusación se interpondrá, para ser admisible, por escrito en el cual se indique el motivo, los hechos en que se funda y los elementos de prueba pertinentes, en las siguientes oportunidades:

1) la de los jueces que conocen antes de promovida la acción penal pública, inmediatamente después de conocida la integración del tribunal o en la audiencia respectiva;

2) la del juez que conoce de la audiencia preliminar, en el plazo posterior a la notificación de la acusación (art. 4);

3) la de los jueces permanentes que integrarán el tribunal de juicio, en el plazo previsto por el art. 13, párr. II; y

4) en el recurso, en el plazo previsto por el art. 163 o en el plazo de tres días a partir del conocimiento de la integración del tribunal del recurso.

Sin embargo, la recusación que se funde en un motivo producido o conocido después de los plazos fijados, será deducida, para ser admisible, dentro de las veinticuatro horas de producido o conocido el motivo, con explicación de esta circunstancia. Además, en caso de una ulterior integración del tribunal, regirá el mismo plazo, a partir del momento en que se conozca la nueva integración.

Durante las audiencias, la recusación será deducida oralmente, bajo las mismas condiciones de admisibilidad de las presentaciones escritas y se dejará constancia en el acta de la audiencia de la persona y motivo de la recusación.

181. Competencia, trámite y efectos sobre el procedimiento. Producidos el apartamiento de oficio o la recusación, conocerá de ellos, cuando la ley no designe el juez competente, el Consejo del tribunal respectivo, integrado, en su caso, por un juez distinto al recusado o a quien se apartó del conocimiento de la causa.

El juez recusado se pronunciará inmediatamente respecto de cada uno de los motivos de la recusación, la aceptará o la rechazará, cuidando de afirmar o negar específicamente cada uno de los hechos fundantes de la recusación; luego remitirá el incidente al Consejo del tribunal.

Si fuera necesario recibir prueba, el Consejo encargará su instrucción a uno de sus miembros y previa audiencia, en la cual se recibirá la prueba y podrán informar todos los intervinientes, decidirá, sin recurso alguno. La decisión que acoja el apartamiento o la recusación mencionará el nuevo juez que integrará el tribunal y su pronunciamiento en la audiencia servirá de notificación a todos los intervinientes. El reemplazo será definitivo, aunque posteriormente desaparezcan los motivos que determinaron la resolución.

Las recusaciones interpuestas en una audiencia provocarán su suspensión, sólo si el juez recusado admite el motivo de recusación. En el procedimiento preliminar, el incidente será resuelto antes de proseguir y, en los demás casos, no se suspenderá el pro-

cedimiento, salvo cuando sea necesaria una audiencia para decidir.

182. Efecto sobre los actos. El juez que se aparte del conocimiento de una causa y el juez recusado que admita el motivo de recusación sólo podrán practicar los actos urgentes que no admitan dilación y que, según esa circunstancia, no podrán alcanzar sus fines de ser llevados a cabo por quien los reemplace.

Cuando prosiga la audiencia o el procedimiento con un juez que no admitió el motivo de recusación, los actos realizados podrán ser protestados por quien lo recusó con éxito y, en lo posible, serán renovados por el tribunal, integrado con el reemplazante. Si el juez recusado con éxito contribuyó a dictar sentencia después del debate, rigen las reglas del recurso contra la sentencia de condena. Si la audiencia no hubiere concluido, la decisión que admitiere la recusación y reemplazare al juez recusado la interrumpirá y el debate deberá ser realizado nuevamente.

El procedimiento para decidir el apartamiento del funcionario de la fiscalía interviniente o del defensor de oficio designado se regirá por las reglas de las leyes de organización respectivas.

183. Colaboradores del tribunal y acusador público. Las reglas que anteceden rigen análogamente para los colaboradores del tribunal, que cumplan alguna función durante el procedimiento, y para el acusador público.

En el primer caso, el mismo tribunal ante el cual actúan los colaboradores recusados averiguará sumariamente el motivo invocado y resolverá lo que corresponda, sin recurso alguno.

Sección 3ª. Duración razonable de la persecución penal

184. Regla general. Formulada la acusación y presente el acusado en el procedimiento, el juicio no podrá exceder el año de duración, contado desde el momento en el que la acusación es interpuesta ante el tribunal hasta el momento en que se pronuncia la sentencia después del debate.

Si la sentencia es recurrida, el plazo se reduce a la mitad del anterior, contado desde el momento de interposición del recurso hasta

el momento de la decisión del tribunal competente sobre él. El tribunal del recurso, si anula la sentencia por efecto del recurso contra ella, fijará el plazo de duración del juicio de reenvío, dentro de este plazo máximo y conforme a las circunstancias del caso. Estos plazos corren, son interrumpidos y suspendidos separadamente para cada uno de los imputados que participan en el procedimiento.

185. Anticipación del comienzo del plazo. El plazo anterior comenzará a contarse desde el momento de la primera comparecencia del imputado ante un tribunal, para responder a la instancia de una medida de coerción, o desde el momento de la primera declaración del imputado en la causa, cuando sea provocada por la citación del acusador público, o desde el momento de la realización de un acto que implique, por su modo de realización, la difusión pública indeterminada acerca de la sospecha que pesa sobre una persona sobre su participación en un delito de acción pública. Si concurren varias de estas circunstancias, el plazo comenzará a contarse desde el momento más antiguo.

186. Procedimientos complejos. El acusador público, cuando lo considere necesario, podrá solicitar fundadamente al tribunal integrado por tres jueces permanentes, la prolongación del plazo fijado en los artículos anteriores por otro plazo que especificará en su solicitud. La prolongación nunca excederá a los plazos previstos anteriormente. El tribunal autorizará la prórroga en casos excepcionales y por el plazo que considere necesario dentro del límite fijado.

La prolongación del plazo no puede provocar la extensión del encarcelamiento preventivo que eventualmente sufra el imputado, salvo el caso del recurso contra una condena a pena privativa de la libertad aún no cumplida, supuesto en el cual el tribunal que dicta la sentencia y el tribunal del recurso volverán a examinar la procedencia del encarcelamiento preventivo.

187. Efectos de los plazos. El vencimiento del plazo previsto o de aquel que resulta de su prolongación, sin que la sentencia haya sido dictada, provoca el sobreseimiento inmediato del procedimiento en favor del imputado.

188. Suspensión e interrupción de los plazos. El cómputo de los plazos establecidos se suspenderá por los siguientes motivos:

- 1) por la fuga del imputado desde que sea declarado rebelde;
- 2) por decisión del tribunal competente, cuando un acontecimiento extraordinario, como un incendio, una inundación, un terremoto o cualquier otro estrago de proporciones, imposibilitare la administración de justicia, caso en el cual el tribunal determinará el momento en que habrá de comenzar la suspensión y el momento a partir del cual habrá de reanudarse el cómputo; y
- 3) por el sobreseimiento o el archivo de la investigación por parte del acusador público, cuando el plazo ya hubiere comenzado a correr.

Suspendido el plazo, él volverá a correr, contado el plazo ya transcurrido, desde la presentación o detención del imputado, desde la fecha que fije el tribunal competente, o desde la nueva apertura de la persecución penal por parte del acusador público. Si el acusado se fugare y fuere declarado rebelde durante el debate, y provocare por ello su interrupción (art. 27), el plazo previsto en el art. 184 se interrumpirá y volverá a contarse nuevamente desde su iniciación a partir de la presentación o detención del acusado.

Título II

Intervención del ofendido en el procedimiento

Capítulo 1. Disposiciones generales

189. Definición de ofendido. Este Código considera ofendido:

- 1) En los delitos de acción pública,
 - a) al portador del interés jurídico afectado o puesto en peligro por la comisión del delito (víctima);
 - b) a los padres e hijos de la víctima, y a su cónyuge o a la persona que convivía con ella en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto, o al último tutor, curador o guardador, cuando el resultado del delito fuere la muerte de la víctima;
 - c) a los socios de una persona colectiva respecto de los delitos cometidos contra ella por quienes la dirijan, la administren o la controlen;
 - d) a las asociaciones cuyo objeto se vincule

directamente con la defensa de intereses colectivos o difusos, o con la protección de los derechos humanos, cuando el delito cometido afectare o pusiere en peligro bienes jurídicos colectivos o universales, o que el orden jurídico internacional reconoce como delitos contra la humanidad, respecto de los delitos vinculados directamente con el objeto de la asociación; y

e) a la Corte Penal Internacional cuando se trate de los delitos contra la administración de justicia previstos en el artículo 70 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF. 183/9, 17 de julio de 1998).

2) En los delitos de acción privada: a las personas mencionadas en los arts. 75 y 76 del Código Penal.

