

José I. Cafferata Nores

Proceso penal y derechos humanos

**La influencia de la normativa supranacional
sobre derechos humanos de nivel constitucional
en el proceso penal argentino**

**2ª edición actualizada
por Santiago Martínez**



CELS
CENTRO DE ESTUDIOS
LEGALES Y SOCIALES

Proceso penal y derechos humanos



© 2000. 1ª edición
© 2008. 2ª edición
© 2011. 2ª edición. 1ª reimp.
Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 P. 10 - Of. A
(1042) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Impreso en abril de 2011
Voros S.A. Bucarelli 1160
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Cafferata Nores, José Ignacio

Proceso penal y derechos humanos : la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino / José Ignacio Cafferata Nores ; con prólogo de Santiago Martínez. - 2a ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto, 2011.
288 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-1397-08-2

1. Proceso Penal. 2. Derechos Humanos. I. Martínez, Santiago, prolog. II. Título
CDD 323

Fecha de catalogación: 29/03/2011

José I. Cafferata Nores

Proceso penal y derechos humanos

La influencia de la normativa supranacional
sobre derechos humanos de nivel constitucional
en el proceso penal argentino

2ª edición actualizada por

Santiago Martínez



El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) apoyó la idea de este libro, brindando valiosas sugerencias de enfoque y desinteresado apoyo técnico.

Por su parte, la abogada Paula HONISCH colaboró en la búsqueda, selección y sistematización de la jurisprudencia supranacional citada en la primera edición de esta obra.

“... Es muy probable que el efecto más significativo de la Convención (ADH) sea en las áreas del procedimiento penal y de la administración de justicia penal...”.

Thomas BUERGENTHAL, *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y Justicia Penal.*

Índice

Abreviaturas	I
Prólogo a la segunda edición	
Gastón Chillier	III
Prólogo	
Martín Abregú	VII
Introducción	
1. Un nuevo “sistema constitucional”	3
2. Propósito de este trabajo: una primera aproximación	7
3. Derechos y garantías	13
3. a. Fundamentos	13
3. b. Función de las garantías	14
3. c. La “bilateralidad”	16
3. d. Judicialidad	18
3. e. Restricciones	18
Capítulo I	
4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado	23
4. a. Igualdad ante los tribunales	23
4. b. Defensa en juicio y acceso a la justicia	28
4. c. La imparcialidad de los jueces	34
Capítulo II	
5. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva	51
5. a. La “protección penal”	55
5. b. La sanción al culpable como derecho de la víctima	63
6. ¿Otro fundamento para las funciones estatales de procuración y administración de justicia penal?	66
7. Reparación e indemnización	68

Capítulo III

8. Garantías del acusado	73
8. a. Garantías penales	73
8. b. Proyección procesal de las garantías penales	77
8. c. Las garantías procesales	79
9. El estado o presunción de inocencia	81
9. a. ¿Quién prueba “lo contrario”?	85
10. Separación entre la función de acusar y las de juzgar y penar	105
10. a. Objetivo	107
10. b. ¿Riesgo funcional de parcialidad?	108
11. El juez natural	109
12. Juicio previo	111
12. a. El “modelo alternativo”	113
12. b. Vigencia de todas las garantías	114
13. <i>Non bis in idem</i>	115
14. La defensa del imputado	120
14. a. <i>Nemo iudex sine defensione</i>	122
14. b. La condición de igualdad	123
14. c. Defensa material y defensa técnica	127
14. d. Expresiones	128
14. e. El defensor	133
14. f. Otras manifestaciones	139

Capítulo IV

15. Nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal	143
15. a. Modelo acusatorio	144
15. b. ¿“Común interés de justicia” o intereses contrapuestos? ..	146
15. c. El contradictorio como método de conocimiento	149
16. La investigación preliminar	152
16. a. Vigencia de los derechos y garantías en la investigación preliminar	153
16. b. Limitaciones posibles	155
17. El juicio oral y público	158
17. a. La acusación	158
17. b. La prueba de la acusación	161
17. c. Caracteres del juicio	168

17. d. El problema de las excepciones	177
18. El derecho al recurso	181
18. a. El concepto de recurso en el derecho argentino	182
18. b. Efectos de la incorporación de la normativa supranacional (art. 75, inc. 22, CN)	183
18. c. Posibles alcances y contenidos del recurso del condenado	189
19. La privación de libertad durante el proceso	211
19. a. El derecho del imputado	213
19. b. La prisión preventiva como cautela procesal excepcional	217
19. c. La extrema necesidad	221
19. d. Plazo razonable de duración	224
19. e. Presupuestos	226
19. f. Control de legalidad	230
19. g. Cumplimiento	231
19. h. Indemnización	232
20. Ejecución penal	234
 Índice de autores citados	 249
 Índice de fallos citados	 249

Abreviaturas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
Comisión EDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
Convenio EDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comité DH	Comité de Derechos Humanos
CPP	Código Procesal Penal
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
OC	Opinión Consultiva
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ED	"El Derecho"
JA	"Jurisprudencia Argentina"
LL	"La Ley"

Prólogo a la segunda edición

Gastón Chillier*

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) se complace en presentar esta nueva edición del libro *Proceso penal y derechos humanos*, de José I. CAFFERATA NORES, que ha sido actualizado por Santiago MARTÍNEZ.

Esta segunda edición refleja la evolución del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) tanto en la jurisprudencia de los órganos de protección regional y universal como de los tribunales argentinos. El autor realiza un trabajo minucioso de recopilación, sistematización y análisis de los principales trabajos de doctrina, y de los más recientes desarrollos jurisprudenciales en la materia, que constituyen una valiosa herramienta para la labor diaria de los operadores jurídicos.

En el prólogo de la primera edición, hace casi diez años, el entonces Director Ejecutivo del CELS, Martín ABREGÚ, haciéndose eco de la postura adoptada por CAFFERATA NORES frente a las posiciones que minimizaban los efectos de la reforma constitucional de 1994, sostenía que la incorporación con jerarquía constitucional del DIDH a nuestro derecho interno instauraba un nuevo paradigma en la formulación del proceso penal, y que el desafío asumido por este libro consistía en contribuir con el efectivo impacto de esta normativa en la realidad cotidiana del funcionamiento del sistema punitivo.

Esta incorporación provocó, en la práctica, una suerte de interacción y retroalimentación entre las fuentes interno-internacio-

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales.

nal, con resultados tangibles y maximizadores en términos de protección de derechos.

Así es que, por un lado, las garantías de raigambre constitucional –producto del clásico derecho penal liberal– han sido determinadas, reinterpretadas y modalizadas de acuerdo con los informes y jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos sobre la materia. Por mencionar algunos ejemplos, recordemos que en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana se ha explayado sobre temas tales como el principio de congruencia en materia penal y la calificación jurídica, principios fundamentales para un adecuado ejercicio del derecho de defensa. En los casos *Bámaca Velásquez y Myrna Mack Chang* (ambos casos también contra el Estado de Guatemala) la Corte estableció cuáles eran los estándares en materia de investigación y plazo razonable, compatibles con la garantía del debido proceso. Asimismo, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, el mismo organismo emitió opiniones de relevancia con respecto a los elementos del derecho de defensa y el principio de inocencia. Todas estas consideraciones, a partir de la reforma constitucional y del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Giroldi*, forman parte del contenido de nuestro derecho interno y determinan el alcance de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional. Mediante muchos otros pronunciamientos los órganos del sistema han delineado el alcance y contenido del debido proceso contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de otras disposiciones relevantes en materia de proceso penal.

Por otro lado, la interacción mencionada provocó que los organismos de control del Sistema Interamericano de Derechos Humanos volcaran su mirada sobre determinadas cuestiones que antes no habían sido objeto de su estudio, y que paralelamente a ello, los tribunales nacionales se valieran de instrumentos internacionales para la eficaz protección de los derechos en el ámbito interno. Por ejemplo, mediante la utilización de las medidas provisionales, la Corte Interamericana ha intentado fijar estándares mínimos, de acuerdo con la Convención Americana y otros instrumentos de derechos humanos, sobre el acuciante problema del deterioro en el funcionamiento del sistema carcelario y la

prólogo a la segunda edición

pauperización de las condiciones de detención en la mayoría de los establecimientos de la región¹. A su vez, y como se encuentra plasmado en este trabajo en el capítulo relativo a la ejecución de la pena, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a instancias del activismo en el litigio por parte de las organizaciones de la sociedad civil– se ha valido de las herramientas proporcionadas por el derecho internacional de los derechos humanos al momento de expedirse sobre la protección los derechos de las personas privadas de su libertad².

Entonces, podemos decir que, sin lugar a dudas, esta nueva edición de *Proceso penal y derechos humanos* demuestra que las expectativas planteadas en la primera edición se alcanzaron con creces. Esto resulta de capital importancia para todos los activistas de la sociedad civil y en particular para el CELS, ya que la invocación del DIDH para demandar la protección judicial de personas y grupos es una herramienta central en las estrategias de litigio para el monitoreo, fiscalización y formulación de las políticas públicas. De allí que se considera de gran relevancia la actualización de este trabajo en tanto, además de representar una obra de alto nivel académico, puede ser utilizado como guía práctica por quienes pretendemos transformar el deficiente funcionamiento del sistema penal en nuestro país.

Para finalizar, quisiéramos manifestar nuestro profundo agradecimiento hacia José CAFFERATA NORES, por cuya generosidad nos sentimos honrados nuevamente, por permitirnos presentar y difundir este importante libro.

Julio de 2007

¹ Corte IDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales Respecto a Argentina, resolución del 30/09/2006.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, precedente V.856.XXXVIII de fecha 3/05/2005, Verbitsky, Horacio s/habeas corpus.

Prólogo

Martín Abregú

La ya concluida década de los noventa nos deparó importantes sorpresas en materia de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) por los tribunales locales. Desde el célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Ekmekdjian*¹ en 1992, fueron varios los acontecimientos jurídicos que se sucedieron, debiéndose destacar entre ellos sin duda la reforma constitucional de 1994 –que otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales, y estableció un nuevo sistema para incorporar otros con igual rango a nuestra Carta Magna por vía de una mayoría legislativa especial–.

Claro está que estos importantes avances en materia de derecho de los derechos humanos no se dieron solamente en la Argentina. Por el contrario, puede verificarse una tendencia universal en esa dirección. El proceso que actualmente se le sigue al ex dictador chileno Augusto PINOCHET en España, y que ha permitido su detención en Gran Bretaña, es probablemente el caso paradigmático de esta tarea de aplicar los tratados internacionales a la que muchos tribunales nacionales se han abocado –más allá de las demás cuestiones referidas a la jurisdicción universal y al derecho penal internacional que este caso ha venido a revolucionar–.

¹ CSJN, *Ekmekdjian c/Sofovich*, en JA, t. 1992-III, p. 194.

prólogo

Tendencias locales e internacionales, entonces, se han complementado para provocar un nuevo orden normativo, que alcanza todas las ramas del derecho. En el caso de nuestro país puede hablarse de un rumbo pionero en la región, incluso en este marco internacional, que ha sentado durante la década pasada nuevas bases para la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

El libro que hoy publica el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es, a la vez, un resultado de esas nuevas bases y una piedra basal de la estructura normativa que deseamos para el porvenir. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, es un obra que nos invita a volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales.

La riqueza de este trabajo está encerrada en el subtítulo del libro, que nos lleva directamente a la cuestión fundamental que quisiera abordar: ¿cuál es la “verdadera” influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho procesal penal vernáculo? No se trata aquí de resumir las posición del autor, ya que es preferible remitir a su lectura directa, sino de, al menos por ahora, dar una primer respuesta, todavía provisoria.

Los aportes del DIDH en el régimen del proceso penal suelen ser agrupados en tres categorías:

- las nuevas disposiciones que se agregan a las ya previstas;
- los nuevos alcances de disposiciones “viejas”; y
- la formulación de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal que tiene como actor fundamental a la víctima de violaciones a los derechos humanos –que puede ser considerado el aporte más importante y que es sin duda uno de los mayores méritos de esta obra–.

Más allá de que esta clasificación se corresponda o no con exactitud con los esquemas analíticos utilizados por el autor, de la lectura de este trabajo no quedan dudas de que para CAFFERATA NORES el DIDH tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos.

prólogo

En “la vereda de enfrente”, aunque no se trata de antagonismos ideológicos ni políticos, están aquellos que relativizan el impacto de los tratados internacionales en la normativa local. Algunas objeciones ya son viejas –como, por ejemplo, las que se discutieron en la Convención Nacional Constituyente al momento de la reforma de 1994–, pero también aparecen nuevos razonamientos que vuelven a poner en duda la eficacia de los instrumentos internacionales como herramientas de protección de los derechos humanos en el ámbito interno².

Estas objeciones, sintéticamente expuestas, sostienen uno o algunos de los siguientes argumentos:

– Los tratados internacionales desde la redacción original de la Constitución Federal de 1853 han sido derecho interno con la mera ratificación del Ejecutivo; por lo tanto, debían ser aplicados por los tribunales locales más allá de su rango constitucional.

– Incluso, después de la decisión de la Corte Suprema en *Ekmekdjian*, ya había quedado establecida la supremacía de los tratados por sobre las leyes locales.

– Por otra parte, las disposiciones de los tratados en materia procesal penal no son más que repeticiones de las disposiciones contenidas en textos constitucionales como el argentino y, en consecuencia, su incorporación con jerarquía constitucional no es más que una ratificación de las disposiciones anteriormente vigentes.

– Finalmente, en relación con el derecho internacional, la jerarquía interna de una norma internacional es irrelevante a los efectos de una eventual responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones estatales.

Para quienes sostienen estas posiciones, el mayor impacto de los tratados internacionales estaría, eventualmente, en el nivel de

² Puede leerse, por ejemplo, el muy interesante artículo de Daniel PASTOR, *El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año 5, n° 9, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 41 y siguientes.

prólogo

la protección internacional que desarrollan los organismos supranacionales, ya sea que lo hagan por la vía de la resolución de casos individuales o a través del establecimiento de nuevos estándares que después deben ser aplicados por los tribunales locales. Desde este punto de vista, la protección internacional ayudaría a descubrir el verdadero alcance de las garantías previamente establecidas en la normativa local, que recién ahora los tribunales se deciden a aplicar debido al control internacional.

Reconozco que simpatizo con algunas de estas posiciones, especialmente en el sentido de no buscar en el derecho internacional aquello que desde siempre pudimos encontrar en la legislación nacional. Sin embargo, también es necesario acotar algunas de estas afirmaciones –o al menos evitar interpretaciones equívocas– ya que, como esta obra nos explica, el impacto de los tratados internacionales se extiende mucho más allá de los organismos supranacionales de protección. Y ello debido a una serie de razones que el trabajo que me toca prologar permite justificar.

La primera de estas razones se refiere a la influencia de las decisiones internacionales en la jurisprudencia local. La obra de CAFFERATA NORES recorre todas esas decisiones de organismos supranacionales que “rebotarán” en el derecho argentino a través de su aplicación por los tribunales locales. Este libro nos enseña cuáles son los estándares internacionales que ahora los tribunales locales tendrían que aplicar, gracias a la protección internacional. En este punto, entonces, debo destacar uno de los grandes méritos del trabajo que estoy prologando: su vastísima información y comprensión sobre las decisiones, incluso más recientes, de los organismos supranacionales de derechos humanos en materia de derecho procesal penal, lo que convierte sin duda a CAFFERATA NORES en uno de los mejores conocedores de los estándares internacionales vigentes

En este sentido, este trabajo, al recorrer exhaustivamente los estándares internacionales, nos explica cuál es ese “verdadero” alcance, ese nuevo –aunque viejo– contenido de las garantías constitucionales que los jueces vernáculos se resistían a interpretar y que ahora deben aplicar en virtud del papel de “guía” que la Corte Suprema le ha asignado a las decisiones de los organismos

internacionales de protección de los derechos humanos³. De esta forma, una de las aristas de la influencia del DIDH que esta obra demuestra es aquella que se “cuela” en ese diálogo entre la instancia local y la supranacional.

Así, la búsqueda del impacto “real” de los derechos humanos nos enfrenta inevitablemente con cuestiones tales como la posición que se asuma en torno a la relevancia de la norma escrita. Si sostenemos, repitiendo el célebre aforismo del juez HUGHES –sobre el sistema judicial de los Estados Unidos pero igualmente aplicable al nuestro–, que “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, entonces las garantías locales en el proceso penal habrán cambiado a partir de la incorporación de los tratados ya que ello provoca, en virtud de la protección internacional, una nueva lectura de sus contenidos y alcances.

Pero la obra de CAFFERATA NORES nos enfrenta ante otra forma de ese impacto, mucho más importante –y que, como ya he mencionado, para mí es el gran mérito de esta obra. Me refiero a su conclusión de que la incorporación del DIDH al derecho interno significa un “nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal”, que el autor desarrolla explícitamente a partir del capítulo IV.

En este sentido, tal vez sea interesante destacar que el autor llega a esta conclusión después de ir analizando punto por punto la influencia de los tratados en la normativa local. Cuando por primera vez leí este trabajo, le pregunté a CAFFERATA NORES por qué no ubicaba ese capítulo más adelante, como un capítulo introductorio, pero él me explicó que se trataba, justamente, de una conclusión. Estas diferentes posiciones se explican fácilmente y son a la vez muy ilustrativas: mientras CAFFERATA NORES tiene estudios fundamentalmente en derecho penal, analiza el resultado de la incorporación de los tratados y concluye que hay un nuevo paradigma; en sentido contrario, como mis estudios están más vinculados al derecho internacional de los derechos hu-

³ CSJN, Giroldi, Horacio D. y otro, en LL, t. 1995-D, p. 465.

prólogo

manos, parto del nuevo paradigma que este derecho significa y analizo su impacto en las distintas ramas del derecho interno. Cualquiera sea el recorrido, el resultado es el mismo: hay un nuevo paradigma para el proceso penal a partir de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos.

Para comprender el contenido de este nuevo paradigma hay que recurrir a los principios que estructuran el derecho internacional de los derechos humanos. Este derecho, como se ha repetido insistentemente, se ha formulado para limitar los abusos del Estado. Desde este punto de vista, puede decirse que el derecho de los derechos humanos es el derecho que aspira a proteger a las víctimas, a las personas afectadas en sus derechos por el accionar del Estado. En este marco, no se trata solamente de las garantías del imputado sino también de las garantías de las víctimas, especialmente en los casos de delitos cometidos por agentes del Estado o con su consentimiento o aquiescencia. Este es el punto de partida y la razón de ser del derecho internacional de los derechos humanos.

CAFFERATA NORES, entonces, estudia la influencia que este derecho tiene en el proceso penal y concluye que se trata de un nuevo paradigma. Como bien se ha explicado, tradicionalmente se ha entendido que el derecho procesal penal “trata de la realización del derecho penal”, que “Ésta es... una función sirviente del derecho procesal penal, no una función propia” y que, en el Estado de derecho, la otra función del proceso penal es “la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal estatal”⁴. El nuevo paradigma que presenta CAFFERATA NORES, entonces, sin alterar esos objetivos estructurales, agrega otros que se vinculan con la tutela de los derechos de las víctimas en general y con el ejercicio del poder penal contra los agentes del Estado –un objetivo que ya estaba en el derecho penal clásico pero que adquiere nuevo significado después de la aparición de los Estados criminales–.

⁴ Cf. PASTOR, *El llamado "impacto" de los tratados*, citado.

prólogo

Es importante resaltar un aspecto que está implícito en esta afirmación: el concepto genérico de víctima incluye a las víctimas del sistema penal –los imputados–, a las víctimas de delitos comunes y, como ya fue expresado, especialmente a las víctimas de delitos cometidos por agentes del Estado o con su aquiescencia o consentimiento.

Debo entonces concluir destacando que ése es para mí el gran aporte, desde su concepción misma, de este nuevo trabajo de CAFFERATA NORES. Este libro nos explica cuál es el derecho procesal penal después de la incorporación constitucional de los tratados sobre derechos humanos. Nos presenta el nuevo paradigma de enjuiciamiento que el DIDH dispone y propone para su aplicación por los tribunales nacionales. Se trata, entonces, desde este punto de partida, de la posibilidad de re-crear la normativa local a la luz de las disposiciones de los tratados y los organismos internacionales –independientemente de que las disposiciones sean más o menos similares–.

Por supuesto, ello no significa promover una posición que mire hacia el DIDH y la protección internacional como un nuevo talismán para la solución de las deficiencias vernáculas en la práctica cotidiana del sistema penal, que constituye sin duda una de las principales formas de violación permanente y sistemática de los derechos humanos en nuestro país. En este sentido, resulta interesante rescatar aquí la posición expuesta por Jonathan MILLER, en su presentación oral de un libro sobre la aplicación de los tratados en el ámbito interno, quien hizo un llamado de alerta para poner límites a nuestras expectativas en el sistema internacional.

El DIDH, entonces, sólo debe ser entendido como una herramienta más, dentro de un abanico más amplio, para impulsar los urgentes cambios que nuestro proceso penal necesita. La crisis del sistema de enjuiciamiento no se resolverá mágicamente por la jerarquización de los tratados internacionales. Tampoco por la sola sanción de nuevas leyes, independientemente de los objetivos que se pretendan alcanzar. Sin embargo, no hay duda que un actor clave para una eventual mejora de la situación actual es el poder judicial y, en este sentido, no debe subestimarse la eventual influencia de los tratados internacionales y los organismos

prólogo

supranacionales de protección de los derechos humanos en la actuación de nuestros todavía demasiado omisivos tribunales.

Antes de concluir entonces con este prólogo, permítaseme expresar mi alegría por presentar esta obra. Los motivos, como puede imaginarse, son múltiples. Entre ellos, la generosidad del autor, que con su trayectoria permite al CELS publicar esta importante obra. En segundo lugar, la satisfacción que significa poder entregar el segundo volumen del CELS referido al derecho internacional de los derechos humanos –después del inaugural *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*⁵, que tuvimos el honor de compilar con Christian COURTIS y que incluyó artículos de muchos de los más prestigiosos juristas de nuestro país. Con esta segunda obra, no sólo continuamos el camino iniciado, sino que además damos un salto significativo hacia una aproximación, a la vez, más compleja y práctica del DIDH como instrumento para la protección de los derechos fundamentales.

Es por ello que el tercer motivo de satisfacción al prologar esta obra es su potencial impacto: CAFFERATA NORES nos invita a recorrer el proceso penal de la mano del derecho internacional de los derechos humanos, enseña sus estándares supranacionales, y descubre su nuevo paradigma. Es una propuesta muy tentadora para todos los que estamos preocupados por lograr su verdadero impacto en nuestro sistema de enjuiciamiento penal para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Marzo de 2000

⁵ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Introducción

El actual artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CN) reza: “La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellas reconocidos”.

1. Un nuevo “sistema constitucional”

A partir de esta norma, que incorpora a la Constitución Nacional las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel¹

¹ Lo que constituye “la virtud histórica y la osadía jurídica” de la reforma de 1994, dice Juan Carlos VEGA (uno de los co-redactores del texto finalmente sancionado como art. 75, inc. 22, que fuera impulsado por los convencionales constituyentes CARRIÓ, CAFIERO y LLAMOSAS, entre otros), *La justicia en la transición democrática argentina*, Córdoba, 1998, p. 421.

introducción

(art. 75, inc. 22, CN), puede hablarse de un nuevo “sistema constitucional” integrado (“sincronizado”)² por disposiciones de igual jerarquía “que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional”³. Aquéllas “no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan”⁴ formando un plexo⁵

² “Ahora, los principios de derechos humanos de la Constitución argentina de 1853-1860 están *sincronizados* con los de los tratados de derecho internacional de Derechos Humanos vigentes...”, escribe Juan TRAVIESO, *Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 128.

³ Señala Germán BIDART CAMPOS que el “sistema de derechos humanos requiere *completitud*, y no en vano la *dobles fuente* –interna e internacional– le provee de un contenido amplio, elástico y progresivo” (*El art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados*, cit., p. 80).

⁴ Ello es así, en razón de que el art. 75, inc. 22, CN establece que el articulado de los tratados sobre derechos humanos no debe derogar artículo alguno de su primera parte. “Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna (...)” (CSJN, Felicetti, 21/12/2000, voto en disidencia del juez BOGGIANO).

⁵ VEGA Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1996, p. 51. BIDART CAMPOS expresa: “en un conjunto normativo (para el caso la Constitución ‘más’ los instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto tienen un *sentido y un efecto*, que es el de *articularse en el sistema* sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se lo considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente (*El art. 75, inc. 22, cit.*, p. 86). Es que los “tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (CSJN, Arce, 14/X/97). Y si a una misma situación son aplicables la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–, Opinión Consultiva OC-5, del 13/XI/85). En el mismo sentido es el proyecto de ley presentado por el diputado Guillermo H. DE SANCTIS, en la Cámara de Diputados de la Nación (expte. D-634-200).

1. un nuevo sistema constitucional

axiológico⁶ y jurídico de máxima jerarquía, al que tendrá que subordinarse⁷ *toda la legislación* sustancial o procesal secundaria que deberá ser dictada “en su consecuencia” (art. 31, CN). Además, la paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y esa normativa supranacional, obliga a los jueces a “no omitir” las disposiciones contenidas en esta última “como fuente de sus decisiones”⁸, es decir, a *sentenciar* también “en su consecuencia”⁹. Es que, en general, cualquier Estado parte en un tratado y en especial la Argentina por el nivel constitucional de recepción de la normativa supranacional, tiene la obligación de adoptar las

⁶ “... la ratificación de los tratados (...) también significa la incorporación de aquellos principios que, vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el DIDH...” como el “principio *pro homine*” y “los demás criterios de interpretación del Derecho Internacional, tales como el de interpretar de buena fe, el *pacta sunt servanda* y aquellos referidos a la finalidad y el objeto de los tratados”, dice Martín ABREGÚ (*La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*, en *La aplicación de los tratados*, cit., p. 19). Es que “los instrumentos de derechos humanos conforman una unidad (globalización de los Derechos Humanos)”, expresa Raúl ZAFFARONI (*Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 116).

⁷ “Con la nueva Constitución debía desatarse un efecto cascada que derramara sobre la restante normativa vigente, los nuevos principios y pautas que el derecho –jerárquicamente superior– de las convenciones internacionales introducía en el plexo jurídico nacional”, señala Alicia PIERINI (*Los derechos humanos en la consolidación democrática*, trabajo presentado en la London University, enero de 1998, inédito).

⁸ Cf. PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, 1997, p. 79.

⁹ Porque la “obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88). Y los jueces “gobiernan” (en sentido genérico) con sus sentencias (en el caso concreto).

medidas legislativas¹⁰ o de otro carácter, para hacer efectivos¹¹ los derechos y garantías establecidos por aquel “plexo axiológico jurídico”¹², entre las que ocupan un lugar principalísimo las sentencias y decisiones judiciales¹³.

¹⁰ “Una de las consecuencias obligadas de la incorporación de los tratados aludidos al texto de nuestra Constitución es la necesidad de la adecuación permanente de las leyes y otras normas jurídicas a lo allí establecido...” lo que “ha sido reconocido ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, *Ekmekdjian c/Sofovich*, en LL, t. 199-C, p. 547), la Comisión IDH (Informe n° 5/96, caso 10.970, 1995) y la Corte IDH (Opinión Consultiva OC-13/93 del 16/VII/93)”, señala la diputada Margarita STOLBIZER, en el proyecto de ley identificado como Exp. D. n° 7611/98 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. La Argentina ha aceptado elaborar legislación para asignar competencia federal en casos de violación a los derechos humanos. Este proyecto, además, incluiría una cláusula que impondría la obligación al Estado de cumplir las recomendaciones de la Comisión IDH o de lo contrario transferir el caso a la Corte IDH, apunta José Miguel VIVANCO (*El futuro del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH–, Costa Rica).

¹¹ Garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar los derechos que los tratados les reconocen (CSJN, *Felicetti*, 21/12/2000, votos en disidencia de los jueces FAYT, BOGGIANO y BOSSERT). El mismo criterio, pero en esta ocasión sostenido por la mayoría, lo encontramos en Fallos, 325:524.

¹² La Comisión IDH, en un caso donde se discutía el derecho al recurso, sostuvo: “... un Estado no puede alegar su derecho interno para evitar cumplir con esta disposición” (Informe 50/00, caso 11.298, del 13/4/2000). Sin embargo, la CSJN, en el caso *Felicetti* (21/12/2000) entendió: “... la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante reformas de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno”. El juez FAYT, en su disidencia, sostenía: “... a esta Corte como órgano supremo del gobierno federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales por los que el país está vinculado (...) toda vez que lo contrario podría implicar (...) responsabilidad internacional”.

¹³ “Cuando un tratado (...) obliga a los Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas de

2. propósito de este trabajo: una primera aproximación

Habrá que prestar especial atención a este punto para prevenir un fenómeno característico de nuestro país consistente en que “la nueva legislación se sobreimprime a la anterior, como capas geológicas, pero sin sintetizarse ni alcanzando a superar los efectos institucionales de la normativa suplantada, demorando varios años para que cada cambio cuando se inicia desde sus vértices, llegue en su aplicación hasta la base de la pirámide”¹⁴. Por el contrario, la normativa supranacional deberá “impregnar” nuestra realidad legislativa y jurisprudencial¹⁵ y nuestras prácticas estatales en general, y las prácticas en materia de procuración y administración de justicia penal en particular.

2. Propósito de este trabajo: una primera aproximación

En estas reflexiones no intentaremos hacer un desarrollo de todos los principios y las disposiciones de la legislación supranacional sobre derechos humanos relacionados con la problemática penal. Tampoco explayarnos sobre el modo de reclamar la

otro carácter se hallan las *sentencias...*”, expresa BIDART CAMPOS (*El art. 75, inc. 22, cit.*, p. 84). También la CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, en JA, t. 1992-III, p. 194.

¹⁴ Cf. PIERINI, *loc. cit.* Es que el *nuevo* sistema constitucional exige un *nuevo* examen de las cuestiones que regula, lo que puede llevar a *nuevas* posiciones sobre ellas, que pueden ser *diferentes* e incluso *contradictorias* con las adoptadas con anterioridad: tal “inconsecuencia” con la propia opinión anterior será en realidad “consecuencia” con la nueva normativa de máximo nivel. Esta es una explicación (otra es la aceptación de errores propios) sobre el cambio de posición sobre algunos temas, que hemos ido asumiendo a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994.

¹⁵ “A fin de interpretar la conveniencia de estas normas [artículo 27 CPPN] y fundamentalmente evaluar si resisten ser confrontadas con el texto constitucional, resulta útil recurrir a reconocida doctrina del ámbito nacional como internacional, como así también a la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22, segundo párrafo, en la medida que deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (Fallos, 321:3555, y voto en disidencia de los jueces VÁZQUEZ y MAQUEDA en el caso Álvarez, 30/09/2003).

tutela de éstos ante la jurisdicción supranacional frente a su desconocimiento por los Estados parte. Más modestamente procuraremos analizar –en una primera aproximación– de qué modo deberían influir aquellos instrumentos sobre el proceso penal en la Argentina a partir de su incorporación a nuestro máximo nivel jurídico (esto es, a la Constitución Nacional, en el inciso 22 del artículo 75), no sólo a través de sus disposiciones expresas y de los principios que los informan¹⁶, sino también desde la nueva perspectiva, el nuevo punto de vista que proporcionan para enfocarlo: el de los *derechos humanos*¹⁷.

Para ello sólo abordaremos los aspectos que nos parecen más centrales tratando, por un lado, de demostrar cómo ha quedado conformado en la Argentina un *nuevo y expreso* paradigma de procuración y administración de justicia penal¹⁸, de nivel cons-

¹⁶ Cf. ABREGÚ, *La aplicación*, cit., p. 19. Además de las “normas que hay”, el sistema de derechos “se alimenta de un plexo de *principios, de valores, de fines y de raíz –o razón– histórica*”, señala BIDART CAMPOS (*El art. 75, inc. 22, cit.*, p. 80).

¹⁷ “Históricamente, los derechos humanos se han desarrollado como una garantía del individuo –y de los grupos más vulnerables dentro de la sociedad– en contra de la opresión del Estado. Dentro de este mismo orden de ideas, además de sus rasgos distintivos, en cuanto derechos inherentes a todo ser humano y de vigencia universal –lo cual los distingue de otros derechos–, éstos se caracterizan porque sus obligaciones correlativas recaen en los *Estados* y no en *otros individuos*, aspecto al que la doctrina se ha referido como el ‘efecto vertical’ de los derechos humanos; esta característica de los derechos humanos, que es una de sus notas inconfundibles, de ninguna manera implica desconocer las repercusiones que las relaciones con otros individuos tienen para el goce y ejercicio de esos derechos –lo que constituye su llamado ‘efecto horizontal’–, y que también trae consigo obligaciones específicas para los Estados, en cuanto garantes de esos mismos derechos”, expresa HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA (*El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, Costa Rica, 1996, p. 22).

¹⁸ Hemos utilizado la siguiente bibliografía sobre derecho procesal penal: BAUMAN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1986. BELING, Ernest, *Derecho procesal penal*, trad. de GOLSDCHMIDT y NÚÑEZ, Córdoba, 1943. BERTOLINO, Pedro, *La víctima en el proceso penal*, Buenos Aires, 1997, *El debido proceso penal*, La Plata, 1980. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1996; *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires,

2. propósito de este trabajo: una primera aproximación

titucional (véase punto 15), y cuál es la influencia que éste deberá tener sobre la legislación procesal¹⁹, sobre la práctica judi-

1993; *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997. CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1998; *Introducción al derecho procesal penal*, Córdoba, 1994; *La excarcelación*, Buenos Aires, 1988; *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, 1998; *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1988; *Derecho Procesal Penal –Consensos y nuevas ideas–*, Buenos Aires, 1999. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1960/68. CORVALÁN, Víctor; DE OLAZÁBAL, Julio; RÍOS, Ramón y VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *El anteproyecto del Código Procesal Penal para Santa Fe*. D'ÁLBORA, Francisco J., *Curso de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1984. DE LA RÚA, Fernando, *El recuso de casación*, Buenos Aires, 1968. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, 1995. GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho procesal*, t. II, *El proceso penal*. GUARIGLIA, Fabricio, *Publicidad periodística e imparcialidad*, en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, 1997. ILANUD, *El Ministerio Público en América Latina*, Costa Rica, 1991; *El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial*, Costa Rica, 1992; *La defensa pública en América Latina*, Costa Rica, 1992. JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina, *El Ministerio Público Fiscal*, Córdoba, 1987; *El nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (Reflexiones críticas)*, Córdoba, 1996; *Teoría general de la defensa y connotaciones en el proceso penal*, Córdoba, 1993 y 1995. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1999/2003; *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Buenos Aires, 1978/1982. MARTÍNEZ, Santiago, *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio del Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2003, *La víctima y el juicio abreviado*, Buenos Aires, 2004. NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Anotado; Derecho penal argentino*. PASTOR, Daniel, *El encarcelamiento preventivo*, en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993. SCHMIDT, Eberhard, *Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993. SUPERTI, Héctor, *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*, Rosario, 1998. SOLIMINE, Marcelo, *Limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, Buenos Aires, 1996. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho procesal penal*, Santa Fe, 1998. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1982. VIVAS GUSTAVO, *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba, 1999. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1984.

¹⁹ Ya advirtió la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento (CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, en JA, t. 1992-III, p. 194).

cial²⁰ y sobre la jurisprudencia²¹ de los tribunales penales; y, por otro lado, procuraremos evidenciar de qué modo aquel paradigma se expresa en (o es expresión de) un conjunto de garantías judiciales de máximo nivel jurídico (art. 75, inc. 22, CN) de carácter *bilateral*, porque protegen *genéricamente* (en común) tanto a la víctima que reclama justicia ante los tribunales penales como al acusado, o bien tutelan *específicamente* los derechos de cada uno de ellos²², según el caso.

Por cierto que en este esfuerzo trataremos de aprovechar las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, nacionales y extranjeras, sobre los aspectos que intentamos abordar. Pero acudiremos *especialmente* a las opiniones y decisiones de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos²³, sobre

²⁰ Ya que la situación de “la administración de justicia penal de nuestros países, en general, es una fuente de violación sistemática de los mas fundamentales derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales”, según señala Alberto BOVINO (*Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, p. 4).

²¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las “sentencias judiciales se encuentran entre las medidas necesarias para cumplir el fin del pacto” (CSJN, *Ekmekdjian c/Sofovich*, en JA, t. 1992-III, p. 194). Cf. BIDART CAMPOS, *El art. 75, inc. 22, cit.*, p. 84.

²² Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, es decir, sólo en beneficio del inculpaado y no para beneficio de los estados contratantes. Por lo tanto, como el Ministerio Público es un órgano del Estado, no es un sujeto destinatario del beneficio referido (CNCP, Sala II, Pérez, 28/5/2004).

²³ Que, por un lado, trataremos de sintetizar al máximo para evitar transcripciones que no se refieran específicamente al punto que motiva la cita; y por otro, no vacilaremos en repetir cada vez que nos parezca necesario (aun a riesgo de ser reiterativos), ni tampoco en resaltar (tipográficamente) los conceptos más importantes, aun cuando no lo estén en la redacción original. Pero es del caso dejar sentado que las decisiones y opiniones a que nos referimos en el texto, si bien tienen la gran importancia que allí se señala, no siempre serán acertadas (como lo señalaremos en varios supuestos en el desarrollo de este libro) ni en todo caso aplicables a nuestra realidad jurídica. Véase, por ejemplo, la nota 523.

2. propósito de este trabajo: una primera aproximación

todo los de nuestra región, cuyo valor como fuente de interpretación ha sido admitido expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)²⁴. Ella ha sostenido que “la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2, CN), esto es, tal como efectivamente rige en el ámbito supranacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, por lo que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²⁵, lo mismo que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)²⁶. Acudi-

²⁴ Incluso algunos han ido más allá al entender que, como los tratados deben ser interpretados en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, CN) y esta tarea le corresponde a los organismos creados por ellos, entonces sus opiniones forman parte de la regla de reconocimiento constitucional junto a la Ley Fundamental y la normativa internacional (cf., al respecto, *Martínez, La víctima y el juicio abreviado*, cit., ps. 25 y siguientes).

²⁵ CSJN, Girolodi, del 7/IV/95. “Acerca de la interpretación... de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya antes de la reforma constitucional, en el fallo *Ekmekdjian c/Sofovich*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que ‘la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica’. Este mismo criterio se repitió en distintos pronunciamientos (o votos disidentes) de la Corte Suprema. A modo de ejemplo, puede citarse, entre otros: *Felicetti*, 21/12/2000, voto en disidencia del juez BOSSERT; Fallos, 325:2322, voto en disidencia del juez BOGGIANO.

²⁶ CSJN, Bramajo, 12/IX/96. Es que la incorporación de la CADH al texto constitucional implica también el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de aquella (art. 75, Constitución Nacional; arts. 62 y 64 de la Convención Americana, y art. 2 de la ley 23.054) señala LINO ENRIQUE PALACIO (*Las limitaciones del recurso de casación en el proce-*

introducción

remos, además, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), criterio aceptado expresamente en materia de fuentes de interpretación normativa²⁷ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁸. También consultaremos las opiniones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH)²⁹; y no descuidaremos la diferencia de valor como fuente de interpretación, entre las opiniones de la Comisión IDH y las de la Corte IDH³⁰ (si bien mencionaremos a ambas por expresar el común “punto de vista” de los derechos humanos).

so penal y el derecho acordado por el Pacto de San José de Costa Rica a la persona inculpada de delito, en LL, t. 1995-D, p. 461). Pero la Corte IDH no funciona “como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos” (Corte IDH, Ramírez, Fermín c/Guatemala, 20/06/2005). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acosta, 22/XII/98, en JA, n° 6148) ha expresado que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repete, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales, equiparable al recurso de revisión. Para superar este obstáculo hemos propuesto que si la Corte IDH declara que una sentencia de condena fue dictada con violación de los derechos reconocidos por la CADH, esta decisión quedará anulada y deberá adoptarse el trámite previsto en el art. 485, 1ª parte, del CPPN (que dispone para el caso de que se admita el recurso de revisión art. 479 el reenvío del proceso para la realización de un nuevo juicio) (Proyecto de ley D-4765-99, H. Cámara de Diputados de la Nación, art. III. e).

²⁷ CNCP, expte. 28.100, Moreno Ocampo L. s/recusación, J. 7.5.14, reg. n° 1050, 22/XI/96, citado por Marcelo SOLIMINE (*Libertad bajo caución y situación procesal*, Buenos Aires, 1996).

²⁸ Corte IDH, Schmidt, 13/XI/95, citado por SOLIMINE (*Libertad bajo caución*, cit.).

²⁹ Lo mismo que algunas decisiones y opiniones de los organismos de las Naciones Unidas (ONU) o de los eventos por ella organizados.

³⁰ La discusión al respecto puede consultarse en SOLIMINE, *Libertad bajo caución*, cit., p. 134. Puede también verse CSJN, Acosta, 22/XII/98, en JA, n° 6148; Corte IDH, Velázquez Rodríguez, 26/6/1987. Enfatiza sobre el punto, ALBANESE, Susana, *Garantías judiciales*, 2ª ed., 2007, p. 17.

3. derechos y garantías

3. Derechos y garantías

La incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido³¹. Dicho en términos más vulgares, muchas “cosas” *no podrán ser más como eran*.

3. a. Fundamentos

Porque “tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y emanan de su “dignidad inherente”³², estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen “como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH–), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aun mediante la invalidación

³¹ “En esa línea de pensamiento, cabe agregar que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; y en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en nuestra Ley Fundamental” (CSJN, Carro Evangelista, 9/3/2004, voto en disidencia del juez VÁZQUEZ).

³² La dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el sólo hecho de serlo (CSJN, Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A., 21/9/2004). “En tal inteligencia las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales de las personas” (CSJN, Carro Evangelista, 9/3/2004, voto en disidencia del juez VÁZQUEZ).

o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal. Estas garantías son de naturaleza jurídico-política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado³³ y establecen límites a su poder. Por cierto, que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”³⁴.

3. b. Función de las garantías

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de jus-

³³ “Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/I/87). Ya en Fallos, 239:459, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...” (CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, en JA, t. 1992-III, p. 194).

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/I/87. Es así que, “todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención” (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/2/2006). Pero aquellas indispensables no pueden suspenderse (Comisión IDH, Informe 111/00, caso 11.031, 4/12/2000).

3. derechos y garantías

ticia, como así también que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria (“acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”) en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido (antes de su acaecimiento) por la ley como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarlo³⁵ y a aplicar la sanción. O sea que, en el proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado *víctima* de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la “tutela judicial” (arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal³⁶, y por lo tanto con derecho a reclamarla³⁷ ante los tribunales (art. 8.1, CADH) penales, actuando como acusador, aún exclusivo (véase apartado 5. b). También se erigen como resguardo de los derechos del *acusado*, no sólo frente a posi-

³⁵ “La justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

³⁶ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. Pero esto no importa una garantía de resultado favorable (Comisión IDH, Informe 105/99, caso 10.194 del 29/09/1999 e Informe 71/00, caso 11.676, del 3/10/2000).

³⁷ La Convención Americana prescribe en el artículo 8.1 que toda persona tiene “derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley ... *para la determinación de sus derechos y obligaciones de ... cualquier ... carácter*”. El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial ... también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser *decisivo* para determinar los derechos de un individuo ... como “en el caso de un proceso penal en el cual se le niega a la parte lesionada la oportunidad de acusar” (Comisión IDH, Informe n° 10/95, caso 10.580).

bles resultados penales arbitrarios, sino también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a imponer una pena³⁸.

3. c. La “bilateralidad”

Así, la interpretación que los organismos regionales de protección de los derechos humanos han realizado de la normativa supranacional incorporada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) parte de la base de que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” y que la “sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico”³⁹, circunstancias que legitiman el “interés del estado en resolver presuntos casos penales”⁴⁰ a través del ejercicio de una “función pública”⁴¹; y que lo expuesto, tratándose “de delitos de acción pública (...) perseguibles de oficio” (...) genera al Estado una “obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos”⁴² (...) “identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes”⁴³.

Pero aquel virtual “bloque axiológico-normativo-interpretativo” también deja perfectamente en claro otros dos conceptos. El primero es que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación

³⁸ “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88). Agrega ABREGÚ que cualquier normativa procesal deberá ser interpretada de modo que se “favorezca un modelo de enjuiciamiento penal más respetuoso de los derechos humanos y los principios de un Estado de Derecho” (*La sentencia*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993, p. 200).

³⁹ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

⁴⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245.

⁴¹ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

⁴² Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, caso 11.228.

⁴³ Cf. Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297. Véase, también, la nota 155.

3. derechos y garantías

de “*garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*”⁴⁴ a las que se reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH); y el segundo, es que “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse *sin límite alguno* o que el Estado pueda valerse de *cualquier procedimiento* para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”⁴⁵.

Estos conceptos son los que basan nuestras estimaciones precedentes sobre que las obligaciones estatales de *respetar* los derechos humanos y *asegurar* su plena vigencia⁴⁶ impuestas por la normativa supranacional, se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o *comunes* para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o *específicas* para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como *garantías*. Y no obsta a esta bilateralidad, el hecho de que en el texto de la normativa supranacional “las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado” y que su “aplicación a los afectados por el hecho ilícito” sea un aspecto que no “fue debidamente desarrollado”⁴⁷, por ejemplo por la CADH, ya que no es menos cierto que las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación (véase punto 1) han evolu-

⁴⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, caso 11.228

⁴⁵ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

⁴⁶ La primera obligación asumida por los Estados parte es la de *respetar* los derechos y libertades reconocidas en la CADH. La segunda obligación es la de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción (cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88). En esta misma dirección, cf. Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006.

⁴⁷ Cf. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela”, n° 110, p. 331.

cionado decididamente en “sentido bilateral”. Basta señalar como ejemplo, que luego de entender que el papel del derecho penal es el de sancionar el delito, *distinguiéndolo* de la función del derecho humanitario que es la de proteger y reparar a la víctima, han ido incluyendo, posteriormente, a la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar su castigo ante los tribunales penales (véase apartado 5. b).

3. d. Judicialidad

Por cierto que las garantías deben ser “judiciales” lo que implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial⁴⁸, que las proporcione *efectivamente*⁴⁹: es que nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia frente a graves injusticias⁵⁰.

3. e. Restricciones

Si bien los derechos que las garantías tutelan no son absolutos⁵¹, pues están “limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (art. XXVIII, DADDH)⁵², las restricciones que con tales propósitos establezcan las leyes⁵³

⁴⁸ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/I/87.

⁴⁹ La existencia en *la realidad* de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos es una obligación gubernamental (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88).

⁵⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 74/90, caso 9.859.

⁵¹ “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar *limitadamente*” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/V/86).

⁵² Bernadette MINVIELLE recuerda que “la Corte IDH ha interpretado que las “razones de interés general” se refieren al “bien común” como “elemento integrante del orden político del estado democrático...” (*La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el enjuiciamiento penal*, en “Doctrina Penal”, n° 41, Buenos Aires, 1988, p. 80). La noción de “bien común” ya se encuentra en la Opinión Consultiva n° 2, 24/IX/82, de la Corte IDH.

⁵³ Ley es la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y demo-

3. derechos y garantías

(véase apartado 16. b) que reglamenten su ejercicio por razones de interés general, deberán guardar directa relación con las razones que las autorizan y no podrán alterarlos en su esencia (art. 28, CN), ni suspender su vigencia subrepticamente⁵⁴, serán proporcionadas al valor en riesgo que pretenden tutelar y de interpretación y aplicación restrictiva⁵⁵. Es por eso que la interpretación de aquéllas debe ser conforme al sistema constitucional, es decir con “sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”⁵⁶, e inspirada en el principio *pro homine*⁵⁷.

cráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/V/86).

⁵⁴ La Comisión IDH en el Informe n° 38/96, caso 10.506 –Argentina– del 15/X/96, recordó que “la restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (OC-5, citando *The Sunday Time case*, decisión del 24/IV/79 de la Corte Europea de Derechos Humanos)”, agregando que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor la escala del derecho protegido (OC-5, par. 46)”. Se prevé, sin embargo, la suspensión expresa de las garantías cuando sea “el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”. Pero existen límites para ello (art. 27.2, CADH) ya que hay algunos derechos cuya “suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia”, como así tampoco “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30/I/87).

⁵⁵ Asimismo, no se podrá invocar el bien común como medio para suprimir un derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 5/85, del 13/11/1985). Este criterio fue seguido por el juez BOGGIANO en Fallos, 325:524.

⁵⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en “Revista Guatemalteca de Ciencias Penales”, año III, n° 5, Guatemala, 1994.

⁵⁷ El criterio *pro homine* significa que “debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio

Y aun cuando se funden en una ley, las restricciones podrán considerarse arbitrarias si fueren incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltas de proporcionalidad⁵⁸: “en otras palabras, la restricción arbitraria⁵⁹ a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los *valores* que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho”⁶⁰.

de los derechos o su suspensión extraordinaria” enseña PINTO, *Temas*, cit., p. 81; y agrega que el principio de la interpretación teleológica exige “como prioritario en el caso de los derechos humanos la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia” (p. 84).

⁵⁸ Cf. Corte IDH, Gangaran Panday, del 21/I/94. Sobre la posibilidad de limitar los derechos fundamentales y el papel que juega el principio de proporcionalidad véase MARTÍNEZ, Santiago, *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 1, Buenos Aires, 2006, ps. 59 y ss. Allí se afirma que el principio de proporcionalidad funciona a través de tres subprincipios. El de idoneidad, requiere que toda intervención de derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad busca la optimización del grado de eficacia de los derechos frente a las limitaciones y obliga a comparar que las distintas medidas restrictivas aplicables sean aptas para la satisfacción del fin perseguido y, finalmente, la elección de la menos lesiva. Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que la importancia de la intervención debe estar justificada por la importancia de la realización del fin buscado con la medida. Sólo cuando el análisis traspase los tres niveles se podrá sostener que la restricción de un derecho fundamental es constitucionalmente legítima.

⁵⁹ Las medidas sólo serán legítimas si el interés en la persecución del hecho punible concreto tiene una importancia adecuada para justificar la limitación de los derechos y si se ha observado, asimismo, el principio de subsidiariedad (CNCP, Sala II, “Telleldín”, 19/5/2006).

⁶⁰ “Lo *arbitrario* constituye, de esta manera, un concepto que incluye supuestos, tanto de legalidad como de ilegalidad de la restricción. En este orden de ideas, existen restricciones que pueden ser legales pero que devienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formales establecidas en el ordenamiento jurídico pero que contradicen el *fin último* de todo Estado: *el reconocimiento y respeto de los derechos humanos*”. Cf. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Protección de los derechos humanos: definiciones operativas*, Lima, 1997, p. 39.

Capítulo I

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

Ya expresamos que la “bilateralidad” del sistema se manifiesta, principalmente, en la existencia de algunas garantías judiciales genéricas, *comunes* para la víctima y el acusado: ellas son las de “igualdad ante los tribunales”, “acceso a la justicia y defensa en juicio”, e “imparcialidad (e independencia) de los jueces”. Su *equivalente* proyección tutelar para los derechos de ambos justifica su consideración conjunta, sin perjuicio de que luego volvamos sobre sus proyecciones específicas en relación a cada uno, cuando nos ocupemos de la situación de aquellos sujetos en particular (capítulos II y III).

4. a. Igualdad ante los tribunales⁶¹

Derivado de la dignidad personal y como corolario del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), la legislación suprana-

⁶¹ No se encuentra saldada hasta ahora la discusión sobre si, frente a la virtual renuncia del Congreso de la Nación a legislar sobre criterios de oportunidad (que importan la sustitución de la pena por soluciones alternativas frente a la infracción penal), es legítimo que las provincias vayan asumiendo como propia esta responsabilidad (v. gr., provincias de Buenos Aires, Mendoza; Chaco o Río Negro), en contra de la doctrina argentina tradicional al respecto, que les negaba esa atribución por considerarla propia de aquél órgano legislativo nacional. Esto tiene importancia frente a los principios de igualdad ante la ley y ante los tribunales de justicia aludidos en el texto, que parecen resistir la idea de esta suerte de aplicación “calidoscópica” del derecho penal, según sea la provincia en donde se cometa el delito, permitiendo que autores del mismo ilícito puedan tener en ellas diferente trato (v. gr., en una provincia será irremediamente penado, en cambio,

cional sobre derechos humanos de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia” (art. 14.1, PIDCP)⁶².

Ello requiere que se acuerde tanto a la *víctima* que reclama investigación y juicio, como al *imputado*, durante el proceso penal, un trato que será *igual*⁶³, cualquiera sea su condición personal: no puede haber ni privilegios (“ley privada”) ni discriminación de ninguna naturaleza, ni por ninguna razón, ni durante el proceso, ni en la decisión final. A la vez, cualquiera que sea el sentido que ésta adopte, deberá ser equitativa⁶⁴ e

en otra, podrá ser beneficiado por un criterio de oportunidad, que determinará el archivo y aun el sobreseimiento). Una fuerte apelación al principio de igualdad ante la ley (incluso en aspectos procesales de competencia legislativa provincial) en todo el territorio nacional, hace la CSJN en Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, del 3/5/2005.

⁶² El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales (Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, 23/6/2005). Sin embargo, existen algunas limitaciones que no importaría una afectación a la igualdad. Así, por ejemplo, la imposibilidad del querellante de interponer el recurso de casación contra la decisión de excarcelar al imputado (CNCP, Sala III, *Chabán*, 7/7/2005).

⁶³ “Al Poder Judicial se le atribuye la jurisdicción o potestad de juzgar mediante el juicio previo en el que el juez natural resuelve un conflicto entre las partes –antagónicas y que actúan en plena igualdad– en controversia, aplicando al caso concreto el derecho vigente” (CSJN, *Mostaccio*, 17/2/2004, voto en disidencia de los jueces *FAYT* y *VÁZQUEZ*). Por ello, debe evitarse que “(...) la actividad dilatoria de una de las partes opere en detrimento de los derechos de la otra, vulnerando la igualdad que entre ellas debe preservarse en el proceso (art. 14 inc. 1, primera parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...)” (CNCrim. y Corr., Sala I, *Iglesias*, 26/9/2003).

⁶⁴ En este orden de ideas, se sostuvo que en el proceso se desarrollan tres fuerzas de realización: la acusación, la defensa y la decisión, representada por el fiscal (acusador/prendiente), el imputado y su defensor (resistente) y el órgano jurisdiccional (juez o tribunal colegiado). Estas tres acti-

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

imparcial⁶⁵ y fundarse solamente en la prueba y en la ley. Esto exige que no se hagan (ni en la ley ni en la práctica) excepciones personales respecto a la formación o a la prosecución de las causas penales, ni a la posibilidad de intervenir en ellas, ni a su radicación ante los tribunales; ni que se impulsen procesos por motivos exclusivamente personales⁶⁶, derivados sólo de quien es la persona que los impulsa, o quien es la persona contra quien se promueven. Tampoco podrá admitirse un tratamiento diferencial (ni mejor ni peor) de las víctimas que reclaman penalmente, ni de los imputados, por razones económicas⁶⁷, sociales, religiosas, políticas o culturales, etcétera.

vidades fundamentales para la realización de la justicia penal, jurisdiccional, requirente y defensiva, han de cumplirse conforme a las atribuciones e imposiciones emergentes de la ley procesal para sus respectivos titulares y por los medios y con las limitaciones que esa ley establezca. Dichas reglas determinan límites muy precisos en su accionar, si así no lo hicieren estaría violando los presupuestos del juicio previo fijado por la Ley Fundamental. De modo tal que su desarrollo a lo largo del proceso debe ser equitativo (CNCP, Sala III, Torres, 11/3/2004, voto en disidencia de la jueza Ledesma).

⁶⁵ “La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

⁶⁶ Sólo se admiten como tolerables algunos privilegios procesales –temporarios– acordados en función del ejercicio de la autoridad pública: son los que se otorgan a altos funcionarios del Poder Ejecutivo, legisladores y jueces, que no son de carácter personal y sólo tienden a asegurar el regular e independiente funcionamiento de los poderes del Estado, evitando interferencias entre ellos. Pero hoy se cuestiona la existencia misma de estos privilegios. Puede verse la opinión de Roberto GARGARELLA (*¿Inmunidades parlamentarias para el poder?*, en “Clarín”, 5/V/99).

⁶⁷ La provisión de auxilio jurídico estatal a los menos pudientes tiende, precisamente, a evitar desigualdades con origen en la situación económica. “La parte final del artículo 1.1 CADH prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. El sentido de la expre-

Por eso también desde esta perspectiva habrá que esforzarse seriamente en revertir la tendencia implícitamente selectiva de la persecución penal hacia integrantes de grupos socialmente más vulnerables (un área en que la discriminación se muestra con mucha crudeza) quienes, en cambio, cuando resultan víctimas de un delito, generalmente se topan con la indiferencia estatal⁶⁸. Además, el poder, la riqueza o el prestigio no pueden “alivianar” la prueba de cargo, ni tampoco “cargar” la de descargo; ni generar favoritismos, ni tampoco severidades especiales en el trato procesal, ni en la aplicación de la ley penal (no puede haber ni aplicación analógica del castigo, ni “zonas francas de impunidad”). Tampoco esas situaciones pueden ser motivo de actitudes “justicieras” para enfatizar que no originan preferencias, pues si bien no acuerdan “más derechos”, tampoco autorizan “menos”. Aunque simbolizando mucho más la primera que la segunda, ambas situaciones deben considerarse comprendidas por la venda que, sobre sus ojos, tiene la imagen tradicional de la justicia.

Por cierto, serán necesarias acciones positivas (“políticas activas”) procurando “igualar”⁶⁹. Así, deberá asegurarse tanto a la

sión ‘discriminación’ que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10/VIII/90).

⁶⁸ Ya el Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Estocolmo, 1965), denunció discriminación en el ejercicio de las facultades discrecionales para detener sospechosos en perjuicio de quienes poseían menores recursos económicos y una posición social inferior.

⁶⁹ En términos generales puede decirse que al servicio de la tutela penal de la víctima el Estado subordina su sistema de persecución penal oficial: esta es la “ventaja” que a la víctima se le acuerda. A la vez se consagra una presunción de máxima jerarquía normativa sobre que el imputado es inocente, por lo que el éxito de la persecución penal, exige demostrar lo contrario, o sea, la culpabilidad, lo que solo puede ser resultado de pruebas legítimas, cuya obtención no puede lograrse vulnerando su dignidad personal ni los demás derechos que se le reconocen por su condición de perseguido penalmente: esta es la “ventaja” que al imputado se le reconoce. Pero la efectiva vigencia concreta de ambas “ventajas” requiere de recursos legales y materiales. Véanse las notas siguientes.

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

víctima que lo necesita para reclamar penalmente⁷⁰, como a cualquier imputado⁷¹, el acceso igual a las posibilidades de una defensa técnica eficaz⁷², que deberá ser provista por el Estado en caso de pobreza (respecto del imputado es una de las pocas obligaciones de hacer que se imponen expresamente al Estado, v. gr., art. 8.2.e de la CADH), y a la de gozar de una igual posibilidad de libertad durante el proceso, que no podrá restringirse por falta de recursos para afrontar una fianza económica.

En el plano estrictamente normativo la igualdad de las partes en el proceso penal no tendrá mejor modo de expresarse, que respetando el principio contradictorio. Éste exige no sólo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya hipótesis origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere,

⁷⁰ “Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10/VIII/90). “Dada la vigencia del debido proceso ‘puede en ocasiones competir a un Estado proveer de asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo a los Tribunales, ya sea porque sea legalmente exigida la asistencia de letrado... ya por la complejidad del procedimiento o del caso’ (CNCP, expte. 30.086, Iglesias M. s. Recurso de Queja del 25/IX/98).

⁷¹ “... en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10/VIII/90).

⁷² En consecuencia, “... considera el tribunal que, ante la ausencia de previsiones en el Código Procesal Penal acerca de la forma de proveer al patrocinio letrado del querellante carente de recursos, debe acudir al C.P.C.C., ya que se trata de un derecho, y no de un beneficio, que la ley procesal crea para asegurar a toda persona física o jurídica el acceso a la justicia que impone la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional” (CNCrim. y Corr., Sala I, Krassnov, 29/5/2001. En el mismo sentido, CNCrim. y Corr., Sala I, Sánchez, 29/9/2001).

además, reconocer al acusador (público o privado), al imputado y su defensor, iguales atribuciones⁷³ para procurar y producir públicamente pruebas de cargo y de descargo, respectivamente; para controlar activa y personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y para argumentar ante los jueces que las recibieron y frente al público sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario. También como garantía de igualdad se debe impedir al tribunal iniciar por sí el proceso o el juicio (o condenar si el acusador no lo pide); se le deberá privar de facultades probatorias autónomas, tanto en la investigación preparatoria como en el juicio, y se le reservará, en este aspecto, la tarea de controlar la corrección del trámite, garantizando por igual los derechos de las partes.

4. b. Defensa en juicio y acceso a la justicia

El derecho de defensa es uno de aquellos cuyo desarrollo expreso es más notable en el nuevo sistema constitucional (a través de la legislación supranacional incorporada –art. 75, inc. 22, CN–). Importa, *lato sensu*, la posibilidad de cualquier persona⁷⁴

⁷³ Corresponde a la legislación nacional establecer las reglas generales aplicables a las pruebas con tal que los requisitos sean los *mismos* para la defensa y la acusación (Comisión EDH, Unterpertinger, Informe del 11/X/84).

⁷⁴ En tal sentido, se sostuvo que “la vida, el honor y la propiedad son garantizados por la Constitución Nacional a todos los habitantes del suelo Argentino y en todas las circunstancias en que son susceptibles de ser vulnerados, por lo que todos y cada uno de ellos tienen la garantía de acceder, en todos sus asuntos, a un tribunal de justicia integrado como manda la Constitución, a fin de procurar tutela jurisdiccional, por lo que tal carácter transitorio de los nombramientos no excluye ni atenúa la patente inconsti-

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

de *acceder* a los tribunales de justicia⁷⁵ para reclamar el reconocimiento de un derecho⁷⁶ y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra⁷⁷.

tucionalidad del título que pretende investir a abogados que no son jueces constitucionales (CSJN, resolución 2374, Señores jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil doctores Osvaldo D. Mirás y otros, 3/12/2004, voto en disidencia del juez BOGGIANO).

Es así que, aceptar una selección de damnificados implicaría impedir el acceso a la justicia y sería violatorio de la garantía de defensa en juicio a todas las restantes víctimas (CNCrim. y Corr., Sala IV, Alderico, 22/08/2001). Sin embargo, “aceptar la concurrencia de tantos querellantes como los que pueden emerger de un caso, representados en forma individual, no haría más que tornar imposible su tramitación, violentando y atentando contra el fin que debe preservarse, por encima de los intereses particulares, que es el de afianzar la justicia. Con ella, no se impide a ningún ciudadano el acceso a la jurisdicción, sino que se regula de modo tal que no obstaculice su función, al poder canalizar sus pretensiones a través de los letrados correspondientes, en colaboración con el avance del proceso, para que pueda concluirse por canales adecuados al fin que se persigue” (CNCrim. y Corr., Sala V, Chabán, 4/05/2005).

⁷⁵ Pero este acceso debe ser en igualdad de condiciones como consecuencia del derecho de defensa en sentido amplio (CNCrim. y Corr., Sala I, Cevallos, 8/03/2004). Es así que, es posible aplicar analógicamente el instituto del beneficio de litigar sin gastos para el querellante carente de recursos ya que se trata de un derecho para asegurarle el acceso a la justicia (CNCrim. y Corr., Sala I, Krasnov, 29/05/2001, y Sánchez, 29/09/2001).

⁷⁶ “La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)” (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan vs. Colombia, 15/09/2005).

⁷⁷ Ello se impone como consecuencia del objetivo expresado en el Preámbulo de la Constitución Nacional: “afianzar la justicia” (CNCrim. y Corr., Sala VI, Piza, 25/02/2005).

Originariamente⁷⁸ se manifestó en la utilización de la fuerza física como forma de hacer valer los derechos subjetivos por parte de quien se decía titular de éstos, frente a su violación por otra persona. Pero la racionalización del instinto de conservación a lo largo de la historia, hace aparecer la idea de que sea un *tercero* distinto y ajeno a los involucrados quien debe resolver el entredicho, a pedido de quien se dice víctima, pero a la vez escuchando las razones o explicaciones de quien es señalado como victimario. Posteriormente surge el concepto de que el tercero administrador de la solución debe ser el poder público (noción embrionaria de jurisdicción), concepto que evoluciona hacia su ejercicio a través de un departamento estatal más o menos diferenciado y autónomo (Poder Judicial).

En materia penal se va afirmando la idea de que también el Estado debe encargarse de defender los intereses del conjunto de la sociedad (idea embrionaria de Ministerio Fiscal), que se consideran vulnerados por el delito cometido, sea porque éste lesiona la organización social o la actividad del Estado⁷⁹, o porque afecta los derechos de cada individuo cuya protección se asume como

⁷⁸ Cf. JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina del V., *Teoría general de la defensa y connotaciones en el proceso penal*, t. I, Córdoba, 1987, ps. 53 y siguientes.

⁷⁹ Pero debe quedar claro el castigo del delito, no puede considerarse un interés *propio* del Estado, porque éste como tal no tiene ningún interés que no sea el *nuestro*, pues sólo es una construcción artificial que todos los que vivimos en sociedad hemos imaginado para una mejor protección y fomento de nuestros derechos, para que facilite nuestro desarrollo personal y colectivo, y nos preserve de intromisiones arbitrarias en aquellos por parte de otros ciudadanos, en especial de sus propios funcionarios. Cuando el Estado invoque el interés en el castigo del delito no puede hacerlo en *nombre propio*, porque si así lo hace estará en realidad invocando el interés o la ideología (buena o mala, según los puntos de vista) del partido político que gobierna, o el del sector social o económico que lo respalda, o de la burocracia que lo integra, pero no el interés de *cada uno* de nosotros, es decir, el interés de *todos nosotros*, el interés general. Quede claro, entonces, nuestra idea sobre lo que se denomina *interés general* en el castigo del delito.

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

un rol oficial⁸⁰, con la participación de los afectados por el delito, primero, luego sin ella, e incluso hasta contra su voluntad (fenómeno actual denominado como expropiación o confiscación estatal del conflicto penal). El fugaz repaso histórico sirve para señalar que esta última idea hoy resulta francamente *insostenible* frente a la incorporación constitucional de la normativa sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) que no deja mar-

⁸⁰ “La búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios (...) Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella, es decir, de la obligación establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado, protegido o garantizado” (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan vs. Colombia, 15/9/2005). En el ámbito local, la Sala I de la CNCrim. y Corr., sostuvo que “la razonabilidad, oportunidad y conveniencia político criminal de esa decisión adoptada (necesidad de asistencia letrada para la querrella) por el legislador no puede ser reprobada por principio general, porque su prudencia, para la cuestión en contrario, se encuentra garantizada por la circunstancia de que en los delitos de acción pública siempre tienen intervención obligatoria el Ministerio Público Fiscal como representante de los intereses de la sociedad quien, como órgano técnico en materia jurídica, encauzará el asunto objetivamente, sin perjuicio de lo que la parte directamente afectada pueda considerar. De esta forma, las pasiones y voluntarismos que suelen acompañar los legos en sus reclamos requieren. necesariamente del asesoramiento que un experto en derecho, les pueda brindar. No obstante los intereses que emergen de la producción de delitos de acción pública se encuentran resguardados por la intervención que en su tutela realizan los miembros del Ministerio Público Fiscal, el Estado ha instaurado otros mecanismos de representación de las víctimas como ocurre en el caso de las asesorías jurídicas gratuitas dependientes de diferentes universidades o colegios de abogados, y en el ámbito privado, diversas organizaciones no gubernamentales (ONG) que cumplen también con esa función. Las víctimas cuentan con una amplia representación para aquellos casos en los que carezcan de recursos económicos para ser asistidas por un letrado. Por ello, corresponde confirmar el auto que rechazó el pedido de la presentante de se tenida como querellante y la decisión adoptada por la Defensoría General de la Nación de no asistir jurídicamente a la víctima” (causa Alexander, 23/8/2005).

gen para la ficción del “Estado víctima”, pues entiende a la actividad judicial como un modo de proteger y reparar los derechos vulnerados por el delito⁸¹, consagrando el derecho a la “tutela judicial efectiva”⁸² (v. gr., art. 25, CADH) (véase punto 5). Paralelamente al proceso de apoderamiento estatal de las funciones de acusar y juzgar, va apareciendo y afianzándose la idea de garantizar (no sólo permitir) la defensa de la persona que reclama justicia penal y la de aquella a quien se le atribuye un delito, hasta llegar finalmente a regularla, respecto a ésta, como obligatoria para la validez de cualquier juicio, incluso considerando su

⁸¹ La razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” (Comisión IDH, Informe n° 34/96, causa 11.228). Por ello, “el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables” (Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004). Pero, según la Comisión IDH, “la obligación de investigar no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, para establecer en forma convincente y creíble que este resultado no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales sin que el Estado busque efectivamente la verdad, éste debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial” (Informe 33/04, caso 11.634, del 11/03/2004).

⁸² Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 17/6/2005). Por tal razón, “el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25/11/2003).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

provisión como un deber (subsidiario) del Estado (v. gr., art. 8.2 de la CADH).

Esta evolución se cristaliza en normas constitucionales como el art. 18, CN, que dispone que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, con lo que deja claramente establecido, además, que el juicio (es decir, el proceso –véase punto 12–) es el ámbito previsto para desarrollar la defensa de la persona y de los derechos. Así concebida, la defensa abarca la atribución de tener libre acceso a los tribunales para procurar y lograr el reconocimiento y la protección, aún penal, del derecho que se afirme violado, o de poder resistir la pretensión de restricción de derechos que implica la imposición de una pena (y el desarrollo mismo del proceso)⁸³.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, que impone al Estado el deber de asegurar “la eficaz prestación de los servicios de justicia” (art. 114, inc. 6) y la incorporación de la normativa supranacional a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) han enriquecido la discusión sobre aspectos de aquel “servicio”, como el derecho de acceso a la justicia para todos, el concepto de una igualdad entre los contendientes que supere el plano de lo formal, la intervención efectiva de la víctima, las exigencias sobre la defensa técnica oficial para el imputado que no pueda o no quiera tener abogado, y el concepto de defensa idónea que abarca, incluso, aspectos extrajurídicos; también en relación al asesoramiento y patrocinio o representación gratuita de víctimas carentes de recursos económicos⁸⁴, la atención, información y

⁸³ Por esta razón, “... los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” (Corte IDH, caso Cantos, 28/11/2002).

⁸⁴ “El proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, elaborado por la Comisión de Expertos reunida en Palma de Mallorca entre los años 1990 y 1992, en su art. 42 preceptúa que ‘las víc-

orientación jurídicas⁸⁵ prestada al público en general por integrantes de la justicia en forma permanente (de día –hábil y feriado– y toda la noche)⁸⁶, y la mayor proximidad territorial entre los tribunales y el lugar del conflicto (descentralización del servicio judicial), entre otras.

4. c. La imparcialidad de los jueces

Uno de los aportes más significativos de la legislación supranacional de derechos humanos incorporada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) sobre el proceso penal, es el énfasis que ella pone en la imparcialidad del tribunal⁸⁷ y de las personas que lo componen, principio del que se deriva la necesidad de independencia de los jueces.

El juez penal es el sujeto que integra el Poder Judicial⁸⁸, por haber sido designado de acuerdo a los procedimientos constitu-

timas y los perjudicados por el delito tendrán derecho a ser oídos y a ser asistidos por abogado, el que, en casos graves, podrá ser designado de oficio” (cf. CNCP, expte. 30.086, Iglesias M. s/recurso de queja, del 25/IX/98). En el mismo sentido, cf. CNCP, Sala IV, Beraja, 15/09/2005. Es así que, el beneficio de litigar sin gastos encuentran sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la defensa en juicio y la igualdad ante la ley (CSJN, Bassa, 7/06/2005).

⁸⁵ En este sentido, Comisión IDH, Informe 41/04, caso 12.417, del 12/10/2004.

⁸⁶ Como presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (1984/85) impulsé la creación de la “Mesa de atención permanente de los tribunales penales” con esas características y funciones, por acuerdo n° 1 del 29/II/84.

⁸⁷ “... la imparcialidad es una de las condiciones de que debe el juez estar siempre revestido, y esa imparcialidad es inconciliable con las funciones de acusación...” (CSJN, Quiroga, 23/12/2004).

⁸⁸ “El Tribunal para ser verdaderamente ‘independiente’ del ejecutivo, debe serlo no solamente en sus funciones, sino también como *institución*. Una independencia así representa en la práctica una garantía más de que el tribunal actuará con justicia y objetividad y cuidará de que se haga justicia” (Comisión EDH, Campbell, Informe del 12/V/82).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

cionales para ocupar tal cargo en un tribunal previamente instituido por la ley para juzgar una (cierta) categoría de ilícitos o de personas. Ejercita el poder jurisdiccional en un proceso que conduce (con las particularidades de su competencia funcional), controlando que se respeten los derechos individuales, decidiendo a base de⁸⁹ las pruebas ofrecidas por el acusador y el acusado, con atención de los argumentos de ambos sobre la existencia (o inexistencia) del hecho que se atribuye a éste y su participación (o no) punible (o no), y actuando el derecho en el caso concreto, lo que incluirá las posibilidades de absolver o condenar imponiendo una pena, y también la de adoptar medidas sustitutivas de ésta (v. gr., suspensión del juicio a prueba) o la de contribuir a la armonización del conflicto (v. gr., avenimiento en los delitos contra la integridad sexual). Sus decisiones deben ser cumplidas⁹⁰ y no pueden ser susceptibles de revisión ni revocación por ningún otro poder del Estado (salvo el caso de contadas excepciones de raíz constitucional⁹¹ –v. gr., indulto⁹²–). La exigencia expresa de “imparcialidad” ha permitido redescubrir que su prin-

⁸⁹ La generosidad de mi recordado maestro, Alfredo VÉLEZ MARICONDE se extendía al lenguaje. No olvido sus primeras observaciones: “en base a” es un galicismo; debe decirse “a base de” me enseñó; y sólo se debe acentuar la palabra “aún” cuando se la use como sinónimo de “todavía”.

⁹⁰ La “protección judicial no consiste solamente en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, sino también, que los Estados partes se comprometen a garantizar el *cumplimiento*, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (art. 25) (Comisión IDH, Informe n° 52/97, caso 11.218, del 18/II/98).

⁹¹ “Las decisiones de las Cortes no deben estar sujetas a revisión, salvo aquellos casos en que la ley concede a las autoridades la posibilidad de conmutar o mitigar la aplicación de las penas” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

⁹² El indulto tiene reconocimiento en la normativa supranacional incorporada (art. 75, inc. 22, CN) como instrumento de reparación del error judicial (v. gr., art. 14.6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–). Sin embargo, se discuten sus alcances y oportunidad, como así también su utilización para otros fines.

cial (y verdadera) misión *no* es la de investigar ni la de perseguir el delito, sino la de *juzgar* acerca de él⁹³, por lo que *no* se admiten (o no deben admitirse) como funciones del juez penal las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación⁹⁴, o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquélla (véase apartado 17. e).

4. c. 1. La normativa

Si bien la imparcialidad del tribunal siempre fue considerada una garantía implícita (sin ella de poco –o nada– servirían todas las otras), la normativa internacional incorporada por la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN) le ha dado carácter *expreso*⁹⁵. Así, la Convención Americana sobre Derechos

⁹³ “En el ámbito penal se produce un desdoblamiento formal del Estado; por un lado, el Ministerio Público Fiscal –en ocasión coadyuvado con la querrela– es el encargado de excitar al órgano jurisdiccional ejerciendo la acción penal y por el otro, el juez, tercero imparcial y por ello no comprometido con las posiciones de los contendientes, que es quien ejerciendo el poder jurisdiccional resuelve el caso” (CSJN, Mostaccio, 17/02/2004, voto en disidencia de los jueces FAYT y VÁZQUEZ).

⁹⁴ Sobre la inconstitucionalidad del mecanismo de consulta previsto en el artículo 348 CPPN y la manera en que se afecta la imparcialidad del juzgador ver, entre otros, CSJN, Quiroga, 23/12/2004; Munson, 3/03/2005; Alas, 30/08/05. Una vez que la Corte Suprema dictó el primero de los fallos mencionados, todas las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal adoptaron tales criterios. A modo de ejemplo, Sala I, Lherman, 07/04/05; Sala II, Sanabria Cáceres, 14/03/05; Sala III, Huaman Narciso, 14/03/05; y Sala IV, Schuster, 10/05/2005.

⁹⁵ “Por esta razón, la regla de imparcialidad –implícita en el art. 18 de la Constitución Nacional como parte de la garantía de defensa– fue reforzada específicamente a través de los Tratados de Derechos Humanos incorporados en la reforma de 1994, donde se la considera como una cualidad inescindible del concepto de juez hábil o exento de todo interés en el resultado del pleito” (del dictamen del Procurador General de la Nación Nicolás BECERRA en la causa Blanco, 27/5/2004).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

Humanos establece con claridad en su art. 8.1 que toda persona, para “la determinación de sus derechos (...) de cualquier carácter” o frente a una “acusación penal formulada contra ella” tiene derecho a un juez o Tribunal “competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”; tiene derecho a que “para la determinación de sus derechos(...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” intervenga “un Tribunal independiente e imparcial”, reza por su parte el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El requisito de *independencia* está actualmente expresada en el art. 114, inc. 6, de la Constitución Nacional y la fórmula utilizada por el art. 8.1 de la CADH demuestra que es tributario de la garantía de imparcialidad, y se encuentra a su mismo nivel.

La formulación de la normativa supranacional deja en claro que la garantía de *imparcialidad*⁹⁶ es de carácter *bilateral*, pues no sólo ampara al acusado penalmente, sino que también alcanza a cualquier persona que procure una determinación judicial sobre sus derechos, de cualquier carácter que sean, expresión que abarca, sin duda, el derecho de la víctima a intentar y lograr –si corresponde– la condena de los responsables del delito (derecho reconocido por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos) (véase punto 5).

4. c. 2. Noción

La imparcialidad es la condición de *tercero desinteresado* del juzgador⁹⁷, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios⁹⁸ a favor

⁹⁶ “Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado” (CSJN, Llerena. 17/05/2005).

⁹⁷ En esta dirección, Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005.

⁹⁸ “La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como

o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos (es el “tercero en discordia”). Se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que respecto de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia: no es casual que el triángulo con que se suele graficar esta situación, siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están a la misma distancia del fiel.

O sea que el juez será imparcial cuando tenga ecuanimidad (imparcialidad de juicio), cuando sea *indiferente* (no determinado por sí a una cosa más que a otra), *neutral* (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni de otro). Esto exige que no esté vinculado con ninguna

juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/07/2004). “La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice*”, y “se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970. Este criterio fue reiterado en el Informe 78/02, caso 11.335). Para ello habrá que “tomar igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico” (perspectiva objetiva) (cf. TEDH, De Cubber, sentencia del 28/X/84). En igual sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “... la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia (...) puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y otro subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito” (CSJN, Llerena, 17/05/2005).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

de las personas que encarnan o representan los intereses que se enfrentan en el proceso, por ninguna relación de tipo personal que pueda inducirlo a favorecerlas, o a perjudicarlas, o genere sospecha⁹⁹ en tal sentido (v. gr., parentesco, enemistad); también implica no haber tenido antes una actuación funcional¹⁰⁰ con

⁹⁹ “Todo juez en relación con el cual pueda hacer razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso..., si determinados factores pudieron inspirar al enjuiciado legítimas preocupaciones e inquietudes” (CNCP, expte. 28.100, Moreno Ocampo L. s/recusación, del 22/XI/96). Debe “recusarse todo juez del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en el orden penal, por los acusados” (TEDH, De Cubber, sentencia del 28/X/84). En esta materia, incluso las *apariencias* pueden revestir importancia; según un adagio: “*justice must not only be done: it must also be seen to be done*” (TEDH, De Cubber, sentencia del 28/X/84). “A tal efecto [el de la recusación] el requisito mínimo –aunque indispensable– es la posibilidad, la eventualidad, la susceptibilidad o la presunción de que de alguna manera o por alguna causa o motivo no se encuentre garantizada la imparcialidad del juez, es decir, que tal cualidad se encuentre por lo menos en duda” (CNCP, Sala II, “Pontoriero”, 19/12/2003, voto en disidencia del juez DAVID). Por su parte, la Sala IV de la Cámara de Casación entendió que aparece justificado el apartamiento de los jueces ante el temor despertado en la defensa de que se vulnere la garantía de imparcialidad, en atención a que el mismo tribunal conoció y valoró los elementos de convicción (Hollo, 2/04/2003). La doctrina nacional acuerda con lo dicho. Jorge CLARÍA OLMEDO (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. III), al señalar que la imparcialidad “requerida del juez, si bien interesa a las partes del proceso, es también de interés público en cuanto tiende a favorecer la recta administración de justicia” (p. 254). Entre la doctrina extranjera (hasta) MANZINI, VINCENZO (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, 1951) en este mismo sentido expresa: La excusación y recusación “no tienen sólo la finalidad de prevenir decisiones injustas, sino también la de evitar situaciones embarazosas para el juez y de mantener la confianza en la población en la administración de justicia, eliminando causas que podrían dar lugar a críticas o a malignidades”. E ilustrativamente concluye: “Hasta las apariencias se deben cuidar, cuando se trata de la justicia” (p. 206).