190. Derechos genéricos del ofendido. Sin perjuicio de la legitimación como acusador privado, el ofendido tiene derecho, aunque no asuma el papel de acusador:

1) si se tratare de la persecución de un delito de acción pública, cuando haya denunciado, compareciere en el procedimiento de cualquier manera o se conozca su domicilio, a ser informado por el acusador público o por el tribunal acerca del sobreseimiento, de la clausura del procedimiento o archivo, de la acusación, del auto de apertura del debate y de la sentencia, con copia de los dictámenes o decisiones pertinentes;

2) si estuviere presente en el debate, a tomar la palabra después de los informes finales y antes de concederle la palabra final al acusado, conforme a lo dispuesto en el art. 46;

3) si, por su edad, condición física o psíquica, estado de gravedad o enfermedad, se tratare de una persona con necesidades especiales, que le dificulten severamente su comparecencia ante cualquier autoridad del procedimiento penal, a ser interrogada o a participar en el acto para el cual fue citado en el lugar de residencia, a cuyo fin deberá requerir la dispensa, por sí o por un tercero, con anticipación;

4) a recibir protección especial de su integridad física y psíquica, con inclusión de su familia inmediata, cuando reciba amenazas o corra peligro en razón del papel que cumple en el procedimiento penal;

5) a impugnar por la vía jerárquica el sobreseimiento del acusador público, conforme al artículo siguiente;

6) a examinar documentos y actuaciones

según lo establecido en el art. 192 y a ser informado verbalmente por el acusador público o por el secretario del tribunal acerca del estado y trámite de la causa, y sobre la situación del imputado;

7) cuando fuere menor o incapaz, a ser acompañado por uno de sus representantes legales o guardador durante el transcurso de los actos en los que deba intervenir, con observancia de las reglas de conducta que indique quien dirija el acto, salvo que ello pusiera en peligro la averiguación de la verdad;

8) a recibir asesoramiento jurídico por parte de un abogado y a hacerse representar por él en las diligencias de trámite, representación para la cual bastará su autorización escrita; y

9) a recusar por los motivos, en la forma y mediante el procedimiento admitidos para el imputado (arts. 178 y siguientes), aunque no asuma el papel de acusador, al funcionario de la persecución penal pública o a los jueces o jurados que intervienen en el procedimiento, a cuyo fin, sin necesidad de ser citado en el caso de que no participe en el procedimiento, podrá intervenir en las audiencias respectivas, limitadamente respecto de esta cuestión.

Corresponden también a la víctima los derechos y garantías reconocidos y reglamentados para el imputado, que derivan de una situación análoga, como aquellos previstos en los arts. 74, 97, 98, y los indicados en este Libro II, Título I, Capítulo 5 (arts. 128 y siguientes).

191. Facultad de impugnar. El ofendido podrá requerir, por escrito fundado y en cualquier momento, la revisión por vía jerárquica del sobreseimiento decretado por la fiscalía, hasta agotarla, salvo el caso de que la decisión haya sido emitida por el Fiscal General. En su caso, el superior ordenará realizar las acciones que correspondan, salvo que prefiriese continuar él con el procedimiento.

Contra la decisión del Fiscal General, el ofendido podrá recurrir sólo por razones de legalidad, ante el tribunal competente para el recurso contra la sentencia, que, si admite el recurso, ordenará al Fiscal General realizar las acciones que correspondan. El Fiscal General determinará quién continúa el procedimiento.

192. *Examen de las actuaciones y proposiciones probatorias.* Para ejercer la facultad concedida en el art. 190, inc. 6, o la facultad de acusar en el procedimiento por delito de acción pública, el ofendido podrá examinar los documentos o actuaciones de la fiscalía, en las mismas condiciones establecidas para el imputado y su defensor (art. 97), y deberá ser informado por él con lealtad sobre la marcha de la investigación, a menos que se haya ordenado el secreto total o parcial del procedimiento (art. 205). El rechazo del acusador de cualquiera de estos derechos, por desconocimiento de su calidad de ofendido, habilitará su reclamo por la vía jerárquica correspondiente.

De la misma manera, el ofendido podrá proponer diligencias para una mejor averiguación de la verdad y acudir a la vía jerárquica para conseguir la instrucción respectiva.

193. *Información.* En la primera oportunidad, el órgano público que dirija el procedimiento (policía, fiscal o juez) deberá instruir al ofendido acerca de los derechos que le son reconocidos en este capítulo y de la posibilidad de asumir en el procedimiento el papel de acusador, y sobre la forma de ejercer esos derechos.

Capítulo 2. Acusación privada

194. *Delitos de acción pública.* Las personas mencionadas en el art. 189, inc. 1, podrán asumir el papel de acusadores en el procedimiento, a cuyo fin dispondrán del plazo de seis días a partir de la información del acusador público sobre la acusación respectiva, plazo dentro del cual deberán producir su propia acusación (art. 1) o manifestar su conformidad con la acusación pública, y que sólo pretenden intervenir en el procedimiento posterior. Este plazo podrá ser prorrogado por el acusador público por una única vez, en el caso de procesos excesivamente complejos. Sin embargo, para usar el plazo o para requerir su prórroga, el ofendido deberá anticipar al acusador público, dentro de los tres primeros días, su voluntad de acusar. Vencido el plazo, el acusador público trasladará la acusación al tribunal competente, conforme al art. 1, haya o no haya sido ofrecida la acusación privada o manifestado el ofendido su conformidad con la acusación pública. El ofendido per-

derá su derecho de intervenir como acusador en el procedimiento, si no acusó o no manifestó su deseo de intervenir en el procedimiento posterior.

La acusación privada podrá diferir de la pública en cuanto a los elementos que contiene y su significado jurídico, pero deberá versar sobre el mismo acontecimiento histórico que relata la acusación pública.

195. *Delitos de acción privada.* Cuando, según la ley penal, la persecución penal fuera exclusivamente privada, podrá asumir la función de acusador privado sólo la persona que, según esa ley, fuere el titular del ejercicio de esa acción.

196. *Reglas comunes.* Quien pretenda asumir el papel de acusador privado y se domicilie en el extranjero deberá, a pedido del acusado, prestar una caución suficiente para responder por las costas del procedimiento, cuyo contenido y plazo fijará el tribunal competente.

La asunción del papel de acusador privado no exime al ofendido de su deber de comparecer como testigo en el procedimiento, si fuere citado para ello.

Las personas colectivas justificarán su existencia y la facultad para querellar de la persona que las representa, a más tardar con la acusación, conforme a las leyes respectivas. La representación por apoderado exige poder especial, que se acreditará en la misma oportunidad.

Cuando fueren varios los acusadores privados, el tribunal unificará, por regla, la personería en uno de ellos, salvo que aparezcan con evidencia intereses encontrados entre ellos, caso en el cual la unificación podrá ser parcial. Para unificar personería, el tribunal respetará la opinión de los diversos acusadores, a quienes les concederá un plazo para ponerse de acuerdo; si no hubiere acuerdo al final del plazo, el tribunal elegirá a uno de ellos, incluso entre los varios propuestos por los acusadores. La unificación de personería no afectará los derechos de información que posee el ofendido. En el procedimiento preparatorio de la acción pública, sin perjuicio de que todos los acusadores puedan ejercer su derecho de examinar documentos y actuaciones, y sean destinatarios de los deberes de información de los órganos públicos, la fiscalía podrá también proceder

a la unificación de personería, conforme a las mismas reglas.

El desistimiento del acusador privado o el abandono de la acción ejercida, en los casos previstos por la ley, implica la imposibilidad de volver a ejercer la acción penal por el mismo hecho y contra la misma persona imputada.

El acusador privado, se trate de acción pública o de acción privada, sólo podrá recurrir la sentencia en los mismos casos previstos para el acusador público. Cesará toda intervención del acusador privado en el procedimiento de ejecución de la pena, salvo en los casos previstos expresamente por la ley penal o por la ley de ejecución penal.

Capítulo 3. Procedimiento monitorio para la reparación del daño

197. Actor civil y tribunal. Quien sostenga legítimamente haber sufrido un daño proveniente directamente del hecho punible y el titular de la acción civil emergente de un delito penal podrán demandar la reparación de los daños por el condenado en una sentencia firme o por aquel a quien se le haya aplicado una medida de seguridad y corrección en una sentencia firme, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia y después del juicio respectivo.

Para el juzgamiento de esta acción, el tribunal se integrará, en su caso, sólo con los jueces permanentes que intervinieron en el juicio o contribuyeron a dictar sentencia.

198. Demanda, demandado y citación en garantía del asegurador. La demanda debe ser dirigida, necesariamente, contra el condenado o contra aquel a quien se le aplicó una medida de seguridad y corrección, y, eventualmente, contra quien, por previsión directa de la ley civil, responde por el daño que el condenado o afectado por la medida de seguridad y corrección hubiere causado con el hecho ilícito juzgado en la sentencia. Es posible, también, citar en garantía al asegurador del siniestro respectivo, conforme a las leyes pertinentes, pero en el procedimiento el asegurador no puede interponer defensa alguna relacionada con el contrato de seguro.

La demanda deberá contener:

1) la identificación del actor, su domicilio general y el especial que fija en el procedi-

miento, y el de quien lo representa, en ese caso;

2) la identidad de cada uno de los demandados y sus domicilios; si se desconociere alguno de estos datos, el actor podrá solicitar diligencias preparatorias para determinarlos;

3) la expresión concreta y detallada de los daños sufridos y la relación que ellos tienen con el hecho ilícito;

4) la cita de las disposiciones legales aplicables, que fundan la responsabilidad civil de los demandados; y

5) la reparación deseada o, en su caso, el importe de la indemnización reclamada, con una justificación sintética de sus alcances.

Para las personas colectivas y los apoderados rige, analógicamente, la regla del art. 196, párr. III, en la parte pertinente.

199. Admisibilidad. El tribunal examinará la demanda, la legitimación del actor y de cada uno de los demandados, y, si la admite, mandará librar la orden de reparar el daño dirigida al demandado o demandados cuya responsabilidad civil aparezca justificada; a esa orden podrá agregar el mandamiento de embargo o de cualquier otra medida cautelar solicitados por el actor y decididos conforme a las reglas civiles correspondientes.

Si no admite la demanda o a alguno de los demandados, archivará el procedimiento, que no podrá repetirse más ante el tribunal penal, sin perjuicio del ejercicio regular de la acción civil ante el tribunal competente y por medio del procedimiento correspondiente según leyes generales.

En caso de errores por omisión de datos o por defecto en la acreditación de la personería, el tribunal podrá fijar un plazo para que esos errores sean corregidos, con mención de ellos; vencido el plazo sin la corrección correspondiente, el tribunal archivará la demanda.

200. Orden de reparación. La orden de reparación, que se notificará a cada uno de los demandados admitidos, deberá contener:

1) la identificación de cada uno de los demandados y su domicilio;

2) la identificación del actor civil y el domicilio especial fijado en la demanda y, en su caso, el nombre y domicilio del representante o apoderado;

3) la orden de reparar los daños, con la descripción concreta y detallada de aquellos que el tribunal estimare razonables, la clase y extensión de la reparación o el importe de la indemnización que el tribunal estimare razonables, y las reglas legales que fundan la obligación de reparar de cada uno de los demandados;

4) la intimación a cumplir esa reparación o a pagar esa indemnización;

5) la orden de embargo para responder a la reparación o indemnización y a las costas del procedimiento, o cualquier otra medida cautelar que hubiere sido admitida; y

6) la información acerca de la posibilidad de objetar la orden y el plazo para hacerlo, que nunca excederá de diez días ni será inferior a cinco días.

La orden de reparación será notificada a cada uno de los demandados y al citado en garantía por intermedio de la oficina correspondiente, con copia de ella y con la entrega de un aviso instructivo que contenga copia de todas las reglas referidas a este procedimiento.

201. Objeción. Los demandados y el citado en garantía podrán objetar la legitimación del actor, la idoneidad del motivo que funda la responsabilidad del demandado u oponerse a la clase y extensión de la obligación o al importe de la indemnización fijados como reparación.

202. Audiencia y sentencia. Si existieren objeciones dentro del plazo señalado, el tribunal citará a todas las partes a una audiencia, con un intervalo no mayor que cinco días. La audiencia deberá servir para que las partes concilien una solución y arriben a un acuerdo, y, si ello no fuere posible, para que cada una de ellas argumente acerca de su conformidad o disconformidad con la orden de reparación, y concrete su pretensión. La comparecencia a la audiencia no es obligatoria.

Realizada la audiencia el tribunal dictará sentencia en la que acoja o rechace la demanda, total o parcialmente; en caso de condena, determinará quién es el responsable de cumplirla y fijará, por estimación razonable, que fundará expresamente, los daños objeto de la reparación, la clase y extensión de la obligación de reparar y, en su caso, el importe de la reparación.

Si nadie hubiere objetado la orden de reparación en el plazo fijado, el tribunal mandará cumplirla.

Respecto del asegurador citado en garantía, la sentencia no tendrá otro efecto que el meramente declarativo de la obligación eventualmente a su cargo, sin la posibilidad de ser ejecutada directamente, y el actor, en su caso, deberá plantear la demanda contra él ante los tribunales competentes según la legislación general aplicable.

203. Valor de la sentencia y ejecución. La sentencia o la orden de reparar definitivas, en su caso, no son recurribles y son ejecutables ante los tribunales competentes para obligaciones civiles.

Cualquiera de las partes disconforme con la sentencia tendrá acción ordinaria ante los tribunales competentes para decidir sobre daños civiles, tanto con el fin de corregir, total o parcialmente, la reparación ordenada, o de repetir la ya cumplida o para reparar su propio daño por la ejecución de la obligación (demandados), como con el fin de corregir la clase o extensión de la reparación o el importe de la indemnización decididos (actor).

Título III **Acusador público**

204. Función. Deber de objetividad y lealtad. El acusador público (fiscalía) es el titular de la acción penal que se ejerce de oficio (Código Penal, arts. 71 y 72) y a él le incumbe su preparación para fundar la acusación o determinar el sobreseimiento, y la defensa de esa acusación en el juicio, conforme a las leyes penales.

El funcionario que lo representa en un caso deberá obrar, durante todo el procedimiento, con absoluta lealtad para con el acusado y su defensor, para con el ofendido, aunque no asuma el papel de acusador, y para con los demás intervinientes en el procedimiento. El deber de lealtad comprende al deber de información veraz sobre la investigación cumplida y los conocimientos alcanzados, y al deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que, a su juicio, pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando ha resuelto no incorporar alguno de esos elementos al procedimiento. En este sentido, su investiga-

ción para preparar la acción pública debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo, con el fin de determinar, incluso, el sobreseimiento. Igualmente, en la audiencia preliminar o en el debate, la fiscalía puede concluir requiriendo el sobreseimiento, la absolución o una condena más leve que aquella que surgiere la acusación, cuando en esas audiencias surjan elementos que conduzcan a esa conclusión de conformidad con las leyes penales.

205. Preparación de la acción pública. La investigación preliminar para formular la acusación o decidir el sobreseimiento se iniciará no bien la fiscalía reciba la noticia acerca de la comisión de un delito de acción pública, por información policial o denuncia.

Los funcionarios policiales deberán comunicar de inmediato la noticia que reciban sobre la comisión de un hecho punible y observarán las reglas previstas en este Código para la realización de sus investigaciones. De ordinario, ellos efectuarán las peticiones a los jueces por intermedio de un funcionario de la fiscalía, salvo en casos urgentes que no admitan demora. Ante la posible pérdida por demora de un elemento de prueba, los funcionarios policiales podrán presentarse directamente ante los jueces, solicitándoles la medida correspondiente, con observancia de las reglas previstas en este Código para el acusador público. El funcionario de la fiscalía encargado de la averiguación cuidará que sus diligencias y las de la policía permanezcan reservadas para extraños al procedimiento. Las actuaciones relativas al caso sólo podrán ser examinadas por el imputado y su defensor, y por el ofendido, su abogado o su mandatario. Todas esas personas, incluidos los funcionarios policiales y del ministerio público, estarán, sin embargo, obligados a guardar reserva sobre aquello que conocieren. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que correspondiere, el incumplimiento de esta obligación por parte de los funcionarios será considerado falta grave.

El funcionario del ministerio público encargado de la averiguación podrá disponer, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones y averiguaciones, por un plazo que no podrá superar los diez días corridos,

cuando el conocimiento por terceros entorpeciera el descubrimiento de la verdad. En casos excepcionales, él podrá pedir autorización a un juez para prorrogar por otro tanto este plazo, justificando la razón de la prórroga. No obstante, cuando la eficacia de un acto particular dependiese de la reserva parcial de ciertas actuaciones, el funcionario podrá disponer el secreto de ellas, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto, que nunca superará las veinticuatro horas.

La orden de reserva total o parcial comprende también la suspensión del deber de lealtad en la información, prevista en el artículo anterior.

206. Diligencias de investigación. Los funcionarios policiales y de la fiscalía, en su función de averiguar la noticia de un hecho punible, procederán con absoluto respeto de las facultades y garantías del imputado y de los demás intervinientes en el procedimiento, reglamentadas en este Código.

Podrán usar la fuerza pública en la medida en que este Código los autoriza.

Cuando la investigación versare sobre una muerte sospechosa de haber sido provocada por un hecho punible, se dispondrá la autopsia antes de inhumar el cadáver o después de exhumado y se lo identificará dactiloscópicamente o, de no ser posible, por testigos o por otro medio aconsejable. Los médicos que intervengan en la autopsia informarán por dictamen escrito, en la forma prevista para la peritación, y señalarán, en su caso, la necesidad de realizar otros exámenes, cuidando de guardar las vísceras para poder practicarlos. Se puede prescindir de practicar la autopsia, previo dictamen médico que lo aconseje, cuando según la inspección exterior resulten evidentes las causas que produjeron la muerte.

207. Sobreseimiento fiscal (archivo). El acusador público sobreseerá la causa, en los siguientes casos:

- 1) en los casos previstos por el art. 15;
- 2) cuando no fuere posible individualizar al imputado y no hubiere otra medida a realizar;
- 3) cuando el imputado se hallare rebelde, una vez terminada la investigación, sin perjuicio de solicitar la orden de detención; y
- 4) cuando, culminada la investigación, falta-

re algún elemento o condición de punibilidad que pudiese existir en el futuro.

En el caso previsto por el inc. 1, el fiscal deberá expresar, específicamente, la liberación de persecución respecto del imputado en cuyo favor sobresee y ordenará la cesación de toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto dispone la clausura de la persecución penal; en el mismo caso, cuando no haya alcanzado el grado de conocimiento necesario para requerir fundadamente la apertura del juicio y existiere razonablemente la posibilidad de incorporar en el futuro elementos de prueba concretos que conduzcan a ese conocimiento, deberá indicar detalladamente los elementos factibles de ser incorporados posteriormente.