¹⁰⁰ “Aunque la intervención sucesiva de un juez de instrucción y de un tribunal enjuiciador sea, por su propia naturaleza, instrumento de garantía

aquellos alcances (v. gr., haber actuado antes como defensor o fiscal¹⁰¹), ni ejercer sus facultades de esa manera¹⁰² (véase apar-

de los intereses de los acusados, en realidad ha lesionado los derechos conferidos al demandante por el Convenio EDH, ya que el mismo magistrado ha ejercido sucesivamente las dos funciones en cuestión. En consecuencia, el demandante ha podido temer legítimamente la existencia de prejuicios por parte del magistrado a la hora de juzgar sobre el fondo del caso” (Comisión EDH, Ben Yaacoub, Informe del 7/V/85). La exigencia de imparcialidad implica la prohibición de “que el órgano llamado a resolver la cuestión por medio de la sentencia haya tomado parte en etapas previas del procedimiento cuando esa intervención haya implicado algún tipo de compromiso con la imputación o la tesis acusatoria”, señala Cristian RIEGO (*El sistema procesal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos*, en *Sistema jurídico y derechos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, serie publicaciones 6, Santiago de Chile, 1996). Esta situación se presentaba, a nivel federal, en el proceso correccional, pues el mismo juez que instruía la causa realizaba el juicio oral. Es así que, al actuar en ambas instancias no se respeta la imparcialidad e independencia del juzgador. Al respecto, cf. –entre otros– CSJN, Llerena, 17/05/2005, Álvarez, 30/09/2003, voto en disidencia de los jueces VÁZQUEZ y Maqueda, CNCP, Sala III, Fole Caballo, 7/07/2005 y CNCrim. y Corr., Sala I, Rodríguez, 13/02/2003.

Una situación similar se planteaba en el interior del país cuando los tribunales orales federales intervenían como cámaras de apelación durante la instrucción de la causa. Al respecto, cf. CNCP, Sala III, Ochoa, Raúl E. s/recurso de casación, 2/02/2006. Este mismo problema se presenta en las jurisdicciones locales lo que llevó al pronunciamiento de la Corte Suprema en los casos Nicolini, 28/03/2006 (provincia de Córdoba), y Dieser, 8/08/2006 (provincia de Santa Fe).

101 “En orden a que los tribunales puedan inspirar la confianza que es indispensable, es preciso tener en cuenta un criterio de carácter orgánico. Si una persona, después de haber ocupado un departamento del Ministerio Público cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo caso como juez, los ciudadanos tienen el derecho a temer que no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad” (TEDH, Piersack, sentencia del 1/X/82).

102 En relación a los supuestos de rechazo del juicio abreviado se explicó que “el primero se refiere a que el Tribunal considere ‘la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos’. Es claro que en ese caso el Tribunal se aparte, y ello fue también receptado en la norma, por cuanto para afirmar

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

tado 10. b). Requiere asimismo que atienda igualitariamente tanto los datos o argumentos favorables como los contrarios a los intereses sobre los que debe decidir.

Procesalmente, la imparcialidad así entendida impone la necesidad de asegurar la real igualdad de posibilidades entre acusación y defensa para que cada una pueda procurar –mediante afirmaciones y negaciones, obtención, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo, y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas– desequilibrar los platillos de la balanza a favor de los intereses que cada una representa o encarna.

4. c. 3. La independencia

Por cierto, que la imparcialidad, implica la *independencia* del Tribunal respecto de todo tipo de poder¹⁰³ o presión, política o

tal circunstancia necesariamente debió haber efectuado un análisis tal que permita sospechar que, de intervenir en lo sucesivo, su grado de imparcialidad no será el adecuado (...) el apartamiento del Tribunal tiene como finalidad, en tales casos, preservar la garantía de todo inculpado de delito de ser juzgado por un tribunal imparcial (art. 18 de la C.N.)” (CNCP, Sala IV, González, 9/03/2005, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia). En la misma dirección, la jueza Ledesma sostuvo –en disidencia– que “el fundamento de esta disposición reside en garantizar la imparcialidad del juzgador, pues si los magistrados han efectuado un análisis del caso y han arribado a una conclusión antes de que se haya celebrado el juicio oral, se puede afirmar que se rompe con su imparcialidad al pronunciarse sobre la inconveniencia del mecanismo y el proceso se puede convertir en un juego de cuatro contra uno” (CNCP, Sala III, T.M.A., 5/7/2005).

¹⁰³ “La efectiva independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006). Ello exige que “el órgano de que se trata no dependa del ejecutivo ni en el cumplimiento de sus funciones, ni como institución...” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84). “La efectiva vigencia de las garantías (judiciales) se asienta sobre la independencia del Poder Judicial, derivada de la clásica separación de los poderes públicos” pues si “se busca proteger los derechos de los individuos frente a las posibles acciones del Estado, es imprescindible que uno de los órganos de ese Estado tenga la independencia que le permita juzgar tanto las acciones del Poder Ejecutivo, como la procedencia de las leyes dictadas, y aun los juicios emitidos por sus propios integrantes” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

social (que impida o esterilice cualquier intento de desequilibrar “desde afuera del proceso” alguno de aquellos platillos). Por *independencia* se entiende la libertad del juez para cumplir sus funciones y tomar decisiones *sin interferencias*¹⁰⁴ *externas*¹⁰⁵ ni de grupos de presión, ni de otros poderes del Estado¹⁰⁶. Pero ella no es un privilegio del juez sino una garantía para el *ciudadano*, limitada *sólo* por la ley (cuya voluntad aquél debe actuar) y por la existencia de la prueba de los hechos o la falta o insuficiencia de ella en el proceso (lo contrario sería arbitrariedad). Que el juez deba obedecer *sólo* a la ley, implica que *no debe* obedecer a nadie más, pero también que *debe* obedecerla, sin poder recurrir a la analogía para aplicarla *in peius* so pretexto de interpretación; ni valorar en su decisión prueba que no haya sido legalmente obtenida, ni legalmente incorporada al proceso, ni sustituir a esta por su íntima convicción, prejuicios o caprichos, estados de opinión pública, etcétera. Esto también implica que no podrá delegar la decisión jurisdiccional en la organización burocrática que lo rodea¹⁰⁷.

104 “Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura establecen que no debe existir interferencia sobre el proceso judicial” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

105 “La independencia e imparcialidad de los tribunales debe asimismo evaluarse a partir de la existencia de garantías contra presiones externas al Poder Judicial” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

106 En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que es “necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas” (Caso del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, 31/01/2001).

107 Esta afectación a la independencia del juzgador está dada por la delegación de funciones del juez en sus empleados. De este modo, ya no son los magistrados los que se ocupan de los asuntos, sino que son sus subalternos quienes tomarán la decisión en el caso concreto (cf. MARTÍNEZ, Santiago, *Delegación de funciones y rol de los jueces en un Estado Democrático de Derecho en “LL”*, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 30 de agos-

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

Si la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni restablecer las fenecidas (art. 109, CN), y que tampoco lo puede hacer el Poder Legislativo, como ocurriría si una ley sustrae a los jueces (apropiándose de ella) “su facultad de decidir si, en el caso concreto, la conducta (pasada) del imputado se adecua o no a la prevista por la ley vigente”¹⁰⁸, puede deducirse sin dificultad que ambas prohibiciones no sólo se relacionan con una usurpación manifiesta de funciones jurisdiccionales por parte de los poderes políticos, sino que también proscriben un *ejercicio informal* de ellas, a través de órdenes, presiones, sugerencias, etc. La independencia de los jueces debe también existir respecto del *propio poder* al que pertenecen (Poder Judicial)¹⁰⁹, pues ella puede verse afectada no sólo por “órdenes superiores”¹¹⁰, sino también

to de 2004, p. 20). En esta misma dirección, BINDER sostuvo: “una democracia sin jueces no es democracia; una justicia burocrática no es justicia. Un juez es insustituible (...) La ‘firma’ no reemplaza la intermediación. La delegación de funciones no es un mecanismo para ‘salvar la justicia’ (...) Quien quiera cerrar los ojos que lo haga y se entienda ‘con quien lleva la causa’” (*Justicia y Estado de Derecho*, 1993, p. 110). En la jurisprudencia ver, CNCrim. y Corr., Sala I, Frirdlaender, 23/3/2004.

¹⁰⁸ NÚÑEZ, Ricardo, *¿Son ilimitadas las facultades del Congreso?*, en “Doctrina Penal”, n° 10, Buenos Aires, 1987.

¹⁰⁹ Respecto de la aplicación obligatoria de los fallos plenarios, la jueza Ledesma sostuvo: “en la medida en que la norma dispone su aplicación obligatoria para todo órgano jurisdiccional que dependa de la Cámara Nacional de Casación Penal, controvierte las previsiones de los artículos 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P. y conculca la garantía de imparcialidad e independencia interna del juzgador, con afectación de las tutelas expresamente instituidas en los arts. 1, 18, 31, 33, 72 inciso 12 y 22 y 109 de nuestra Carta Magna” (CNCP, Sala III, Cerrato, 15/2/2005). De manera similar arribó la Sala I de la Cámara del Crimen en Sayar, 28/10/2004. Sin embargo, la CSJN reconoció que la doctrina de los fallos plenarios resulta obligatoria para los tribunales inferiores (Fallos, 315:1771).

¹¹⁰ Este punto no es “trasladable” sin más a nuestro Ministerio Público Fiscal por su particular estructura jerárquica y por las funciones “políticas” asignadas a sus máximas jerarquías (v. gr., art. 33, inc. e, de la Ley Orgánica del Ministerio Público –LOMP–, n° 24.946).

por la regulación de los recursos *sólo* como un medio de control jerárquico (aspecto en pugna con la normativa supranacional incorporada –art. 75, inc. 22, CN– como se destaca en el punto 18). Pero ella tolera la *superintendencia* administrativa (poder de gobernar el poder) que ejercen los máximos órganos judiciales y la *autolimitación* de los jueces ordinarios que, inspirada en la necesidad de brindar seguridad jurídica a los “usuarios del servicio de justicia”, implica su acatamiento voluntario de la interpretación del derecho contenida en las decisiones de los tribunales superiores nacionales y de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos¹¹¹.

La consideración de este aspecto (la independencia) se ve enriquecida en la actualidad por la temática de los medios masivos de comunicación y su influencia en la formación de la opinión pública del ámbito social en el que el juez actúa como tal, pero del que también forma parte como ciudadano (sobre todo respecto del fenómeno estudiado bajo el rótulo de “prejuzgamiento por los medios”). Es así que se ha señalado como cues-

¹¹¹ Cf. CSJN, Fallos, 245:429 y sentencia en los casos Girolodi (7/IV/95) y Bramajo (12/IX/96). Hemos dicho por nuestra parte que “Si bien es cierto que la independencia del Poder Judicial está íntimamente relacionada con la independencia de cada uno de los jueces que lo integran para solucionar los asuntos que son materia de su competencia interpretando libremente la ley, también es cierto que esta última atribución debe racionalmente autolimitarse frente a las exigencias de la seguridad jurídica, a la que contribuye, sin dudas, el acatamiento de la doctrina de los fallos dictados por los tribunales superiores, que facilita a los litigantes una interpretación cierta y previsible de la ley. Hay que pensar si en un “estado republicano, democrático y de derecho, ‘no’ valen más la seguridad de los individuos, la paz del grupo y la solidaridad de sus miembros, que la interpretación individual del derecho. Posiblemente la aplicación ciega de estas propuestas podría entorpecer una sana evolución jurisprudencial, tendiente a adecuar la interpretación del derecho a las nuevas realidades sociales. Es por eso que se prefiere la autolimitación de los tribunales inferiores frente a la interpretación de los superiores acatando sus criterios, que la obligatoriedad legal de esta última” (cf. CAFFERATA NORES, José I., *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, Congreso de la Nación Argentina, 1998).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

tión actual “la tensión entre libertad de prensa y la independencia del juez para tomar sus decisiones libremente, sin menoscabo del principio de inocencia, especialmente cuando los medios de información se convierten en los verdaderos precursores de las sentencias condenatorias de los justiciables”¹¹², llegándose a admitir “que una violenta campaña de prensa puede perjudicar el carácter equitativo del proceso”¹¹³. Bien se ha dicho que la prensa independiente y la justicia independiente son la salvaguarda final del Estado de derecho, pero creemos que esto implica necesariamente que también sean independientes *entre* ellas (véase apartado 17. c).

Si bien la raíz de la independencia debe buscarse en la conciencia y en la conducta del juez, el sistema constitucional establece ciertos mecanismos tendientes a salvaguardarla, relacionados con su designación en el cargo y la permanencia en él¹¹⁴. Es por eso que el sistema para el nombramiento (y ascensos) de los

¹¹² ILANUD, *El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial*, Costa Rica, 1992, p. 175. Sentenciar contra tales “anticipos” requiere condiciones humanas muy especiales, pues aunque correspondan en justicia, arriesgan al juez al descrédito, o requieren un excepcional valor para enfrentar las cada vez más frecuentes amenazas o violencias (cf. CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 127).

¹¹³ Comisión EDH, Bramonto, citado en “La Ley” (revista jurídica española), año XVII, n° 3971. Alerta sobre las derivaciones peligrosas que para el principio de *imparcialidad* puede traer aparejada la difusión periodística del caso judicial, CLAUS ROXIN (*Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 406), al señalar no se puede descontar que el mismo fallo del tribunal se vea afectado por las expectativas de una opinión pública masiva que, habiendo prejuzgado sobre el caso, presione sobre la independencia de los jueces para juzgar libremente. Pero aun en estos casos “debe también tenerse en cuenta el interés social de la información, que indudablemente alcanza una mayor prevalencia en los casos en que las personas implicadas sean personas de “relevancia pública” que por ello despiertan “el interés de la opinión pública y es inevitable una cierta publicidad en la prensa”. Un importante aporte sobre el tema realiza FRASCAROLI, María Susana, *Justicia penal y medios de comunicación*, Buenos Aires, 2004.

¹¹⁴ “Para determinar si puede considerarse independiente a un órgano –especialmente en relación al ejecutivo y las partes– el Tribunal ha tenido

jueces debe relacionárselo directamente con la exigencia de independencia¹¹⁵. En estos días, a la forma tradicional de designación a través de los poderes Ejecutivo y Legislativo, justificada políticamente como una forma de elección popular indirecta (v. gr., designación por el titular del ejecutivo previo acuerdo de la legislatura o una de sus cámaras), se la ha *condicionado* procurando evitar el riesgo de “politización”, mediante procedimientos que procuren asegurar la igualdad de oportunidades entre los postulantes y su selección por idoneidad (v. gr., Constitución de Córdoba, art. 157), incluso encargando esta última tarea a organismos de composición múltiple y equilibrada, en donde estén representados órganos políticos, jueces, abogados y personas del ámbito académico y científico del derecho¹¹⁶ (v. gr., Consejo de la Magistratura, art. 114, CN) cuyo poder a veces se limita a seleccionar y proponer (con diversa fuerza vinculante según los distintos modelos) a los poderes políticos, los candidatos a jueces.

También procuran resguardar la independencia de los jueces, las disposiciones constitucionales que los ponen a cubierto de presiones de los otros poderes, estableciendo la inamovilidad en el cargo que ocupan¹¹⁷ (lo que implica también garantía contra traslados o cambios de cargo) mientras observen “buena conduc-

en cuenta el modo de designación y la duración del mandato de los miembros, la existencia de garantías contra las presiones exteriores y sobre si hay o no apariencia de independencia” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

¹¹⁵ “En la determinación de si un tribunal es independiente del Poder Ejecutivo debe considerarse el modo de designación de sus miembros” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

¹¹⁶ Lo que puede presentar otro riesgo: el *corporativo*, pues jueces y abogados decidirán qué abogados van a ser jueces. Cf. CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Informe a la Convención Constituyente de Córdoba*, en “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba”, 1987.

¹¹⁷ “En términos generales, se debe considerar la inamovilidad de los jueces durante el período de desempeño de su cargo, como un corolario de su independencia y, por consiguiente, como una de las exigencias del art. 6.1” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

4. Garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado

ta”¹¹⁸ (v. gr., Constitución Nacional, art. 110), la intangibilidad de sus remuneraciones (hay quienes entienden que no rige en caso de disminución por inflación¹¹⁹), y la inmunidad de arresto o de proceso (total o parcial) mientras estén en su cargo. Tienen asimismo a resguardar la independencia de los jueces la prohibición de realizar actividades que puedan comprometerla como, por ejemplo, la de participar activamente en política (v. gr., Constitución de Córdoba, art. 156), lo que no significa apoliticidad de opinión personal. Si bien estos resguardos no aseguran de por sí que cada juez sea verdaderamente independiente, permiten –como bien se ha dicho– que los “jueces independientes puedan desempeñar sin obstáculos el propio deber”¹²⁰.

¹¹⁸ Pero esta inamovilidad (de la que bien se ha dicho que es un “mal necesario”) tiene límites, pues si el juez durante sus funciones incurre en *mal desempeño* (entendido éste como un intolerable apartamiento de su misión, con daño al servicio y menoscabo público de su investidura), o en *indignidad* de comportamiento privado, o en *morosidad* (no puede ser ni actor ni mero espectador de su demora), o en *comisión de delitos*, o demuestra un *desconocimiento* inexcusable del derecho (no simples errores de interpretación, pues ¿quién garantiza que no sea el superior el equivocado?), o evidencia *inhabilidad física o psíquica* prolongada sobrevinientes a su designación, puede ser removido de su cargo por procedimientos institucionales: enjuiciamiento ante el Jury para jueces ordinarios (art. 115, CN), o juicio político para cabezas de poder (arts. 53 y 59, CN). Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) permiten “la recusación de jueces por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones” (n° 18).

¹¹⁹ La Constitución de Córdoba preserva la intangibilidad sólo frente a “acto de autoridad” (art. 154).

¹²⁰ Cf. IPPOLITO, Franco, *Independencia judicial y transición política*, en *Justicia para todos*, El Salvador, 1997.

Capítulo II

5. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional, y a su mismo nivel (art. 75, inc. 22) en su art. 25¹²¹ establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial¹²² cuando alguno de sus derechos haya sido violado, *siempre que este derecho les sea reconocido por la Convención, por la Constitución o las leyes internas del Estado*¹²³. Se trata de una expectativa de la víctima y sus familiares

¹²¹ El art. 25 expresa: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. La Corte IDH ha *derivado* este derecho de la obligación “a cargo de todo Estado Parte en la Convención de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (art. 1.1)” (Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87).

¹²² Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87. A tal fin, debe otorgarse la posibilidad de probar, contradecir y alegar sobre aquellas circunstancias del proceso (CNCP, Sala II, Levin, 24/10/2002). Por lo tanto, “teniendo en cuenta el derecho a ser oído que ampara –en virtud del derecho de defensa– a quien reviste el carácter de querellante en el proceso penal, corresponde rechazar la petición formulada, por los defensores, en el sentido de que no se permita informar en la audiencia fijada por este tribunal a quienes actúan en los autos principales en tal carácter” (CNCP, Sala IV, Beraja, 15/09/2005).

¹²³ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

que el propio Estado debe satisfacer¹²⁴. Esta protección corresponderá “cualquiera sea el agente”¹²⁵ al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular¹²⁶ ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de *evitar* que tal vulneración ocurra¹²⁷, y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxi-

¹²⁴ Corte IDH, Caso Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005. En este mismo sentido, Corte IDH, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 28/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2006.

¹²⁵ Se trate de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial aún fuera de su competencia (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88). En el ámbito local, esto fue reconocido por el voto en minoría del juez DAVID en el precedente Ferro (CNCP, Sala II, 16/03/2001).

¹²⁶ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. La obligación de garantía “asumida por los Estados les obliga a adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance, para impedir que esos derechos sean vulnerados por particulares (tales como delincuentes comunes) o por agentes no estatales de violencia política (tales como grupos subversivos o terroristas) o, en caso que esas medidas resulten inadecuadas o insuficientes, adoptar las medidas indispensables para perseguir y sancionar a los responsables de conductas que lesionen los derechos protegidos” (FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano*, cit., p. 131). En un sentido similar, VIVANCO advierte sobre “la falta de políticas adecuadas de seguridad ciudadana por parte de instituciones policiales y de seguridad, que han llegado a convertirse en uno de los mayores obstáculos para el desarrollo y crecimiento democrático” (*El futuro del Sistema Interamericano*, cit.).

¹²⁷ El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se haya violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención (Comisión IDH, Informe 92/05, caso 12.418, del 24/10/2005). De tal forma, el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan, si corresponde, a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, del 11/03/2004). Véase nota 184.

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

liando¹²⁸; porque nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” –porque son esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad¹²⁹.

La jurisprudencia supranacional ha explicitado este concepto señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un “recurso” sencillo y rápido¹³⁰ ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1, CADH)¹³¹, y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen¹³², y también que se garantice “el cumpli-

¹²⁸ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

¹²⁹ “Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de ese derechos” (CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, del 7/VII/1992).

¹³⁰ Comisión IDH, Informe n° 52/97, caso 11.218, del 18/II/98. El término recurso debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tienen en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970). Por recurso debe entenderse “acceder al tribunal”: es sinónimo de vía judicial o proceso, dice Germán BIDART CAMPOS (*Tratado elemental de derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, 1986, ps. 517 y 526).

¹³¹ Comisión IDH, caso 10.832, Informe n° 35/96. Por tal motivo, el excesivo ritualismo que impide la facultad recursiva del querellante, resulta incompatible con el debido proceso adjetivo y un adecuado servicio de justicia (CNCP, Sala III, Fuks, 26/09/2005).

¹³² Decisión que “es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso del art. 25, CADH (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 30/VIII/97). Es lo que nosotros apodamos “derecho a la jurisdicción”, señala BIDART CAMPOS (*Tratado*, t. III, cit., p. 517). Esto importa que la valoración de los elementos probatorios que se produzcan durante el juicio sean analizados por

miento, por las autoridades competentes”, “de toda decisión en que se lo haya estimado procedente”¹³³. El recurso debe ser efectivo, por lo que no alcanza su mera existencia formal, pues la efectividad exige que sea adecuado (que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida) y eficaz (capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido)¹³⁴.

Éste es el llamado derecho a la *tutela judicial efectiva* (v. gr., arts. 1.1., 8.1 y 25, CADH) que “comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute”¹³⁵.

el tribunal de juicio dentro del marco de la sana crítica . En consecuencia, si el querellante plantea un recurso en orden a la valoración probatoria, el tribunal del recurso deberá ingresar en su análisis (cf. CSJN, Martínez, 4/07/2006).

¹³³ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

¹³⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

¹³⁵ Cf. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Reflexiones en torno a la acción procesal*, en *Simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997. La CSJN ha encontrado “coincidente” el “derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna” con el que reconocen los arts. 8.1, CADH, y 14.1, PIDCP (cf. CSJN, Santillán, en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/IX/98). En esta línea, cf. el voto del juez BRUZZONE en el caso Ascolece (CNCrim. y Corr., Sala I, 30/12/2003). En dicho precedente, el magistrado entiende que de todas las interpretaciones posibles de la normativa procesal debe estarse a aquella que le permita al querellante tener la factibilidad de ejercitar la vía recursiva. Por su parte, la CSJN sostuvo que “la denegación de la vía casatoria se apoyó exclusivamente en la doctrina corriente del tribunal de Casación Nacional según el cual cuando un delito se encuentra amenazado con distintas clases de pena debe atenderse a la cualitativamente más grave al considerarse la limitación prevista en la citada norma procesal (...) se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida en que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva, también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima. Sus alcances se analizarán a continuación.

5. a. La “protección penal”

Antes de la vigencia de esta normativa mucho se discutió entre nosotros sobre si la víctima de un delito tiene o no el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de *reclamar* al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal¹³⁶. El nuevo sistema constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada, aportan mucho a esta discusión, aproximándonos paralelamente a nociones de “protección penal” de la víctima, por obra de un “derecho penal protector”.

5. a. 1. Posiciones clásicas

Quienes postulan la respuesta afirmativa argumentan desde antaño, que “según los principios constitutivos y esenciales del derecho es preciso reconocer que, desde un punto de vista meramente abstracto, el derecho de promover querrela contra el agresor y de perseguirlo ante el poder público hasta que se obtenga su castigo, no puede admitir ni restricciones ni límites”. Este derecho es reconocido por la ley suprema que al concederlo “otorga también, como contenido necesario de ese derecho, el

del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial prevista en los arts. 8 ap. 1° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)” (Juri, 27/12/2006).

¹³⁶ En la jurisprudencia, por su parte, se sostuvo que compete a los jueces hacer efectiva, en la legislación interna, la protección acordada por esos tratados y convenios a las víctimas del delito que, en este caso concreto, han apoyado la participación del Estado chileno como querellante, ya que estiman que su presencia defiende y protege sus derechos (CNCP, Sala I, Arancibia Clavel, 5/04/1999).

poder tutelarlos, y por eso la facultad de perseguir judicialmente a quien viole tal derecho, es una emanación de esa ley suprema”; por lo tanto la “autoridad social sí es tiránica cuando en algún caso le niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse”¹³⁷. Afirman también aquéllos que no hay nada más “lógico, jurídico y moral (sobre todo moral)” que la admisión de la víctima como “querellante particular cuando el delito afecta un interés jurídico, sea patrimonial o moral”. Siendo ésta una cuestión directamente vinculada a los derechos y garantías personales que tienen su protección en la Constitución Nacional ante el Poder Judicial, los lesionados no pueden ser privados de ellas atribuyendo exclusivamente al Ministerio Público el derecho de acusar, pues esto implicaría cercenar una garantía sin ningún motivo jurídico ni político que lo justifique¹³⁸. Concluyen señalando que los orde-

¹³⁷ CARRARA, Franciso, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, 1972, t. II, ps. 319 y 322.

¹³⁸ Cf. BIELSA, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. II, Buenos Aires, ps. 293-294. En esta dirección, se afirmó que la actuación del acusador particular no constituye una intervención adhesiva simple en tanto que ha sido dotado de amplias facultades de impulso del proceso y que el legislador ha puesto a su disposición una serie de recursos con la finalidad de provocar el control de los tribunales de alzada respecto de la actividad de fiscal y del juez, entre los que cabe destacar el previsto expresamente en el segundo párrafo del artículo 337 del CPPN que le confiere a la parte querellante la potestad recursiva para cuestionar un auto de sobreseimiento sin que resulte necesario que medie recurso fiscal (CNCP, Sala II, Lecuona, 12/12/2003). Analizando el Código Procesal Penal de Córdoba (CAFFERATA NORES, José I. y otros, *En torno al querellante particular*, Córdoba, 2003, p. 31) hemos expresado: “impedirle al querellante recurrir el archivo o el sobreseimiento que han sido obligatoriamente dispuestos solo porque los fiscales se niegan investigar o a acusar, (como en el art. 352 en el caso del art. 359, CPP), o condicionar la posibilidad de que la Cámara de apelación considere la procedencia formal y sustancial de estos recursos a que el Fiscal de esa Cámara lo mantenga (como en el art. 352 y el art. 332 en el caso del art. 464,

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

namientos procesales “tienen la obligación legal” de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública “por tratarse de una garantía de un derecho individual con sustentación constitucional que afecta las relaciones del habitante de nuestro suelo con la justicia...”. Por ello, la exclusión de esa posibilidad es “desacertada por ser propio de regímenes políticos distintos al nuestro, inspirado en el sistema Republicano de Gobierno que repele toda idea de monopolio estatal”¹³⁹.

La respuesta negativa en la Argentina puede sintetizarse en la opinión según la cual el artículo 71 del Código Penal impide, respecto de los delitos de acción pública ejercitable de oficio, la querrela del ofendido. Los particulares –se señala– no pueden ser titulares del ejercicio de la acción de oficio y a los códigos de procedimiento locales les está vedado atribuirles esta calidad¹⁴⁰. El presupuesto de esta posición¹⁴¹ consiste en la creencia de que el

CPP), configura una forma de negarle el acceso a la jurisdicción, una violación del derecho a la defensa en juicio y una vulneración a su derecho de ejercer la acción penal pública, que queda así “vacuo de contenido”, lo que lo hace incurrir en el vicio de inconstitucionalidad provincial, por vulnerar los arts. 8.1 y 25 de la CADH, de nivel constitucional provincial y los arts. 18, 40 párrafo 1° y 172 inc. 3 de la Const. Prov., y los arts. 18 y 75 inc. 22, CN. “Aceptó inicialmente tal tesis la Cámara de Acusación de Córdoba”. (Recurso de queja interpuesto por querellante particular y actor civil –Adriana Olga Serjan– en autos Montrasi, Eduardo Alberto p.s.a. estafas reiteradas, del 23/12/02). Luego la siguieron la Cámara 9ª en lo Criminal de Córdoba (Buonanotte, 17/07/2004); la Cámara 7ª en lo Criminal de Córdoba (Sengiali, 03/03/2005), la Cámara 10ª, en lo Criminal de Córdoba (Sansinena, 13/09/2004) y la Cámara de Acusación de Córdoba (Bianco, 07/03/2005), entre otros. Parece encaminarse en la misma dirección en orden al recurso de casación el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Sala Penal, Correa, 22/02/2005).

¹³⁹ GARRO, Juan Manuel, *El Ministerio Fiscal y el querellante particular*, en *Ponencias al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, ps. 299 y 304.

¹⁴⁰ Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, cit., p. 130.

¹⁴¹ Sin embargo, es bueno recordar que el Código Civil entendió y entiende que la víctima de un delito puede tener “acción criminal” (art. 1096) “para acusar y pedir el castigo” (art. 842) de los “responsables del hecho dedu-

Código Penal recepta una concepción material de la acción penal: es “la potestad de castigar en sí misma”. La regulación material de la acción penal comprende, entre otros puntos, “lo concerniente a la titularidad de su ejercicio” y a los “requisitos para su ejercicio” y corresponde, por pertenecer a la punibilidad del delito, a la órbita legislativa del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN)¹⁴². La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional compartió, en lo sustancial, esta tesis, afirmando que “lo atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional¹⁴³, porque el derecho que pueda asistir al damnificado por un delito para concurrir con el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción pública “no guarda relación directa e inmediata con el art. 18 de la Constitución Nacional¹⁴⁴, ya que la garantía de defensa en juicio supone “la existencia de derechos de los interesados de cuya elucidación se trate¹⁴⁵. De allí que no siendo la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querrelante en los delitos de acción pública “un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo¹⁴⁶, “su exclusión no compromete principio constitucional alguno¹⁴⁷. Y para mejor comprensión se expresó que “muy otra, por lo demás, es la situación que plantea el ejercicio de la acción penal privada (art. 73, CP). En tal caso el acusador particular es evidentemente el titu-

ciendo querrela criminal” (art. 3982 *bis*) independientemente de la *acción civil* destinada a lograr la “indemnización del daño causado por el delito” (art. 1096).

¹⁴² Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, cit., p. 128.

¹⁴³ CSJN, Fallos, 252:193.

¹⁴⁴ CSJN, Fallos, 143:8.

¹⁴⁵ CSJN, Sanmartino, Virgilio, 7/V/51.

¹⁴⁶ CSJN, Fallos, 243:5.

¹⁴⁷ CSJN, Fallos, 252:193.

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

lar no sólo de la acción procesal sino también del derecho sustancial que le acuerda la ley de fondo”, por lo “que el privarle sin justa razón del derecho de acción afecta la garantía de la defensa en juicio”¹⁴⁸.

5. a. 2. Evolución de la jurisprudencia local

Sin embargo, y más recientemente, parece insinuarse un cambio de orientación de esta línea jurisprudencial. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que el pedido de condena realizado por el querellante por un delito de acción pública es idóneo para habilitar al tribunal de juicio para que dicte una sentencia condenatoria –aunque el fiscal hubiere pedido la absolución– fundando esta decisión en el “derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna” cuyo alcance encuentra “coincidente con el que reconocen los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁴⁹. Sobre

¹⁴⁸ CSJN, Fallos, 199:617, y dictamen del Procurador en la causa Santmartino, citado precedentemente.

¹⁴⁹ CSJN, Santillán, en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 28/IX/98. En esta misma dirección, se sostuvo que con el fin de asegurar los derechos consagrados por la Constitución Nacional, no puede privarse al particular querellante –a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal– de un pronunciamiento útil a sus derechos, pues ello desmerecería su rol por completo. “En el *sub lite*, ante el pedido de absolución formulado por el representante del ministerio público, en la oportunidad prevista por el art. 393 del CPPN, el querellante particular solicitó la imposición de una pena, no obstante lo cual el tribunal omitió decidir sobre el particular, desconociendo derechos expresamente consagrados tanto en nuestro ordenamiento constitucional como ritual” (CNCP, Sala III, Barbieri, 5/10/1998, voto del juez Tragant). Este criterio también fue aceptado por la Sala II en Alderete, 2/04/2004, y Ricciardelli, 16/06/1999). Sin embargo, el límite a la intervención de la víctima estaría dado por la forma en que las legislaciones procesales provinciales decidan incorporarlo (cf. MARTÍNEZ, Santiago, *El querellante en el proceso penal... y después de Santillán ¿qué? Acerca de las posibles consecuencias del fallo “Santillán” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 10 A, Buenos Aires, ps. 475-476; *La víctima y el juicio abreviado*, cit., p. 33 y ss.). La

este fallo señalamos que el alto tribunal parecía “haber interpretado (...), aunque implícitamente, que el derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la que reconoce (no tan implícitamente) que es también un derecho del ofendido ‘de carne y hueso’ obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de vulneración de aquel bien jurídico abstracto, derecho que se le reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto (y no a cualquier persona, lo que sería un caso de ‘acción popular’ en donde el ciudadano representa el interés general, no su propio derecho)”. El fallo nos dio pie para conjeturar¹⁵⁰ que la Corte así lo decidió porque quizás compartiera una muy interesante corriente de pensamiento (en la que nos sentimos expresados) que postula que el derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad (v. gr., art.

CSJN en Juri, 27/12/2006 también basó su decisión en el artículo 25 de la Convención Americana. En este precedente encontramos además que la Corte –a excepción del juez Petracchi– estableció, a manera de *obiter dictum*, que no se encontraba en juego el derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana. Un criterio diferente se había expuesto –en disidencia– en el fallo Mainhard (Fallos, 324:3269, voto del juez VÁZQUEZ) en el que se sostuvo que, como la normativa internacional reconoce que ese derecho le corresponde a toda “persona”, a diferencia de los demás supuestos en los que se menciona “persona imputada”, el querellante tiene derecho al recurso. Al comentar este caso, se señaló que no parece coherente, a la luz de la doctrina “Santillán”, que exista una limitación al derecho del acusador particular para interponer el recurso de casación (cf. MARTÍNEZ, Santiago, *¿Una oportunidad perdida? Reflexiones acerca del fallo “Mainhard” de la CSJN y el límite a la facultad recursiva del querellante*, en Revista de Ciencias Jurídicas *¿Más Derecho?* n° 3, Buenos Aires, 2003, p. 218. Es crítico de esta posición, GARCÍA, Luis M., *El derecho a recurrir contra la sentencia en la C.A.D.H. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 9, Buenos Aires, 2005).

¹⁵⁰ Cf. CAFFERATA NORES, José I., *¿Se terminó el “monopolio” del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?*, en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/IX/98.

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

120, CN) penalmente simbolizados en los “bienes jurídicos”, pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima¹⁵¹, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal (v. gr., “la” propiedad), sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido (v. gr., “su” propiedad)¹⁵².

5. a. 3. El impacto de la opinión de los organismos supranacionales

Sin embargo, nuestra opinión resulta tímida si se la coteja con la constelación de informes y decisiones de los organismos regio-

¹⁵¹ Por tal motivo, “la decisión del juez de instrucción de dar por decaído el derecho a responder la vista que prevé el art. 346 del Código Procesal aparejó la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente”. Es así que, al dictarse sentencia en estas condiciones, se afectó el derecho de defensa en juicio (CSJN, Del’Olio, 11/07/2006).

¹⁵² Y a partir de esta idea añadimos que el derecho a la *tutela jurídica* de la persona de la víctima, de nivel constitucional (art. 25, CADH; art. 75, inc. 22, CN) exige no sólo no dejar sin la protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino además que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable (v. gr., delitos que sólo afectan intereses disponibles por su titular). Ello lleva implícita la aceptación de que, para una mejor protección de la víctima, el derecho penal puede cumplir *otra* función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría de los delitos (cf. CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1998, p. 69). Pero no todos piensan así: “El directamente afectado por el delito puede tener, en algún caso, intereses distintos a los de la sociedad y puede llegar a admitir compensaciones extrajudiciales que resultan inaceptables para el interés general, empeñado en hacer cumplir la ley, y en desterrar la impunidad. Sostener lo contrario podría representar un inaceptable intento de ‘privatizar’ la justicia penal; y un retorno a épocas pretéritas, con ademanes de postmodernidad”, expresó el Tribunal Oral Criminal n° 7, Fallo n° 94.703 del 24 de abril de 1996. Creemos, sin embargo, que todavía no se ha discutido a fondo el tema a partir del art. 75, inc. 22, CN.

nales de protección de los derechos humanos (también incorporados a nuestra Constitución por la redacción del art. 75, inc. 22). Es preciso aceptar que en algunos casos sus conclusiones parecen más semejantes a las de la jurisprudencia local restrictiva, como cuando sostienen que “en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal”¹⁵³, o cuando expresan que en los sistemas en los que “la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal”, ella (la víctima) tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales; o cuando en otros casos condicionan este derecho al previo reconocimiento por la ley procesal de la atribución de impulsar el proceso penal y llevarlo adelante¹⁵⁴.

Pero no puede dejar de señalarse cómo la jurisprudencia supranacional de la región avanza luego *extraordinariamente* sobre estos conceptos al afirmar categóricamente que, “cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice “seriamente con los medios a su alcance (...) a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes...”¹⁵⁵. A este derecho se lo deriva del “derecho a la tutela judicial efectiva” previsto en el art. 25 de la CADH¹⁵⁶ (y expuesto en el punto 5).

¹⁵³ Cf. Comisión IDH, Informe n° 29/92, caso 10.029 y otros (1993).

¹⁵⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros (1997).

¹⁵⁵ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970 (1996). Sean los responsables agentes públicos o particulares (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, 29/VII/88).

¹⁵⁶ FAÚNDEZ LEDESMA expresa: “la negligencia en la prevención del delito y en el castigo del delincuente constituye una violación de las obligaciones que el Estado ha asumido en materia de derechos humanos, debiendo garantizar el derecho de toda persona a vivir sin el temor de verse expuesta a la violencia criminal, y debiendo evitar –por todos los medios a su alcance– la impunidad de tales actos” (*El Sistema Interamericano*, cit., p. 24).

5. b. La sanción al culpable como derecho de la víctima

Pero el avance de este pensamiento es todavía más profundo, pues los organismos regionales de protección de los derechos humanos han producido además un conjunto de opiniones y decisiones que proporcionan un amplio margen para rediscutir el papel de la administración de la justicia penal y hasta el fundamento del propio derecho penal, pues permiten inferir que consideran al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito “como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo”¹⁵⁷. Es así que en aquel ámbito supranacional se ha expresado que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...”¹⁵⁸, entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de éstas haya sido violado), como un corolario necesario del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les imponga “las sanciones pertinentes”*¹⁵⁹. De este modo, si el Estado no investiga de forma efectiva, viola el deber de respetar derechos reconocidos por la Convención y garantizar a la víctima su libre y pleno ejercicio¹⁶⁰. O sea que, en este

¹⁵⁷ Así lo hemos sostenido en CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, cit., p. 342.