En el caso previsto por el inc. 4, el dictamen contendrá la designación de los elementos o condiciones factibles de existir en el futuro y, si subsiste alguna medida de coerción para el imputado, ordenará su cesación. El imputado, su defensor y cualquiera de los intervinientes podrán denunciar el obstáculo ante el funcionario que se ocupa de la persecución penal pública. Ínterin, el caso será archivado y conservadas las piezas de convicción hasta la remoción del obstáculo, si no se pudiese proseguir la investigación del hecho o continuar el procedimiento con relación a otros imputados.

El dictamen será fundado y comunicado con su copia al imputado, a su defensor y al ofendido.

El archivo del procedimiento por la fiscalía sólo tiene por efecto cancelar la oportunidad del acusador privado para asumir ese papel. La persecución penal podrá ser reanudada antes de su extinción, si sobrevienen nuevos elementos que la tornen viable para arribar a la promoción de la acción pública.

208. Cuestión prejudicial. Si la persecución penal dependiere de una cuestión que, según la ley, deba ser resuelta en un proceso independiente, ese proceso deberá ser seguido por la fiscalía, con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión legitime a la fiscalía para promover la acción.

Cuando la fiscalía no estuviere legitimada para provocar la decisión final de la cuestión por el tribunal competente, notificará sobre su existencia a la persona legitimada y

le requerirá, a su vez, noticias periódicas sobre la promoción del proceso y su desarrollo.

209. Privilegio. Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento especial previo de desafuero, destitución o autorización previsto legalmente, el acusador público, si considera fundada la persecución penal, solicitará el desafuero, la destitución o la autorización del imputado a la autoridad correspondiente, con un informe de las razones que justifican el pedido y copia de los documentos o actuaciones en su poder.

Contra el titular del privilegio no se podrá realizar acto alguno que implique una persecución personal hasta su desafuero, destitución, cesación en el cargo o autorización para proceder, y sólo se podrá practicar un acto urgente de investigación que no admita demora o los actos indispensables para fundar la petición. El procedimiento podrá continuar con relación a los demás imputados que no ostentan el privilegio.

Rige esta misma disposición cuando se requiera la conformidad de un Estado extranjero o de una organización internacional prevista por el Derecho internacional público.

210. Delitos dependientes de instancia. Cuando la persecución penal dependa de una instancia (Código Penal, art. 72) y el autorizado por la ley penal no la haya producido, el acusador público deberá informar al ofendido, su representante legal o su guardador, y proceder conforme al art. 207, párr. I, inc. 4, y 208 hasta la subsanación del obstáculo que impide la persecución penal.

Si el imputado estuviere detenido o sometido a alguna medida de coerción y la instancia no se hubiere producido, la fiscalía deberá ordenar su libertad o la cesación de la medida de coerción.

211. Ofendido. En los delitos de acción pública, el ofendido podrá procurar que el hecho objeto del procedimiento sea investigado y promovida la acción pública, mediante instancia ante el superior jerárquico del último funcionario que autorizó el archivo (art. 191).

La petición será expuesta por escrito y fundada; deberá contener, también, todos los

datos y argumentos que permitan revocar la decisión y, en su caso, acompañar los elementos de prueba en su poder.

La respuesta del funcionario superior deberá ser fundada en caso de rechazar la petición y, en el caso contrario, deberá contener las instrucciones concretas para el funcionario inferior o la decisión de proseguir él mismo la persecución penal.

212. Actos jurisdiccionales durante la investigación preliminar. La fiscalía y los funcionarios policiales no están autorizados para recibir informes o declaraciones bajo ratificación solemne (art. 224). Si fuere imprescindible la ratificación solemne para inducir a quien brinda la información a ser veraz, deberán solicitarlo al juez más próximo del lugar en el cual se llevará a cabo el acto.

Cuando fuera necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, peritación o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar alguien que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante la audiencia preliminar o el debate, la fiscalía podrá requerir a un juez la realización del acto. Regirán las reglas de los arts. 150 y 151.

213. Recurso contra la sentencia. La fiscalía podrá sólo recurrir la sentencia absolutoria o condenatoria que juzgue demasiado leve, por los mismos motivos que aquellos habilitados para el acusado, cuando demuestre que la absolución o la condena leve provienen directamente del prevaricato de un juez que contribuyó decisivamente en la determinación de la sentencia que es objeto del recurso (CP, 269), del ejercicio de cualquier forma de amenaza o coacción sobre él (CP, 149 bis y 149 ter), o del delito de cohecho previsto en el art 257, CP. Para ejercer esta facultad no resulta necesaria la participación del acusado en el delito que provoca el recurso, ni su verificación por decisión judicial previa.

El procedimiento se rige por las normas que regulan el recurso del acusado contra la sentencia de condena. El plazo para su interposición coincide con el plazo de prescripción de la acción, sin contar interrupciones eventuales debidas a la sentencia, o con el plazo de prescripción de la pena impuesta por la sentencia de condena que se recurre.

Título IV

Otras personas que intervienen en el procedimiento

Capítulo 1. Denunciante

214. Denuncia. Cualquier persona puede comunicar a la policía o a un funcionario del ministerio público con competencia penal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un hecho punible de acción pública, oralmente o por escrito. El funcionario que reciba la denuncia hará constar la identidad del denunciante y, si la comunicación es oral, se protocolizará en un acta la versión que proporciona el denunciante. La denuncia contendrá, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho que se considera punible, con indicación de la identidad del autor y los partícipes en él, de la víctima y de los testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos, en la medida posible para el denunciante.

La instancia, en los delitos dependientes de ella, se recibirá de la misma manera.

La denuncia o instancia por mandatario requiere poder especial, que el mandatario acreditará en el mismo acto.

215. Denuncia obligatoria. Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un hecho punible de acción pública, salvo los que requieren una instancia para su persecución, sin demora alguna:

- 1) los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ese ejercicio, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto impuesto por la ley;
- 2) quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión, oficio o empleo, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto impuesto por la ley;
- 3) quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o el control de bienes o intereses de una institución o entidad, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, por personas que desempeñan aquellas mismas funciones en la institución o entidad, siempre que conozcan el

hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si el denunciante arriesgare razonablemente la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos, o de una persona que conviva con él ligada por lazos especiales de afecto.

216. Denuncia prohibida. Será de ningún valor la denuncia cuando proceda de una persona obligada a guardar reserva de aquello que conoce, conforme a la ley y en la situación que ella prevé.

Capítulo 2. Testigo

217. Deber de concurrir y prestar declaración.

Todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación practicada con el fin de que preste declaración testimonial, el de declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación o del procedimiento penal, y el de no ocultar hechos, circunstancias o elementos relativos al contenido de su declaración.

No obstante, serán observados los tratados suscritos por el Estado, que establezcan excepciones a esta regla y regirá la dispensa prevista para la víctima en el art. 190, párr. 1, inc. 3.

Las autoridades de los poderes del Estado establecidas en la Constitución nacional o en las Constituciones de los Estados federados, los embajadores y cónsules extranjeros y los oficiales superiores de las fuerzas armadas en actividad y en tiempo de guerra podrán solicitar que la declaración se lleve a cabo en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio general, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente.

Las personas que se hallen en otro país y no habiten el territorio argentino no tendrán la obligación de comparecer, pero podrán ser interrogadas en el lugar donde residen, por el funcionario judicial competente o, por delegación, por el cónsul argentino competente en el lugar donde reside. En este caso, se procederá según las reglas del art. 212 y los intervinientes podrán designar a la persona que controlará el acto en su nombre. Rige además el art. 221, párrafo IV.

218. Facultad de abstenerse. Están facultados para abstenerse de declarar:

- 1) el cónyuge del imputado;
- 2) los ascendientes y descendientes del imputado o sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- 3) los parientes por adopción en la misma medida prevista por el inciso anterior y según las disposiciones que rijan la institución;
- 4) los tutores, curadores y pupilos del imputado; y,
- 5) quien convive con él, en aparente matrimonio o ligado a él por lazos especiales de afecto.

Las personas mencionadas deben ser informadas detalladamente sobre su facultad de abstenerse de declarar antes del comienzo de cada declaración. Ellas pueden ejercer esa facultad aun durante su declaración e, incluso, para evitar responder preguntas particulares. En el caso del párrafo siguiente, la declaración se llevará a cabo con la presencia del llamado a decidir. La omisión de la información prevista en esta regla provoca la inadmisibilidad del testimonio como fuente de convicción.

Si se tratare de menores de catorce años o de personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o guardador o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si la persona que debe tomar la decisión interviniera en el procedimiento, se designará un curador que resguarde los intereses del incapaz.

219. Testimonio inadmisibile. Las personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar un secreto particular u oficial, no podrán ser admitidas como testigos. En caso de ser citadas, esas personas deberán comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y abstenerse de declarar.

220. Criterio judicial. Si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva de la información, ordenará su declaración. La resolución será fundada.

Durante el período de preparación de la

acción pública decidirá el funcionario de la fiscalía que conduce el caso; pero el afectado por una decisión que ordena su declaración, podrá acudir a un juez, por escrito fundado, para que, previa audiencia, a la que podrá asistir el funcionario que ordenó la declaración y el afectado, deje sin efecto aquella decisión. La comparecencia a la audiencia de las partes involucradas no es obligatoria.

La decisión acerca del derecho de abstención o la reserva de brindar información no cierra la discusión acerca de la obligatoriedad del testimonio para el testigo o de la invalidez del testimonio en una decisión judicial, ni impide el recurso del condenado contra la sentencia condenatoria, motivado en la existencia de esos derechos, cuando esa valoración contribuyó en forma decisiva al fundamento de la sentencia.

221. Citación. La citación de los testigos se puede realizar por cualquier medio, incluso, en caso de urgencia, verbalmente o por teléfono. Con ella se instruirá al destinatario acerca de la obligación de comparecer y su excepción (art. 217).

Si el testigo no reside o no se halla en el lugar donde debe prestar declaración, o en sus proximidades, la citación irá acompañada de una liquidación de la indemnización fijada prudencialmente, que se le pagará, a su pedido, o, en su caso, de los medios que se pone a su disposición para el traslado y habitación. Si el testigo carece de medios económicos para el traslado le serán adelantados los gastos necesarios, a su pedido.

Durante todo el procedimiento anterior al debate, cuando no fuera imprescindible la comparecencia personal, se podrá disponer la declaración por delegación o mandamiento a la autoridad respectiva del lugar de su residencia.

Si el testigo se hallare en el extranjero, se procederá conforme a las reglas internacionales o nacionales para el auxilio judicial; se podrá requerir, también, la autorización del funcionario competente del Estado en el cual se halle, para que el testigo sea interrogado por el representante diplomático de la República Argentina, o por un tribunal o el funcionario del ministerio público, constituido en el país de residencia.

En casos excepcionales, cuando exista el peligro fundado de que la persona citada se

oculte o fugue, o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad, se podrá proceder a su detención por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto, que nunca excederá de diez horas. Si se desconoce el domicilio, se puede librar orden de aprehensión para su comparecencia, bajo las mismas condiciones temporales fijadas anteriormente.

222. Compulsión. Si el testigo no compareciere y no justificare debidamente su inasistencia, el tribunal o funcionario que lo citó podrá ordenar su comparecencia forzada, sin perjuicio de promover su enjuiciamiento, cuando corresponda. La incomparecencia injustificada deberá ser corregida con una multa de cinco a quince días del sueldo del testigo y, quienes no denuncien y verifiquen su relación de dependencia y su sueldo, con una multa de cinco a quince días del sueldo de un juez.

223. Declaración. Se comenzará por instruir al testigo acerca de la obligación de prestar testimonio, y sus excepciones (arts. 217 a 219), y sobre las penas que amenazan su incumplimiento. Enseguida, el testigo será interrogado sobre sus datos personales, y las demás circunstancias útiles para valorar su testimonio. Si el testigo u otra persona estuvieren en peligro, se lo podrá autorizar para que no indique públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de él.

Continuará la declaración sobre el hecho según las reglas de los arts. 41 y 42.

Los funcionarios policiales y la fiscalía respetarán informalmente esta regla, en lo posible.

224. Ratificación solemne. Sólo el tribunal instará al testigo para que convalide su testimonio, mediante la siguiente fórmula:

“¿Ratifica Ud. ante su conciencia y ante el Pueblo, con conocimiento de su responsabilidad, que ha dicho la verdad y no ha ocultado nada?”

Y el testigo responderá:

“¡Sí; lo ratifico ante mi conciencia y ante el Pueblo!, con conocimiento de mi responsabilidad.”

Si fuere creyente, el testigo podrá reforzar su aserción jurando o apelando a Dios o a sus creencias religiosas.

No se requerirá la ratificación solemne a los

inimputables por minoridad, ni a las personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no puedan comprender su significado, ni a los condenados por el mismo hecho, ni a los sospechosos de haber participado en él o de haberlo encubierto. El error del tribunal acerca de estas circunstancias no provoca la invalidación del testimonio.

Capítulo 3. Peritos

225. Definición. Será designado perito quien, según la reglamentación estatal correspondiente, acredite idoneidad en la materia a la que pertenece el tema sobre el cual se ha de expedir. Si la ciencia, arte o técnica no está reglamentada o si, por obstáculo insuperable, no se pudiera contar, en el lugar del procedimiento, con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

No es perito, sino testigo, quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido provocado por la actividad judicial, aunque utilice para informar la aptitud especial que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso rigen las reglas del capítulo anterior.

226. Incapacidad. No será designado perito: 1) quien, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprenda el significado de su misión;

2) quien deba o pueda abstenerse de declarar como testigo (arts. 218 y 219);

3) quien haya sido testigo del hecho objeto del procedimiento; y

4) los inhabilitados, hasta después del agotamiento de la medida y salvo el caso previsto en la segunda oración del párr. I, del artículo anterior.

227. Orden de peritación. El tribunal competente o el funcionario del ministerio público encargado del procedimiento preparatorio seleccionará el perito y determinará el número de aquellos que deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones a plantear, atendiendo a las sugerencias de los intervinientes.

De la misma manera, fijará con precisión los temas de la peritación, de oficio o a petición del interesado, según corresponda.

Luego deberá acordar con los peritos designados el plazo dentro del cual finalizará las

operaciones para dictaminar y la forma que presidirá el dictamen.

228. Facultades de los intervinientes. Antes de comenzar las operaciones de los peritos, el tribunal o el funcionario de la fiscalía notificará la orden de practicar una peritación a todos los intervinientes, según lo dispuesto en los arts. 150 y 151, cuando la peritación, por alguna razón, no pudiese repetirse o ser controlada posteriormente.

Dentro del plazo que el tribunal o el funcionario fijen, cualquiera de los intervinientes puede proponer otro perito, en reemplazo del ya designado o para que dictamine conjuntamente con él, cuando según las circunstancias particulares del caso resultare conveniente su participación por su experiencia o idoneidad especial. La petición será fundada y sobre ella decidirá, de la misma manera, el funcionario que ordenó la peritación, de conformidad con las reglas anteriores.

Los peritos podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos para los jueces, o solicitado su apartamiento por incapacidad (art. 226) o por inidoneidad (art. 225, párr. I). Previa averiguación sumaria sobre el motivo invocado, el funcionario que ordenó la peritación resolverá lo que corresponda; podrá suspender las operaciones de la peritación y, si admite la recusación, ordenar el reemplazo del perito. Si interviene un único perito y fuere imposible suspender las operaciones, se nombrará de oficio un perito acompañante. La decisión sobre el apartamiento de un perito, si bien no admite impugnación, no cierra la discusión acerca de la invalorableidad del dictamen en una decisión judicial, según las razones invocadas, ni impide el recurso del condenado contra la sentencia condenatoria, con motivo de la valoración de la peritación, decisiva para fundarla.

Cualquiera de los intervinientes, fundadamente, puede proponer temas para la peritación y objetar los ya admitidos o los propuestos por otros de los intervinientes; en ese caso, el funcionario que ordenó la peritación resolverá conforme a lo previsto anteriormente.

Respecto de los consultores técnicos rige el art. 235.

229. Citación y aceptación del cargo. Los peritos serán citados de la misma manera

que los testigos (arts. 221 y 222); pesará también sobre ellos el deber de comparecer y de desempeñar el cargo para el cual fueron designados. Si no fueren idóneos, estuvieren abarcados por alguna de las incapacidades previstas anteriormente o por un motivo que habilite su recusación, o tuvieren un impedimento grave, lo manifestarán al comparecer y acompañarán todos los elementos de prueba necesarios para justificar su situación.

Sobre el apartamiento de un perito decidirá el funcionario que ordenó la peritación, de la manera prevista anteriormente.

230. Ejecución. Dirigirá la peritación y resolverá todas las cuestiones que se planteen durante sus operaciones quien la ordenó o el presidente del tribunal respectivo.

Cuando sean varios los peritos, ellos practicarán unidos el examen, siempre que sea posible; los intervinientes en el procedimiento y sus consultores técnicos podrán asistir a esas operaciones y pedir las aclaraciones pertinentes, pero deberán retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación para dictaminar.

Si algún perito no concurriera a realizar las operaciones de la peritación, se comportare negligentemente, no cumpliera con el plazo concedido o, por cualquier otra causa grave, desempeñare mal su función, quien dirige el peritaje ordenará la sustitución de oficio o con participación de quien lo propuso, según el caso; también podrá corregir al perito de la manera establecida para el testigo (art. 222).

231. Dictamen. El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, de las observaciones de los intervinientes o de sus consultores técnicos, y las conclusiones que sean formuladas respecto de cada tema de la peritación, de manera clara y precisa. Cuando sean varios, los peritos podrán dictaminar por separado, si existiere diversidad de opiniones entre ellos.

El dictamen se expondrá oralmente o se presentará por escrito, firmado y fechado, según lo disponga quien lo ordenó. Al finalizar el dictamen, lo ratificarán con la fórmula prevista en el art. 224.

El tribunal o el funcionario que ordenó la peritación podrá ordenar su ampliación o

renovación, por los mismos peritos o por otros distintos, cuando estimare insuficiente el dictamen, incluso a pedido de parte.

232. Auxilio judicial. Quien dirige las operaciones de los peritos podrá ordenar, incluso a pedido del perito o de los intervinientes en el procedimiento, la presentación y el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas, si ello resultare necesario para llevar a cabo esas operaciones; también podrá requerir al imputado y a otras personas que confeccionen un cuerpo de escritura, graben su voz o lleven a cabo operaciones semejantes.

Rigen, análogamente los arts. 74 y 130. Cuando la operación sólo pudiere ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y ella rehusare colaborar, se dejará constancia de ello y, de oficio, serán ordenadas las medidas necesarias tendentes a suplir esa falta de colaboración.