¹⁵⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros.

¹⁵⁹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970. El criterio fue ratificado posteriormente, entre otros, en el Informe 32/04, caso 11.556, del 11/03/2004. Esta también es la idea de la Corte IDH. Así, en el precedente Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Sentencia de 1/03/2005) se sostuvo que “en consecuencia, los familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a estas últimas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”.

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, 27/11/2003.

entendimiento, el fundamento de la persecución penal pública radica, al menos en parte, en que el delito lesionó el derecho de una persona cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso penado con arreglo a la ley.

Estos conceptos parecen influidos por la idea de que el derecho penal debe ser un “derecho protector” que, si para algo sirve, es para “prevenir daños y al suceder los daños, en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un “remedio institucional redignificante” como es “la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso”¹⁶¹.

Esta novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Fiscal ubicado “del lado” de la víctima, tanto ayudándola cuando (o para que) ésta se constituya en querellante, como cuando ella no quiera (o tenga dificultades para) asumir esa condición, cumpliendo una función de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v. gr., delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr., delito contra la salud pública, a la administración pública, etc.). También determinará que el concepto de acción o de persecución penal pública sea observado especialmente para controlar que sus fines no se “autonomicen”¹⁶² de los del conjunto de los ciudadanos, ni se desentiendan de la víctima. E influirá en cualquier caso

¹⁶¹ Cf. MALAMUD GOTI, Jaime, *Prólogo*, en BOVINO, *Problemas*, cit. Agrega este autor que la imposición de la pena remedia la humillación a la que fue sometida la víctima por el delito, restableciendo en ella su dignidad, el “respeto por sí misma y su confianza” en que las instituciones valoran sus ideales y protegen sus propios planes de vida –y los ajenos– de la interferencia de terceros (cf. *Igualdad, castigo y confianza*, inédito). “La imposición de una pena al culpable posee un inequívoco sentido ‘reparador’ para la víctima... reestablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad” Corte IDH, “Bulacio”, 18-09-2003, voto razonado del doctor Ricardo Gil Lavedra.

¹⁶² Cf. BINDER, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997, ps. 161 y siguientes.

5. el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción (persecución) penal pública, pues esta actividad oficial si bien *no* puede hoy ser obstaculizada o condicionada por los ofendidos más allá que lo que el Código Penal Argentino consiente (arts. 71 y 72)¹⁶³, sí puede ser *compartida* por ellos (v. gr., querrela de acción pública) e incluso desarrollada en forma *autónoma*, en los casos en que aquella autoridad no inicie la persecución o la concluya en sentido desincriminador¹⁶⁴.

¹⁶³ Aspecto que hemos propuesto sea modificado, tal como lo dejamos expuesto en la nota 152.

¹⁶⁴ Cf. CAFFERATA NORES, José I, *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Buenos Aires, 1999, ps. 66 y 67. “Si deslegitimamos al particular de su rol de eventual querellante, estamos vulnerando no sólo nuestra constitución, sino a la vez los tratados internacionales”, sostuvo Germán BIDART CAMPOS (*La legitimación del querellante*, en ED, t. 143-937). Se había preguntado antes el mismo autor: “¿Cómo podría defenderse la víctima de un delito de acción pública si por la inacción del fiscal no pudiera incitar ella el proceso penal para la reparación del daño que le ha sido inferido, sea este daño patrimonial o no?”, y continúa: “la amputación gravísima de este derecho de defensa, y la indefensión total en que quedaría la víctima del delito de acción pública cuando faltara la acusación fiscal, nos proporciona un criterio ‘estándar’ de rango constitucional que nos parece muy difícil de desplazar o negar con alegatos de cualquier índole”. Se ha entendido que “la capacidad de rendimiento del precedente ‘Santillán’ retrotrae sus efectos a todos aquellos momentos previstos en el código donde se requiere el impulso del Estado constituido en la parte acusadora; es decir: al comienzo de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 180 y 188, C.P.P.N.; al final de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 346 y 348 de ese cuerpo legal; como fue expresamente resuelto en el fallo en cuestión [se esta refiriendo al caso Santillán de la CSJN], al momento de lo dispuesto en el art. 393, C.P.P.N., y, por último, en el ámbito recursivo correspondiente”. De esta manera, se concluye que se lo ha legitimado para actuar en solitario desde el comienzo de la causa penal (por delito de acción pública) sin que sea necesaria la intervención del MPF (CNCrim. y Corr., Ascolece, 30/12/2003, voto del juez BRUZZONE). En la misma dirección, CNCP, Sala II, Baza, 23/11/2005. Similar criterio, aunque restringido a que se haya llevado a cabo la instrucción tiene la jueza Ledesma (cf. CNCP, Sala III, Carrizo, 30/05/2005). Por su parte, el juez Bisordi es aún más estricto y reclama la presencia del Fiscal en el juicio para velar por la legalidad aun cuando la

6. ¿Otro fundamento para las funciones estatales de procuración y administración de justicia penal?

Nos parece, entonces, que la “constitucionalización” de la legislación supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) proporciona material que obliga a una *nueva y seria* reflexión sobre la relación entre la víctima del delito y la procuración y administración de la justicia penal en la Argentina. Sobre todo cuando los organismos regionales encargados de su interpretación (véase punto 2) han expresado que como consecuencia de su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados por la legislación supranacional “a *toda persona* sujeta a su jurisdicción”, el Estado tiene el deber jurídico de “investigar seriamente con los medios a su alcance (...) las violaciones que se hayan cometido (...) a fin de identificar a los responsables” e “imponerles las sanciones pertinentes”¹⁶⁵; por lo que, “tratándose de delitos de acción pública (...) perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos, promoviendo e impulsando, las distintas etapas pro-

función acusadora recaiga únicamente en la víctima (cf. CNCP, Sala I, Linares, 6/06/2005. A este voto adhirió el juez Rodríguez Basavilbaso). Un análisis de las distintas posiciones jurisprudenciales y una propuesta de cambio en GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La inconstitucionalidad del mecanismo de consulta y la participación del querellante en el proceso penal*, en AA.VV., *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2007, p. 45 y ss. . La cuestión se complica en los códigos que acuerdan sólo al fiscal la investigación penal preparatoria, pues si este se niega a realizarla (v. gr., vía archivo de actuaciones o desestimación de la denuncia), o a proseguirla, o a acusar (v. gr., instando el sobreseimiento), no es posible pensar acordarle tal función al querellante particular, que carecerá no sólo de la *autoridad pública* necesaria para hacerlo, sino también de la *objetividad* propia de la actividad de aquél. Cf. CAFFERATA NORES y OTROS, *En torno al querellante particular*, Córdoba, p. 29.

¹⁶⁵ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. En la misma dirección, ver Corte IDH, caso Baldeón García vs. Perú, 6/04/2006.

6. procuración y administración de justicia penal

cesales”¹⁶⁶, lo que constituye un “deber jurídico propio” y no “una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima (...) o de la aportación privada de elementos probatorios”¹⁶⁷. Ello “exige que los Estados observen un grado de diligencia razonable en la determinación de los hechos”¹⁶⁸ actuando con “los medios existentes a su alcance”, e intenten arribar “a una decisión”¹⁶⁹, “identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes”¹⁷⁰.

La jurisprudencia supranacional de la región también ha precisado que si bien la de investigar “es una obligación de medio o comportamiento, que no es incumplida por el solo hecho de que no produzca un resultado satisfactorio (...) debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa¹⁷¹ y desarrollarse en forma completa, independiente e imparcial¹⁷². Más precisamente esta obligación requiere que los “órganos competentes” impulsen “con la

¹⁶⁶ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, caso 11.228; Comisión IDH, Informe n° 25/98, del 7/IV/1998. Este criterio lo encontramos también lo ha sostenido la Corte IDH en el caso Durand y Ugarte, 16/08/2000.

¹⁶⁷ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

¹⁶⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297. En este sentido, la Corte IDH afirmó que el deber de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (Caso Durand y Ugarte, 16/08/2000).

¹⁶⁹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

¹⁷⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297.

¹⁷¹ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. En idéntico sentido, caso Durand y Ugarte, 16/08/2000. Cuando el Estado haya cumplido con su obligación de investigar diligentemente, el hecho de que la investigación no produzca un resultado positivo o que la decisión no resulte favorable al peticionario, no demuestra *per se* que éste no ha tenido acceso a un recurso (cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

¹⁷² Cf. Comisión IDH, Informe n° 10/95, caso 10.580 (1996). No reúne tales requisitos, concluye, la investigación dirigida por los “órganos potencialmente implicados”.

debida diligencia el proceso penal, y que sus órganos jurisdiccionales competentes juzguen de manera pronta e imparcial, sancionando en su oportunidad y de acuerdo a la gravedad del delito cometido y las leyes aplicables”¹⁷³ a los responsables.

7. Reparación e indemnización

También tienen influencia en el sistema de procuración y administración de la justicia penal, los derechos a la reparación e indemnización de la víctima que contempla la normativa supranacional constitucionalizada (art. 75, inc. 22, CN; art. 63.1, CADH), que han permitido a los órganos regionales de protección de los derechos humanos señalar que para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del gobierno culmine con la *reparación* a la parte lesionada¹⁷⁴. El derecho de la víctima a obtener una reparación ha sido entendido *lato sensu* como la plena retribución (*restitutio in integrum*), que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y también el pago de una *indemnización* como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral¹⁷⁵.

¹⁷³ Cf. Comisión IDH, Informe n° 24/98, del 7/IV/98.

¹⁷⁴ Cf. Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95). Este criterio ha sido reiterado recientemente en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (1/03/2005) y en el caso Gómez Palomino vs. Perú (22/11/2005). Análogamente, la Corte IDH declaró: “del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación (caso Villagrán Morales y otros (caso de los “niños de la calle”), 19/11/1999).

¹⁷⁵ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. Si “se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Con-

7. reparación e indemnización

Se ha incluido dentro de la reparación propiamente dicha “la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación” de la infracción demandada (en el caso, desapariciones forzadas¹⁷⁶) incluso aunque no puedan aplicarse sanciones penales y sólo se dirijan a develar lo ocurrido (“derecho a la verdad”)¹⁷⁷;

vención, debe disponerse, con base en el artículo 63.1 de la misma, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95). Ello no sólo cuando se trate de un particular sino también cuando sean los agentes del Estado quienes produjeron la afectación (cf. CNCP, Sala II, Ferro, 16/03/2001, voto en minoría del juez DAVID). La CSJN, por su parte, no admite la puesta en libertad del condenado por sentencia firme como “reparación o compensación” por violación al derecho a la libertad o de otros derechos y garantías por no tener ello apoyo jurídico nacional y/o internacional” (Acosta, 22/XII/98, en JA, n° 6148).

¹⁷⁶ Cf. Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95.

¹⁷⁷ La posibilidad de que la justicia penal procure la “obtención de la verdad” sabiendo de antemano que por razones legales no podrá imponerse una pena, ha sido justificada, entre nosotros señalándose que es el “primer paso al reconocimiento de la dignidad humana (arts. 1 y 2 de la CADH, y 2 del PIDCP)”, expresión del “imperativo ético de ser solidarios con las víctimas”, que exige buscar “las alternativas institucionales más adecuadas para paliar o disminuir su sufrimiento” y “atender en forma eficaz a la necesidad” de sus familiares “de hacer un duelo”, a la par de “colaborar en la ree-laboración social de un conflicto de enorme trascendencia ética e institucional” (cf. dictamen del Procurador General de la Nación, causa n° 450, del 8/V/97. Propuso incorporar expresamente esta posibilidad al CPPN la diputada Elisa Carrió (expte. D-97, n° 6799). Véase, también, MÉNDEZ, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados*, cit., p. 517. Por su parte, la Corte IDH ha sostenido: “este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer” (caso Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005). De este modo, las leyes de amnistía generales “impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la ver-

la declaración pública de la reprobación de aquella práctica; la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares¹⁷⁸. Pero se ha aclarado que, en sentido estricto, medidas de esta clase formarían parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones a tenor del artículo 63.1 de la CADH.

En cambio, la expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la CADH, por referirse a una *parte* de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”¹⁷⁹ es compensatoria, no sancionatoria. A nuestro parecer, esta disposición y su interpretación por la jurisprudencia supranacional de la región, proporcionan un importante respaldo al ejercicio de la *acción civil resarcitoria* en el proceso penal, pues así habrá una mayor protección a la víctima, pues será el Estado (y no la víctima) quien tendrá a su cargo la investigación sobre la existencia del hecho y la individualización de sus partícipes, de la que ella se aprovechará¹⁸⁰ (lo que pone en crisis algunas tendencias a suprimirlo que han aparecido en los últimos tiempos).

dad y recibir la reparación correspondiente” (Corte IDH, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, 14/03/2001).

¹⁷⁸ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia sobre reparaciones del 21/VII/1989.

¹⁷⁹ Aunque algunos tribunales internos, “en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional”, señala la Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia sobre reparaciones del 21/VII/89.

¹⁸⁰ Si el Estado se encarga de probar el acaecimiento de la violación a su derecho y la participación del responsable, la víctima *sólo* tendrá que probar la existencia y extensión del daño que sufrió. Si en cambio, se la obliga en todo caso a accionar en sede civil, tendría a su cargo probar también aquellos extremos, para lo que se encuentra en mucho peores condiciones que el Estado.

Capítulo III

8. Garantías del acusado

La normativa supranacional incorporada a la Constitución por el art. 75, inc. 22, hace expresas, ratifica y amplía los alcances de muchas de las garantías acordadas *exclusivamente* al acusado, que antes ya estaban contenidas o se deducían (garantías implícitas o no enumeradas) de la Constitución Nacional. Aunque tradicionalmente se las ha distinguido entre garantías penales y garantías procesales, desde aquella nueva perspectiva se acrecienta la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad de limitar el poder penal del Estado¹⁸¹. Es que ambas clases funcionan como directivas o prohibiciones hacia el Estado, indicándole –en síntesis– cuándo y cómo (o sea, bajo qué condiciones) podrá condenar a una persona a cumplir una pena, y cuándo y cómo no podrá hacerlo. Además, como el derecho penal sólo vive (podríamos decir que se encarna) mediante la actuación judicial, las garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unas los alcances y contenidos de las otras, para el más pleno efecto garantizador de cada una y del conjunto.

8. a. Garantías penales

El nuevo sistema constitucional argentino (véase punto 1), por su ideología y en sus disposiciones expresas, consagra las

¹⁸¹ "... en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal" (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/III/86).

siguientes garantías *penales*, a saber: *legalidad*, únicamente la ley, es decir un acto emanado del Poder Legislativo, democráticamente elegido¹⁸², y no de los otros poderes, de alcance general y abstracto, puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito¹⁸³, estableciendo a la vez la pena que le corresponderá al infractor; *reserva*, sólo podrá aplicarse pena a quien incurra en la conducta descrita por la ley como delito (con sus notas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad¹⁸⁴, nunca otras no atrapadas por aquella descripción

182 El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, dice la Corte IDH, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (20/6/2005).

183 “Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha advertido que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25/11/2005). Es así que, resulta necesaria la cuidadosa verificación de la efectividad de la conducta ilícita (Corte IDH, caso *De las Flores vs. Perú*, 18/11/2004). Por ello, “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad” (Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, 25/11/2004).

184 Parece oportuno destacar desde ya –pues tendrá relación con muchos de los puntos que se tratan en este capítulo– que según la reciente tendencia jurisprudencial de la CSJN (v. gr., *Arancibia Clavel*, 24/08/2004, entre otros) muchas de estas garantías tienen acotada fuertemente su vigencia (y algunas no rigen) en relación a los delitos de “lesa humanidad”, cuyo definición y tratamiento detenido exceden los límites de este libro. Sólo parece oportuno señalar que hoy *se discute* sobre si este fenómeno abarca también casos que no encuadren en la conceptualización tradicional de aquella especial categoría delictiva, es decir, que no se trate “de delitos de gravedad extrema cometidos por regímenes políticos en forma masiva y sistemática”, como precisa ZIFFER, Patricia S., *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, 2005, ps. 760-762, que

8. garantías del acusado

(todo lo que no está penalmente incriminado, estará penalmente permitido), ni con una especie o cantidad diferente de pena que la prevista (“reserva” que excluye la posibilidad de aplicación analógica de la ley penal); *ley previa*, sólo podrá reprimirse una conducta humana si se encuentra descrita por la ley como punible, antes de su acaecimiento y sólo con la pena prevista en ese momento¹⁸⁵; *irretroactividad*¹⁸⁶, no podrá invocarse para reprimir esa conducta una ley posterior a su ocurrencia, sea porque recién la tipifique como delictiva, o sea porque le asigne una sanción más grave¹⁸⁷ (sí podrá aplicarse retroactivamente la ley

reflexiona críticamente a partir de la extensión resuelta en este sentido por la Corte IDH el 18 de septiembre de 2003 en el precedente Bulacio. Más abarcativo en la crítica es PASTOR, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2005/A, Buenos Aires, ps. 83 y ss. Una buena síntesis de los argumentos encontrados puede verse en HAIRABEDIÁN, Maximiliano y ZURUETA, Federico, *La prescripción en el proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2006 (véanse las notas 186, 187, 251, 300 y 385).

¹⁸⁵ El principio de legalidad exige la doble precisión de la ley respecto del hecho punible y las penas a aplicar (CSJN, Federación de Empresarios de Combustible de la República Argentina y otros c/Secretaría de Energía, 19/04/2005).

¹⁸⁶ Sobre la ley penal más benigna, CSJN, Cristalux S.A., 11/04/2006. Por su parte, la Corte IDH manifestó: “de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido” (Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005, y caso De las Flores vs. Perú, 18/11/2004). Sin embargo, se ha sostenido que “no viola el principio de irretroactividad de la ley, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad cometidos en 1949 aunque ellos, al momento de ser perpetrados, no estaban legislados por las leyes del estado bajo el cual fueron cometidos” (Corte EDH, Kolk and Kislyiy vs. Estonia, del 17/01/2006). Véase la nota 184.

¹⁸⁷ La excepción a esta situación son los delitos de lesa humanidad (CSJN, Arancibia Clavel, 24/08/2004). Véase la nota 184.

penal más benigna)¹⁸⁸. Estas garantías se sintetizan en la conocida máxima *nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali*, expresamente receptado en el actual sistema constitucional (art. 18, CN; art. 9, CADH; art. 15, PIDCP).

Como precisiones de lo expuesto, se admite en forma generalizada que sólo pueden conminarse como punibles *comportamientos* (no pensamientos, ni condiciones o situaciones personales: se pena por lo que se hace o se deja de hacer, no por lo que se es, se cree o se piensa¹⁸⁹), que deben ser actual o potencialmente *dañinos* para algún bien susceptible de ser protegido por el derecho (nunca aquellos que “de ningún modo ofenden al orden o a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, art. 19, CN) y *culpables*, es decir, cometidos u omitidos con conciencia y voluntad (por dolo o culpa del autor): no hay responsabilidad penal objetiva. Además, la descripción legal de las conductas punibles tendrá que reunir la máxima precisión, y debe ser posible verificar en el proceso su acaecimiento (acciones) o inexistencia (omisiones) a través de la prueba¹⁹⁰. Los principios de

188 “Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de una ley penal posterior más benigna” (CSJN, Jofré, Teodora, 24/08/2004, voto en disidencia de los jueces Belluscio, VÁZQUEZ y Zaffaroni). En el mismo sentido, CNCrim. y Corr., Sala VI, López, Américo Gabriel, 16/03/2005.

189 “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005).

190 “La Convención Americana obliga a los Estados a extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de

8. garantías del acusado

legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado¹⁹¹.

Con relación a la pena, también existen disposiciones garantizadoras. Entre nosotros, no puede existir la pena de confiscación de bienes (art. 17, CN), ni de muerte¹⁹² (art. 4.3, CADH), ni tampoco alguna que sea cruel, inhumana o degradante (art. 5.2, CADH) infamante o inusitada (art. XXVI, DADDH), lo que exige un estricto control de la ejecución de otras, que no deberían serlo, como la de prisión, para que en la práctica no asuman tales características (véase apartado n° 20). Es también una garantía el principio de proporcionalidad de la pena (en relación con el daño o peligro ocasionados) y que no pueda trascender la persona del delincuente (art. 5.3, CADH).

8. b. Proyección procesal de las garantías penales

Los principios de reserva y legalidad penal (*nullum crimen sine proevia lege*) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva. Deben funcionar así como una garantía, no ya frente al “momento final” de imposición de la pena en la sentencia, sino frente al *inicio* de la persecución penal, y *durante* su desenvolvimiento posterior, eri-

la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico” (Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005).

¹⁹¹ Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005, caso De la Cruz Flores vs. Perú, 18/11/2004 y caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004. Véase, no obstante, la nota 184.

¹⁹² En la Argentina, sólo está prevista para delitos militares. Hemos compartido con la diputada Margarita Stolbizer un proyecto para su derogación del Código de Justicia Militar (expte. 7611/98, de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación).

giéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal¹⁹³.

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

Consecuentemente, los actos de iniciación del proceso deberán señalar expresamente cuál es el delito que se inculpa, es decir el encuadramiento del hecho atribuido en una figura penal determinada (argumento de los arts. 8.2.b, CADH, y 14.3.a, PIDCP): vulneran aquellos principios en su proyección procesal los códigos que restringen esta exigencia al caso de que “sea posible”, pues si no se puede calificar jurídicamente como delito –ni siquiera provisoriamente– la conducta atribuida, no podrá iniciarse la persecución penal; también los vulneran los que disponen que al imputado se le reciba declaración sin informarle el título del delito que se le imputa. Véase apartado 14. b.

El sometimiento formal de una persona al proceso (que puede incluso determinar medidas de coerción en su contra) tendrá requisitos añadidos. Será necesario, no sólo la posibilidad de encuadrar la conducta en una figura penal, sino además que pueda pensarse, fundadamente (es decir, basándose en pruebas)

¹⁹³ Si “el acusado tiene el derecho de ser informado no solamente de la causa de la acusación, es decir, de los hechos materiales mantenidos contra él que constituyen la base de su inculpación, sino también de la naturaleza de la acusación, es decir, de la calificación jurídica de estos hechos materiales” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83; Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20/06/2005), esto significa que no podrá iniciarse proceso alguno sin que exista un reproche penal concreto. Es que la acusación tiene que estar fundada en derecho, señaló el TEDH, Delcorut, 17/1/70.

8. garantías del acusado

que su participación en el hecho típico es también antijurídica, culpable y punible, para evitar que la afectación al derecho al honor de aquélla (por la connotación estigmatizante que tiene el sometimiento a un proceso penal –véase apartado 9. a. 3–) y la situación de “innegable restricción de la libertad”¹⁹⁴ que el proceso conlleva, configuren limitaciones *arbitrarias* a los derechos tutelados por el sistema constitucional¹⁹⁵. Complementariamente deberá garantizarse que si luego de iniciada la actividad procesal se advierte que el hecho no existió, o no fue cometido por el imputado, o no es punible por no encuadrar en una figura penal, o por existir causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias, habrá que cerrar (hacer cesar) el proceso a favor de aquél, en forma definitiva (es el sobreseimiento de la legislación argentina).

Y si se mira lo expuesto desde el *punto de vista* de la víctima del delito que quiere intervenir como acusador, es claro que si concurren aquellas condiciones (y no estas últimas), tendrá derecho a que el proceso avance y concluya con arreglo a la ley¹⁹⁶.

8. c. Las garantías procesales

Ya hemos señalado que el sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho delictivo, es decir, el imputado –denomi-

¹⁹⁴ CSJN, Fallos, 212:188. Aunque en la normativa supranacional la sospecha de culpabilidad sólo se exige expresamente frente a la privación de libertad preventiva, también es exigible respecto a cualquier sometimiento a proceso sin prisión; si sólo la sospecha *creciente* (es decir aumentada en relación a la originariamente existente) justificará la prisión preventiva (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245), es obvio que aquella legislación, da por sentada la existencia de una sospecha originaria (antes de crecer) que es condición necesaria de cualquier imputación.

¹⁹⁵ Por implicar la citación a prestar declaración indagatoria “un juicio de mérito –aunque muy provisional, igualmente incriminante y fuertemente estigmatizante– sobre la culpabilidad, debe quedar sujeto a la posibilidad de control por su posible arbitrariedad”, señalan CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de Córdoba. Comentado*, t. II, Córdoba, 2003, ps. 13.

¹⁹⁶ Puede verse Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

nado “acusado” (art. 14, PIDCP) o “inculpado” (art. 8, CADH) en la normativa supranacional–, es reconocido por el nuevo sistema constitucional (Constitución Nacional y declaraciones y tratados internacionales incorporados a su mismo nivel –art. 75, inc. 22, CN–) como titular de atributos que emanan de su condición de persona humana, la que se valoriza en su dignidad (preámbulo de la CADH): de allí que se le reconozcan *derechos* como tal y se los proteja aun durante el proceso penal¹⁹⁷. Pero aquél le confiere además otros derechos y garantías (mínimas¹⁹⁸) especiales en virtud de su particular condición de penalmente perseguido, procurando asegurarle un “juicio justo”. Esta concepción debe tener como reflejo (muchas veces no lo tiene en la práctica) una firme actitud de todos los poderes del Estado¹⁹⁹ en el marco de sus respectivas competencias, tendiente a evitar durante el curso de proceso cualquier afectación a los derechos del imputado que no pueden ser restringidos bajo ningún concepto (v. gr., la integridad física) y a minimizar razonablemente²⁰⁰ la restricción de aquellos que sí puedan verse limitados por razones procesales, a la medida de lo estrictamente imprescindible, limitaciones que

¹⁹⁷ “El artículo 8 de la Convención Americana establece una serie de requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales a fin de que pueda hablarse de verdaderas garantías judiciales” (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/04/2000).

¹⁹⁸ “Durante el trámite del proceso toda persona tiene derecho a que se respeten ciertas garantías mínimas. La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la CADH, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

¹⁹⁹ Pues es deber del Estado organizar el aparato gubernamental para que proteja los derechos humanos (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/III/86).

²⁰⁰ “El interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción *razonable* de los derechos fundamentales de una persona” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

9. El estado o presunción de inocencia

siempre serán de aplicación e interpretación restrictiva²⁰¹ (véase apartado 12. a).

Es que si bien la hipótesis fundada de que una persona pudo haber participado en un delito, autoriza la iniciación de la persecución penal en su contra, esto no implica que con motivo de la iniciación o durante el desarrollo de esta actividad estatal, aquella persona no conserve la titularidad de todos sus atributos y derechos propios de su condición de tal. Aunque las necesidades del proceso penal pueden implicar la restricción de algunos (nunca de otros, v. gr., integridad física), esta posibilidad debe reducirse a lo estrictamente indispensable²⁰² para satisfacerlas razonablemente. Es de la dignidad inherente a su condición de persona que emanan todos los derechos y sus garantías acordados al imputado que se analizan a continuación.

9. El estado o presunción de inocencia

El principio de inocencia y muchas de sus derivaciones, hoy tienen expreso nivel constitucional a través de la recepción de la legislación supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) y han sido considerados como el fundamento de las demás garantías judiciales²⁰³. Por respeto a su dignidad personal,

²⁰¹ Cf. TEDH, Silver, sentencia del 25/III/83. En el ámbito local CNCP, Sala II, Telleldín, 19/05/2006. Para un análisis del principio de proporcionalidad como método para determinar si las limitaciones a los derechos fundamentales resultan constitucionales ver MARTÍNEZ, Santiago, *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892* citado, ps. 60-61 donde se explica el procedimiento que autoriza una intervención constitucional de aquellos.

²⁰² “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado... Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar *limitadamente* (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. Véase, también, Comisión IDH, Informe nº 12/96, caso 11.245).

²⁰³ Cf. Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005. En esta misma dirección se había expedido con anterioridad en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/06/2005 y en el caso Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004.

al imputado se le reconoce durante la sustanciación del proceso, y hasta que se dicte una sentencia de condena, un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye (que también se denomina “principio de inocencia” o “derecho a la presunción de inocencia”).

La incorporación de estas disposiciones tiene dos efectos principales; por un lado, el de la introducción *expresa* en el derecho positivo argentino de máxima jerarquía del principio de inocencia, el que hasta entonces sólo podía deducirse de la Constitución Nacional (si nadie puede ser penado sin juicio previo, antes de que éste termine debe ser tratado como “no penable”); por otro lado, el de una formulación sumamente precisa de su contenido garantizador, al punto de que bien puede enunciarse diciendo que todo acusado es inocente (art. XXVI, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá sólo cuando “se pruebe” (art. 14.2, PIDCP) que “es culpable”²⁰⁴ (art. XXVI, DADDH), en las condiciones que se establecen. Quizás el principal impacto de la normativa supranacional sea el de dejar sentado, expresamente, cómo se debe hacer para establecer la “no inocencia”: habrá que *probar* la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP)²⁰⁵ más allá de cualquier duda razonable

²⁰⁴ “El principio de la presunción de inocencia se refiere al ‘acusado’ y pretende protegerle contra un veredicto de culpabilidad sin que se haya *probado* ésta conforme a la ley” (Comisión EDH, Lutz, Englert y Nölkenbockhoff, Informe del 18/X/85). “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (Corte IDH, caso Cantoral Benavides, 18/08/2000).

²⁰⁵ “El artículo 8.2 CADH obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de ‘establecer su culpabilidad’” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). “El requisito de un “proceso justo” presupone que cualquier declaración de culpabilidad por un Tribunal se apoye en pruebas suficientemente propuestas en debida forma. Lo dicho es consecuencia también del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 6.2 del Convenio” (Comisión EDH, Unterperntinger, Informe del 11/X/84).

9. El estado o presunción de inocencia

(véanse apartados 9. a. 1 y 17. b. 3), “conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11.1, Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH–). Puede entonces decirse que, “culpabilidad no probada” e “inocencia acreditada” son expresiones jurídicamente equivalentes en cuanto a sus efectos (aun cuando alguna jurisprudencia o ciertas leyes no reconozcan esta indiscutible equivalencia –véase apartado 19. h–).

Este principio significa que no se podrá penar como culpable (ni mucho menos se podrá tratar como tal durante el proceso penal)²⁰⁶ a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad²⁰⁷ en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal; que si la acción es pública, esa prueba deben procurarla con esfuerzo y seriedad²⁰⁸, no los jueces, sino los órganos estatales encargados de la preparación, formulación y sostenimiento de la acusación (véase apartado 9. a); que el imputado no tiene –ni, por lo tanto, se le puede imponer– la carga de probar su inocencia²⁰⁹ (ni de las circunstancias eximentes o ate-

²⁰⁶ “Se viola la presunción de inocencia si una resolución judicial, sin probarse previa y legalmente que el procesado es culpable, refleja el parecer de que efectivamente lo es” (Comisión EDH, Lutz, Englert y Nölkenbockhoff, Informe del 18/12/85). Si a pesar de que “ninguna sentencia judicial se ha dictado estableciendo legalmente su culpabilidad por los hechos” atribuidos al acusado fue “tratado como si dicha responsabilidad se hubiese establecido”, ello es incompatible con el trato que merece una persona inocente en una sociedad democrática” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, 7/IV/98).

²⁰⁷ “A este respecto, la Comisión observa que, entre los requisitos de un juicio imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención, se encuentra la imparcialidad de parte del tribunal y, en el contexto de un proceso penal, que se presume la inocencia del acusado hasta probarse su culpabilidad” (Comisión IDH, Informe 127/01, caso 12.183, 3/12/2001).

²⁰⁸ La obligación estatal de realizar un esfuerzo serio en tal sentido es destacada por la Corte IDH, en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

²⁰⁹ “En el procedimiento penal, el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga

nuantes de su responsabilidad penal que pueda invocar); y que si la acusación no se prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto²¹⁰.

Pero el principio de inocencia no es incompatible con las presunciones judiciales de culpabilidad que se exigen para el avance del proceso penal con sentido incriminador²¹¹ (v. gr., auto de elevación a juicio), en la medida en que aquéllas no se quieran utilizar para la imposición de sanciones anticipadas disfrazadas de coerción procesal²¹² (véase punto 19). Tampoco tiene ninguna connotación ética, pues sólo consiste en una situación legal de no culpabilidad que el orden jurídico estatuye a favor de quien

de demostrar la culpabilidad del procesado...". El imputado "no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible" (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970). Es por esto que sólo a la defensa del imputado le está reservado "el excepcional privilegio de poder triunfar sin pruebas en el proceso penal" (NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de Córdoba (Anotado)*, Córdoba, 1978, p. 193).

²¹⁰ "El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla" (Corte IDH, caso Cantoral Benavides, 18/08/2000). "Lo esencial es que el juez que entienda en la causa... condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia" (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

²¹¹ La existencia de un "ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es *per se* contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso" (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

²¹² La aplicación de una inhabilitación provisoria para conducir resulta contraria a la Constitución Nacional ya que afecta el principio de inocencia que goza toda persona sometida a proceso (CNCrim. y Corr., Sala I, Caratozzolo, 22/11/2005, voto de los jueces BRUZZONE y RIMONDI).

9. El estado o presunción de inocencia

es imputado de un delito y en relación a ese delito, hasta tanto se pruebe lo contrario.

El principio de inocencia tiene varias derivaciones y repercusiones que se analizan a continuación.

9. a. ¿Quién prueba “lo contrario”?

La prueba de la culpabilidad del acusado (lo contrario de la inocencia) estará a cargo del acusador. Por lo tanto, en caso de delitos de acción pública, será responsabilidad de los órganos estatales encargados de la persecución penal²¹³ (policía, Ministerio Público Fiscal), no de los jueces (aunque la mayoría de las leyes procesales argentinas también se la asignan incorrectamente a éstos, afectando su imparcialidad funcional (véase apartado 10. b). Es que la “responsabilidad probatoria conducente a la determinación de la responsabilidad del inculpado, corresponde al Ministerio Público”, pues debe estar fuera de debate que corresponda “a la acusación la demostración de la posición que haga procedente la aplicación de la sanción punitiva”²¹⁴: “al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba en contrario debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación”²¹⁵. Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargo, ni tampoco

²¹³ “La carga de la prueba, en el contexto de un proceso penal, incumbe al Ministerio Público...” (Comisión EDH, Austria c/Italia, Informe del 30/III/63). En el proceso penal debe incluirse “la actividad fiscal en la recopilación de la evidencia incriminatoria...” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

²¹⁴ Cf. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, 1985, ps. 329-331. En el mismo sentido BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993, p. 39.

²¹⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, 1995, ps. 606 y 611. También ILANUD postula: “la carga material de la prueba sobre la comisión de un delito debe atribuirse a las partes acusadoras” (*El proceso penal*, cit., p. 186).

autoriza a los órganos públicos a pasarlas por alto, ni mucho menos a ocultarlas, como tampoco a investigar sin objetividad, o sólo según el sentido de sus sospechas.

La culpabilidad sólo se podrá tener legalmente por acreditada cuando pueda ser inducida de *datos probatorios objetivos*²¹⁶, nunca deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, o de su silencio, o de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares²¹⁷. Es por esto que el principio de inocencia será vulnerado tanto por una sentencia condenatoria dictada sin la evidente y probada concurrencia de los extremos objetivos y subjetivos de la imputación, como también por la aplicación de figuras penales que repriman comportamientos inocuos (que no causan daño ni aparejan peligro a ningún bien jurídico) sólo porque ellos permitan *presumir* la comisión (no probada) de un delito, o su futura comisión (delitos de sospecha), o que pongan implícita o expresamente en cabeza del acusado la carga de probar su inocencia²¹⁸.

Por cierto que para condenar no será suficiente que los órganos de la persecución penal hayan hecho el máximo de los esfuerzos para procurar aquellas pruebas de cargo, si estos esfuerzos no fueron coronados por el éxito y la culpabilidad no

²¹⁶ “La prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88).

²¹⁷ Cf. voto de CAFFERATA NORES en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Flores, sentencia n° 40, del 27/XII/84.

²¹⁸ El Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional (ONU, 17/VII/98) dispone que el imputado tendrá derecho “a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contra pruebas” (art. 67.1. inc. i). Sin embargo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley n° 24.759), impone al funcionario acusado de enriquecimiento ilícito la *carga de explicar* razonablemente su incremento patrimonial (art. XI) para no incurrir en ese delito.

9. El estado o presunción de inocencia

pudo ser acreditada²¹⁹ (podría decirse que se trata no de una obligación de medio sino de una “obligación de resultado”). En este caso el acusado deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*²²⁰ (véanse apartados 9. a. 1 y 17. b).

9. a. 1. *In dubio pro reo*

La duda –para ser beneficiosa– deberá recaer sobre aspectos fácticos²²¹ (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circuns-

²¹⁹ CNCP, Sala III, Medán, 19/05/2004, voto del juez RIGGI.

²²⁰ Para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado *debe* probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

²²¹ La Constitución de Córdoba expresamente dispone que “en caso de duda sobre cuestiones de hecho debe estarse a lo más favorable al imputado” (art. 41). Se discute sobre si este principio es aplicable a la interpretación de la ley penal o procesal. Partidario de esta tesis es ZAFFARONI, quien afirma: “Creemos que hay un *límite semántico del texto legal*, más allá del cual no puede extenderse la punibilidad, pues deja de ser interpretación para convertirse en analogía. Dentro de los límites de resistencia de la flexibilidad semántica del texto son posibles interpretaciones más amplias o más restrictivas de la punibilidad, pero no creemos que ello pueda hacerse a gusto, sino que debe ser conforme a ciertas pautas, como también entendemos que el principio *in dubio pro reo* tiene vigencia penal, sólo que a condición de que se lo aplique correctamente” (ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 137). También NÚÑEZ cuando señala: “existen opiniones discrepantes acerca si el principio *in dubio pro reo*, admitido en cuanto a la prueba de la responsabilidad penal, también vale como criterio rector de la interpretación de la ley penal. La contestación afirmativa encuentra sustento en la posibilidad innegable de que así como la valoración de la prueba de la causa pueda conducir a la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado, la interpretación tampoco está libre de llevar a la misma situación en cuanto a la voluntad de la ley. La restricción interpretativa por duda no solo opera para evitar la aplicación analógica de la ley penal o su extensión interpretativa mas allá del marco real del hecho, sino, también, en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él” (NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal* (parte general, 4ª ed. act., Córdoba, p. 78).

tancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso²²².

La influencia del principio *in dubio pro reo* se extiende, con distintos pero progresivos alcances, durante todo el curso del proceso penal; pero su máxima eficacia se mostrará en oportunidad de elaborarse la sentencia definitiva, posterior al debate oral y público, pues –como ya señalamos– sólo la certeza positiva sobre la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda *stricto sensu* y aun la probabilidad (positiva) determinarán su absolucón. Es en este momento donde impera con total amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales *excluyentes* de la certeza (véase, especialmente, apartado 17. b. 3)²²³.

Es que el *in dubio pro reo* es hoy, por obra de la normativa supranacional, una garantía de literal estirpe constitucional por ser de la esencia (pues es la contracara) del principio de inocencia (art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCP; art. 75, inc. 22, CN), que exige *expresamente*, para que se pueda dictar una sentencia de condena, que se *pruebe* la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP) plenamente, es decir, más allá de cualquier duda razonable²²⁴. Y este

²²² El principio *in dubio pro reo* tiene jerarquía constitucional en razón de que es la concreción legislativa de la presunción de inocencia del artículo 18 CN. El estado jurídico de inocencia sólo puede ser destruido mediante certeza apodóptica de la autoría y culpabilidad del imputado. El que duda no puede juzgar, no puede afirmar ni negar (CNCP, Sala III, Medán, 19/05/2004, voto del juez RIGGI).

²²³ En este sentido, ver el dictamen del Procurador Fiscal en el caso Abraham Jonte, 7/12/2001, al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió.

²²⁴ Quien condena debe arribar “a la certeza sobre la comisión de un hecho punible” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970). Lo “esencial es que el juez que entienda en la causa... condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

9. El estado o presunción de inocencia

último aspecto de tal exigencia es evidenciado por la propia normativa supranacional porque, si para revisar una sentencia de condena a favor del condenado requiere hechos “plenamente probatorios” (art. 14.6, PIDCP) de la comisión de un error judicial sobre su culpabilidad, es claro que la misma fuerza convictiva (“plena prueba”) es la que exigirá para admitir como probada su culpa; sería absurdo pensar que para declarar “mal probada” la culpa hubiese más exigencias que para admitirla como “bien probada” (o sea para tener por acreditado el error hubiese más exigencias que para tener por acreditada la verdad)²²⁵.

9. a. 2. *Naturaleza cautelar del encarcelamiento procesal*

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

Por tal motivo, la privación de libertad durante el proceso sólo encontrará excepcional legitimación (“no debe ser la regla general”, dispone el art. 9.3 del PIDCP) en cuanto medida *cautelar*, cuando existiendo suficientes pruebas de culpabilidad (que muestren como probable la imposición de una condena cuyo justo dictado se quiere tutelar), ella sea imprescindible (máxima necesidad)²²⁶ –y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia pero menos severa–, para neutralizar el peligro grave (por lo serio y por lo probable) de que el imputado abuse

²²⁵ El recurso extraordinario resulta admisible para corregir la decisión que menoscaba el principio de inocencia y la regla del *in dubio pro reo* del dictamen del Procurador Fiscal en el caso Abraham Jonte, 7/12/2001, al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió.

²²⁶ Cf. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Aguirre, sentencia 56 del 11/XII/97.

de su libertad para intentar obstaculizar algún acto de la investigación, impedir con su fuga la substanciación completa del proceso (no hay entre nosotros juicio en rebeldía), o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer. Si este peligro no concurriera en el caso concreto, el encarcelamiento no será “preventivo” sino que adquirirá una ilegal naturaleza punitiva.

Para mantener su condición puramente cautelar, el encierro procesal sólo puede durar un tiempo limitado²²⁷: el imprescindible para tramitar y concluir el proceso en el que se lo ha dispuesto bajo el único argumento y con el único propósito de protegerlo de aquel peligro. Más allá deberá cesar, aun cuando la sentencia que procura cautelar no se haya dictado en ese lapso: es el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad (art. 9.3, PIDCP; art. 7.5, CADH). O sea que tanto la imposición procesalmente innecesaria del encarcelamiento, como su prolongación más allá de lo razonable, lo desnaturalizarán transformándolo en una ilegal pena anticipada, contraria al principio de inocencia²²⁸ (véase apartado 19. d).

El carácter excepcional de las restricciones a la libertad frente al principio de inocencia imposibilita interpretar las normas que las autorizan más allá de lo que literalmente expresan (interpretación restrictiva)²²⁹, ni atrapar en su contexto otras situaciones de hecho no contempladas expresamente como merecedoras de tales medidas restrictivas. Sólo si fuera en beneficio del imputado (*pro-homine*) se podrá aplicar al caso una norma que no lo regule expresamente ni se pueda pensar que fue intención del legislador captarlo.

²²⁷ “La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

²²⁸ “Aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa es de duración no razonable” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

²²⁹ Cf. TEDH, Silver, del 25/III/83; CSJN, Fallos, 316:442.

9. El estado o presunción de inocencia

9. a. 3. Resguardo del buen nombre y honor

La experiencia enseña que el derecho de la persona al buen nombre y honor, hoy expresamente reconocido y garantizado por la incorporación de la normativa supranacional a nuestra Constitución (honra y reputación, expresa el art. 17.1, PIDCP; honor y dignidad reza el art. 11.1, CADH) es el que más irremediablemente resulta afectado por su sometimiento al proceso penal, que sigue (como hace siglos) cumpliendo en los hechos con una *función infamante*, que según el nuevo sistema constitucional ni siquiera es admisible respecto de la pena (art. XXVI, DADDH). Tal perjuicio deriva del conocimiento público de la imputación, y se ve sensiblemente agravado con la imposición de medidas restrictivas a su libertad. El principio de inocencia requiere que los órganos estatales no ocasionen esta vulneración, ni la favorezcan²³⁰; para ello, será preciso que las leyes y las prácticas judiciales procuren restringir al mínimo la posibilidad de que la reputación del imputado sea afectada más allá de lo que resulte una consecuencia *inevitable* de actos o decisiones adoptadas para garantizar el desarrollo normal del proceso.

El requisito básico que debe respetarse, en este sentido, será el de preservar a las personas de arbitrarios *sometimientos a proceso*, estableciendo determinadas exigencias que lo tornen razonable, relacionadas fundamentalmente con la concurrencia de cierto caudal de pruebas de culpabilidad (véase apartado 8. b. y sus notas al pie). Además, habrá que evitar la privación de su libertad si ella no fuere absolutamente indispensable (véase apartado 9. a. 2) pues, en la realidad, nada afecta más la reputación de una persona que su prisión durante el proceso, sobre todo cuando nuestra inquisitiva tradición cultural le asigna (equivocadamente) a esta situación meramente preventiva de “daños procesales”, la función de una pena por la comisión de un delito; y –lo que es mucho peor– cuando existen operadores del sistema de justicia penal que (abusivamente) también lo hacen. Si el encarcela-

²³⁰ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/III/86. Ello no obsta, por cierto, la libre actividad de la prensa.

miento preventivo fuere imprescindible, deberá practicarse del modo que perjudique lo menos posible la reputación del afectado, evitando innecesarias severidades o procedimientos espectaculares, y se hará efectivo en establecimientos diferentes a los de los penados.

9. a. 4. *Término máximo de duración del proceso*

La puesta en tela de juicio del estado de inocencia por obra de la persecución penal, no puede durar más allá de cierto término entre su inicio²³¹ y su culminación²³², porque la persistencia temporal del proceso²³³, sin que se arribe a una decisión defini-

²³¹ “En materia penal, el ‘plazo razonable’ del art. 6.1 CEDH, *comienza* en el instante que una persona se encuentra ‘acusada’; puede tratarse de una fecha anterior al inicio del proceso como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares” (TEDH, Eckle, sentencia del 15/VII/1982). Por su parte, la Corte IDH afirmó: “el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito” (caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/06/2005).

²³² “En cuanto al *fin* del ‘plazo’ (...) el período regulado por el art. 6.1 CEDH, cubre el total del procedimiento a examen, comprendidos los procedimientos de apelación” (TEDH, Eckle, sentencia del 15/X/82), ya que “el proceso penal constituye un todo y debe terminar, normalmente, por una resolución ejecutoria” (TEDH, Monnel y Morris, sentencia del 2/III/87), pues aún en “caso de condena no ha sido ‘decidido’ el ‘fundamento de una acusación en materia penal’ en el sentido del art. 6.1 CEDH, en tanto y en cuanto la pena no se encuentre determinada definitivamente” (TEDH, Eckle, sentencia del 15/VII/82).

²³³ En este sentido, se sostuvo que la existencia de un derecho fundamental a la definición de un proceso en un plazo razonable es lo que entra inmediatamente en juego para fundamentar la ilegitimidad de la interrupción procesal de la persecución penal (CNCP, Sala III, Amrein, 5/08/2004, voto de la jueza Ledesma. “Si no se vislumbra la posibilidad de contar con un plexo probatorio que permita echar luz sobre la pesquisa y la investiga-

9. El estado o presunción de inocencia

tiva, implicará un desconocimiento práctico del principio de inocencia²³⁴, ya que si “se dedica un período de tiempo ilimitado a la resolución de una cuestión criminal, se asumirá de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables, y en consecuencia, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad”²³⁵. De allí que se reconozca el derecho del imputado a ser juzgado “sin dilaciones indebidas” (art. 14.3.c, PIDCP)²³⁶; o sea el derecho a obtener un pronunciamiento que,

ción luce agotada no corresponde perpetuar la imputación del hecho denunciado...” (CNCrim. y Corr., Sala VI, Quintero, resuelta en marzo de 2005).

²³⁴ “El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales” (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006). Un criterio similar fue sostenido por el tribunal en el caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004 y en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador, 1/03/2005). Una demora de quince años para la tramitación del procedimiento judicial constituye *per se* una violación al debido proceso (Corte IDH, caso Baldeón García vs. Perú, 6/04/2006. También, en este punto, ver el voto en disidencia del juez Bunge Campos en la causa Romero (CNCrim. y Corr., Sala VI 19/04/2005).

²³⁵ Cf. Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97. No puede prolongarse *sine die* una imputación cuando queda pendiente la producción de medidas de prueba y resulta imprescindible que se dicte una sentencia que ponga fin a la incertidumbre (CNCrim. y Corr., Sala IV, López, 26/12/2005).

²³⁶ “Todas las fases del proceso deben celebrarse sin dilación indebida” ha interpretado el Comité de DH de la ONU, señaló la Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa n° 29.796, del 25/IX/98. La Constitución de la provincia de Córdoba establece: “todo proceso debe concluir en un lapso razonable” (art. 39 *in fine*). Al informar sobre esta disposición en la Convención Constituyente de Córdoba señalamos que la disposición “tiende a evitar demoras injustificadas en la tramitación de los juicios, que terminen echando por tierra con el resto de las garantías procesales...”, ella “deriva de la necesidad de seguridad jurídica” (“Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba”). Véase, también, BALCARCE, Fabián, *La duración razonable del proceso*, en “Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal”, n° 1, Córdoba (UNC), 1996, p. 81. Un estudio exhaustivo de la naturaleza y alcances de esta garantía

definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad²³⁷, “ponga término de una vez y para siempre, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre²³⁸ y de innegable restricción de la libertad” que importa su sometimiento al proceso penal²³⁹,

puede verse en PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, 2002.

²³⁷ En esta dirección, CNCP, Sala IV, Díaz, 30/08/2004, voto de la jueza Berraz de Vidal. Por su parte, la Comisión IDH, señaló: “el principio de ‘plazo razonable’ al cual hace referencia esta disposición tiene como finalidad impedir que las personas acusadas de cometer un delito permanezcan bajo proceso en ese estado en forma indefinida” (Informe 66/01, caso 11.992, del 14/06/2001). Por otra parte, se ha sostenido que “el sometimiento a proceso de una persona resulta de por sí perjudicial para ella, pero al tenerse en cuenta los valores en juego en el juicio penal, si bien es imperativo satisfacer el derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal, también lo es el de los integrantes de la sociedad de ver protegidos sus derechos individuales, consagrados de igual manera en la Constitución Nacional, y en este orden de ideas no considero que el extenso tiempo transcurrido por sí sólo sea perjudicial para los imputados de manera que deba dejarse de lado el derecho de la sociedad, máxime si se tiene en cuenta que los imputados no se encuentran privados de su libertad” (CNCP, Sala IV, Villalba, 14/06/2003, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia).

²³⁸ A diferencia del “art. 5.3 CEDH que se refiere solamente a los que están en prisión preventiva, el plazo razonable previsto en el art. 6 CEDH” tiene por objeto “protegerles contra la excesiva lentitud del procedimiento; en materia punitiva, especialmente (...) evitar que la incertidumbre del inculpado sobre su situación se mantenga demasiado tiempo” (TEDH, Stögmüller, sentencia del 10/XI/69).

²³⁹ Cf. CSJN, Fallos, 212:188. La garantía de la duración razonable del proceso ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En cuanto al *cauce procesal* a través del cual se hace efectivo este resguardo fundamental, la solución provista por la CSJN ha variado. En *Mozzatti* (Fallos, 300:1102), fue el instituto de la *prescripción por insubsistencia de la acción penal* el escogido por el Alto Tribunal para canalizar la tutela a la garantía que tratamos. En otros casos –la mayoría de ellos– hizo efectiva la garantía dictando ella misma u obligando al tribunal inferior a dictar un

9. El estado o presunción de inocencia

que lo hace “padecer física y moralmente”, pendiendo²⁴⁰ sobre él como una permanente espada de Damocles, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no lo ha hecho²⁴¹. Este derecho existe aun cuando el acusado se encuentre en (o haya recuperado su) libertad²⁴².

pronunciamiento que finiquitara el trámite, cf. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sent. n° 14, 21/3/2003; Andreatta, síntesis publicada en “Actualidad Jurídica”, n° 32, del 14 de julio de 2003, ps. 1881 y 1882. El derecho es a que el proceso concluya, no a que continúe hasta que se pruebe la procedencia o improcedencia de la acusación, pues no hay un “derecho absoluto a ser condenado o absuelto”. En consecuencia, una resolución dando por concluido un procedimiento penal por razones de economía procesal o de otra naturaleza, no violará en principio ningún precepto del Convenio EDH (Comisión EDH, Lutz, Englert y Nölkenbockhoff, Informe del 18/X/85).

²⁴⁰ “Esta disposición tiene por objeto, en materia penal, que los acusados no permanezcan durante un tiempo muy largo bajo la implicación de una acusación y que se *decida* sobre su fundamento” (TEDH, Wemhoff, sentencia del 27/VI/68).

²⁴¹ “Puede ocurrir que el plazo haya transcurrido respecto de imputados con resolución de falta de mérito (art. 309 del CPPN). En tal caso... corresponde, al subsistir la imposibilidad de la prueba de culpabilidad y agotados los plazos razonables, consolidar el estado de inocencia, así como los derechos y garantías... y, sobreseer, que es la decisión que mejor se conforma... con la tutela efectiva de derechos esenciales de contenido universal” (CNCP, Furguielle, del 27/V/96). La Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, hizo lugar a una excepción de falta de acción y ordenó el sobreseimiento de los imputados frente a la violación de esta garantía (causa 29.796, del 25/IX/98).

²⁴² La razonabilidad del plazo no debe limitarse a la protección de la libertad de la persona sometida a proceso, sino como una garantía totalizante que tutela el principio de inocencia, se encuentre la persona detenida o no... pues no sólo es irrazonable prorrogar la detención cautelar de un procesado más allá de un determinado tiempo..., sino que también lo es avalar procedimientos que hayan superado con creces, aquellos dispuestos para su conclusión (art. 7, inc. 5 de la CADH); (CNCP, Furguielle, del 27/V/96). Es que “no se concebiría que se hubiera permitido a las autoridades judiciales la facultad, mediante puesta en libertad de los acusados, de proseguir los procedimientos más allá de una duración razonable, lo que,

Se han sentado como criterios para determinar si un proceso judicial ha sido desarrollado en un plazo razonable²⁴³, la evaluación de las circunstancias específicas del caso en cuestión, teniendo en cuenta tres aspectos básicos, a saber: 1) la conducta (del acusado); 2) la conducta del tribunal, y 3) la complejidad del caso²⁴⁴. Pero al respecto se ha señalado que el derecho en cuestión no puede ser desconocido por el uso regular²⁴⁵ que aquél

por otra parte, estaría en contradicción formal con la disposición del art. 6.1 CEDH” (TEDH, Wemhoff, sentencia del 27/VI/68).

²⁴³ La garantía de obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas deriva del art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El concepto de “plazo razonable” es imposible de ser traducido en un número fijo de días, semanas, de meses o de años, y su duración puede variar, por lo que una duración prolongada puede no ser violatoria de la garantía si las características del hecho investigado justifican razonablemente la demora (CNCP, Sala IV, Villalba, 14/03/2003, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia). En esta misma dirección, CNCP, Sala II, Morris Doogatz, 24/08/2004, y López, 12/08/2005.

²⁴⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 52/97, caso 11.218, del 18/II/98; Informe 23/02, caso 11.517, del 28/02/2002; Informe 59/02, caso 12.347, del 21/10/2002; Informe 77/02, caso 11.506, del 27/12/2002; e Informe 40/04, caso 12.053 del 12/10/2004; Corte IDH, caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004; caso Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004; Caso de la Cruz Flores vs. Perú, 18/11/2004; caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004; Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador, 1/03/2005; caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/06/2005; caso De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2006; caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006, y caso Baldeón García vs. Perú, 6/04/2006; TEDH, Foti, sentencia del 10/XII/82; Corte IDH, Genie Lacayo, del 29/I/97.

Sin embargo, “la falta de razonabilidad (...) puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el caso” (Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador, 1/03/2005).

²⁴⁵ Este aspecto es espinoso pues el acusado tiene derecho a utilizar todos los cursos de acción que le concede la ley. Pero si “lejos de contribuir a la aceleración de la marcha del procedimiento”, los acusados “multiplicaron los incidentes –concretamente la utilización sistemática de las recusaciones– de naturaleza retardatoria y que ciertamente podían hacer pensar

9. El estado o presunción de inocencia

pueda haber hecho de sus facultades procesales, pues si se “rehúsa a cooperar con la investigación” o “utiliza los remedios procesales previstos en la ley, puede estar simplemente ejerciendo sus derechos”²⁴⁶; tampoco por la sobrecarga de trabajo de los tribunales que deben sustanciar el proceso. Por esto es que no tendrán importancia decisiva “ciertos argumentos como (...) si es suficiente el número de jueces de instrucción que hay” en un Estado, o “si el sistema de reparto de los casos no puede evitar que algunos jueces estén demasiado ocupados y no puedan despachar con la debida rapidez los expedientes que les hayan correspondido”²⁴⁷. En consecuencia, es el Estado quien debe exponer y probar las razones por las que ha requerido más tiempo para dictar la sentencia fuera del plazo razonable²⁴⁸. Pero verificado que sea la violación de esta garantía, el proceso deberá cerrarse definitivamente mediante el dictado del sobreseimiento del imputado afectado.

Puede también hablarse de un término *mínimo* de duración: el necesario para el desarrollo de la investigación, para el eficaz ejercicio de la defensa²⁴⁹, y para una decisión serena y pondera-

en una obstrucción deliberada” aquel comportamiento “constituye un hecho objetivo no imputable al Estado que debe considerarse para” saber si un “procedimiento ha sobrepasado o no el plazo razonable” (TEDH, Eckle, sentencia del 15/VII/82). En la misma dirección, este tribunal se expidió en los casos Guichon vs. Francia, sentencia del 21/03/2000, Glaser vs. Reino Unido, 19/09/2000 y Stoidis vs. Grecia, 17/05/2001. Pero la justificación del plazo transcurrido invocando este exceso debe ser excepcional, advierte RODRÍGUEZ RESCIA (*El debido proceso*, cit., p. 338).

²⁴⁶ Cf. Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97.

²⁴⁷ Cf. TEDH, Stögmüller, sentencia del 10/XII/69, en relación con el art. 6.1, Comisión EDH.

²⁴⁸ Corte IDH, caso 19 comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004.

²⁴⁹ Cf. Corte IDH, Loayza Tamayo, recordado por RODRÍGUEZ RESCIA, quien señala: “un proceso sumarísimo, más que representar una suerte de celeridad, constituye una clara violación al debido proceso, por carecer el imputado del tiempo y los medios para preparar su defensa” (*El debido proceso*, cit., p. 348).

da de los jueces²⁵⁰ alejada temporalmente del estrépito causado por la comisión del delito. Término máximo y mínimo procuran evitar que el tiempo provoque injusticias, por decisiones tardías o prematuras.

9. a. 5. Revisión de la sentencia firme

Existe hoy expreso reconocimiento en el nuevo sistema constitucional (art. 75, inc. 22, CN) del derecho de quien considere que ha sido injustamente condenado en un proceso penal, porque la convicción sobre su culpabilidad no fue obtenida del modo que exige la normativa correspondiente, a intentar que se revise la sentencia en su favor²⁵¹, aun cuando se encuentre firme (art. 14.6, PIDCP). La autoridad de cosa juzgada sólo podrá ceder cuando haya sido lograda a consecuencia de un error judicial en perjuicio del condenado. Parecería que en este caso, el principio de inocencia tuviese una eficacia ultraactiva.

9. a. 6. Indemnización por el error judicial

También se relaciona con el principio de inocencia el derecho (hoy de *expreso* nivel constitucional, art. 75, inc. 22, CN) de quien ha sido condenado en virtud de un error judicial (doloso o culposo) –es decir, equivocadamente declarado culpable– a ser

²⁵⁰ Alfredo VÉLEZ MARICONDE advierte que la celeridad no debe convertirse en una precipitación que podría ser fuente de error o injusticia (*Derecho procesal penal*, t. II, Córdoba, 1982, p. 28).

²⁵¹ La posibilidad de revisar decisiones desinriminatorias equivalentes por delitos de lesa humanidad se ha admitido en ciertos casos (v. gr., la decisión que, a raíz de un indulto a procesados, había sobreesido a los imputados, CNCrim. y Corr. Federal, Sala I, Suárez Mason y otros, 1/04/2005). En este precedente, se cita también un caso de la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana en el que se revisó una absolución (Sentencia C-004/03, 20/01/2003). Pareciera tener una posición en contrario la jueza Argibay de la CSJN en Simón (CSJN, 14/06/2005) al sostener que las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, *salvo cuando (...) ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena*. Véanse también las notas 184, 186, 187 y 385.

9. El estado o presunción de inocencia

indemnizado por los daños sufridos por la sentencia injustamente dictada (art. 14.6, PIDCP). El mismo derecho debe reconocerse en aquellos casos de evidente improcedencia de la detención o prisión preventiva, cuando a pesar de *no corresponder* o *no ser necesarias*, estas medidas fueron igualmente aplicadas durante el curso del proceso (art. 9.5, PIDCP), o éste terminó por *sobreseimiento* o *absolución* (art. 9.1, PIDCP)²⁵² (véase apartado 19. h).

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

9. a. 7. Principio de inocencia y derecho de defensa

El principio de inocencia se relaciona íntimamente con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido y contenido. Si aquél no existiera, o existiera uno contrario (presunción de culpabilidad) podría también existir derecho a la defensa, sólo que en estos supuestos la defensa consistiría en garantizarle al imputado la “oportunidad de probar su inocencia” (concepto de mucha difusión en la opinión vulgar), con la consecuencia de que si así no lo lograra, la condena sería poco menos que inevitable. En cambio, si a aquél sujeto se le reconoce un estado jurídico de inocencia, que no debe construir ni probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado²⁵³, el sentido de su defensa será otro: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, intentar acreditar, si así lo prefiere, su inocencia, o circunstancias atenuantes de su responsabilidad penal, o sencillamente no hacer nada.

²⁵² Sin embargo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema es más restrictiva. Así manifestó que no era suficiente que hubiera sido absuelto (Cura, Carlos Antonio c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Est. Nacional) s/daños y perjuicios), sino que además el acto jurisdiccional que origina el daño debía ser declarado ilegítimo y dejado sin efecto (Fallos, 325:1855).

²⁵³ En este sentido, cf. Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004.

Tanto en la hipótesis de que no existiera el principio de inocencia, como en la hipótesis de que si exista, la defensa implicará resistencia frente a la pretensión penal: pero sólo en esta última podrá ser eficaz siendo pasiva.

9. a. 8. Prohibición de obligar a declarar y actuar contra sí mismo

Porque durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, es que nadie²⁵⁴ puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye (art. 18, CN): es el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse o declararse culpable (art. 8.2.g, CADH; art. 14.3.g, PIDCP).

Por eso es que aquél no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad (exclusión de coacción de cualquier naturaleza, art. 8.2.g, CADH) pues el sistema constitucional así se lo garantiza. Ello implica la exclusión de la coacción directa y también la “inherente” a ciertas condiciones o circunstancias (v. gr., la derivada de la atmósfera de intimidación del lugar en donde se encuentra detenido y se le recibe declaración, etc.). Consecuentemente, la declaración del imputado debe ser considerada un *medio para su defensa* y no un medio de prueba.

Como derivación de la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, se proscribe igualmente imponerle su intervención *activa*²⁵⁵ como órgano de prueba (v. gr., en una reconstrucción del hecho, en un careo etc.). Su negativa a declarar o a actuar no podrán utilizarse para perjudicarlo²⁵⁶, pues si

²⁵⁴ “Como la Ley Suprema dice ‘nadie’ ello abarca a todos, sin excepción, sean procesados, testigos, querellantes, actores civiles, etc. Las eventuales consecuencias contrarias a su interés no penales, no justifican la mendacidad, ni la reticencia de los testigos” (CNCP, Sala II, Aceto, 14/09/2005).

²⁵⁵ En este mismo sentido, CNCP, Sala II, Valdivieso, 12/12/2003.

²⁵⁶ El acusado tiene derecho a “no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable y a guardar silencio sin que ello pueda

9. El estado o presunción de inocencia

así fuera, en lugar de ser modos de defenderse, serían modos de inculparse (derecho al comportamiento procesal pasivo). O sea que no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra, que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa, o que se niegue a actuar como órgano de prueba. Tampoco podrá utilizarse en su contra lo dicho o hecho por aquél en cualquier acto practicado con violación de tales disposiciones (regla de exclusión).

Sólo cuando el imputado actúe como objeto de prueba (lo que no significa, por cierto, que sea objeto del proceso) podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal (v. gr., en una inspección pericial de su cuerpo).

9. a. 9. *La reserva de la intimidad*

El derecho a la intimidad, en sus diferentes expresiones, es otro de los reconocidos expresamente por el sistema constitucional a partir del art. 75, inc. 22, CN como una emanación de la dignidad personal del imputado. Abarca todo aspecto de la vida privada de un individuo que éste quiera preservar del conocimiento e intrusión de los demás, protegiéndolo de injerencias ilegales o arbitrarias²⁵⁷ (art. 11.2, CADH; art. 17.1, PIDCP). Si bien puede verse restringido por el desarrollo del proceso penal, ello sólo podrá ocurrir bajo ciertas condiciones que aquella legislación superior exige (fundamentalmente una ley que establezca los casos en que se autoriza –art. 30, CADH–, y que lo ordene un juez). Los datos obtenidos en violación de *cualquier* manifestación de esta garantía no podrán ser utilizados como prueba²⁵⁸.

tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia” reza el art. 67.1.a del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ONU, 17/VII/98). En realidad una persona no tiene la obligación de cooperar *activamente* con las autoridades judiciales en relación con su proceso penal (cf. TEDH, Eckle, sentencia del 5/VII/82).

²⁵⁷ Al respecto, cf. el voto del juez Maqueda en el caso *Walitta*, 21/09/2004.

²⁵⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006.

Se ha considerado especialmente al *domicilio* como una proyección espacial del ámbito de intimidad de la persona, lo que ha determinado el reconocimiento general de su inviolabilidad y la exclusión de posibles injerencias arbitrarias en él (art. 18, CN; art. 11.2, CADH; art. 17.1, PIDCP)²⁵⁹. Además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito²⁶⁰. Si bien se podrá autorizar su registro y allanamiento, será necesario una prolija regulación por ley de las razones de su procedencia (art. 18, CN), el que será dispuesto sólo por un juez competente mediante orden motivada y previa al acto, escrita y determinada²⁶¹, y no reemplazable por ningún otro medio, ni siquiera por el consentimiento del interesado (pues la experiencia demostró que la anuencia se solía arrancar *ex post facto*). La garantía excluye no sólo la intromisión física, sino también la realizada a distancia (v. gr., a través de escuchas electrónicas), o el acceso al domicilio mediante engaño (v. gr., autoridad de la investigación que disimula su condición de tal).

La intimidad de la persona también es resguardada mediante el establecimiento de la inviolabilidad de su *correspondencia y papeles privados* (art. 18, CN; art. 11.2, CADH; art. 17.1, PIDCP), lo que debe extenderse a las otras formas de comunicación interpersonal, como las *telefónicas*²⁶², telegráficas, telefax, correo elec-

²⁵⁹ En esta dirección, CNCP, Sala IV, Tizón, 31/05/2005.

²⁶⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006.

²⁶¹ Sin embargo, para la Sala I de la CNCP, constituye un excesivo rigor formal nulificar un allanamiento a causa de un error material en la individualización domiciliaria si el lugar allanado era el que efectivamente el tribunal quiso y dispuso que se allanara (Wierczinski, 15/09/2005).

²⁶² “Las comunicaciones telefónicas están incluidas en los conceptos de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’” (TEDH, Malones, sentencia del 2/VIII/84). “De tal suerte, una medida altamente intrusita como la intervención telefónica (...) constituye ‘una especie de allanamiento masivo o intrusión masiva’ a una persona, por afectar los principios de intimidad, privacidad, propiedad privada, inocencia y derecho al silencio...” (CNCP, Sala III, Díaz, 19/05/2005, voto en disidencia de la jueza LEDESMA).

9. El estado o presunción de inocencia

trónico, etc. Las limitaciones deberán emanar de disposiciones concretas de las leyes (art. 30, CADH), respetuosas del sistema constitucional, que circunscriban la órbita en que pueden aplicarse durante el proceso penal²⁶³, y de interpretación restrictiva²⁶⁴. Con relación a la libre circulación e inviolabilidad de la correspondencia, sus limitaciones deberán permitirse sólo cuando siendo dirigida al imputado²⁶⁵, o remitida por éste, su interceptación sea útil para el descubrimiento de la verdad de la acusación, salvo de que se trate de cartas o documentos que se envíen a los defensores para el desempeño de su cargo (que por su finalidad, deben considerarse como una prolongación del secreto profesional)²⁶⁶. Respecto de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o similares²⁶⁷ (telefax, correo electrónico, etc.), como su intervención sigilosa en principio “no es deseable ni lícita en una sociedad democrática”²⁶⁸, tendrá que restringirse a aquellos casos en que sea *imprescindible*²⁶⁹ para la investigación.

²⁶³ Sobre la necesidad y las implicancias de las interceptaciones de correspondencia e intervención de comunicaciones como medio de prevenir el terrorismo, se expidió el TEDH, en el caso *Klass*, sentencia del 6/IX/78.

²⁶⁴ Cf. TEDH, *Silver*, sentencia del 25/III/83.

²⁶⁵ No puede extenderse la interceptación a la correspondencia emitida por quienes no son concretamente sospechados de la comisión del delito. Tampoco podría extenderse a los condenados, salvo en los en los que se encuentre en juego la seguridad de las prisiones (Fallos, 318:1894).

²⁶⁶ “El derecho a un abogado defensor incluye el derecho a sostener consultas con el abogado sin vigilancia por parte de las autoridades... por correspondencia” (TEDH, *Schoenberg*, sentencia del 20/VI/88).

²⁶⁷ En nuestro Informe a la Convención Constituyente de Córdoba, expresamos: “las nuevas formas de comunicación merecen idéntica tutela que la correspondencia epistolar por ser ampliación del ámbito de la intimidad personal” (“Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba”). Por eso tampoco podrán disponerse intrusiones oficiales (ni privadas) sobre teléfonos, telefax o correos electrónicos de personas ajenas al delito que se investiga, ni siquiera por su relación (no sospechada de delictiva) con el investigado.

²⁶⁸ Cf. TEDH, *Malone*, sentencia del 2/VIII/84.

²⁶⁹ Que no es lo mismo que “necesario”, “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable” u “oportuno” (TEDH, *Silver*, sentencia del 25/III/83). “El

Sólo podrá admitirse previa orden judicial (y bajo estricto control judicial de su ejecución²⁷⁰) y con relación a las comunicaciones del sospechoso, quedando excluida la posibilidad de interferir las de éste con su defensor²⁷¹ (o las que mantenga con cualquiera en el marco del secreto profesional, v. gr., no podrá grabarse lo que expresa a un sacerdote en el confesionario).

El reconocimiento del derecho a la intimidad abarca también el de evitar injerencias abusivas en la *vida familiar*, incluso por la actividad del Estado (art. 11.2, CADH; art. 17.1, PIDCP), que puedan importar un resquebrajamiento de su cohesión interna²⁷². Esto se proyectará en la actividad procesal y justificará condicionar e incluso impedir actos imputativos o probatorios que, aun cuando pudieran ser de suma relevancia para lograr el castigo del delito, por provenir de parientes directos del imputa-

aumento de la delincuencia, en especial de la organizada, la creciente habilidad de los delincuentes y la facilidad y rapidez de sus movimientos” pueden hacer indispensables las escuchas telefónicas para investigar y combatir el delito. Sin embargo, el ejercicio de semejantes facultades crea, por su naturaleza secreta, el riesgo de abusos, fáciles de cometer en casos individuales y propicios a consecuencias perjudiciales para el conjunto de la sociedad (cf. TEDH, Malones, sentencia del 2/VIII/84).

²⁷⁰ “Sin que la vigilancia secreta no se acompañe de un control adecuado, el derecho garantizado por el art. 8 CEDH desaparecerá completamente”, por lo que es “deseable que el control sea confiado a un juez...” (TEDH, Klass y otros, sentencia del 6/IX/78). Para la validez formal de la intervención de una línea telefónica se requiere como primera condición un auto fundado por un juez. Dicha fundamentación debe ser legítima en la que se den las razones de necesidad y urgencia por las que se procede de tal manera (CNCP, Sala II, causa 5954, Herrera, 16/12/2005, voto en disidencia del juez Michell).

²⁷¹ Cf. Comisión EDH, Campbell, Informe del 12/V/82.

²⁷² “El derecho que tiene una persona a negarse a declarar en los juicios en que está implicado un pariente cercano pretende evitar que se encuentre aquélla ante el dilema de perjudicar con lo que diga a un miembro de su familia o de incurrir en perjurio. Por consiguiente, dicho derecho se basa en el respeto a la vida familiar protegido por el art. 8 del Convenio EDH” (Comisión EDH, Unterpertinger, Informe del 11/X/84).

10. la función de acusar y las de juzgar y penar

do, puedan poner en peligro la unidad de su familia (v. gr., prohibición de denunciar; facultad de abstenerse de declarar como testigo). En todos estos supuestos, el Estado preferirá hasta la frustración de su potestad represiva (por prescindir de esos datos), antes que lograr su efectivización a riesgo de la destrucción de la unión de la familia del presunto culpable.

El derecho a la intimidad exige también que las *confidencias* o revelaciones realizadas a otras personas por razones propias de su oficio, profesión o estado religioso, sean mantenidas en la reserva en que se produjeron, incluso respecto del proceso penal. En este sentido se suele reconocer que deberán abstenerse de declarar como testigos sobre los hechos de los que se hubieren enterado en razón del propio estado²⁷³, oficio o profesión, los ministros de un culto admitido, abogados, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras, etc., salvo que sean autorizadas por el interesado en que se guarde el secreto (aunque esto último se discute respecto del sacerdote o ministro de otros cultos admitidos). Y en relación a aquellos depositarios de las confidencias protegidas, se les prohíbe denunciar los delitos que puedan conocer a través de ellas, cuando tal conocimiento se encuentre, por la ley, amparado por el secreto.

10. Separación entre la función de acusar y las de juzgar y penar

La legislación supranacional sobre derechos humanos incorporada a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) establece con claridad, que toda persona frente a una “acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a ser “juzgada sin dilaciones indebidas” por un juez o tribunal “competente, independiente e imparcial” (art. 8.1, CADH; art. 14.c, PIDCP). Tiene derecho a que “el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial”

²⁷³ Acepta restricciones a la prueba por el secreto profesional, la Comisión EDH, Unterpertineger, Informe del 11/X/89.

(art. 10, DUDH), “competente” y “establecido con anterioridad por la ley” (art. 8.1, CADH; art. 15.1, PIDCP) (véase apartado 4. c. 1). Queda así establecida la independencia entre las actividades de acusar, por un lado, y de juzgar y penar, por otro.

Si bien no hay en la normativa supranacional una clara referencia sobre la titularidad de la actividad acusatoria, pareciera que ella supone que es principalmente estatal (a estar por las garantías que se establecen frente a actos de investigación o coerción –v. gr., arts. 5, 6 y 7, CADH). Pero de la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25, CADH) y del derecho de defensa en juicio (art. 18, CN) se desprende que ella puede también ser no sólo impulsada, sino también desarrollada por la víctima del delito (véase punto 5). Armonizando aquella normativa con el artículo 120 de la Constitución Argentina (de 1994), que instituye al Ministerio Público Fiscal como encargado oficial de la acusación, y como consecuencia básica del método de enjuiciamiento penal adoptado, puede decirse que para el nuevo sistema constitucional la actividad acusatoria (también denominada “procuración de justicia” o de persecución penal) es una función generalmente estatal (salvo las excepciones de delitos de acción privada o el derecho de querrela de la víctima de un delito de acción pública) a cargo del Ministerio Público Fiscal.

A su vez, la de juzgar y penar (también llamada “administración de justicia”) es otra función estatal independiente, provocada por aquélla, pero de naturaleza diferente²⁷⁴, a cargo de tribu-

²⁷⁴ La Constitución Nacional ya aceptaba antes de 1994 esta diferenciación conceptual. En el campo de la responsabilidad política, pone la acusación a cargo de la Cámara de Diputados (“sólo ella ejerce el derecho de acusar...”, art. 53, CN) y el juzgamiento de los acusados a cargo de la Cámara de Senadores (“al Senado corresponde juzgar (...) a los acusados...”, art. 59, CN). Lo mismo ocurre ahora en materia de remoción de jueces inferiores: el Consejo de la Magistratura acusa y el Jurado de Enjuiciamiento juzga (arts. 114, inc. 56, y 115, CN). En el área de la responsabilidad penal común, la Constitución establece la secuencia diferenciada de “acusación, juicio y castigo” (arts. 60 y 115), exigiendo sólo la existencia de la primera, sin “reparar en el carácter público o privado de quien la formula o prosiga”, ha entendido la CSJN (Fallos, 143:10).

10. la función de acusar y las de juzgar y penar

nales imparciales del Poder Judicial (entre los que hay que incluir también al jurado popular). Porque para imponer la sanción que las normas penales autorizan, la Constitución Nacional (art. 18, CN) exige un “juicio”, en el que se respetará la dignidad y se garantizará la defensa del acusado, y que llevará adelante un “juez natural” único que podrá “juzgar” y “penar” (lo que implica que no podrá a la vez acusar), integrante de los Tribunales federales o provinciales, según corresponda (arts. 18 y 75, inc. 12, CN).

10. a. Objetivo

Es así que la tajante diferenciación que el nuevo sistema constitucional nacional establece entre acusación, de un lado, y su juzgamiento o examen por un juez, de otro, permite ratificar la vigencia de un modelo acusatorio de enjuiciamiento penal, al que ahora se le agrega, *expresamente*, un componente que le es connatural, antes implícito en el art. 18, CN: la imparcialidad de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez o tribunal, orientada a la “plena igualdad” (art. 8.2, CADH) procesal entre acusador y acusado como presupuesto de la defensa de éste y garantía de aquél cuando actúe como tal la víctima del delito (véase punto 5 y nota 311). La existencia de la actividad de acusación y su separación de la actividad de juzgamiento es imprescindible para salvaguardar la imparcialidad del juez, que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado, y está en la base del derecho de defensa (nadie puede defenderse sin que exista una acusación). Puede así decirse que no sólo no es posible penar sin juicio previo, sino que tampoco es posible penar sin acusación previa a ese juicio, y también, por cierto, sin previa defensa (véase apartado 14. a).

Queda entonces claro que se ha abandonado el paradigma inquisitivo –que receptan en alto grado los códigos procesales penales “mixtos” vigentes en nuestro país– que instituye o favorece un tipo de juez más o menos “multiforme”²⁷⁵ que acusa,

²⁷⁵ Cf. FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, 1934, p. 62.

juzga y hasta defiende, simultáneamente, distinguiendo, en cambio, las funciones de acusar, defender y juzgar, separándolas en su desenvolvimiento práctico y distribuyéndolas entre distintos sujetos a quienes asigna la responsabilidad de ejercitarlas: acusador (Ministerio Público Fiscal o querellante), tribunal, y acusado y defensor (aun oficial), esquema que está basado en la exigencia de igualdad plena (art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP) de posibilidades entre el primero y el tercero para procurar el triunfo de sus respectivos intereses, y coronado con la imparcialidad impuesta al segundo (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP) la que le impide representar o adoptar como propio cualquiera de los intereses en pugna (véase punto 15).

10. b. ¿Riesgo funcional de parcialidad?

A pesar de la clara separación, tanto orgánica como funcional estatuida, por el nuevo sistema constitucional entre la acusación, por un lado, y el juzgamiento y el castigo del delito, por otro, la mayoría de los códigos procesales argentinos (tanto los pocos que quedan de tipo “escrito” como los de tipo “mixto” de enjuiciamiento penal) acuerdan a los tribunales (que deberían sólo juzgar) tareas acusatorias propias de la persecución penal, aunque –obviamente– no las califican como tales (véase punto 15). Este aspecto, que puede denunciarse como un *riesgo funcional* para la imparcialidad, está relacionado con la actitud que las leyes le asignan o permiten al tribunal frente a los intereses en conflicto sometidos a su decisión. Consiste en dejar la investigación preliminar –como regla general– totalmente en manos de un juez y en acordar generosas atribuciones probatorias autónomas al tribunal del juicio, con prescindencia de la voluntad del acusador o del acusado (y aun en contra de ellas).