233. Traductores e intérpretes. Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el tribunal o el funcionario de la fiscalía, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de quienes han de llevar a cabo esas operaciones, con observancia de las reglas de este capítulo, aplicadas análogamente. Los demás intervinientes estarán facultados para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezca la traducción o interpretación oficial.

Cuando se tratare de una traducción o interpretación del contenido de una audiencia para su intelección por el imputado y los demás intervinientes, cada una de las partes tiene derecho a designar para ella su traductor o su intérprete, bajo análogas condiciones de idoneidad que las requeridas para el perito. Si el imputado, en caso necesario, no designare para ello al traductor o al intérprete, se procederá conforme a las reglas del Libro II, Título I, Capítulo 3, aplicadas análogamente.

Capítulo 4. Auxiliares de los intervinientes

234. Designación y función. El imputado, su defensor o los acusadores pueden valerse de asistentes no letrados, para que colaboren en su tarea; en ese caso, darán a conocer su

nombre y apellido, y expresarán que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia.

Los asistentes no letrados sólo cumplirán tareas accesorias de colaboración y no podrán sustituir a las personas a quienes asisten en los actos propios de su función. Se permitirá que ellos acompañen a quien asisten en las audiencias, sin intervenir en ellas.

235. Consultores técnicos. Si, por las particularidades del caso, el imputado, su defensor o los acusadores consideran necesario ser asistidos por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrán al acusador público o al tribunal, según el caso, quien decidirá sobre su designación conforme a las reglas aplicables al perito, en lo pertinente, salvo la inhabilidad prevista en el art. 226, inc. 2, que no regirá respecto de quien lo propone.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones de la peritación pertinente y hacer observaciones durante su trascurso, pero no emitirá dictamen; los peritos harán constar las observaciones. En las audiencias, el consultor podrá acompañar a quien asiste, interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes de la ciencia, arte o técnica respectiva, y aun concluir sobre la peritación, durante los informes finales, cuando sea el turno de su asistido y siempre bajo la dirección de quien lo propuso.

Libro III

Ejecución penal, costas y disposiciones finales y transitorias

Título I Ejecución penal

236. Competencia. La fiscalía es el órgano competente para la ejecución de las penas y las medidas de seguridad y corrección. A tal efecto, el día en el que la condena o la imposición de una medida de seguridad y corrección devengan firmes, el presidente del tribunal que dictó la sentencia hará las comunicaciones e inscripciones correspondientes y remitirá a la fiscalía testimonio auténtico de la sentencia, con la atestación de que se halla firme. Las diligencias posteriores de ejecución le corresponden al fun-

cionario del ministerio público en materia penal que se designe, según disposiciones de su ley orgánica.

Los incidentes que, durante la ejecución, plantee tanto ese funcionario como el imputado o su defensor serán resueltos por el tribunal competente, integrado por un juez permanente de la organización judicial, salvo que la ley disponga otra integración. Respecto del acusador privado en el procedimiento de ejecución penal es de aplicación lo dispuesto en el art. 196, último párrafo.

237. Defensa. El condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena impuesta, todos los derechos y facultades que las leyes penales, las penitenciarias y los reglamentos le conceden y plantear ante el funcionario de la fiscalía todas las observaciones que, con fundamento en esas reglas, estime convenientes; ante el tribunal, podrá plantear todos aquellos incidentes para los cuales esté expresamente legitimado.

El condenado tendrá derecho a la defensa técnica y continuará el defensor nombrado con anterioridad, en el proceso de conocimiento, si no hubiere renunciado. El defensor de confianza elegido por él en el proceso de conocimiento podrá renunciar al cargo y no regirán en ese caso las consecuencias previstas para el abandono, desde el momento de su reemplazo. En este caso, el funcionario de la fiscalía instruirá al condenado sobre su derecho a elegir otro defensor de confianza y, si no lo hiciere, procederá a designar un defensor de oficio, según las reglas pertinentes.

No recae sobre el defensor el deber de vigilar la ejecución de la pena; tan sólo deberá asesorar al condenado cuando él lo requiera e intervenir en los incidentes que él mismo, su pupilo o la fiscalía planteen ante el tribunal.

Capítulo 1. Penas

238. Pena privativa de libertad. Cuando el condenado deba cumplir pena privativa de libertad o una medida de seguridad y corrección privativa de libertad, el funcionario de la fiscalía remitirá el testimonio de la sentencia al establecimiento en el cual el condenado cumple su prisión, para que se proceda según corresponde. Si el reo estuviere en libertad, requerirá la orden de su

detención al tribunal competente y, una vez aprehendido, procederá conforme a esta regla.

El mismo funcionario ordenará también las medidas necesarias para ejecutar los efectos accesorios de la sentencia: inhabilitación civil, decomiso, destrucción y devolución de cosas o documentos, que no hubiere ejecutado de oficio el tribunal del debate.

239. Cómputo. El funcionario de la fiscalía revisará el cómputo practicado en la sentencia y, si no concuerda con él o aquél fuere deficiente, pedirá al tribunal su corrección, cuando el condenado o su defensor lo observen. El cómputo debe contener la fecha en la que finaliza la pena privativa de libertad divisible y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá requerir su libertad condicional.

Previo a instar la competencia del tribunal, el funcionario notificará al condenado y a su defensor el nuevo cómputo, quienes podrán observarlo en el plazo de cinco días. El nuevo cómputo quedará aprobado al vencer el plazo sin haber sido observado, al decidir el tribunal sobre las observaciones planteadas sin que la decisión fuere recurrida o al decidir el tribunal el recurso.

El cómputo es siempre reformable cuando se compruebe un error o nuevas circunstancias lo tornen necesario y el condenado puede instar su reforma ante la fiscalía, con invocación del error o de las nuevas circunstancias, y objetar el cómputo realizado por la fiscalía para que sea decidido por el tribunal.

240. Recurso. Las decisiones del tribunal sobre la ejecución de la pena son recurribles para el condenado, su defensor y para la fiscalía, sólo cuando procedan de un juez unipersonal, por queja directa ante un tribunal integrado por tres jueces permanentes de la organización judicial. La queja debe plantearse dentro del plazo de cinco días, por escrito fundado. En el caso del cómputo, la queja sólo puede ser fundada en la inobservancia de las reglas jurídicas que lo rigen. El condenado tiene derecho a que se le conceda una audiencia oral, junto a su defensor, antes de que se emita la decisión.

241. Libertad anticipada. La dirección del establecimiento en el cual el condenado

cumple la pena privativa de libertad remitirá a la fiscalía los informes previstos por la ley penal, un mes antes del plazo fijado al practicar el cómputo.

El incidente de libertad condicional podrá ser promovido por el condenado, por su defensor o por un funcionario de la fiscalía ante el tribunal, integrado, en el caso, por tres jueces permanentes de la organización judicial. Cuando lo promueva el condenado ante la dirección del establecimiento, ella remitirá inmediatamente la solicitud a la fiscalía y fijará la fecha en la que elevará el informe, si no ha sido enviado antes.

La fiscalía podrá rechazar sin trámite la solicitud, cuando fuere manifiestamente improcedente o cuando estime que no transcurrió el tiempo suficiente para que hayan variado las condiciones que motivaron un rechazo anterior, por resolución fundada. En ese caso, el condenado y su defensor podrán recurrir por queja directa ante el tribunal que se integrará conforme lo prevé el párrafo anterior. Si es admitida la instancia, el tribunal citará a audiencia oral y pública al condenado, a su defensor y a la fiscalía, e incorporará en ella los informes, testimonios o peritaciones pertinentes que las partes juzguen necesario escuchar para decidir. Si la libertad fuera concedida, la misma resolución fijará las condiciones e instrucciones, según lo establecido por la ley penal. El liberado, en el acto de su notificación en la audiencia, deberá prometer que las cumplirá y denunciará el modo según el cual intentará cumplirlas, fijará domicilio y recibirá una copia de la resolución, todo lo cual constará en un acta. El tribunal designará el oficio o institución encargado de vigilar el cumplimiento de estas condiciones, que serán reformables a petición de la fiscalía, del condenado y de su defensor. Quien vigile el cumplimiento de estas condiciones deberá informar al tribunal oportunamente, en plazos que el mismo tribunal determinará.

Contra la decisión del tribunal podrán recurrir la fiscalía, el condenado y su defensor en los casos y del modo previsto en el artículo anterior, sólo con fundamento en la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal.

242. Revocación de la libertad condicional. Siempre que no proceda por unificación de sentencia o de penas (art. 54, párr. IV), el

incidente de revocación será promovido por la fiscalía y examinado por el mismo tribunal, integrado de la manera prevista por el artículo anterior, y en la misma forma.

Si el condenado no pudiere ser hallado, el tribunal ordenará su detención. El incidente se llevará a cabo cuando fuere habido y el tribunal podrá disponer que se lo mantenga preventivamente detenido hasta que se resuelva la incidencia.

El tribunal se pronunciará por resolución fundada y, en su caso, practicará un nuevo cómputo.

243. Condenación condicional. La fiscalía, con el auxilio de los organismos estatales o privados pospenitenciarios, controlará el cumplimiento de las condiciones dispuestas por el tribunal sentenciante para el cumplimiento de la condena condicional.