Creemos que la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá en riesgo cuando se le permita (o se le imponga la obligación de) investigar para procurar el fundamento de la acusación (v. gr., la instrucción jurisdiccional) u ordenar o receptar por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquélla en forma definitiva (v. gr., incorporación de oficio de nuevas pruebas al juicio). Para evitar que así ocurra se deberá excluir a

11. el juez natural

los jueces de la tarea de procurar por sí (*ex officio*) las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre la que deberán luego decidir. Porque “en las causas criminales, los jueces deben limitarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin convertirse jamás en acusadores”²⁷⁶ (véase apartado 17. e).

11. El juez natural

La Constitución Nacional establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los “jueces” designados por la ley *antes* del hecho de la causa (art. 18, CN). La legislación supranacional incorporada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) coincide en general con el derecho a ser “juzgado” por un juez o tribunal *competente*, independiente e imparcial, establecido con *anterioridad* por la ley (v. gr., art. 8.1, CADH; art. 15.1, PIDCP): es el principio del “juez natural” que funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad, y como una garantía frente al peligro abstracto de una la *posible arbitrariedad* de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado²⁷⁷, que podría facilitarse mediante la asignación *posterior* al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un

²⁷⁶ Dictamen del Procurador General de la Nación, doctor José Benjamín Matienzo, en Fallos, 135:31, de la CSJN. También, más modernamente, entre otros, CSJN, Quiroga, 23/12/2004, y Munson, 3/03/2005.

²⁷⁷ Cf. Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005. Por nuestra parte, creemos que la efectiva vigencia de esta garantía *corre serio riesgo* frente a cualquier interpretación de la normativa de nivel constitucional (v. gr., CSJN, Fallos, 234:482) que pretenda justificar, frente a una asignación legal de competencia penal posterior al hecho atribuido al imputado, que ella no termina no siendo perjudicial para éste. Ello implicaría permitir –por la vía de distinguir los fines del legislador (entre subalternos o bienintencionados) o el perjuicio o la inocuidad de sus efectos en el caso concreto– la sustitución de la voluntad del poder constituyente expresada sólo en términos de una tan sencilla como contundente prelación temporal (de corte absolutamente objetivo), por la de alguno de los poderes constituidos (Legislativo o Judicial).

juez especialmente designado, *no* para juzgarlo imparcialmente²⁷⁸ (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino *para* perjudicarlo²⁷⁹ (si fuera para beneficiarlo, se violaría el principio de igualdad ante los tribunales, art. 14.1, PIDCP).

Al establecer que los individuos deben ser “*juzgados*” por “*juces*”, se deja claramente establecido que sólo tienen “jurisdicción” para llevar adelante el “juicio previo” y aplicar el Código Penal, los tribunales federales o provinciales que integran el Poder Judicial (art. 75, inc. 12, CN). Si no se tratara de un juez o tribunal del Poder Judicial, cualquier autoridad que pretenda “ejercer funciones judiciales”, configurará una “comisión especial” prohibida por el art. 18 de la Constitución Nacional. Por cierto que son tribunales del Poder Judicial los jurados previstos por los arts. 118 y 75, incs. 11 y 24, de la Constitución Nacional (que a nuestro parecer deberían ser integrados por jueces técnicos y ciudadanos comunes –modelo “escabinado”–, e intervenir a pedido del acusado).

Pero no *cualquier* tribunal judicial dará satisfacción al principio de juez natural. Para lograrlo deberá además haber sido creado por una *ley*, dictada *antes* del hecho de la causa, de modo que su capacidad para entender en ese caso, derive de que (ese caso) sea uno de los que, de modo general y abstracto, esa ley (anterior) dispone que deba ser juzgado por ese tribunal²⁸⁰. Es la

278 “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia” (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

279 En esta dirección, la Corte IDH explicó: “el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales” (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

280 “El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio bási-

12. juicio previo

noción de “competencia” del juez a la que se refieren los pactos internacionales (art. 8.1, CADH) y que según lo establece el actual sistema constitucional será *irretroactiva* (art. 18, CN)²⁸¹.

El principio garantiza que nadie será juzgado (en ninguna instancia) por organismos jurisdiccionales *creados* para intervenir especialmente en (la investigación o) el juzgamiento del delito que se le imputa, o respecto de su persona en particular, *después* de que la presunta infracción haya sido cometida; prohíbe también los tribunales *ex post facto*, designados especialmente para el caso (*ad hoc*). Hace también a la esencia del principio de juez natural que el caso *permanezca* bajo su órbita, que no sea sustraído de su competencia por una ley posterior.

12. Juicio previo

El nuevo sistema constitucional no sólo establece como limitación subjetiva al poder estatal “quién” puede aplicar una pena a un ciudadano (un juez del Poder Judicial, “natural”, “imparcial” e independiente) sino que estatuye también el “cómo”: “nadie podrá ser penado *sin juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso” reza el art. 18 de la Constitución Nacional, lo que importa la consagración del proceso como condición ineludible para la realización del derecho penal (art. 14.1 y 3.e, PIDCP). Además la incorporación con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) de la normativa supranacional sobre derechos humanos consagra el derecho a “ser *juzgado*” (art. 8.5, CADH; art. 14.3.c, PIDCP; art. XXVI, CADDH), dejando también

co del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal en el ejercicio de su función de juzgador cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial” (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

²⁸¹ Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, 1996, p. 767.

claro que el juicio es el único modo de “sustanciar” (art. 14.1, PIDCP; art. 10, DUDH) y “examinar” una acusación contra una persona por la comisión de un delito.

Resulta así evidente el efecto político garantizador que tiene esta exigencia pues constituye una insuperable limitación objetiva al poder penal estatal, con sentido de protección al individuo frente a la posible (temible y frecuente) arbitrariedad del Estado: le impone a éste el respeto de una forma que, en su desarrollo a través del tiempo, constituirá el lapso de “máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías”²⁸² del individuo ante el intento oficial de restringir sus derechos como sanción por un delito. Por cierto que la garantía de “juicio previo” significa, no sólo que el juicio debe *preceder* inevitablemente a la pena, sino que –además– no puede imponerse una pena *por fuera* del juicio, ni el proceso puede configurar una pena *en sí mismo*, sea por la utilización de la prisión preventiva como sanción anticipada, sea por su repercusión social estigmatizante, etcétera²⁸³.

La opinión más corriente entiende que la garantía de “juicio previo” equivale a “proceso previo”, concebido éste como una “entidad jurídica prefijada”²⁸⁴ reglamentaria de la Constitución (y consecuente con ella) cuya completa tramitación será imprescindible para poder aplicar una pena al acusado de la comisión de un delito. Esta construcción legal (es decir, hecha por ley), dispondrá en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse en su desarrollo, quiénes podrán ser sus protagonistas, qué formas deberán observar y en qué orden deberán cumplirse, todo lo cual será

²⁸² Cf. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993, p. 115.

²⁸³ “El derecho a un juicio justo constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática. Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso del poder por parte del Estado” (Comisión IDH, Informe 78/02, caso 11.335, del 27/12/2002).

²⁸⁴ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 28.

12. juicio previo

inalterable por los funcionarios y particulares actuantes: es el *proceso regular y legal* (*due process of law*) que debe necesariamente preceder a la sentencia condenatoria (que por cierto, lo integra) y se completa con las instancias recursivas²⁸⁵.

12. a. El “modelo alternativo”

Sin embargo, se ha denunciado que por factores “ideológicos”, “doctrinales”, “culturales” y “económicos” en muchos países (bien podríamos incluir al nuestro) se utiliza “un modelo alternativo” de juicio penal, que “muy poco tiene que ver con el Estado de Derecho. En este modelo se responde a la demanda pública para seguridad por medio de detener a alguien, no importa si es culpable o no, encarcelarle durante meses o años sin juicio previo y efectivamente sin ningún derecho, siempre en condiciones por las cuales el Estado paga menos de lo mínimo necesario para mantener condiciones humanas; para finalmente, en la mayoría de los casos, dejarle en libertad, o bien absuelto, o bien condenado pero ya lo suficientemente castigado antes del juicio”. Este modelo “efectivamente evade casi la totalidad de los derechos humanos en materia penal. En él no hay real debido proceso legal, ni derecho a defensa, ni mucho menos presunción de inocencia, ni respeto para el principio de la legalidad. Este modelo sustituyente sirve para castigar, pero no para respetar los Derechos. Es como un desvío, una carretera de circunvalación, que ni siquiera toca a la capital de los Derechos Humanos”²⁸⁶.

Se trata de un modelo “fáctico” que, soslayando o desnaturalizando (en su interpretación o modos de aplicación) disposiciones constitucionales o legales que tienen un expreso sentido y

²⁸⁵ “La cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores...” (Comisión IDH, Informe 74/90, caso 9.859). También, ver Comisión IDH, Informe 36/00, caso 11.101, del 13/04/2000.

²⁸⁶ Es el diagnóstico de CASSEL, Douglas, *El derecho internacional de los derechos humanos y la prisión preventiva*, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, n° 21, IIDH, San José, 1995.

contenido opuestos a su vigencia, ha logrado sobrevivirlas sobre la base de una *deformación* cultural acerca de la garantía de juicio previo, que se predica y es retroalimentada por operadores jurídicos (y comentaristas varios) como un modo de disfrazar su propia ineptitud para lograr un funcionamiento *eficaz* del sistema penal, en el *marco* que proporciona el Estado de derecho. Como en todo o en parte es una realidad en muchos lugares, mencionamos a este “modelo alternativo” no tanto con fines didácticos, sino para advertir sobre su condición de verdadero “contramodelo” práctico del juicio previo concebido como garantía individual.

12. b. Vigencia de todas las garantías

Lo precedentemente expuesto deja claro que no cualquier procedimiento judicial dará satisfacción a la garantía del juicio previo, sino que ésta exige la plena vigencia en su desarrollo de *todas las demás garantías*²⁸⁷ acordadas al acusado (v. gr., presunción de inocencia, defensa, etc.). Esto requiere también y por imperio de la normativa supranacional y la Constitución Nacional (desarrollada en este capítulo), que durante la tramitación de todo el proceso el imputado pueda intervenir efectivamente en él, conocer y refutar la imputación, ofrecer pruebas de descargo, controlar la producción de éstas y las de cargo, y alegar sobre su eficacia conviccional, en plena igualdad con el acusador, en cualquier fase, pero especialmente en el juicio oral y público²⁸⁸; y

²⁸⁷ “Las garantías deben ser (...) judiciales” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/1/87). Es así que, “todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención” (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006). Pero aquellas indispensables no pueden suspenderse (Comisión IDH, Informe 111/00, caso 11.031, del 4/12/2000).

²⁸⁸ “El derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público. La publicidad del proceso

13. Non bis in idem

también optar por no hacerlo, sin que esa actitud pasiva pueda ser tomada como una presunción en su contra; que la sentencia de condena sólo se pueda fundamentar razonadamente en las pruebas aportadas por los acusadores y recibidas con el control de la defensa²⁸⁹, que muestren con evidencia la culpabilidad del acusado en un hecho tipificado como delito antes de su comisión; que después de finalizado que sea, por absolución o condena, no pueda provocarse uno nuevo por la misma imputación; y que el fallo sea recurrible.

Por cierto que la *víctima*, en el papel de acusador (exclusivo o conjunto) también tiene derecho a provocar y a participar del juicio previo, en las condiciones aquí establecidas²⁹⁰.

13. Non bis in idem

La normativa supranacional sobre derechos humanos incorporada al nuevo sistema constitucional (art. 75, inc. 22, CN) recepta expresamente (antes se deducía como garantía no enumerada) el principio *non bis in idem*. Si bien en ella se lo formula como la prohibición de someter al inculpado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismo hechos (art. 8.4, CADH; art. 14.7, PIDCP,

tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros" (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

²⁸⁹ "Nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia" (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

²⁹⁰ "Los Estados (...) están obligados a brindar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos (art. 25), recursos que deben sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1) (Comisión IDH, Informe n° 1/97, caso 10.258, del 18/II/98).

aunque usa el término “delito”)²⁹¹ también podría enunciárselo diciendo que ninguna persona puede ser perseguida penalmente (y por cierto, tampoco juzgada ni penada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo²⁹². Este límite al poder penal del Estado consiste, entonces, en que su ejercicio en un caso concreto se puede procurar *sólo una vez*²⁹³.

Non bis in idem significa que nadie puede ser condenado por el mismo hecho delictivo por el que ya fue sobreseído²⁹⁴ o absuel-

291 El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del *non bis in idem* al establecer que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Del análisis de la letra del mencionado artículo surge que los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son: 1) el imputado debe haber sido absuelto; 2) la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme, y 3) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la substanciación de la primera acción” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006). En esta misma dirección, CNCP, Sala IV, Pic, 10/03/2005.

292 “El principio *non bis in idem* impide la realización de cualquier acto en el proceso que implique imputarle a una persona hechos que ya fueron objeto de una investigación judicial y que culminaron con el dictado de una condena, una absolución o un sobreseimiento definitivo; como así también una múltiple persecución simultánea por un único suceso” (CNCP, Sala III, A. A., M., 25/06/2003, voto del juez RIGGI).

293 Cf. BINDER, *Introducción*, cit., p. 163. La garantía se mantiene “aun a la luz del surgimiento de nuevas e incontrastables pruebas de cargo” expresa RODRÍGUEZ RESCIA (*El debido proceso*, cit., p. 368).

294 “La expresión ‘sentencia firme’ en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, ‘sentencia’ debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y ‘sentencia firme’ como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

13. Non bis in idem

to²⁹⁵, ni tampoco ver agravada, por una nueva condena, otra anteriormente impuesta por su comisión; y ni siquiera ser expuesto al riesgo de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal²⁹⁶. Con las palabras “persecución penal” se comprende toda actividad oficial (policial, fiscal, e incluso jurisdiccional, aunque ésta nunca deba ser persecutoria) o privada (querrela) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Sólo podrá hablarse de segunda persecu-

²⁹⁵ “La Convención Americana al establecer ‘imputado absuelto’ implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006). “Esta codificación del principio *non bis in idem* tiene por objeto plasmar una salvaguarda en favor de las personas absueltas en forma definitiva para que no sean sometidas a un nuevo juicio por los mismos hechos que fueron objeto de juicio en el primer proceso” (Comisión IDH, Informe 66/01, caso 11.992, del 14/06/2001).

²⁹⁶ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 601. “La Comisión entiende que la protección consagrada en el artículo 8 inciso 4 se extiende implícitamente a casos en los cuales la reapertura de una causa produce los efectos de rever cuestiones de hecho y de derecho pasadas en autoridad de cosa juzgada” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006) La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el precedente Ganra de Naumow, afirmó la jerarquía constitucional de la garantía contra el doble juzgamiento. Haciendo suyos los argumentos del procurador general, el Máximo Tribunal sostuvo en esa oportunidad que la garantía proscribió “no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho (...) sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento de quien ya lo ha sido por el mismo hecho” (CSJN, Fallos, 299:221). Por otra parte, el Alto Tribunal ha entendido que “el argumento relativo a que la prescripción no produce la abolición del delito y que por eso su declaración respecto de un hecho no impediría que éste pueda considerarse como elemento de juicio en la configuración de otro delito carece de aside-ro desde la perspectiva del contenido que esta Corte ha asignado a la garantía constitucional del *non bis in idem*” (CSJN, Borda, 16/11/2004).

ción, si la primera se está desarrollando, o ha concluido por sobreseimiento o sentencia (condenatoria o absolutoria).

Para que el principio *non bis in idem* sea aplicable, será necesario que la segunda (o posterior) persecución penal se refiera al mismo hecho que fue objeto de la primera. El concepto de identidad de hecho implica, a estos efectos, la existencia de una triple identidad: identidad de persona (*idem personam*), identidad de objeto (*idem re*), e identidad de causa de persecución (*idem causa petendi*)²⁹⁷. Si alguna de ellas falta, no regirá el principio²⁹⁸.

Idem personam significa que esta garantía sólo puede invocarla la misma persona *física* que ya fuera objeto de una primera persecución. El requisito del *idem re* se refiere a la identidad entre el contenido *fáctico* esencial (mismo hecho, art. 8.4, CADH) de la primera persecución penal con el de la nueva (sucesiva o simultánea)²⁹⁹. Si ella existe, rige el principio, aun cuando en la posterior persecución se afirmen nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta. La *idem causa petendi* es sinónimo de identidad de *pretensión* ejercitada, que no existirá si la posterior persecución basada en el mismo hecho, contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (v. gr., la indemnización del daño civil causado por el delito; investigación sólo de la “verdad histórica”³⁰⁰). Aquélla

²⁹⁷ En igual sentido, CNCP, Sala II, Blagojevic, 21/9/2004.

²⁹⁸ Así, cuando lo que se está juzgando es un único y mismo hecho, es indiferente para la aplicación de esta garantía que las víctimas sean múltiples. Es claro que un hecho puede producir diversas víctimas, pero esto no permite que una misma persona pueda ser *juzgada tantas veces* como víctimas de ese mismo hecho pudieran existir.

²⁹⁹ CNCP, Sala IV, Biraghi, 2/07/2004.

³⁰⁰ Se dijo que la iniciación de investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos que ya fueron objeto de procesos concluidos en su aspecto penal, al solo efecto de establecer la verdad histórica de lo ocurrido, no afecta el principio de *non bis in idem*, si no implica riesgo de persecución penal. Cf. Procurador General de la Nación, causa 450, del 8/V/97. Los denominados Juicios de la verdad fueron utilizados hasta que se declaró la

13. Non bis in idem

también requiere que las pretensiones penales ejercitadas sucesiva o simultáneamente, sean idénticas en sus *alcances* jurídico-procesales, es decir, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales, por parte de los tribunales que deban intervenir en ambos casos.

inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Esta circunstancia importó la reapertura de las causas penales seguidas contra integrantes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad que participaron en actos de represión ilegal durante el último gobierno de facto. A tal fin, se sostuvo: “la convención Americana sobre Derechos Humanos impone al Estado argentino el deber de investigar y penalizar las violaciones a los derechos humanos y, en consecuencia, la sanción y la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 en tanto impiden llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de facto (1976/1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, son violatorias de aquella Convención” (CNCrim. y Corr. Federal, Sala I, Crespi, 13/07/2004). Con fecha 14 de junio de 2005, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el caso Simón. En ese caso, el Máximo Tribunal sostuvo que con el fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida resulta impostergable, y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de crímenes contra la humanidad. En consecuencia, se afirmó que la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22, CN– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones –como las que determinaron el dictado de la ley 23.521 de Obediencia Debida– cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza (voto del juez Petracchi). De tal forma, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado) o se haya dictado una sentencia de absolución o condena (voto de la jueza ARGIBAY). Véase la nota 184.

14. La defensa del imputado

Seguramente el desarrollo *expreso* más detallado de garantías constitucionales derivado de la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) es el relacionado con el derecho de defensa del acusado³⁰¹ (art. 8.1 y 2, CADH; art. 14.1, PIDCP; art. XXVI, DADDH; art. 10, DUDH), aunque la sintética formulación general de la Constitución Nacional parece insuperable: “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, reza el art. 18.

No hay defensa del imputado, ni siquiera genéricamente considerada, ajena a la idea de *resistencia* a cualquier pretensión de restricción de sus derechos que las leyes puedan autorizar como consecuencia de la *comisión* de un delito, o de la *realización* del proceso penal. Tal resistencia podrá ser activa o pasiva, y comprende la posibilidad de reclamar la vigencia de las otras garantías (de imparcialidad, juez natural, juicio previo, etc.). Sobre la influencia del principio de inocencia sobre el derecho de defensa (véase apartado 9. a. 7).

Abarca, entonces, la atribución de intentar *evitar* o *resistir* jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o so pretexto de su desarrollo, pueda afectar o afecte sus derechos individuales fuera de los casos y de los límites que el sistema constitucional autoriza: es que si el “juicio” (proceso) es el ámbi-

³⁰¹ “Este Tribunal tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos, 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)” (CSJN, Núñez, 16/11/2004. En este mismo sentido, se había expedido con anterioridad, con remisión al dictamen del Procurador General sustituto, en el precedente Agüero, 19/08/2004). En esta dirección, CNCP, Sala III, Munson, 30/06/2005.

14. la defensa del imputado

to para la defensa de la persona y de los derechos, no puede ser, en cambio, ocasión para su desconocimiento o violación, debiendo por tanto evitarse o enmendarse cualquier afectación³⁰² que no se encuentre expresamente permitida por la ley y, además, exigida por la necesidad, a la dignidad personal del imputado o a su libertad, honra, intimidad, propiedad, etc. Por cierto que este derecho es reconocido no sólo durante el juicio oral y público (no sería útil semejante reducción de su alcance) sino durante todo el proceso (sumario policial, investigación preparatoria, recursos, ejecución)³⁰³. *Específicamente* la defensa del imputado consiste en el derecho de intervenir en el proceso (“hallarse presente”, art. 14.3.d, PIDCP) y en la posibilidad que se le debe acordar de conocer y de *contradecir* la imputación (v. gr., art. 8.2.g, CADH) proporcionando libremente, si lo prefiere, su versión sobre el hecho delictivo que se le atribuye, la que tiene que ser objeto de consideración y de aceptación o rechazo expreso por parte de los jueces. Tal versión puede consistir en la negativa de la existencia del delito que se le imputa o de su participación (aspectos que, con contradicción o sin ella, tendrán que ser probadas por el acusador), o sólo en la invocación de circuns-

³⁰² Así, por ejemplo, la sustanciación de procesos paralelos constituye una interferencia grave al ejercicio de la defensa en juicio (Comisión IDH, Informe 66/01, caso 11.992, del 14/06/2001).

³⁰³ “La cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas...” (Comisión IDH, Informe n° 74/90, caso 9859, citado por SOLIMINE, *Libertad bajo caución*, cit.). La falta de asesoramiento jurídico durante el período de investigación podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse (cf. Comisión IDH, Informe anual 1985/6). El derecho a recurrir la sentencia de condena ha sido considerado como integrante de la defensa en juicio, porque es “la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97). Es así que, “las limitaciones impuestas a los abogados defensores del inculpado, la imposibilidad de presentación de pruebas de descargo, y la falta de acceso al expediente acusatorio antes de declarado el auto de detención violan los principios consagrados en el artículo 8(2)(b) y (h) de la Convención” (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/04/2000).

tancias que atenúen o excluyan su responsabilidad penal (cuya *inexistencia* también deberá acreditar el acusador). Consiste también en la posibilidad de *ofrecer pruebas de descargo* (v. gr., art. 8.2.f, CADH), controlar el ingreso de éstas y las de cargo³⁰⁴ (art. 14.3.e, PIDCP) y *alegar* sobre el mérito de todas ellas para demostrar la carencia total o parcial de fundamento de la pretensión de penarlo por razones fácticas (v. gr., falta de pruebas suficientes) o jurídicas, de fondo (v. gr., atipicidad del delito) o de forma (v. gr., nulidad de la acusación), e interponer *recursos* (v. gr., art. 8.2.h, CADH; arts. 9.4 y 14.5, PIDCP) Integra esta posibilidad de resistencia, el derecho irrenunciable (art. 8.2.e, CADH) del imputado de contar con un abogado que lo asista y represente desde el punto de vista legal.

Ya señalamos que es también parte del derecho de defensa, el *no defenderse*, es decir, el no desarrollar ninguna de aquellas actividades, sin que esa posibilidad u omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en su contra³⁰⁵: si así no se estableciere, la posibilidad de no actuar, en vez de ser un modo de defenderse, sería una *forma de inculparse*.

14. a. *Nemo iudex sine defensione*

El derecho de defensa no sólo es una emanación de la dignidad personal del imputado, sino, además, un requisito indispensable para asegurar (a él y a la sociedad) el desarrollo de un pro-

³⁰⁴ La garantía de la defensa, en juicio consagrada en los pactos internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) y en el art. 18 CN, impide que haya prueba de cargo sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor de interrogar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, obtener la comparecencia de los testigos de descargo (CNCP, Sala III, Sanfurgo Ocampo, 4/12/2003). En el mismo sentido, cf. el voto en disidencia del juez BRUZZONE la causa Godoy de la Sala de Feria "A" de la CNCrim. y Corr., 15/07/2005 y Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, causa 15.423, 14/06/2005.

³⁰⁵ Cf. Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, art. 67.1.g (ONU, 17/VII/98).

14. la defensa del imputado

ceso respetuoso de la escala de valores del Estado de derecho³⁰⁶. Por eso, el sistema constitucional (Constitución Nacional y normativa supranacional incorporada a ella –art. 75, inc. 22–) asegura todas sus manifestaciones (la material y la técnica) desde el primer momento de la persecución penal y en cada una de las etapas procesales. Sólo podrán tolerarse restricciones de *origen* legal y de *carácter* reglamentario y a condición de que no lo afecten en su esencia, porque es un componente insustituible del juicio previo (proceso) y un límite infranqueable a la búsqueda de la verdad sobre la acusación de un delito, que *sólo* puede obtenerse legítimamente con el inexcusable resguardo de la defensa del imputado³⁰⁷.

O sea que el ejercicio válido de la jurisdicción, con el mismo rigor que requiere de la acusación, requiere de la defensa, porque necesita de *ambas* para legitimarse: *Nemo iudex sine defensione*³⁰⁸.

14. b. La condición de igualdad

Un aspecto significativo de la normativa supranacional que integra el nuevo sistema constitucional exige que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones de “*plena igualdad*”³⁰⁹ (v.

³⁰⁶ “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/I/87).

³⁰⁷ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

³⁰⁸ “Nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

³⁰⁹ Se afecta el derecho de defensa en juicio si cuando los abogados defensores pudieren enterarse del contenido de la causa, ya se había decretado la orden de detención. “Igualmente, dicho tribunal violó el derecho del inculpado a la igualdad procesal, por cuanto fue interrogado en presencia del fiscal mientras al mismo tiempo se excluyó a su abogado defensor” (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/04/2000).

gr., art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP) con la acusación, lo que se grafica con la alocución “paridad de armas”³¹⁰. Esto ocurrirá cuando aquél tenga, no sólo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades (reales)³¹¹ que el acusador para influir en las decisiones de los jueces³¹² sobre el caso, lo que dependerá de los siguientes aspectos.

14. b. 1. Recursos humanos y materiales

Desde el punto de vista de los recursos, sería *hipócrita* hablar hoy de una plena igualdad entre el Estado en papel de acusador y un ciudadano común acusado³¹³ (incluso en la hipótesis que integre una organización delictiva). El deber de auxilio de la policía, el uso de la fuerza pública, la colaboración obligatoria de todas las reparticiones estatales, la coerción personal y real, la cooperación interprovincial e internacional, la utilización legítima de medios de información clandestinos (v. gr., intervenciones telefónicas) entre muchos otros, son herramientas a las que regularmente puede acudir el acusador público, y de las que *carece* cualquier imputado. En este aspecto la igualdad se procura poniendo al servicio de la actividad de la defensa la mayor cantidad posible de esos medios (“concesión al inculpado (...) de los *medios* ade-

³¹⁰ Cuando la acusación está a cargo de la víctima o ésta participa en aquella de alguna manera, la “plena igualdad” debe analizarse también desde *su punto de vista*. Si bien este no parece el sentido originario de la garantía, bien puede así interpretarse en virtud de los principios protectores de aquélla que inspiran la legislación supranacional y sus disposiciones expresas (véase punto 5).

³¹¹ El principio de igualdad de medios, inherente al concepto de justicia es “solamente un aspecto del concepto más amplio del proceso justo’ en materia penal” (TEDH, Monnel y Morris, sentencia del 2/III/87). Esta posibilidad del imputado tiene por objeto ejercer correctamente su defensa (Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005).

³¹² La posibilidad de presentar “todos los medios de defensa pertinentes y como consecuencia de ello la de influir en la resolución del proceso” es expresamente reconocida por el CEDH, Informe del 21/VII/84.

³¹³ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I., cit., p. 578.

14. la defensa del imputado

cuados para la preparación de su defensa...”, reza el art. 8.2.c, CADH; art. 14.3.b, PIDCP), especialmente en materia de investigación, siempre que aquella lo *solicite*. Pero el hecho de que el defensor no pueda ordenar, por sí, actividades estatales de investigación o requerir informaciones con fuerza vinculante (salvo algunos casos excepcionales previstos por leyes que regulan la profesión de abogado) es un enorme impedimento para la “plena igualdad” con el acusador, ya que nadie puede desconocer la diferencia (para nada sutil) que existe entre *mandar* y *pedir*. Éste es un aspecto en el que la legislación procesal debe avanzar decididamente para dar cumplimiento a la normativa supranacional, hoy de nivel constitucional³¹⁴ (art. 75, inc. 22, CN), que enfatiza en esta condición como correlato necesario del modelo acusatorio de proceso penal que recepta y del papel de los jueces en él.

14. b. 2. ¿Nivelación jurídica?

Pareciera que la desigualdad fáctica existente entre el Estado en función de acusador y el ciudadano en situación de acusado se procura *nivelar* jurídicamente –a favor de éste– con el principio de inocencia³¹⁵, con la responsabilidad impuesta a aquél de

³¹⁴ Para disminuir este desequilibrio se ha pensado en reconocer el derecho de la defensa a que se le asignen investigadores oficiales que actúen bajo su directiva y que le permitan a aquella conocer el contenido de la prueba antes de ofrecerla como tal (descartando, por cierto las desfavorables), señala Javier LLOBET RODRÍGUEZ (*Código Procesal Penal*, Costa Rica, 1998, p. 84). Se ha sugerido, por otra parte, la creación de un “Ministerio Público de la Defensa” que “no debería sustituir al defensor de confianza, sino que habría de situarse junto a él como órgano complementario, subsidiario y subordinado a la estrategia defensiva de éste. En cuanto dotado de los mismos poderes que la acusación pública sobre la policía judicial y habilitado para la recolección de contrapruebas, garantizaría una efectiva paridad entre la función pública de la prueba y la no menos pública de refutación”. Cf. FERRAJOLI, *Derecho*, cit., ps. 583-584.

³¹⁵ “El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un impu-

probar la acusación³¹⁶, con la exclusión de toda exigencia al imputado sobre la prueba de su inculpabilidad³¹⁷, y con la imposibilidad de los jueces de condenarlo si el acusador no logró acreditar ciertamente su responsabilidad sobre la base de las pruebas por él aportadas³¹⁸. Persiguen también la igualdad, el carácter de *irrenunciable* acordado a la defensa técnica (art. 8.2.e, CADH) y la obligación subsidiaria del Estado de brindarla a su costa³¹⁹ (art. 8.2.e, CADH).

Desde otra óptica, puede también considerarse que el criterio de *objetividad* que debe presidir la actuación de los órganos encargados de la persecución penal (el Ministerio Público Fiscal y la policía), que los obliga a no ocultar³²⁰ ni desatender la prueba de descargo, a requerir el sobreseimiento o la absolución del imputado, y a recurrir en su favor cuando todas estas actitudes por derecho correspondan, tiende también a favorecer la condición de igualdad. Pero la propiedad “equilibrante” de esta regla se debilita frente a la atribución que la mayoría de los códigos reconocen a los jueces –incluso los del juicio– de disponer la incor-

tado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

³¹⁶ En este sentido, BINDER, *Justicia penal*, cit., p. 155.

³¹⁷ “En el procedimiento penal, el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

³¹⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

³¹⁹ “El artículo 8.2 de la Convención ADH establece que toda persona inculpada de delito tiene... el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297).

³²⁰ Cf. Comisión EDH (Informe n° 7138/75) en donde se reconoce el derecho del acusado a tener acceso a la información obrante en poder del fiscal que le sea útil para ayudarle a ganar el caso o reducir la pena.

14. la defensa del imputado

poración de pruebas de cargo, incluso no ofrecidas por (y aun contra la voluntad del) acusador (véase punto 10).

Sin duda que la *paridad* de atribuciones procesales entre el acusador público (y privado) y el imputado es la manifestación legal más perceptible de la igualdad. Su expresión acabada se encuentra en la etapa del juicio (y también en la de los recursos), no así en la etapa previa a la acusación porque tratándose de delitos de acción pública aquéllos tienen atribuciones desparejas (tanto cuando el fiscal tiene a su cargo la investigación preparatoria, como si se tratara de instrucción judicial) en orden al secreto de períodos procesales (v. gr., actuaciones secretas para el defensor hasta la declaración del imputado, pero no para el fiscal) o actos en particular (v. gr., la realización de un allanamiento domiciliario que no se comunica previamente a la defensa y sí al fiscal) (véase apartado 16. b).

Es evidente, de acuerdo a todo lo dicho, que la condición de igualdad parece más una *aspiración ideal* que una realidad fácilmente alcanzable. Pero este diagnóstico sólo debe servir para esforzarnos en hacerla efectiva, sobre todo frente al nuevo modelo constitucional de proceso que impide a los tribunales intervenir en la actividad probatoria.

14. c. Defensa material y defensa técnica

La normativa supranacional sobre derechos humanos distingue los dos aspectos tradicionalmente reconocidos por nuestra legislación procesal de la actividad defensiva: el material y el técnico (v. gr., art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP).

La *defensa material* consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando (verbalmente o por escrito³²¹) en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y participando (según el caso) en los actos probatorios y conclu-

³²¹ El art. 353 *bis* del CPPN (ley 24.826) dispone que el imputado podrá presentarse ante el fiscal "aun *por escrito*, aclarando los hechos...".

sivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades. El correcto ejercicio de ella exige su intervención efectiva en el proceso, y presupone su conocimiento de la imputación.

La defensa del imputado se integra también con la actividad desarrollada por un abogado, que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las de cargo que ofrezca el acusador, argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, y podrá recurrir en su interés³²²: es lo que se conoce como *defensa técnica*.

14. d. Expresiones

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

La defensa presupone el derecho del imputado de intervenir personalmente en su caso, de “*hallarse presente en el proceso*”³²³ (art. 14.3.d, PIDCP). Por eso, si bien la investigación preliminar puede comenzar a desarrollarse en ausencia de aquél (lo contrario imposibilitaría su individualización y la posible recolección de las pruebas), no podrá producirse la acusación, ni realizarse el juicio oral y público si esa ausencia se mantiene. Se ha dicho que esta prohibición tiene como fundamento la necesidad de verificar “de cuerpo presente” si el imputado tiene capacidad para

³²² Es por ello que la ausencia de asistencia letrada y, como consecuencia, la imposibilidad de impugnar la condena, genera una afectación al debido proceso (Comisión IDH, Informe 55/02, caso 11.765, del 21/10/2002).

³²³ “El derecho de estar presente en la audiencia es, singularmente en materia penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83).

14. la defensa del imputado

intervenir en el proceso³²⁴ y está en condiciones de ejercer las facultades que le acuerda la ley. Este derecho de “hallarse presente en el proceso” puede entenderse como un respaldo de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) a la prohibición del juicio en rebeldía³²⁵.

El derecho a “ser oído” (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP)³²⁶, como elemento esencial de la defensa del imputado, admite la formulación de preguntas como las que siguen: ¿sobre qué será oído?; ¿cómo se entera y cuándo, de aquello sobre lo que puede ser oído?; ¿de qué forma y bajo qué condiciones deberá ser oído?; ¿quién deberá oírlo y cómo? Las respuestas a estos interrogantes precisarán el contenido de este concepto.

La atribución a una persona de una acción u omisión que la ley penal reprime como delito, es lo que se conoce como *acusación* (art. 8.1, CADH), *cargo* (art. 7.4, CADH) o *imputación*³²⁷ (véase apartado 16. a). Sobre ella debe permitirse al imputado ser oído, porque es contra lo que deberá defenderse³²⁸. Si bien los

³²⁴ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I., cit., p. 595.

³²⁵ El Comité de Derechos Humanos (Comité DH) considera en principio inadmisibles todas las condenas *in absentia*, aunque admite excepciones (Comunicación n° 16/77, Mongolia).

³²⁶ La Comisión EDH (Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83) señaló: “la garantía de un proceso justo es una garantía de carácter absoluto ... ninguna consideración de oportunidad o de eficacia puede entrañar una disminución del derecho a ser escuchado y de los derechos concretos de la defensa...”.

³²⁷ “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal *vis-à-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan” (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005).

³²⁸ Al respecto, la Corte IDH ha sostenido: “el artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notifi-

requisitos fácticos y jurídicos que debe reunir la imputación van creciendo a lo largo del proceso, el núcleo central de la conducta atribuida deberá mantenerse *idéntico* del principio hasta el fin. Esta identidad (congruencia) es básica para el eficaz ejercicio de la defensa³²⁹, porque de poco serviría ser oído sobre una imputación que con posterioridad puede ser mutada en su esencia y convertirse, por tanto, en otra diferente (véase apartado 14. f).

Para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier *sorpresas*³³⁰. El acto por el que se le informa de ella se suele denominar *intimación*. Ésta debe ser *previa* a cualquier declaración que se le pueda recibir, *comprensible* (sencillamente expuesta, y si no entiende el idioma se le proveerá de un intérprete, establecen los arts. 8.2.a, CADH, y 14.3.a,

car al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa” (caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006).

³²⁹ Cf., al respecto, Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005. En dicho precedente, se sostuvo: “la necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia”.

³³⁰ “No es posible la imposición de una pena superior a la solicitada por el representante del Ministerio Público fiscal, pues se ve conmovido el modelo de enjuiciamiento diagramado por la Constitución Nacional. Esta circunstancia importa la afectación de un principio consustancial del proceso, cual es el de contradicción. Con esta situación se está limitando el ejercicio de la defensa en juicio en relación a la posición sorpresiva y oficiosa del órgano jurisdiccional” (CNCP, Sala III, Cristaldo, 25/08/2004, voto en disidencia de la jueza Ángela Ester Ledesma). Tampoco se puede incorporar una agravante que el Fiscal expresamente había excluido del objeto de acusación ya que se afecta el principio de congruencia (CSJN, Fariña Duarte, 6/07/2004).

14. la defensa del imputado

del PIDCP) y *detallada*, con explicación de las *causas* de la acusación, es decir, los hechos que le dan base y las pruebas existentes (y su contenido)³³¹ y su *naturaleza*, o sea, su encuadramiento legal³³² (art. 8.2.b, CADH; art. 14.3.a, PIDCP). Las leyes procesales exigen que sea realizada por la autoridad judicial³³³ que debe recibir la declaración del imputado, de modo previo a ella, tanto durante la investigación preparatoria como en el juicio oral y público. Y ¿cuán *previa* debe ser la intimación respecto de la declaración?: entre ambas deberá también transcurrir el “tiempo” adecuado (art. 8.1.c, CADH) para la preparación de la defensa, aspecto no desarrollado especialmente entre nosotros.

³³¹ “Sin mencionar necesariamente los elementos de prueba sobre los que se funda la acusación, la información proporcionada por esta disposición debe contener los elementos aptos para que el acusado pueda preparar su defensa” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83). Esta limitación ha sido superada por las leyes procesales argentinas que exigen también la información detallada sobre la prueba, yendo más allá de las garantías mínimas previstas por el art. 8.2 de la CADH. Pero estos avances se encuentran también amparados por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la CADH (cf. Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

³³² “El acusado tiene el derecho de ser informado no solamente de la causa de la acusación, es decir, de los hechos materiales mantenidos contra él que constituyen la base de su inculpación, sino también de la naturaleza de la acusación, es decir, de la calificación jurídica de estos hechos materiales” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83). En el mismo sentido, Corte IDH, Ramírez Fermin c/Guatemala, 20/06/2005. En el ámbito local, CNCP, Sala I, Encina, 10/11/2006, y Sala III, Miere, 9/03/2007.

³³³ “El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso” (Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004). En el ámbito interno, se sostuvo que “será tarea del Juez, al momento de recibirle declaración indagatoria, informarle a la imputada, en forma detallada, el hecho que se le atribuye, las pruebas que existen en su contra y el derecho que posee a negarse a declarar sin que tal circunstancia implique una presunción de culpabilidad. Será, precisamente en tal momento, dónde la imputada podrá ejercer plenamente su derecho de defensa y su derecho a ser oída, en caso de optar por declarar” (CNCrim. y Corr., Sala I, Solís, 27/07/2005).

El derecho a ser oído (audiencia) se canaliza *principalmente* a través de la llamada “declaración del imputado” (indagatoria)³³⁴, acto predispuesto por las leyes procesales para que aquél decida libremente si prefiere ejercer su defensa material guardando *silencio* (art. 18, CN; art. 8.2.g, CADH) o a través de manifestaciones verbales en *descargo* o *aclaración* del hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer *previamente* junto con las pruebas existentes en su contra, en forma detallada, y con el encuadramiento legal recaído, porque *sólo* así podrá defenderse *integralmente*. Si el imputado ejerce su defensa guardando silencio, esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra (manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo), aspecto del que deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial responsable del acto (v. gr., art. 18, CN; art. 8.2, CADH). Si el imputado optara por declarar, expondrá libremente (lo que estime conveniente) en descargo o aclaración de los hechos, pudiendo proponer aquellos elementos probatorios que estime útiles a su defensa, que el órgano judicial deberá procurar incorporar (pues no es suficiente solo la pasiva formalidad de *oír* al imputado, sino que es necesaria también la “pro-activa” de *investigar* los hechos de descargo invocados por éste y recibir las pruebas que haya mencionado en su declaración y que sean pertinentes y útiles); y podrá hacerlo cuantas veces lo crea conveniente.

La legislación supranacional constitucionalizada (art. 75, inc. 22, CN), enfatiza sobre el concepto de imparcialidad del tribunal que debe oír al acusado (v. gr., art. 10, DUDH), que se orienta a asegurar la igualdad procesal entre éste y su acusador, y es considerada un presupuesto de la defensa: debe ser oído *imparcialmente* (con justicia, dice el art. 10, DUDH) (véase apartado 4. c)³³⁵.

³³⁴ “Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculcado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa” (Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004).

³³⁵ Cf., en este sentido, Comisión IDH, Informe 127/01, caso 12.183, del 3/12/2001.

14. e. El defensor

Ciertamente, la defensa (por la exigencia de igualdad) implica también la *equivalencia* de *conocimientos jurídicos* entre acusador y acusado, lo que requiere que éste cuente con un abogado que lo asista y represente desde el punto de vista legal³³⁶, para no encontrarse en la situación de “quien no sabe hablar la lengua que necesita para hacerse entender”.

Por esto, se reconoce al imputado el derecho *irrenunciable* (art. 8.2.d y e, CADH)³³⁷ a hacerse defender por un abogado de su confianza y elección³³⁸, que a modo de “guardián parcial del Estado de Derecho”³³⁹, es decir, del Estado *no arbitrario*, actúe como un protector de su interés³⁴⁰, integrando³⁴¹ su personalidad jurídica. Este derecho debe ser reconocido efecti-

³³⁶ “Para que estos derechos sean efectivos, debe otorgarse al acusado una oportunidad efectiva de contratar un abogado tan pronto como sea razonablemente practicable después de su arresto o detención” (Comisión IDH, Informe 58/02, caso 12.275, del 21/10/2002).

³³⁷ “Cuando el inculpado no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10/VIII/90). Véase, sin embargo, la nota 355.

³³⁸ La normativa supranacional acepta la autodefensa técnica (derecho de defenderse personalmente, art. 8.2.d, CADH) en la medida en que se garantice la “plena igualdad con el acusador” (art. 8.2, CADH) Lo acepta la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10/VIII/90, pero sólo si la legislación interna lo permite.

³³⁹ Cf. GELSI BIDART, Adolfo, *Proposiciones acerca del abogado hoy*, en *Hacia una justicia más efectiva*, XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

³⁴⁰ “La defensa de un acusado (...) en modo alguno puede servir de base para atribuir maliciosamente y sin fundamento alguno (...) una vinculación del abogado defensor con actividades ilícitas que (...) se le imputen a su patrocinado” (Comisión IDH, Informe n° 27/94, caso 11.084).

³⁴¹ “En un procedimiento penal, el abogado defensor nunca sustituye totalmente al acusado” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83).

vamente³⁴² desde el primer momento de la persecución penal³⁴³, aun durante la actuación que le cupiera a la policía³⁴⁴, pues es donde suele ser más necesario.

Deberá garantizarse, irrestrictamente, la libre y privada *comunicación* (art. 8.2.d, CADH)³⁴⁵ personal, telefónica y epistolar entre imputado y defensor (aun si se aceptara la incomunicación, porque ésta se autoriza en protección de la prueba, no en desmedro de la asistencia técnica), y la *reserva*³⁴⁶ de las

³⁴² “Corresponde declarar la nulidad de la sentencia que ante la incomparencia del Defensor particular designado a un menor imputado condicionó el ejercicio del derecho de asistencia letrada a una petición del imputado en ese sentido. Debíó el *a quo* asumir la obligación positiva del Estado en amparo de la garantía invocada, ejerciendo la sustitución por la defensa oficial (...) En materia criminal deben extremarse los recaudos que garantizan plenamente ese derecho, que debe ser cierto, efectivo y sustancial y no meramente formal, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio” (CNCP, Sala IV, O., D. F., 28/11/2003).

³⁴³ La Constitución de Córdoba establece: “todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal” (art. 40). Si el imputado no pudo contar en su declaración indagatoria con la presencia de su abogado, no se garantizó el derecho establecido en el artículo 8.2.d CADH (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1/02/2006).

³⁴⁴ Cf. Comisión IDH, Informe anual 1985/6. La Comisión EDH señaló que un contacto privilegiado antes del comienzo del procedimiento puede ser tan importante como otro posterior a su iniciación (cf. Campbell, Informe del 17/V/82).

³⁴⁵ “Las entrevistas de un abogado con su cliente, con ocasión de un procedimiento, proyectado o pendiente, disfrutan de una protección especial que permite al cliente informar de todo a su letrado sin el temor de perjudicarse en el posible procedimiento” (Comisión EDH, Campbell, Informe del 12/V/82). Sin embargo, se dijo: “razones de seguridad podrían justificar algunas restricciones en las visitas de los abogados de los presos” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

³⁴⁶ “El abogado defensor no puede desempeñar convenientemente sus tareas si no está autorizado para entrevistarse sin testigos con su cliente. Como consecuencia de ello, y en principio, no es compatible con el derecho

14. la defensa del imputado

confidencias³⁴⁷ que en ella se trasmitan. Se permitirá al primero contar con el *asesoramiento*, consejo³⁴⁸ y asistencia profesional del segundo, que no deberá ser retaceado en ningún momento del proceso³⁴⁹ (aún si estuviere incomunicado)³⁵⁰, en especial antes de y durante la tramitación de cualquier acto que requiera la intervención personal de aquél (v. gr., su

a la asistencia efectiva de un abogado, garantizada por el art. 6.3.c del Convenio EDH, someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal” (Comisión EDH, Can, Informe 12/VII/84).

³⁴⁷ “Si el abogado no puede entrevistarse con su cliente más que en presencia de un funcionario del tribunal, el acusado encontrará dificultades para expresarse libremente ‘vis a vis’ con su abogado sobre los hechos que han dado lugar a la acusación penal, porque temerá que sus declaraciones puedan ser utilizadas o tramitadas para ser utilizadas contra él por el funcionario que las escucha. En estas condiciones será por ejemplo difícil discutir con el acusado sobre si es oportuno en su caso hacer uso del derecho a permanecer callado o aconsejarle declarar. El abogado tendrá dificultades para formular quejas relativas a su detención porque podrá tener represalias si las expresa en presencia de un funcionario del tribunal. A este respecto, importa poco saber si sus temores son o no fundados” (Comisión EDH, Can, Informe del 12/VII/84).

³⁴⁸ La Comisión EDH, reconoce expresamente que el abogado puede “discutir con el acusado sobre si es oportuno en su caso hacer uso del derecho a permanecer callado o aconsejarle declarar” (Comisión EDH, Can, Informe 12/VII/84).

³⁴⁹ A modo de ejemplo, en el caso Igualt (17/02/2004), la Corte Suprema otorgó un nuevo plazo a la defensa para que fundara un recurso, si el abogado que se encontraba enfermo había presentado un escrito que dejaba al imputado en un estado de indefensión.

³⁵⁰ Sobre incomunicación, cf. RODRÍGUEZ RESCIA, *El debido proceso*, cit., p. 350. *La incomunicación* es una medida excepcional para asegurar los resultados de una investigación... y sólo puede aplicarse si es decretada de acuerdo con las condiciones establecidas de antemano por la ley (cf. Corte IDH, Suárez Rosero, del 12/XI/97). Pero no creemos que pueda extenderse al defensor, porque sólo protege la prueba de su posible alteración por terceros, incitados por el acusado. Si se cree que el defensor propuesto se prestará a esta ilegalidad, habrá que designar a otro, pero no privar al acusado de asistencia y consejo jurídico.

declaración)³⁵¹. Se permitirá al abogado la posibilidad de elaborar junto a su cliente la estrategia de la defensa³⁵² y se asegurará su libre actuación como representante y vocero del imputado ante los tribunales, pudiendo reclamar por cualquiera de sus derechos, ofrecer pruebas y representar a éste en la actividad probatoria, alegar en su nombre para contrarrestar y discutir los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación, y recurrir las resoluciones que lo perjudiquen.

14. e. 1. *Provisión por el Estado*

La exigencia de igualdad con el acusador requiere que la defensa técnica sea proporcionada *por el Estado*³⁵³ en caso de que por desinterés o indigencia³⁵⁴ (y aun en contra de su voluntad, v. gr., renuncia expresa a designar abogado) el imputado no haya propuesto un defensor particular (art. 8.2.e, CADH; art. 14.3.d, PIDCP). Esto exigirá la prestación de un servicio jurídico gratuito para aquél, por parte de funcionarios estatales *letrados*, rentados por el gobierno, o por parte de instituciones (universidades, colegios de abogados) que reciban una retribución oficial por

³⁵¹ La Comisión IDH señala que se debe “permitir al abogado defensor estar presente cuando el imputado formule una declaración, sea interrogado, o firme una declaración (Informe Anual 1983). La Constitución de Córdoba establece: “carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor” (art. 40).

³⁵² “La entrevista del abogado con su cliente puede consistir en la exposición de los hechos en que se basa la queja (imputación), se pueden también abordar cuestiones que se refieren, por ejemplo, a la táctica que se proyecta seguir en la continuación del caso, y que el cliente puede, con pleno derecho, desear que se mantengan secretas” (Comisión EDH, Campbell, Informe del 12/V/82).

³⁵³ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10/X/90. “Las obligaciones del Estado en este sentido comprenden no sólo el otorgamiento de defensoría de oficio, sino facilitar oportunidades razonables para que el acusado tome contacto con su asesor y lo consulte” (Comisión IDH, Informe 58/02, caso 12.275, del 21/10/2002). Este servicio debe ser eficaz en todas las instancias conforme lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Núñez, 16/11/2004.

³⁵⁴ En esta dirección, Comisión IDH, Informe 56/02, caso 12.158, del 21/10/2002.

14. la defensa del imputado

brindarlo³⁵⁵. Y esta obligación de *hacer* impuesta al Estado debe ser motivo de especial atención y cumplida con particular preocupación, frente al nuevo modelo procesal acusatorio, que impide a los jueces intervenir en la actividad probatoria.

14. e. 2. Eficacia de la defensa técnica

Sin embargo, la mera existencia de defensor suele ser insuficiente por sí sola para asegurar la pretendida “paridad de armas”, pues sólo proporciona una posibilidad *formal* de igualdad no siempre expresada como tal en la realidad³⁵⁶. Por el contrario, tal paridad requerirá una actividad, profesional *diligente y eficaz* del defensor: se ha llegado al extremo de pensar, si así no ocurriera, en un *abandono* implícito de la defensa³⁵⁷, con la posibilidad de sustitución del abogado y la eventual nulidad de los actos procesales cumplidos.

³⁵⁵ Éste será el único modo de salvaguardar razonablemente su eficacia, pues el servicio jurídico *ad honorem* ha demostrado ser ineficaz en la gran mayoría de los casos.

³⁵⁶ Al respecto, cf. CSJN, Núñez, 16/11/2004.

³⁵⁷ Cf. MINVIELLE, *La Convención*, citado. Nuestra CSJN ha reafirmado la relación directa que existe entre la garantía de la defensa en juicio y la necesidad de que toda persona sometida a proceso cuente, no sólo con asistencia técnica, sino con una que sea eficaz y sustancial: si la asistencia jurídica no cumple con estándares mínimos de idoneidad viola la garantía de la defensa en juicio (CSJN, Schenone, Carlos, 3/10/2006). Poco tiempo antes la CSJN había señalado este mismo camino en los casos Dubra (17/02/2004) e Igualt Pérez (17/02/2004). En el primero de ellos, impidió que el imputado perdiera su derecho a apelar su condena pese a que ya había transcurrido el plazo legal para hacerlo. Para así decidir, tuvo en cuenta que no se había presentado el recurso por una decisión del abogado defensor, tomada sin que el imputado supiera que los plazos para recurrir se habían puesto en marcha. En el segundo precedente mencionado, el Alto Tribunal también ofreció al imputado una segunda oportunidad para presentar un recurso. En este asunto, juzgó que la omisión de recurrir era imputable a su defensor, y particularmente en razón de que éste se encontraba afectado por una enfermedad terminal, lo que exigía que se diera al imputado una nueva oportunidad para presentar su apelación, más allá de que los plazos legales para hacerlo habían fenecido. De no otorgarle esa nueva posibilidad para plantear su recurso –expresó la CSJN–, se habría violado su derecho constitucional a contar con una defensa eficaz y sustancial.

Tratándose de defensa oficial, la eficacia requerirá que entre el imputado y el defensor exista una relación de *confianza* (lo ideal sería que aquél pudiera elegir a su letrado), y que éste sea seleccionado para su función en atención a su *idoneidad*, condición que tratándose de funcionarios estables, deberá ser mantenida en el tiempo a través de un razonable proceso de actualización. Pero la defensa oficial sólo será eficaz, si se brinda despojada de todo atisbo burocrático³⁵⁸, si el defensor público toma verdadera conciencia de su rol y lo asume con vocación y entusiasmo (e incluso, con espíritu de sacrificio). Las autoridades deberán adoptar medidas positivas para que así ocurra³⁵⁹, garantizando además que el *número* de abogados estatales sea suficiente para atender todos los casos que los requieran (para cumplir así con la obligación impuesta por el art. 8.2.d y e, CADH), sobre todo frente a la acentuación del modelo acusatorio reflejado en el nuevo paradigma procesal (véase punto 15).

La defensa deberá también integrarse con la posibilidad de asistencia estatal en materias que no sean de carácter legal. Abarcará no sólo cuestiones técnicas, sino incluso, la colaboración para la

³⁵⁸ “El art. 6.3.c, CEDH, habla de ‘asistencia; y no de ‘designación’. Y ello porque la segunda no garantiza por sí misma la efectividad de la primera, pues el abogado de oficio puede morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes. Si han sido advertidos de ello, las autoridades han de sustituirlo u obligarle a cumplir su obligación”. De lo contrario, “la asistencia letrada gratuita estaría amenazada de convertirse en una palabra vacía en más de una ocasión” (TEDH, Schiesser, sentencia del 4/XII/79). De tal forma, no puede imputarse al procesado la inoperancia de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado (CSJN, Núñez, 16/11/2004).

³⁵⁹ “Ciertamente, no cabe imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento realizado por un abogado de oficio, pero en las circunstancias del supuesto incumbía a las autoridades... competentes actuar de manera tendiente a garantizar al demandante (el acusado) el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido. Les cabían dos soluciones: sustituir al letrado... o, llegado el caso, obligarle a cumplir su tarea. Ellas eligieron una tercera, la pasividad, cuando el respeto al Convenio exigía por su parte la adopción de medidas positivas” (TEDH, Schiesser, sentencia del 4/XII/79).

14. la defensa del imputado

investigación que fuere necesaria para el acceso a fuentes de prueba (concesión de “medios” para la defensa, art. 8.2.c, CADH).

14. f. Otras manifestaciones

Puede mencionarse también como derivación de la garantía de defensa al principio de “congruencia”³⁶⁰. Éste exige la identidad del hecho delictivo por el que se dicta la sentencia, con el contenido en la acusación y con el intimado al imputado al recibirse declaración; entre todos ellos debe existir una *correlación fáctica* esencial³⁶¹, en todas las etapas del proceso.

También es parte del derecho de defensa el obtener una decisión jurisdiccional *motivada* sobre la causa, que le ponga fin decidiendo el caso. Sobre todo si se trata de una sentencia condenatoria, parece claro que al ciudadano que se lo condena se le debe explicar³⁶² a base *de qué* se lo hace: si la legislación supranacio-

³⁶⁰ Cf. CAFFERATA NORES, *Derecho procesal*, cit., p. 105. “Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención” (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005).

³⁶¹ La congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia; el requerimiento fiscal fija los hechos de los que el Tribunal no puede apartarse. Para que se conmueva la garantía constitucional de la defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, lo que produce un menoscabo en la facultad de refutación por parte de los imputados (CNCP, Sala III, Rivero, 5/03/2004). A su vez, la Corte IDH entendió que la calificación de los hechos puede ser modificada durante el proceso sin que ello implique una violación al derecho de defensa en juicio (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20/06/2005) si se observan las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación (lo que remite la cuestión a la existencia de reglas al respecto en el derecho interno). En este mismo sentido, CNCP, Sala I, Encina, 10/11/2006 y Sala III, Miere, 9/03/2007.

³⁶² La sentencia definitiva debe ser “resultado racional de un juicio justo” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97). Por su parte, RODRÍ-

nal exige *razones* para la detención³⁶³ de una persona, que deben serle *informadas* al llevarse a cabo (art. 7.4, CADH) con más “razón” ambas exigencias serán aplicables en relación al fallo definitivo. La fundamentación también se exige (al menos entre nosotros) para garantizar la posibilidad de recurrir, que implica la de atacar las conclusiones a que arriban los tribunales, discutiendo sus fundamentos, lo que hace imprescindible que éstos se exterioricen, que se expresen, pues sólo así se podrá conocerlos y por tanto criticarlos: la motivación de las resoluciones de los jueces, entonces, hace no sólo a la publicidad de los actos de gobierno que exige la publicidad de la decisión y de sus “por qué”, sino también al derecho de defensa (el derecho al recurso) del imputado³⁶⁴. La motivación debe ser legítima (fundada en pruebas válidas, legalmente incorporadas al juicio), *veraz* (no podrá “fabricar” ni distorsionar los datos probatorios), *específica* (debe existir una motivación para cada conclusión) y arreglada a las reglas de la *sana crítica racional* (principios de la lógica, las ciencias y la experiencia común).

Por cierto que *integra* el derecho de defensa del imputado la posibilidad de recurrir contra las resoluciones jurisdiccionales que les sean desfavorables³⁶⁵, en especial, la sentencia condenatoria (art. 8.2.h, CADH), lo que ha obligado a replantear el contenido y los alcances del recurso de casación (véase punto 18).

GUEZ RESCIA, deriva el derecho de defensa “el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal” (*El debido proceso*, cit., p. 341). La nueva ley de “ética en la función pública”, obliga a quienes la ejercen a “fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones...” (ley 25188, art. 2, inc. e).

³⁶³ Esto “genera la obligación para quienes ejecutan la medida de informar cuáles son los motivos que la justifican” (COMISIÓN ANDINA, *Definiciones*, cit., p 108).

³⁶⁴ Se trata de la única forma de acceder a las razones del fallo para poder recurrir contra él con eficacia (cf. Comité DH, Currie, comunicación 377/89).

³⁶⁵ “El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97).

Capítulo IV

15. Nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal

Lo expuesto hasta aquí nos permite concluir en la existencia de un *nuevo paradigma*³⁶⁶ de procuración y administración de justicia penal en la Argentina, fruto de la incorporación a la Constitución Nacional de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22) y de los principios que los informan. Esta normativa supranacional y su interpretación por los organismos regionales encargados de su aplicación (véase punto 2), no sólo ha acrecentado el catálogo de las garantías procesales expresas ya existentes, con un sentido *bilateral* (véase apartado 3. c), sino que ha enfatizado sobre su carácter general, acentuando la importancia que, tanto internacionalmente como dentro de nuestro mismo territorio se le atribuye a un sistema judicial que las priorice, y que proteja el interés de la víctima (y su derecho a reclamar y obtener justicia –la que legalmente corresponda–, considerado la “razón principal” de la persecución penal, véase apartado 3. c) pero sin “confiscarlo” en nombre de un “interés estatal” (que genera la ficción del “Estado víctima”), y no esté dispuesto a cumplir el objetivo de castigar el delito por cualquier medio o a cualquier costo (véase punto 3).

El nuevo paradigma está “diseñado” sobre la base del *equilibrio* entre el monopolio del uso del poder penal y la fuerza por parte del Estado, y las herramientas acordadas al ciudadano para

³⁶⁶ Puede verse lo que dice TRAVIESO, *Los nuevos paradigmas*, cit., ps. 127 y siguientes.

requerir la intervención estatal en protección o restauración de sus derechos vulnerados por el delito, o para resistir o limitar aquel poder, o prevenirse o *defenderse* de sus excesos. A la par que rescata un *papel central para la víctima*, amparando su actuación como acusador en el derecho a la tutela judicial efectiva expresamente previsto en la normativa supranacional (v. gr., arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH) reconociendo a la lesión a su derecho o interés concreto como la base primera e insustituible del ejercicio del poder punitivo estatal (véase apartado 5. b), también perfecciona y hace expresos los derechos acordados al *penalmente perseguido* y sus garantías³⁶⁷.

15. a. Modelo acusatorio

En lo estrictamente procedimental, este paradigma se proyecta en un modelo *acusatorio*³⁶⁸ del proceso penal pues, como se puede ver, la incorporación a la Constitución Nacional, y a su mismo nivel, de los más importantes instrumentos y tratados supranacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) ha dejado este punto esencial afuera no sólo del campo de la *interpretación jurídica* sino también del campo de la libre *reglamentación procesal*, habiéndose convertido en texto expreso, indiscu-

³⁶⁷ “Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, es decir sólo en beneficio del inculpado y no para beneficio de los estados contratantes, concluyendo que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado no es un sujeto destinatario del beneficio referido” (CNCP, Sala II, Pérez, 28/05/2004). Similar criterio había sido sostenido por la CSJN en un caso en el que se debatía si los límites legales establecidos para el recurso del fiscal eran constitucionales (Fallos, 320:2145) También la jueza Ledesma, por ejemplo en el caso Chabán (CNCP, Sala III, 24/11/2005), siguió esta misma línea para los casos en los que la excarcelación concedida era impugnada por el acusador público.

³⁶⁸ Puede consultarse FERRER, Carlos e IRIARTE, Ricardo M., *El principio acusatorio en el nuevo Código de Procedimiento Penal de Córdoba*, en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Córdoba, 1993.

15. nuevo paradigma de procuración y administración

tible, inalterable y obligatorio para la legislación infraconstitucional³⁶⁹ (véase punto 10).

El modelo procesal del nuevo sistema constitucional (véase punto 1) parte de la base de la acusación (arts. 60 y 115, CN; art. 8.1, CADH), la que según su significado idiomático no sólo consiste en imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también –como la define el Diccionario de la Lengua Española– “exponer las pruebas de los mismos”, “demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado, mediante pruebas acusatorias”. Pero la normativa supranacional avanza en definiciones al establecer que dicha acusación debe ser objeto de “substanciación” (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP), es decir conducida “por la vía procesal adecuada, hasta ponerla en estado de sentencia” que dictará un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (art. 8.1, CADH; art. 15.1, PIDCP). Éste, luego de oír públicamente (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP) al acusado y habiéndole asegurado el respeto a su dignidad personal y a sus derechos, su plena igualdad con el acusador, y todas las garantías necesarias para su defensa (arts. 10 y 11.1, DUDH) lo juzgará (art. 14.3.c, PIDCP). Juzgar es deliberar acerca de la culpabilidad del acusado y sentenciar lo procedente (dice el Diccionario de la Lengua) sobre la base de las pruebas de cargo y de descargo aportadas en el juicio³⁷⁰, de las que habla el art. 14.3.e, PIDCP; y sólo si así encuentra culpable a aquél (alocución usada por el art. 59, CN, y por el art. 14.5, del PIDCP) resolverá (art. 116, CN) aplicarle el Código

³⁶⁹ En este sentido, la jueza Ángela Ester Ledesma sostuvo: “el cuerpo normativo no ha sido agjiornado aún conforme a la reforma constitucional de 1994, que erige al Ministerio Público Fiscal como órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera e incorpora normas supranacionales (...) que consolidan la opción por un proceso penal que responda al denominado ‘acusatorio’” (CNCP, Sala III, Torres, 11/03/2004).

³⁷⁰ “Nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad del fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, del 7/V/98).

Penal (art. 75, inc. 12, CN) imponiéndole la sanción que corresponda (arts. 18, 65 y 115, CN)³⁷¹.

Consecuentemente en este nuevo modelo (“nuevo” en lo literal pues no lo es en una interpretación constitucional correcta anterior, sólo que hoy es “expreso”) la función de perseguir y acusar deberá ser diferente e independiente de la función de juzgar y punir, correspondiendo, por tanto, poner a cada una de ellas a cargo de sujetos diferenciados y autónomos entre sí (véase punto 10); por la misma razón la función de juzgar no podrá, en resguardo de su imparcialidad y de la igualdad de las partes, colaborar con cualquiera de éstas. Y a partir de la base de la existencia de intereses opuestos en el proceso (el del acusador y el del acusado), que se enfrentan entre sí, acordará la responsabilidad de sostenerlos y acreditarlos sólo a quiénes los representan o encarnan (nunca a quienes deben resolver sobre ellos) y por consiguiente aceptará que se procure la verdad procesal que dará base a la solución jurídica del caso, a través de la confrontación de tales intereses.

15. b. ¿“Común interés de justicia” o intereses contrapuestos?

Y es precisamente en estos últimos aspectos en donde se puede advertir con mayor claridad el grado de infracción en que se encuentran la gran mayoría de los códigos procesales “mixtos” de nuestro país frente a las exigencias del nuevo sistema constitucional (enriquecido por la normativa supranacional incorporada), pues en aquellos el “triunfo de la verdad” como objetivo principal del proceso, requiere la contribución –respetando ciertas diferencias formales pero *sin distinción sustancial* de roles– de todos los órganos públicos intervinientes (principalmente los jueces –incluidos los del juicio–). El vano esfuerzo por disimular el

³⁷¹ Así se sostuvo: “... nuestra Constitución Nacional impone, para la etapa de juicio del proceso penal, las características fundamentales del sistema acusatorio de enjuiciamiento, toda vez que, sólo a través de la consagración de tales características puede adquirir operatividad el principio de contradicción” (TOC 23, Gortán, 22/12/1994, voto del juez MAGARIÑOS).

15. nuevo paradigma de procuración y administración

innegable enfrentamiento de intereses contrapuestos entre acusación y defensa ínsito en cualquier proceso, bajo el *eufemismo* de un “común interés de justicia”, se ha hecho extensivo incluso hacia el propio acusado, llegándose a decir que “existe tan poco conflicto de intereses entre el imputado y el Ministerio Público, como entre el enfermo y el médico que le quiere suministrar una medicina”³⁷². Esta particular “eufemística” se traduce en un método de averiguación de la verdad procesal de carácter *unilateral*, que procura alcanzarla no a través de la actividad de las partes, sino mediante la investigación oficiosa y eminentemente autorreflexiva de un órgano jurisdiccional, a quien en todas las etapas del proceso (incluso en el juicio) se considera el principal responsable de descubrirla: el juez o tribunal de juicio inquisidor, “historiador”, que averigua (instruye) y produce pruebas “autónomamente”, se “controla” a sí mismo para no excederse en sus atribuciones, saca conclusiones y toma decisiones a base de los resultados de su propia investigación, todo a la vez. Cuando mucho se permite que lo ayude la “dialéctica de las partes”, cuyos derechos debe simultáneamente garantizar, incluso frente a sí mismo³⁷³.

Este ficticio “interés común de justicia” es conceptualmente incompatible con el modelo procesal del nuevo sistema constitucional, pues éste concibe “ontológicamente” al proceso (cualquier proceso) como un método para que se reflejen dos intere-

³⁷² Frase de CARNELUTTI, recogida por VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 80.

³⁷³ “Es algo absurdo exigir al inquirente estar ya de un lado, ya del otro, y con ambas armas luchar contra sí mismo, dirigiendo la disputa como árbitro”, expresa ZACHARÍAS, citado por Eberhard SCHMIDT (*Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993, p. 66). Al votar en el caso Vázquez Ferrá (CSJN, 30/09/2003), el juez MAQUEDA –en disidencia parcial– sostuvo: “... por consiguiente, el acusado, los terceros y la misma víctima se encuentran en paridad de condiciones frente a los métodos que entienda apropiados el juez penal para la dilucidación de la verdad siempre que ellos no encuentren limitación en otras cláusulas de rango constitucional”.

ses contrapuestos y así poder resolver sobre ellos: el interés del acusador, sea el Estado (que se ha “apropiado” del interés de la víctima, convirtiéndolo por “abstracción”, en el “interés general de la sociedad” –véase apartado 5. b–) o sea la víctima (constituido en querellante) en lograr que se castigue la conducta delictiva que le atribuye a un ciudadano (interés que puede ser fundado, o no serlo), que se enfrenta naturalmente con el interés (fundado o infundado) del acusado de no ser sometido a la pena³⁷⁴, y (el siempre fundado) de no serlo de cualquier modo o a cualquier precio³⁷⁵. Tal contraposición de intereses (inherente al proceso) no se desvanece ante el argumento de que el Ministerio Público Fiscal representa sólo un interés de “justicia”, que no siempre será contrario al acusado³⁷⁶, ni tampoco se empaña porque en algunos casos el acusado no resista o consienta la imputación, pues tal supuesto (bastante infrecuente, por cierto, si no existiera alguna presión ilegal o no le reportara alguna ventaja legal, v. gr., juicio abreviado) no será más que una excepción a la resistencia que aquél presenta, por regla general, en la inmensa mayoría de los casos.

Para dar solución a este enfrentamiento dispone que un *terce-*

³⁷⁴ La jurisprudencia supranacional hace referencia permanente a la actividad del “fiscal y la defensa” en el proceso, véase, por ejemplo, Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245; o Informe n° 35/96, del 7/V/98.

³⁷⁵ “Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/7/88).

³⁷⁶ Porque esa afirmación no es totalmente cierta. Es que si el fiscal puso en marcha una investigación contra una persona, o la acusa por la comisión de un delito, indudablemente está expresando un interés represivo que es opuesto al interés de autoprotección de los derechos de aquella persona; y si bien el fiscal puede *concluir* a favor del imputado (v. gr., requerimiento de absolución), lo cierto es que *comenzó* en su contra. O sea, que el asunto se originó y se desarrolló con contraposición de intereses entre imputado y fiscal, aunque haya finalizado sin ella. Otra cosa es que el fiscal deba actuar con objetividad y lealtad en la representación del interés represivo (véanse apartados 9. a. y 14. b. 2).

15. nuevo paradigma de procuración y administración

ro, un juez totalmente ajeno a esos intereses, tanto porque no los son propios (como sí lo es el del imputado, e incluso el del que-rellante) como porque no los debe representar (como lo hace el Ministerio Público Fiscal) será el encargado de establecer cuál de los intereses enfrentados debe *prevalecer* sobre el otro³⁷⁷, por ser el que resulta justificado según el derecho (constitucional, sustantivo y procesal), que estatuye sobre cuestiones fácticas (v. gr., exigencia de certeza fundada en legítimas pruebas de cargo para tener por acreditado un hecho delictivo)³⁷⁸ y legales (v. gr., tipicidad del hecho, causas de justificación, etc.).

15. c. El contradictorio como método de conocimiento

El reconocimiento de la existencia de intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa, y la aceptación de la confrontación entre ellos como método de tratamiento judicial de los casos penales, deriva naturalmente en un esquema de funcionamiento procesal al que se identifica como *contradictorio*³⁷⁹, que apun-

³⁷⁷ El juez VÁZQUEZ, en su voto en la causa Vázquez Ferrá (CSJN, 30/09/2003), sostuvo: "... el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos que se plantean en el seno de la comunidad".

³⁷⁸ "La responsabilidad del juez reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta" (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970), pudiendo condenar recién "cuando haya adquirido la certeza... de responsabilidad penal" (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970), lo que requiere "elementos de convicción contundentes" (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97).

³⁷⁹ El requisito del contradictorio impone la división de los roles estatales (función requirente y decisoria) a efectos de que en el juicio se enfrenten acusación y defensa (TOC 23, Gortán, 22/12/1994, voto del juez MAGARIÑOS).

tala la imparcialidad de los jueces. Su regla principal de funcionamiento es que el triunfo de un interés sobre otro queda librado a la responsabilidad de quienes lo representan (v. gr., Ministerio Público Fiscal) o encarnan (v. gr., el imputado en las condiciones señaladas en el capítulo III), careciendo el tribunal de cualquier co-responsabilidad al respecto, pues sólo debe garantizar que éstos tengan iguales posibilidades para lograrlo, lo que implica principalmente que el “triunfo” del interés que representa el acusador será de su exclusiva responsabilidad, quedando por ello a su cargo la prueba de la culpabilidad del acusado (véanse apartados 9. a y 17. b. 1). Sobre la situación del acusado, véase el capítulo III (en especial los puntos 9 y 14 y la nota 420).

En este modelo de proceso el tribunal no podrá procurar por sí las pruebas de las que inferirá su convencimiento, sino que se las deberá procurar el acusador y –si así lo quiere– el acusado; no se admite la posibilidad de un tribunal que se convenza (o no lo logre) por obra de su autorreflexión, sino que exige que sea convencido (o no) por obra (y no sólo con el auxilio) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa de aquéllos; no admite un “monólogo” unilateral del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que se procure lograrla por “vía de síntesis”³⁸⁰. El modelo contradictorio pretende que el “conocimiento” cierto que se exige al tribunal para poder “decidir” (art. 116, CN) la imposición de una pena, no sea fruto de su propia indagación, sino que, por obra de la confrontación de los intereses de acusador y acusado³⁸¹, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, surja como la “centella que brota del choque entre dos espadas”³⁸²,

³⁸⁰ MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1916, p. 28.

³⁸¹ “... como consecuencia del principio de contradicción la función decisoria del tribunal sólo puede limitarse a resolver un conflicto entre pretensiones fácticas contrapuestas...” (TOC 23, Martínez, 27/08/2002).

³⁸² Cita de NIETZCHE realizada por FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 32. La Sala III de la CNCP ha sostenido, en el caso Almada

15. nuevo paradigma de procuración y administración

entendiendo que no se puede agotar toda la “plenitud, policromía y fecundidad del mundo” –del que el caso penal es una expresión dramática–, “sino bajo la forma mental de la contradicción”³⁸³ (véase apartados 14. f y 17. c. 3). Este principio consustancial del proceso penal adquiere tal importancia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la autoridad de cosa juzgada debe respetarse –como precepto esencial que resguarda la seguridad jurídica– salvo aquellos casos en los que no ha existido un verdadero proceso judicial. Estos supuestos se presentan cuando no se ha garantizado el contradictorio y la libertad para que los jueces fallen³⁸⁴. Se ha agregado que esto abarcaría incluso a las sentencias absolutorias si existió fraude, violencia, cohecho o cualquier otra circunstancia que impida que la sentencia sea el corolario de un debido proceso³⁸⁵.

(4/05/2001), que el accionar del sentenciante que sustanció el juicio oral y basó la sentencia condenatoria tomando como base fáctica la prueba ofrecida por la acusación –que fue producida durante la instrucción sin control de la defensa y, posteriormente incorporada por lectura al juicio– y no permitió a la asistencia legal que propusiera prueba de descargo, afecta el derecho de debido proceso legal. En ese precedente se agregó que deben extremarse los recaudos para que se respete, a través de la contradicción, el derecho de defensa del imputado.

³⁸³ Frase de RADBRUCH, Gustavo, *Aforismos jurídicos*, Córdoba, 1987. El cambio de modelo exige una capacitación especial de los operadores judiciales (fiscales, defensores y jueces) en las técnicas propias del sistema adversarial propio del acusatorio. En Córdoba, la Universidad Nacional y su Facultad de Derecho, el CEJA, el Tribunal Superior de Justicia, la Fiscalía General, el Ministerio de Justicia, el Colegio de Abogados y la Asociación de Magistrados suscribieron en 2005 un convenio para avanzar en esta capacitación.

³⁸⁴ CSJN, Borda, 16/11/2004.

³⁸⁵ CSJN, Fallos, 294:434 y el voto del juez FAYT en 309:1689. Estos criterios no sólo tienen vigencia para los delitos comunes, sino también para los categorizados como de lesa humanidad. A modo de ejemplo, la Corte IDH sostuvo: “específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, (...) [se] precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, *constitutiva de una infracción al derecho internacional*, ha sustraído al acusado de su res-

16. La investigación preliminar

Si bien en la normativa supranacional no hay ninguna referencia expresa a la investigación penal preparatoria de la acusación (como sí la hay sobre el juicio y el recurso) es indudable que aquélla da por sentada la existencia de esta fase del procedimiento. Las normas sobre la *detención* (“toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”, debiendo “ser llevada ante un juez” “a fin de que este decida sobre la legalidad de su... detención... y ordene su libertad” si fuera ilegal, art. 7, incs. 4, 5 y 6, CADH) y *prisión preventiva* (“la prisión preventiva de las personas que deban ser juzgadas no debe ser la regla general...” art. 9.3, PIDCP); la *diferenciación* entre proceso y juicio³⁸⁶, admitiendo que éste es una parte de aquél (derecho de ser “juzgada... o ser puesta en libertad”, sin perjuicio de que continúe “el proceso”, art. 7.5, CADH; durante “el proceso” la persona imputada tendrá , entre otros, el derecho “a ser juzgada” sin dilaciones..., art. 14.3, PIDCP); la *distinción* entre “procesados” y “condenados” (art. 10.1.a, PIDCP) entre varias otras disposiciones, así lo evidencian.

La jurisprudencia supranacional también reconoce la existencia de esta etapa preparatoria, cuando señala, por ejemplo, que “tratándose ... de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irre-

pensabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’” (Corte IDH, casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26/09/2006 y La Cantuta vs. Perú, del 29/11/2006). Véase la nota 184.

³⁸⁶ Sin embargo, “no se puede hablar de juicio durante la etapa instructoria, ello en razón de sus fines y de los principios que rigen durante su realización. Toda vez que sólo se puede afirmar que hay juicio, si hay contradicción, de lo contrario nos encontramos ante una mera etapa procedimental” (CNCP, Sala III, causa 4949, Spiguel, 3/5/2004, voto de la doctora LEDESMA).

16. la investigación preliminar

nunciable, de investigarlos” y la de “promover e impulsar las distintas etapas procesales”³⁸⁷; o cuando entiende que el Ministerio Público Fiscal tiene como funciones las “de realizar las investigaciones preliminares, decidir si la persecución debe mantenerse, sostener la acusación y el procesamiento ante los tribunales” ... y la “de acordar la detención de toda persona sobre la que pesen indicios racionales de criminalidad”³⁸⁸; o cuando enfatiza en la obligación “de cooperación de las fuerzas de seguridad con las investigaciones del fiscal civil”³⁸⁹; o cuando acepta que se distingan “en el procedimiento penal las fases del sumario preparatorio y del sumario en la audiencia”³⁹⁰. Asimismo ha expresado que las disposiciones relacionadas con la preparación de la defensa “pueden aplicarse tanto al proceso mismo, como a una fase anterior del mismo”³⁹¹.

16. a. Vigencia de los derechos y garantías en la investigación preliminar

Y con la misma claridad surge que, como los derechos y garantías reconocidos al imputado tienen vigencia “durante el proceso” (art. 8.2, CADH; art. 14.3 PIDCP), también la tendrán durante la parte del proceso que *no* es el juicio público³⁹²; es

³⁸⁷ Cf. Comisión IDH, Informe n° 25/98, 7/IV/98.

³⁸⁸ Cf. Comisión EDH, Skoogström, Informe del 15/VII/83.

³⁸⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 11.233, 19/II/98.

³⁹⁰ Cf. Comisión EDH, Ben Yaacoub, Informe del 7/V/85.

³⁹¹ Cf. Comisión EDH, Can, Informe del 12/VII/84.