Si el condenado no cumpliera esas condiciones satisfactoriamente durante el plazo de prueba, o si persistiere o reiterare el incumplimiento, el funcionario ejecutor de la fiscalía solicitará al tribunal que disponga que el plazo de cumplimiento no se compute en todo o en parte del tiempo transcurrido o que revoque la condicionalidad de la condena.

El procedimiento y el recurso son regidos por la regla de la libertad anticipada, pero el tribunal se integrará por un solo juez, según lo dispuesto de manera general (art. 236), cuando se trate de prolongar el plazo de prueba, o por tres jueces (art. 241, párr. II), cuando se trate de la revocación de la condicionalidad.

244. Otros incidentes. La fiscalía, el condenado y su defensor podrán plantear los incidentes sobre cuestiones que alteren sustancialmente la ejecución de la pena, la manera en que ella es cumplida o que determinen su extinción. Esos incidentes serán resueltos por el tribunal, previa vista a los demás intervinientes por el plazo que fije. Si fuera necesario incorporar prueba, el juez ordenará una investigación sumaria y, previo oír a los intervinientes, decidirá por resolución fundada. La resolución es recurrible ante el tribunal para todos los intervinientes en la forma prevista por el art. 240, sólo por motivo de inobservancia o errónea aplicación de la ley.

El incidente relativo a la rehabilitación y todos aquellos en los cuales, por su impor-

tancia, el juez lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral y pública, de la manera prevista para la libertad anticipada.

245. Control general sobre la pena privativa de libertad. El fiscal en materia penal controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario; entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que fueren necesarias y podrá hacer comparecer ante sí a los penados o a los funcionarios del sistema penitenciario con fines de vigilancia y control. A tal fin, podrá comisionar a uno de sus funcionarios o delegar la función en inspectores designados para el caso. Este control se extiende a las medidas de coerción ordenadas durante el proceso de conocimiento.

Antes del egreso, el funcionario que corresponde de la fiscalía deberá escuchar al penado sobre los problemas que enfrentará inmediatamente después de recuperar su libertad y procurará atender aquellos cuya solución esté a su alcance.

246. Multa. El condenado a pena de multa podrá solicitar al funcionario que correspondiere de la fiscalía un plazo mayor para pagarla, pagar la multa por cuotas y, en ese caso, podrá proponer el número de cuotas, el importe de cada una de ellas y la fecha de los pagos parciales, o amortizar la pena mediante el trabajo voluntario en instituciones de bien público. Si el funcionario rechaza la solicitud, en todo o en parte, el condenado podrá instar informalmente la decisión del superior jerárquico, de la manera prevista en la ley de ministerio público, o proceder según el art. 244.

Si el condenado no paga la multa dentro del plazo que fija la sentencia, será citado por el funcionario ejecutor para que indique si pretende sustituir la multa por trabajo voluntario en instituciones de bien público, solicitar un nuevo plazo para pagarla o su pago en cuotas, u ofrecer bienes a embargo que satisfagan la multa. En lo demás, rige el párrafo anterior.

La resolución que acepte el trabajo voluntario, que fije un plazo mayor o un número de cuotas distinto para pagar la multa fijará el tiempo, las condiciones y el lugar en el cual el penado cumplirá el trabajo voluntario, o el plazo mayor concedido para pagar la multa o el número de cuotas que se concede,

el tiempo de su pago y el importe de cada una de ellas. El control de la ejecución de esta disposición corresponde a la fiscalía.

Si el condenado no pagare la multa o alguna de sus cuotas, o no cumpliera con el trabajo voluntario que le hubiere sido fijado u ofreciere bienes a embargo para pagar la multa, el funcionario ejecutor requerirá al juez el embargo de bienes y la venta pública de los bienes embargados, conforme a las disposiciones que rigen para la ejecución de sentencia en el procedimiento civil o, en su caso, ejecutará la caución que subsistiere.

Si fuere necesario transformar la multa en prisión, el funcionario ejecutor solicitará al juez la citación a audiencia del condenado y de su defensor. El juez designará la audiencia, oírán en ella a quienes concurrieren y decidirá por resolución fundada. Transformada la multa en prisión, el juez ordenará la detención del condenado. Rigen, análogamente, las reglas relativas al cómputo que se practicará en el momento de ser detenido el condenado. La resolución que transforma la multa en prisión es recurrible para el condenado ante el tribunal, en los casos, en el tiempo y en el modo previsto por el art. 240. El recurso sólo podrá ser motivado en la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal.

247. Inhabilitación. Después de practicado el cómputo definitivo de la manera prevista en el art. 239, el funcionario ejecutor del ministerio público dispondrá las comunicaciones e inscripciones que correspondan, con copia de la sentencia que imponga la pena de inhabilitación y del cómputo. El cómputo determinará también la fecha a partir de la cual el condenado puede ser rehabilitado.

Si la pena fuera de inhabilitación absoluta, deberá ser comunicada, con indicación de la fecha de finalización de la condena o de su carácter de perpetua, a la repartición pública en la cual se desempeña el agente, a la autoridad electoral y a las demás autoridades nacionales o locales con poder de nombramiento en un cargo público y, en su caso, a la institución previsional que corresponda. En el caso previsto por el art. 19, inc. 4, última oración, del Código Penal, la fiscalía podrá solicitar al juez la resolución respectiva, una vez fijado el importe de la indemnización por cualquiera de los procedimientos judiciales posibles.

Si la pena fuera de inhabilitación especial, deberá ser comunicada a la autoridad de control correspondiente, con indicación de la fecha de finalización de la condena o de su carácter de perpetua.

El inhabilitado podrá solicitar su rehabilitación por escrito en el que ofrezca la prueba que funde su pretensión. Si la petición es recibida por la fiscalía, el funcionario ejecutor la transmitirá con su dictamen al juez que deba recibirlos. Se procederá conforme al art. 244, párr. II. Decidida la rehabilitación, la fiscalía ejecutará la decisión y practicará las comunicaciones que correspondan.

248. Indulto, conmutación y perdón. La autoridad competente para indultar y conmutar penas comunicará al ministerio público el indulto o la conmutación, con copia auténtica de la decisión. Recibida la comunicación, el funcionario ejecutor la transmitirá inmediatamente, con su dictamen, o practicará un nuevo cómputo de la manera prevista en el art. 239. Serán aplicables las reglas anteriores y, (cuando la disposición esté firme) en su caso, ordenará inmediatamente la libertad del condenado. Cuando la ley penal otorgue efecto extintivo de la pena al perdón del ofendido, el tribunal que la impuso declarará extinguida la pena y ordenará enseguida la libertad del condenado que la estuviere cumpliendo.

249. Ley más benigna. Cuando la fiscalía advierta que debe quedar sin efecto o ser modificada la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento, por haber entrado en vigencia una ley penal más benigna, promoverá la revisión del procedimiento (art. 157, inc. 5).

Capítulo 2. Medidas de seguridad y corrección

250. Remisión y reglas especiales. Rigen, análogamente, las reglas establecidas en el capítulo anterior, aplicables a las penas privativas de libertad, y las siguientes:

- 1) En el caso previsto en el art. 65, si resultare la aplicación de una medida de seguridad y corrección, el curador tendrá la obligación de vigilar la ejecución de esa medida.
- 2) Cuando se trate de una medida privativa de libertad, la fiscalía determinará el establecimiento adecuado para la ejecución de la medida y podrá modificar su decisión a petición de quien la sufre, de su curador o

de la dirección del establecimiento; podrá asesorarse con peritos al efecto. Está permitida la internación en un establecimiento privado, a costa de quien sufre la medida o del Estado -nacional o provincial-, si él no administrare un establecimiento adecuado o tuviere convenios para ejecutar la medida en establecimientos pertenecientes al Estado nacional u otra Provincia.

3) El funcionario ejecutor fijará un plazo, no mayor de seis meses, a cuyo término examinará, periódicamente, la situación de quien sufre una medida privativa de libertad indeterminada temporalmente o de duración prolongada, que puede cesar no bien se compruebe la desaparición de las condiciones que la determinaron. El examen se llevará a cabo en audiencia a puertas cerradas con quien sufre la medida y su curador, en su caso, previo informe de peritos o del establecimiento, si fuere necesario. El funcionario podrá modificar el tratamiento o variar el establecimiento en el cual él se ejecuta.

4) No bien el funcionario ejecutor tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, promoverá el incidente respectivo, que se desarrollará conforme al art. 244, párr. II, con la intervención del curador, en su caso, pero la audiencia se desarrollará a puertas cerradas.

5) Quien sufre una medida privativa de libertad o su curador podrán, por la vía del art. 244, requerir del tribunal la cesación de la medida, la modificación del tratamiento, o la variación del establecimiento en el cual se cumple, por escrito fundado, cuando no estén de acuerdo con las decisiones del funcionario ejecutor.

Título II

Costas del procedimiento

251. Imposición; oportunidad. Toda decisión que ponga fin a la persecución penal o la clausure, o que resuelva algún incidente, aún durante la ejecución penal, determinará quien debe soportar las costas del procedimiento.

252. Contenido. Las costas del procedimiento consisten en:

- 1) la tasa de justicia o cualquier otro tributo que corresponda por la actuación judicial;
- 2) los gastos originados durante la tramitación del procedimiento que comprenderán,

también, los gastos ocasionados para la comparecencia de testigos, peritos e intérpretes, o de cualquier otra persona que deba comparecer en el procedimiento y los gastos ocasionados por el traslado o la adquisición de cosas; y

3) los honorarios de los abogados, de los peritos, consultores técnicos, traductores e intérpretes.

El procedimiento abarca también la preparación de la acción pública y la ejecución de penas, medidas de seguridad y corrección y sus consecuencias accesorias. A tal fin, la fiscalía interviniente y el acusador privado remitirán al tribunal una planilla que determine los gastos en que han incurrido, con el soporte documental del caso.

253. Condena. Las costas serán impuestas al imputado cuando sea condenado, aunque se lo exima de pena, o cuando se le imponga una medida de seguridad y corrección, aunque no sea condenado.

Cuando en una sentencia se pronuncien absoluciones y condenas, el tribunal establecerá el porcentaje que asume el imputado y el que corresponde a los demás responsables.

Los coimputados que sean condenados o a quienes se les imponga una medida de seguridad y corrección en relación a un mismo hecho, responden solidariamente por las costas, en la proporción fijada; el precepto no rige para la ejecución penal y las medidas de coerción.

254. Absolución. Si el imputado es absuelto o no se le impone una medida de seguridad y corrección, las costas serán soportadas por el acusador con las siguientes aclaraciones y excepciones:

1) cuando el acusador privado hubiere acusado o intervenido en el procedimiento junto al acusador público, aunque hubiere desistido posteriormente, o hubiere determinado la acusación pública según el procedimiento previsto en el art. 191, párr. II, soportará las costas, solo o juntamente con el Estado, según el porcentaje que determine el tribunal;

2) cuando el imputado hubiere provocado su propia persecución, denunciándose falsamente a sí mismo, o hubiere confesado falsamente el hecho, el tribunal determinará el porcentaje que le corresponde soportar.

Cuando no fuere posible que abone las cos-

tas el acusador privado por su porcentaje, ellas podrán ser cobradas al Estado y, en la ejecución, el Estado gozará del beneficio de excusión.

255. Sobreseimiento y extinción de la acción penal. Rige el artículo anterior, análogamente, salvo cuando la decisión se funde en la extinción de la acción penal por causa sobreviniente a la persecución ya iniciada, caso en el cual, el tribunal fijará los porcentajes que corresponden a cada uno de los intervinientes, valorando los gastos que cada uno de ellos hubiere provocado, la conducta procesal y, especialmente, el resultado que, de llegar a su finalización, hubiere arrojado el procedimiento, si fuere posible.

256. Clausura provisional y archivo. Cuando la persecución penal no pueda proseguir y, por ello, se ordene su clausura y archivo, cada interviniente soportará sus propias costas.

El tribunal podrá decidir que las costas del imputado sean soportadas por alguno de los demás intervinientes, en la proporción que fijará, cuando por las circunstancias del caso sea irrazonable que él las soporte.

257. Denuncia falsa o temeraria. Cuando el denunciante hubiere provocado el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria, el tribunal podrá imponerle total o parcialmente las costas.

En este caso, diferirá la decisión, advertirá previamente al denunciante sobre esta posibilidad y le otorgará oportunidad de audiencia.

258. Incidentes. Las costas serán impuestas al incidentista cuando la decisión le fuere desfavorable; si triunfa, soportarán las costas quienes se hayan opuesto a su pretensión, en la proporción que fije el tribunal. Si nadie se hubiere opuesto, cada interviniente soportará las costas que produjo su propia intervención.

259. Recursos. Las costas de un recurso interpuesto sin éxito o desistido recaerán sobre quien lo hubiere interpuesto. Si el recurso tiene éxito, soportarán las costas quienes se hubieren opuesto a él, en la proporción que fije el tribunal. Si nadie se hubiere opuesto, cada interviniente soportará las costas de su propia intervención.

260. Procedimiento abreviado. Cuando la condena se obtenga mediante el procedimiento abreviado, cada interviniente soportará sus propias costas. El tribunal podrá decidir que el imputado asuma las costas del acusador privado, cuando, por las circunstancias del caso, sea irrazonable que éste las soporte.

261. Acción privada. En el procedimiento por delito de acción privada las costas serán soportadas por el acusador privado, en caso de absolución, sobreseimiento, desestimación o clausura y archivo, y por el imputado, en caso de condena.

Cuando se produzca la retractación del imputado, o cuando él dé explicaciones satisfactorias, soportará las costas. En estos casos y en el de renuncia a la acción penal, el tribunal decidirá sobre las costas según la fórmula de composición a la que hayan arribado las partes o conforme al acuerdo específico que sobre las costas se haya previsto.

262. Procedimiento monitorio. Las costas del procedimiento monitorio serán distribuidas por el tribunal teniendo como base la reparación decidida y la mayor o menor distancia de las pretensiones de las partes respecto de esa reparación.

263. Ministerio Público Penal. El Estado soportará las costas impuestas a la Fiscalía, mediante giro a la caja estatal que correspondiere.

264. Resolución. El tribunal decidirá sobre la imposición de costas, motivadamente.

Cuando corresponda distribuir las costas entre varios, fijará con precisión el porcentaje que debe soportar cada uno de los responsables, sin perjuicio de la solidaridad.

Para fijar los porcentajes atenderá especialmente a:

1) los gastos que cada uno de ellos hubiere provocado;

2) la conducta procesal;

3) el resultado del procedimiento en proporción al interés que cada uno hubiere puesto de manifiesto en él y las razones que haya tenido para litigar.

Las mismas reglas rigen para los casos de excepción que la ley prevé.

265. Funcionarios y abogados. Los funcionarios del ministerio público, los abogados y

los mandatarios que intervengan en el procedimiento no podrán ser condenados en costas, salvo el caso de notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de sus funciones, caso en el cual se les podrá imponer total o parcialmente las costas.

266. Recursos. La decisión sobre las costas sólo será recurrible, cuando fuere posible recurrir la resolución principal que la contiene y por la vía prevista para ello.

267. Liquidación y ejecución. Se comenzará por la regulación de los honorarios de los abogados, peritos, traductores e intérpretes, durante todo el transcurso del procedimiento, incluido el recurso, si hubiere sido interpuesto. A cargo de esta tarea estará uno de los miembros del tribunal y contra su resolución será posible quejarse, en el plazo de tres días, ante el tribunal integrado por tres miembros. El tribunal escuchará en audiencia al recurrente y a todos los demás interesados que concurrieren, citados al efecto, y resolverá sin más trámite.

Firmes los honorarios, el juez encargará a uno de los secretarios la confección de la planilla de liquidación correspondiente, la que discriminará todos los gastos incluidos y los honorarios devengados, y determinará la suma que debe pagar cada condenado en costas, según la resolución respectiva. El secretario citará a todos los intervinientes a que formulen observaciones en el plazo de tres días. Después de ello, el juez aprobará o modificará la planilla e intimará su pago, fijando el plazo.

La resolución del juez tendrá fuerza ejecutiva y, si fuera necesaria la ejecución, ella se llevará a cabo ante los tribunales civiles competentes, para lo cual se expedirá copia certificada gratuita de la condena y de la planilla a aquél que lo pidiere.

Cuando, según la ley arancelaria respectiva, no fuere posible regular honorarios, el juez diferirá esa decisión para la oportunidad correspondiente, ordenando practicar la liquidación parcial.

268. Anticipo de gastos. Cuando sea necesario efectuar un gasto, el tribunal lo estimará, y quien ofreció la medida lo anticipará, mediante depósito de la suma de dinero necesaria para llevar a cabo la diligencia. El Estado anticipará los gastos del imputa-

do y los de aquellos intervinientes que gozaren del beneficio de litigar sin gastos.

Quien pretenda litigar sin gastos deberá requerirlo ante los tribunales competentes para el procedimiento civil y por la vía prevista en la ley de procedimientos civiles.

Título III

Disposiciones finales y transitorias

269. Plazos. Los plazos establecidos por días serán computados sólo en días hábiles, salvo que la ley indique otra cosa.

Los plazos establecidos por horas, por meses y por años serán computados en la forma prevista por el Código Civil. Cuando los plazos por horas finalizaren en un día inhábil, se considerará habilitado automáticamente ese día para la consecuencia correspondiente. En cambio, cuando están establecidos por meses o por años y finalizaren en día inhábil, vencerán en el día hábil siguiente.

270. Vigencia. Este Código comenzará a regir ...

271. Disposición transitoria. Procesos pendientes. Esas leyes contendrán las disposiciones relativas al procedimiento a seguir con las causas en trámite en el momento en que este Código entre en vigencia.

Los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de este Código, de acuerdo con las reglas del Código que se sustituye, conservarán su validez, sin perjuicio de que sean valorados según las reglas respectivas de este Código.

272. De forma y norma derogatoria. A partir de la vigencia de este Código quedará derogada la Ley n° ... y sus modificatorias, así como el reordenamiento dispuesto por la Ley n° ..., art. ..., inc. ..., y cualquier disposición legal distinta a la regulación de este Código o que se oponga a alguna de sus reglas. Al dictarse la ley de organización judicial se procurará enumerar todas las leyes y disposiciones que pierdan vigencia cuando entre en vigor el nuevo sistema judicial en materia penal.

El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del Código juntamente con la exposición de motivos que lo acompaña.

Comuníquese al Poder Ejecutivo.