³⁹² “Todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención” (Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, 6/02/2001, párrafo 104; Caso Yatama, 23/06/2005, párrafo 149; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005, párrafo 164; Caso López Álvarez vs. Honduras, 1/06/2006, párrafo 148). Con total contundencia se ha señalado recientemente que *desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho a defenderse durante todo el proceso que*

decir, durante la fase –en que seguramente su observancia es más necesaria– que los códigos procesales penales argentinos regulan como investigación penal preparatoria (v. gr., CPP Córdoba) o instrucción (v. gr., CPPN) al igual que lo hacen las leyes de enjuiciamiento criminal de la mayoría de los países del mundo, en regulaciones largamente pre-existentes³⁹³ a la normativa supranacional, que no las puede haber ignorado al momento de su producción. Además la referencia a la “acusación” que realiza el art. 8.1, CADH no tiene el estricto significado técnico-procesal aceptado entre nosotros, que limita ese concepto a la (acusación) que da base al juicio oral y público (véase apartado 17. a), lo que podría hacer pensar que aquellos derechos y sus garantías sólo rigen en esta última etapa y no en la anterior destinada a prepararla. Por el contrario, y en una acepción mucho más amplia, la jurisprudencia supranacional entiende a la acusación como “la notificación oficial, emanante de la autoridad competente, del reproche³⁹⁴ por haber cometido una infracción penal”, la que puede producirse incluso en “una fecha *anterior* al inicio del proceso, como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares...”³⁹⁵. Es que si

tiene una persona acusada de cometer un delito, de conformidad con el artículo 8.2.d) de la Convención (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005, párrafo 174, el destacado se agrega). También cf. Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005.

³⁹³ Señala Thomas BUERGENTHAL que el artículo 8 de la CADH “incluye los derechos garantizados tradicionalmente por la ley interna de muchos países” (*Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y justicia penal*, en “ILANUD al día”, Boletín del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, año 3, n° 7, abril 1980, San José Costa Rica, p. 53).

³⁹⁴ “Reproche” debe entenderse –a nuestro entender– como “cargos formulados” (art. 7.4, CADH), como la “intimación” en el sentido de los códigos argentinos (v. gr., CPPN, art. 298).

³⁹⁵ Cf. TEDH, Eckle, sentencia 15/VII/82. “Tanto la Convención Americana (art. 8.2.b.) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.a) hablan de acusación; no obstante estimamos que el contexto y el sentido de las normas, por ejemplo la exigencia de que ésta se realice ‘sin demora’, per-

16. la investigación preliminar

“en la etapa investigativa, al momento de recopilar la prueba...” es donde “especialmente”... se presentan “mayores violaciones a los derechos fundamentales”³⁹⁶, ninguna duda puede haber sobre la vigencia de la normativa supranacional que comentamos durante su transcurso.

16. b. Limitaciones posibles

Esto evidencia que la cuestión más delicada de abordar estará relacionada con las limitaciones que, a estos derechos y garantías reconocidos para *todo* el proceso, los códigos procesales puedan establecer para esta *parte* (del proceso) o sea para la investigación preparatoria de la acusación (también llamada instrucción), especialmente para discernir si ellas (o cuales de ellas) pudieran considerarse toleradas por la normativa supranacional. A estos fines habrá que recordar aquí (lo dicho en el apartado 3. e) que si bien “el goce y ejercicio” de algunos de estos derechos pueden ser limitados por “los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática” tales restricciones deben ser de origen legal, o sea “conforme a las leyes”³⁹⁷ que se dicten por razones de interés

miten comprender que no se trata de acusación en el sentido utilizado en nuestro Código de Procedimiento Penal, sino en el de formulación de cargos”, señala RIEGO (*El sistema procesal*, cit., p. 269).

³⁹⁶ RODRÍGUEZ RESCIA, *El debido proceso*, cit., p. 342. Y por supuesto que estos derechos y garantías deben también regir en las investigaciones policiales que, por regla general, preceden en la Argentina a la formal iniciación del proceso: la experiencia indica que es en estos momentos donde la efectiva protección de los derechos humanos resulta imprescindible.

³⁹⁷ La exigencia de una ley en sentido formal “apunta a subrayar el papel del parlamento en la defensa de los derechos humanos” señala Mónica PINTO (*Temas*, cit., p. 95). Es que en esta institución “se expresa la pluralidad y libertad política de un país, lo cual obliga a que en el momento de establecer las restricciones exista cierto grado de consenso” (COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Protección*, cit., p. 38). Esta exigencia también responde a que “el individuo debe poder, en principio, a la vista de la ley, tener una razonable certeza sobre los casos en que un órgano público puede intervenir en el ejercicio de los derechos protegidos” (Comisión EDH, Malones, Informe del 17/XII/82).

general y tienen que aplicarse para el propósito respecto del cual han sido establecidas” (art. 30 y 32, inc. 2, CADH); deberán además ser proporcionales al valor en riesgo que procuran proteger, de interpretación y aplicación restrictiva³⁹⁸ y arregladas a los valores que dan contenido al Estado de derecho y al respeto por los derechos humanos.

Será entonces dentro de este marco que habrá que analizar las normas que restringen la publicidad de las actuaciones en general, invocando que ello es “necesario para preservar los intereses de la justicia” (art. 8.5, CADH)³⁹⁹, o que autorizan el posible secreto de parte de ellas respecto de la defensa⁴⁰⁰, o permiten la exclusión de la presencia del imputado en ciertos actos de recepción posible de pruebas⁴⁰¹, o limitan de cualquier otro modo el control del defensor sobre la realización de actos procesales, y decidir si tales normas procesales encuadran o no encuadran en la autorización limitativa de las disposiciones supranacionales⁴⁰². Pero sobre todo habrá que poner atención en

³⁹⁸ Cf. TEDH, Silver, sentencia del 25/III/83.

³⁹⁹ El interés de “la justicia” no es el “interés del acusado” en el léxico de la jurisprudencia supranacional; más bien es el opuesto. Véase, por ejemplo, Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98.

⁴⁰⁰ Porque “el peligro de la arbitrariedad aparece especialmente cuando las facultades de la administración se utilizan secretamente” (TEDH, Malone, sentencia del 2/VIII/84). Se afecta el derecho de defensa en juicio si cuando los abogados defensores pudieren enterarse del contenido de la causa, ya se había decretado la orden de detención (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/04/2000).

⁴⁰¹ “La persona, objeto de diligencias, debe en consecuencia ser puesta en disposición, si así lo desea, de tomar parte en la audiencia, así como de defenderse en el procedimiento en el curso del cual se decidirá sobre la fundamentación de las acusaciones dirigidas contra ella” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83).

⁴⁰² La Comisión EDH parece no tener observaciones al hecho de que “la instrucción preparatoria” revista “un carácter secreto y no contradictorio” lo que la distingue... de la jurisdicción enjuiciadora” (Comisión EDH, Ben Yaacoub, Informe del 7/V/85).

16. la investigación preliminar

aquellas normas que estatuyan sobre el *valor probatorio* que actos practicados con semejantes restricciones puedan tener para fundar directamente una sentencia de condena, a pesar de no haber sido recibidos en el juicio oral y público⁴⁰³, lo que traslada la resolución del problema que nos ocupa a esta última etapa (véase apartado 17. d).

Por otra parte, será de suma utilidad tener presente que si bien es en la “fase oral del debate” donde la participación del imputado adquiere mayor vigencia, “ello no quiere decir que durante la etapa procesal preparatoria anterior a la fase oral no deba también... ejercer una activa participación fiscalizadora, especialmente para vigilar el respeto a las garantías procesales, con mayor razón si... se encuentra detenido...”⁴⁰⁴. Sin duda el acusado tendrá durante esta etapa las atribuciones de “información”⁴⁰⁵, “presencia”⁴⁰⁶, “defensa” material y de provisión de defensa técnica (desarrolladas en el punto 14), como también las de “control de la regularidad de toda medida tomada durante la instrucción,... identificación y presentación de todo medio de prueba en el estadio primario del proceso en el que todavía es posible la búsqueda de elementos pertinentes nuevos y en el que los testigos tienen sus recuerdos recientes, y... asistencia ... en relación a perjuicios eventuales ocasionados por su detención... (justificación, duración y condiciones)”⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Sería un caso de “importancia crucial” al que se refiere la Comisión EDH, Can, Informe del 12/VII/84.

⁴⁰⁴ Cf. RODRÍGUEZ RESCIA, *El debido proceso*, cit. No se alcanzan “los estándares de un juicio justo” si se limita la facultad del defensor de “intervenir con pleno conocimiento en *todas* las etapas del proceso” (Corte IDH, Loayza Tamayo, sentencia del 17/IX/97).

⁴⁰⁵ La persona “objeto de diligencias penales promovidas por el Ministerio Fiscal, debe conocer la existencia de tales diligencias” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83); debe tener “acceso a toda la información pertinente en poder del fiscal que pueda ayudarle a ganar su caso o reducir la pena” (Comisión EDH, Informe n° 7138/75, del 5/VII/77).

⁴⁰⁶ Cf. Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83.

⁴⁰⁷ Cf. Comisión EDH, Can, Informe del 12/VII/84.

17. El juicio oral y público

Por obra de la normativa supranacional incorporada (art. 75, inc. 22, CN), el nuevo sistema constitucional deja establecido que el juicio sobre la acusación debe realizarse en forma oral, pública y contradictoria, con intermediación entre todos los sujetos (públicos y privados) que en él actúen, ante un tribunal judicial (técnico o de jurado) competente, independiente e imparcial, que garantizará la igualdad procesal entre la acusación (incluso cuando la víctima actúe como acusador) y la defensa del acusado y decidirá equitativamente sobre el fundamento de aquélla. El modelo así diseñado exige la identidad física de los jueces e implica la concentración temporal de los actos del juicio (continuidad).

17. a. La acusación

Si bien como ya advertimos (véase apartado 16. a) el término “acusación” no tiene en la normativa supranacional solamente el sentido técnico procesal que a continuación desarrollaremos, por cierto que lo *incluye*. De tal modo hoy puede afirmarse que es letra expresa e indiscutible de máximo nivel jurídico que la base del juicio no puede ser otra que la acusación, es decir la atribución –fundada⁴⁰⁸– a una persona debidamente individualizada, de alguna forma de participación (autor, co-autor, cómplice, instigador) en un hecho delictivo, y el pedido de que sea sometida a juicio oral y público, para que en su transcurso el acusador intente probar su responsabilidad penal y, si lo logra, el tribunal (porque así lo acepte) le imponga la sanción prevista por la ley⁴⁰⁹; ésta es

408 “La expresión ‘*bien fondée*’, que se halla en el texto en francés del art. 6.1 Comisión EDH, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho” (TEDH, Delcourt, del 17/1/70).

409 “Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (...)” (Fallos, 325:2005, voto del juez FAYT, y CSJN, González, 1/09/1992).

17. el juicio oral y público

la acusación *stricto sensu*⁴¹⁰. Ella es hoy una exigencia expresa de nuestro sistema constitucional, pues por un lado, ya la Constitución Nacional establecía la secuencia de “acusación, juicio y castigo” (arts. 60 y 115, CN); y por otro, los instrumentos supranacionales incorporados a su mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN) hacen expresa referencia a ella como presupuesto del juicio (art. 8.1, CADH; art. 10, DUDH; art. 14.1, PIDCP; art. XXVI, DADDH) (véase puntos 4 y 10).

Sea que la exigencia de acusación previa persiga asegurar la defensa del acusado⁴¹¹, que sólo conociendo de qué se lo acusa

⁴¹⁰ Se generó una discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto de qué acto se trata la acusación que se requiere como presupuesto procesal para habilitar la jurisdicción del tribunal. A partir del caso Tarifeño (Fallos, 325:2019), la CSJN sostuvo que si el fiscal de juicio, al momento de alegar, solicitó la absolución del imputado, el tribunal no puede condenar en razón de que no ha existido acusación. Este criterio varió en el año 2002, en el precedente *Marcilese*. Se trataba de un caso en el que se había juzgado un homicidio agravado, y el imputado fue condenado a la pena de prisión perpetua. En esa ocasión, el voto mayoritario del Alto Tribunal entendió que la acusación válida era el requerimiento de elevación a juicio. Sin embargo, en la siguiente oportunidad que tuvo la Corte, con la nueva conformación, se regresó a la anterior doctrina (casos *Mostaccio*, 17/02/2004, y *Laglaive*, 27/05/2004). Para un análisis de los fallos de la Corte Suprema y de las posiciones doctrinarias ver MARTÍNEZ, Santiago, *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio del Ministerio Público Fiscal*, citado; y *Ocaso y fin de la doctrina “Marcilese”*. *Crónica de un final anunciado* en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II, Fascículo 9, junio de 2005, ps. 44 y ss. La discusión fue más rica, a nivel de fundamentos, en la casación nacional. Así, a manera de ejemplo, pueden verse las dos posiciones enunciadas precedentemente –aun cuando los tres jueces terminaron votando en la misma dirección– en la causa *Guzmán*, 11/03/2004 (Sala III de la CNCP).

⁴¹¹ “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal *vis-à-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan” (Corte

podrá defenderse adecuadamente⁴¹² en el juicio (a la vez que el tribunal no podrá condenarlo por un hecho distinto al contenido en la acusación), sea que aquella exigencia procure más bien posibilitar la condición de “tercero” del tribunal, garantizando así su imparcialidad⁴¹³, lo cierto es que, en su funcionamiento práctico, al satisfacer ambos extremos (defensa; imparcialidad) constituye una condición *sine qua non* de un juicio equitativo⁴¹⁴.

IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20/06/2005). Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/02/2006).

⁴¹² Cf. BOVINO, quien señala: “resultaría posible garantizar el derecho de defensa, en un grado aceptable aún si ignoráramos el principio acusatorio”, como por ejemplo, si se permitiera que la acusación la formulara el juez de instrucción (*Problemas*, cit., p. 13). “La exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable” (Fallos, 325:2005, voto del juez FAYT). Esto es así, en razón de que nos enfrentamos a un presupuesto procesal, sin el cuál no es posible hablar de un procedimiento legítimo (MARTÍNEZ, *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio del Ministerio Público Fiscal*, cit., ps. 24 y siguientes).

⁴¹³ Cf. ÁLVAREZ, Alejandro, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1996/B, Buenos Aires, p. 413; se dice: “...el principio *ne procedat iudex ex officio* supone únicamente que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio, en tanto ello es garantía de la *imparcialidad* de quien ha de juzgar (entendida como garantía implícita derivada de la forma republicana de gobierno). Con base en esa necesidad de imparcialidad y objetividad de quien tiene que dictar sentencia es que la existencia de acusación y su contenido no pueden tener origen ni ser delineados por el mismo órgano que luego tendrá a su cargo la tarea decisoria” (CSJN. Fallos, 325:2005, voto del juez FAYT). “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia” (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

⁴¹⁴ “Admitir que el órgano jurisdiccional está facultado para dictar sentencia condenatoria cuando el fiscal no ha sostenido la acusación, es violatorio de los derechos de debida defensa en juicio e imparcialidad del juzgador, así como el principio consustancial del proceso penal: cual es el de contradicción” (CNCP, Sala III, Guzmán, 11/3/2004, voto en disidencia de la jueza LEDESMA).

17. b. La prueba de la acusación

La verificación de los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria debe procurarse mediante el intento de su reconstrucción conceptual en el juicio⁴¹⁵. El medio más seguro de lograrlo de un modo comprobable y demostrable, es el de valerse de los rastros o huellas que tales hechos pudieran haber dejado en cosas (v. gr., daños) o personas (v. gr., percepciones visuales) y de los resultados de experimentaciones (v. gr., pericias) o razonamientos (v. gr., indicios) sobre aquéllos: esto es lo que vulgarmente se conoce como prueba⁴¹⁶.

Es importante resaltar que la afiliación de la normativa supranacional incorporada al paradigma acusatorio (ratificatorio del delineado por la Constitución Nacional de 1853) tiene un fuerte impacto sobre el tema probatorio, pues éste se encuentra íntimamente vinculado con la clase de modelo de proceso penal que se acepte. Si éste está influido por el conocido como “inquisitivo”, la prueba tendría una importancia *relativa*, pues como el ideario político autoritario que lo sustenta parte de la base de la culpabilidad del imputado generada por la apariencia o sospecha de ella

⁴¹⁵ “Sabido es que la sentencia judicial constituye un acto razonado, que atiende a las peticiones de la fiscalía y la querrela, los hechos esenciales en tanto estén probados, considerando las pruebas conducentes que fueran producidas durante el juicio. Su génesis lógica representa un conjunto de razonamientos integrado por deducciones e inducciones y como juicio refleja el trabajo intelectual del juez, quien realiza en el acto un estudio crítico de las cuestiones planteadas por los justiciables, sus pruebas y alegatos. La tutela constitucional mínima exigida impone que el juicio esté precedido por la acusación, pero no admite acusación sin prueba, ni prueba sin defensa. De modo tal que la prueba se convierte en un elemento y eje esencial del juicio previo (arts. 18 y 75 inc. 22 CN)” (CNCP, Sala III, Rivero, 5/03/2004).

⁴¹⁶ Estos conceptos pueden encontrarse –aunque en otro contexto– en la siguiente cita: “La prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88).

(la culpabilidad) que funda la imputación o que la imputación ocasiona (en realidad más lo segundo que lo primero), el proceso se legitima como un castigo inmediato en sí mismo, especialmente a través de la estigmatización que la imputación genera, o de la prisión preventiva utilizada como pena anticipada: donde para condenar bastan simples presunciones o meras sospechas, poco importa la prueba. Si, en cambio, el modelo es del tipo acusatorio, como el que estatuye nuestro actual sistema constitucional, al partir de un estado (o presunción) de inocencia del acusado, la prueba cobra *relevancia sustancial* pues es la única forma legalmente autorizada para destruirlo: no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad (véase punto 9).

17. b. 1. Responsabilidad probatoria

Ya hemos señalado que la prueba de los hechos contenidos en la acusación corresponde al acusador, es decir, al fiscal en los delitos de acción pública, porque siendo él quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será él quien deberá asumir la *responsabilidad*, incluso frente a la víctima (véase apartado 5. b), de suministrar la prueba de la culpabilidad (véase apartado 9. a). Sin embargo la mayoría de las leyes procesales argentinas⁴¹⁷, acuerdan a los jueces del juicio la atribución de incorporar, por sí y de oficio, pruebas que no fueron oportunamente ofrecidas por las partes cuando crean que son significativas para el descubrimiento de la verdad (de la acusación⁴¹⁸, pues la inocencia no debe probarse; se presume; art. 14.3, PIDCP).

⁴¹⁷ No ocurre así en el CPP de Córdoba; véase MONTERO, Jorge R. y otros, *Vigencia del principio acusatorio en la actividad probatoria durante el juicio común*, en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, 1993.

⁴¹⁸ Aunque no sepa dónde lo va a llevar la prueba que dispone incorporar de oficio –lo que no es frecuente– “el mero hecho de que por esa prueba se pueda condenar, e incluso absolver, coloca al juez en una situación de ayuda a uno o a otro de los intereses que se enfrentan en ese juicio”. Cf. BOVINO, Alberto, *El debate*, en MAIER, Julio B. J (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993, ps. 167 y ss. A modo de ejemplo de esta situación puede verse CNCP, Sala I, Álvarez, 30/10/2003.

Esta atribución pone en riesgo la necesaria imparcialidad del tribunal de juicio, pues le acuerda dos funciones que deben ejercerse separadamente para salvaguarda de aquella condición: la de ordenar la producción de pruebas por estimarlas útiles al descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación (investigar)⁴¹⁹, y también la de valorar luego su eficacia conviccional al respecto (juzgar). Permitir (o imponer) a los jueces la co-responsabilidad de probar los hechos afirmados por el acusador importa confundir su papel con el de éste, haciéndolos casi co-acusadores, situación que no puede seriamente considerarse exenta de graves –aunque no muy reconocidos– peligros para su imparcialidad, que consiste precisamente, en ser tercero, en no ser parte, ni estar comprometido con los intereses de ninguna de ellas. La imagen de la balanza cuyos dos platillos están equilibrados y a la misma distancia del fiel con que se simboliza la actividad de los jueces, implica –por lo menos– que no sean ellos, sino otros, los que discutan, quienes pongan las pesas para desequilibrarla en uno u otro sentido (véanse apartados 4. c y 10. b)⁴²⁰.

Una excelente salvaguarda de la imparcialidad será establecer en las leyes procesales, como regla general, que el acusador, incluso si fuere público, sea el *responsable* de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. Esta recepción legislativa del modelo procesal que impone la normativa supranacional incorporada (art.

⁴¹⁹ En contra RODRÍGUEZ RESCIA, quien acepta que el juez pueda ordenar la prueba “necesaria para mejor proveer” o para “mejor resolver” derivado de su “deber de investigar” la “verdad objetiva” (*El debido proceso*, cit., p. 361).

⁴²⁰ Pero, si bien se mira, la figura de la balanza con platillos equilibrados no se corresponde con el inicio de un proceso penal, ya que en virtud del “peso” del principio de inocencia, la balanza estará totalmente desequilibrada *a favor* del acusado. Revertir totalmente esta posición, con el “peso” de la prueba de cargo que aporte durante el juicio, será el único modo que tendrá el acusador de lograr una condena. Por cierto que el acusado podrá reforzar su posición, o neutralizar el “peso” de la prueba de cargo, incorporando pruebas a su favor.

75, inc. 22, CN) implicará para el acusador público (fiscal) que actúa ante el tribunal de juicio, una actuación mucho más protagonista que la que hoy tiene casi invariablemente asignada por los códigos procesales argentinos (que reducen su actuación concreta a la de un simple *partenaire*), y mucho más acorde con su función. Concentrar en el Ministerio Público Fiscal la iniciativa probatoria, será sólo una ratificación de sus atribuciones, que son de ejercicio obligatorio; y no debe perderse de vista que, aun así, sigue siendo el Estado el responsable de producir el descubrimiento de la verdad sobre la acusación.

17. b. 2. Legitimidad de la prueba

Aunque no hubiera reglamentación expresa en el derecho interno, la tutela de las garantías individuales reconocidas por el sistema constitucional (art. 18 y 75, inc. 22) exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia conviccional de la prueba *ilegítimamente obtenida* (o *ilegalmente incorporada*), a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental⁴²¹.

En principio, la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyen en sí mismas la violación de la garantía constitucional –v. gr., la confesión obligada–, sino tam-

⁴²¹ La CSJN, en la causa Montenegro (en “LL”, t. 1988-D, p. 225), descalificó la confesión obtenida por medio de apremios ilegales, argumentado que “compromete la buena administración de justicia el pretender constituir la en beneficiaria de un hecho ilícito”. La jurisprudencia supranacional ha dicho que si se realiza el “allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006): la “legalidad de la prueba” es una exigencia del debido proceso (cf. Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97).

17. el juicio oral y público

bién a las que sean su consecuencia inmediata –v. gr., el secuestro del cuerpo del delito del lugar indicado en la confesión forzada–, siempre que éstas *no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla*⁴²². Lo contrario importaría una interpretación restrictiva del ámbito de actuación de las garantías de nivel constitucional que alteraría su esencia, pues se las reduciría a los casos de quebrantamiento palmario y evidente, y se las privaría de operatividad en las hipótesis de vulneración larvada o encubierta, legitimando, así el *fruto* de su violación.

También las fuentes extraprocesales de conocimiento o información (v. gr., denuncia anónima, “informes de inteligencia”) que pueden llegar a dar origen a una investigación policial o judicial, deben reunir las *mismas* exigencias de legitimidad requeridas para las pruebas que se pretendan utilizar en el proceso. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión. Sea *ex ante* o *ex post* al inicio de la investigación, la ilegalidad sigue siendo tal⁴²³.

17. b. 3. “Plena prueba”

La normativa supranacional incorporada dispone de modo expreso que la única forma de establecer legalmente (art. 8.2 CADH) la culpabilidad de un acusado es que se *pruebe que es culpable*⁴²⁴ (art. 14.2 PIDCP, art. 11.1 DUDH, art. XXVI DADDH). Si,

⁴²² Véase la redacción de la Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 41. En esta misma dirección ver los recordados casos Rayford (Fallos, 308:733) y Daray (Fallos, 317:1985) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un completo estudio de este punto puede verse en HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y su derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, 2002.

⁴²³ Cf. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, 1998, p. 21. Véase también RIEGO, *El sistema procesal*, cit., p. 305.

⁴²⁴ “El artículo 8.2 CADH obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). “El requisito de un ‘proceso justo’ presupone que cualquier decla-

como ya señalamos, para revisar una sentencia de condena (a favor del condenado), se exigen hechos “plenamente probatorios” (art. 14.6, PIDCP) de la comisión de un error judicial sobre la culpabilidad del condenado, es claro que la misma fuerza conviccional (plena convicción)⁴²⁵ es la que se exige para admitir como probada su culpa, porque sería absurdo pensar que para declarar “mal probada” la culpa hubiese más exigencias que para admitirla como “bien probada”, sobre todo frente al principio de inocencia (véanse apartados 9. a y siguientes); o sea que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede inducirse de legítimos datos probatorios⁴²⁶ legalmente incorporados al juicio. Es que son las pruebas, no los jueces, *las que condenan*; ésta es la garantía⁴²⁷. Porque la exigencia de la prueba, como fundamento insustituible de la destrucción de la presunción o del estado de inocencia de que goza el ciudadano acusado, es su mayor salvaguarda frente a la arbitrariedad punitiva⁴²⁸ (véase apartado 17. f). Sobre quien recae la responsabilidad probatoria (véase apartados 9. a y 17. b. 1).

ración de culpabilidad por un Tribunal se apoye en pruebas suficientemente propuestas en debida forma. Lo dicho es consecuencia también del derecho a la presunción de inocencia establecida en el art. 6.2. del Convenio” (Comisión EDH, Unterpertinger, Informe del 11/X/84).

⁴²⁵ Lo “esencial es que el juez que entienda en la causa... condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

⁴²⁶ Para “establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad...” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970), lo que requiere “elementos de convicción contundentes” (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97).

⁴²⁷ Cf. NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de Córdoba*, cit., p. 193.

⁴²⁸ “Lo que el fiscal valora en la ocasión de concretar el requerimiento de juicio, es si hay elementos suficientes para llevar a debate oral al imputado y no si existe prueba para destruir su estado de inocencia y condenarlo. En este mismo sentido, resta añadir que el análisis de la prueba producida en el debate será el que permitirá al titular de la acción penal pública determinar si existen fundamentos para solicitar que se le imponga una

17. el juicio oral y público

Por cierto que esta prueba (la exigida para poder dictar una condena) deber ser la recibida en el juicio oral y público, con inmediación y plena vigencia del contradictorio de acusador y acusado y de la identidad física del juzgador (véase apartado 17. c), no pudiendo acordarse tal eficacia a la recibida durante la investigación preliminar, salvo los contados casos de excepción que puedan admitirse (véase apartado 17. d).

17. b. 4. La “convicción fundada” como requisito de la condena

Queda así claro que sólo la *convicción firme* (certeza) y *fundada* (por inducción) en pruebas de cargo sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se dicte una sentencia de condena que le aplique a éste la pena prevista por la ley, pues sólo así habrá quedado destruido el principio de inocencia (véase punto 9). O sea que tal certeza será apta para punir, sólo cuando se asiente en legítimas pruebas de cargo que permitan inducirla y *explicarla* racionalmente (motivación), no pudiendo, por lo tanto, derivar de prejuicios, valoraciones, ficciones de culpabilidad, puros actos de voluntad, simples impresiones de los jueces, “sentimientos personales”, ni siquiera de “convicciones íntimas”, ni mucho menos estados de opinión pública. Por el contrario, aquella certeza de los jueces deberá (y sólo podrá) ser el fruto de una consideración racional de datos objetivos exteriores a su espíritu que *justifique y explique* de qué forma se arribó a la convicción de culpabilidad⁴²⁹. Para condenar, entonces, será

pena al imputado” (CNCP, Sala III, Guzmán, 11/3/2004, voto en disidencia de la jueza LEDESMA).

⁴²⁹ “La libre apreciación de las pruebas reconoce en nuestro ordenamiento el marco legal de la sana crítica, expresión que comprende la necesidad de valorar distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juzgador para formar su convicción al ponderar la variedad de prueba. Regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba, al impedir resoluciones fundadas en el capricho de éste, por ello no actúa completamente libre en sus apreciaciones, pues se encuentra sometido a determinadas reglas legales. En tal sentido, la libre valoración no puede degenerar en arbi-

necesario que la acusación haya sido confirmada por un conjunto de pruebas de cargo concordantes con ella, no desvirtuada por ninguna prueba de descargo, y que además descarten la posibilidad de alguna conclusión diferente⁴³⁰.

Ya hemos señalado que las pruebas a que hacemos referencia no sólo deberán ser legítimamente obtenidas, sino que además deberán haber sido legalmente incorporadas⁴³¹ al juicio con resguardo de la inmediación, contradicción, publicidad e identidad física de los jueces⁴³². En caso contrario no podrán ser consideradas ni utilizadas válidamente como tales para dictar sentencia (regla de exclusión).

17. c. Caracteres del juicio

El juicio debe realizarse en forma oral y pública, contradictoria y continua y con vigencia plena de la inmediación y de la

trio ilimitado, en criterio personal que equivalga a autorizar juicios caprichosos, en una anarquía en la estimación de la prueba” (CNCP, Sala III, Rivero, 5/03/2004). En el mismo tribunal, en la causa Macchioli, 14/09/2004, se sostuvo: “... la exigencia de que la prueba esté constituida por ‘elementos objetivos’, deriva la necesidad que la misma provenga del mundo externo; ello así pues las decisiones del órgano jurisdiccional –principal destinatario de la prueba– no puede basarse válidamente en un conocimiento privado de los elementos probatorios, ni en meras conjeturas o impresiones que surjan de su imaginación, o en opiniones carentes de base externa”.

⁴³⁰ Voto de CAFFERATA NORES en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Flores, sentencia n° 40, del 27/XII/84.

⁴³¹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006.

⁴³² En este sentido, se dijo: “si bien la irregularidad –ausencia de constancia– pudo surgir del acta, la existencia del perjuicio sólo podría haberse constatado durante el debate oral y público, pues es allí donde los testigos de actuación pueden dar amplios detalles acerca de la modalidad de ingreso y situación en que se encontraban las personas y las cosas al momento en que éstos arribaron. Toda vez que cada acto procesal necesariamente debe poder soportar el test de constitucionalidad, es decir, ser compatible con la Constitución” (CNCP, Sala III, causa 5015, Palacios, Oscar Enrique s/recurso de casación, resuelta el 22 de junio de 2004, registro 322/2004, voto de la doctora LEDESMA).

17. el juicio oral y público

identidad física de los jueces: éstos son los caracteres que impone, sin espacio para otras interpretaciones ni para legislaciones procesales contrarias, el nuevo sistema constitucional a partir de la incorporación constitucional de la normativa supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN).

Así se desprende de la consagración del derecho del acusado a ser *oído* (“percibido por los sonidos” de sus palabras pronunciadas de viva voz) *públicamente* por el tribunal que lo juzga, y el de aquél y su defensor a obtener la comparecencia de testigos de cargo y de descargo, peritos, u “otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” y a interrogarlos en las mismas condiciones (tanto si son de cargo, como de descargo) (arts. 8.2.f, CADH; 14.3.e, PIDCP). De suma utilidad resulta recordar aquí que interpretando una disposición similar de la Constitución de los Estados Unidos que consagra el derecho del acusado a ser confrontado con los testigos de cargo, la Corte Suprema de ese país ha señalado que el propósito de esta última regla es triple. *Primero*, permitirle al acusado o a su defensor repreguntar a los testigos de cargo, pues mediante la repregunta tiene la posibilidad de descalificarlos y desacreditarlos, mostrando que no están diciendo la verdad o que lo que están atestiguando, aunque ellos crean que es la verdad de lo que han percibido, no ha sido lo que realmente han podido percibir en el marco de las circunstancias fácticas por ellos mismos descriptas. *Segundo*, permitir que el acusado pueda ver al testigo de cargo frente a frente y hacerle sentir la presión psicológica y personal de que si su testimonio es mentira, está ayudando a que se lo condene por un delito que no ha cometido y que el testigo sabe que no ha cometido. *Tercero*, presentar los testimonios delante del juez de los hechos, quien en definitiva debe evaluar el valor y la credibilidad de cada testimonio⁴³³. Queda así claro que aquel derecho (de “confrontación” o

⁴³³ Suprema Corte de los Estados Unidos, *Pointer vs. Texas* 380, US, sentencia del 400, 1965; *Idaho vs. Wright* 497 US 805, 1990; y *Bruton vs. United States* 391 US 123, 1968.

de “re-pregunta”) supone y procura garantizar la contradicción, la inmediación y la identidad física del juzgador, como caracteres del juicio penal.

17. c. 1. Oralidad

Si bien la idea de *oralidad* implica que toda la actividad procesal del juicio (o mejor dicho, la fase conocida en las leyes argentinas como debate), es decir la producción de las pruebas, las instancias y alegaciones de las partes, y las decisiones de mero trámite del tribunal, se desarrollen de viva voz, en realidad ella (la oralidad) potencia además interactivamente las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integrándolas en una unidad de funcionamiento en la realidad, que sólo puede separarse conceptualmente⁴³⁴.

17. c. 2. Inmediación

La *inmediación* es la actuación conjunta y el contacto personal, directo y permanente durante el juicio, del tribunal, las partes y defensores entre sí, y con el imputado⁴³⁵ y los órganos, fuentes

⁴³⁴ Mucho se ha discutido acerca de que el juicio abreviado afecta los caracteres del juicio oral. Sin embargo, la Sala II de la CNCP sostuvo: “... el derecho a un juicio oral y público tal como lo establecen la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 26), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10 y 11 inc. 1°), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 1°) no se ve menoscabado ya que el acusado tiene garantizado desde el inicio de las actuaciones sumariales el acceso a un juicio en esos términos y el pleno ejercicio de su derecho de defensa...” (causa Palavecino, 22/12/2000, voto del juez MADUEÑO).

⁴³⁵ Es el derecho de “hallarse presente” (art. 14.3 d, PIDCP), de “ser llevado” ante un juez (art. 7.5, CADH; art. 9.3, PIDCP) y a ser “oído” personalmente por él (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP). Es por ello que, “la ausencia del juez en un acto [indagatoria] de tal importancia para la defensa del imputado debe acarrear su invalidez” (MARTÍNEZ, *Delegación de funciones y rol de los jueces en un Estado Democrático de Derecho*, cit., p. 21). “En cualquier caso, el derecho de estar presente en la audiencia es, para un acusado

y medios de prueba; es decir, entre los portavoces de los intereses en juego, los elementos que van a dar base a la sentencia, y quien debe dictarla decidiendo sobre aquellos intereses y en base a estos elementos. Este carácter se entiende imprescindible para que la solución del caso sea equitativa.

17. c. 3. *Contradictorio*

La exigencia del *contradictorio* es derivación necesaria del principio de plena igualdad entre acusador y acusado⁴³⁶ en orden a sus atribuciones procesales, que favorece la mayor imparcialidad de los jueces. Ya señalamos (véase apartado 4. a) que aquella requiere reconocer al acusador (fiscal o víctima querellante) y al imputado y a su defensor la igual atribución de producir pruebas de cargo y de descargo⁴³⁷, respectivamente y establece la prohi-

(...) un aspecto fundamental del derecho a un proceso justo" (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83. Cf. para mejor ilustración también la doctrina de la CSJN a partir del fallo C.1757. Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa 1681– resuelta el 20 de septiembre de 2005, en relación a la nueva concepción sobre el límite que impone la inmediación a la revisión en casación).

⁴³⁶ Corresponde a la legislación nacional establecer las reglas generales aplicables a las pruebas con tal que los requisitos "sean *los mismos* para la defensa y la acusación"; de allí que no se incumpla con el Convenio EDH "si la legislación nacional excluye, con carácter *general*, la práctica ante los tribunales de determinadas pruebas (por ejemplo, la impresión en cinta magnética, la de fama pública, etc.), o si las somete a determinadas restricciones o condiciones (como las afectadas por el secreto profesional, las declaraciones de personas con inmunidad parlamentaria, etc.) o cuando concede a determinados parientes próximos del acusado el derecho de negarse a testificar ante los tribunales" (TEDH, Sutter, del 22/II/84).

⁴³⁷ La garantía de la defensa en juicio consagrada en los pactos internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) y en el artículo 18 CN, impide que haya prueba de cargo sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor de interrogar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, obtener la comparecencia de los testigos de descargo (CNCP, Sala III, Sanfurgo Ocampo, 4/12/2003). En el mismo sentido, cf. el voto en disidencia del juez BRUZZONE la causa Godoy de la Sala de FERIA "A" de la CNCrim. y Corr., 15/07/2005 y Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, causa 15.423, 14/06/2005.

bición de que el tribunal de juicio las produzca “de oficio”; la igual facultad de todos ellos de controlar el ingreso al proceso de ambas clases de elementos probatorios⁴³⁸; y la misma posibilidad de argumentar sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a la acreditación –o no– de la existencia y circunstancias de los hechos contenidos en la acusación y las consecuencias jurídico penales de éstos. Esto determinará que el conocimiento que los jueces necesitan para sentenciar sea proporcionado por la prueba ofrecida por el acusador (y si así lo quiere, por el acusado) y por el contraste argumental de puntos de vista naturalmente contrapuestos, que aportarán la riqueza de enfoques enfrentados y diversos sobre el fundamento de la acusación o de las defensas planteadas (véanse apartados 14. f. y 15. c).

17. c. 4. *Publicidad*

La *publicidad* del juicio⁴³⁹ (en realidad es del debate) está regulada como la posibilidad de que cualquier persona pueda

⁴³⁸ Es contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de *testimonios anónimos*, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad (cf. TEDH, Kostovski, del 20/XI/89): creemos aplicable esta descalificación a nuestros “*testigos de identidad reservada*”. Si ni el “magistrado ni las jurisdicciones enjuiciadoras pudieron o quisieron oír al agente infiltrado y proceder a una confrontación destinada a comparar las declaraciones de éste con las alegaciones del ‘acusado’ y además, ni este último ni su abogado tuvieron en ningún momento del procedimiento ocasión de interrogarlo y arrojar dudas sobre su credibilidad... los derechos de la defensa sufrieron limitaciones tales que el acusado no se benefició de un proceso equitativo. Hubo pues, infracción del párrafo 3.d del art. 6 en relación con el párr. 1 del C.EDH” (TEDH, Ludi, sentencia del 15/VI/92). Esta jurisprudencia es aplicable a nuestro “*agente encubierto*” y también al “*para-encubierto*” (llamado “*informante*”).

⁴³⁹ “El objeto y la finalidad del art. 6.1, CEDH es garantizar un proceso justo mediante, entre otros requisitos, la publicidad de la audiencia y del pronunciamiento del fallo” (Comisión EDH, Colozza, del 5/V/83). “El derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un

17. el juicio oral y público

presenciar su desarrollo total y conocer el contenido de las pruebas y las razones de las partes, y luego enterarse de los fundamentos de la sentencia (toda sentencia en materia penal... será pública⁴⁴⁰, reza el art. 14.1, PIDCP)⁴⁴¹. Esta característica, derivada de la exigencia de publicidad de los actos de gobierno, propio del sistema republicano, hoy tiene *expresa* vigencia gracias a la normativa supranacional incorporada al nuevo sistema constitucional (v. gr., art. 14.1, PIDCP: “ser oído públicamente”; DADDH, art. 26: “ser oído en forma... pública”). Ella permite el control popular sobre la administración de justicia, neutraliza posibles arbitrariedades judiciales⁴⁴² y es una coraza para los jue-

elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediatez con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público. La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros” (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).

⁴⁴⁰ No se deben interpretar literalmente las palabras “dictadas o pronunciadas públicamente”. En cada caso, se debe apreciar la forma de publicación del “fallo”, prevista por el derecho interno del Estado del que se trate, a la vista de las especialidades del procedimiento en cuestión y teniendo en cuenta la finalidad del art. 6, CEDH, en este aspecto: permitir la fiscalización del Poder Judicial por el público para garantizar el derecho a un procedimiento justo (cf. TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

⁴⁴¹ El art. 6.1, CEDH, por los términos que utiliza en su segundo párrafo –la sentencia debe ser pronunciada públicamente– hace suponer que ordena que el fallo se lea en voz alta... A primera vista, el art. 6.1 del Convenio Europeo parece pues más estricto que el art. 14.1 del Pacto Internacional de 1966 sobre los derechos civiles u políticos, a cuyo tenor el fallo ‘será público’, *shall be made public* (es decir, será hecho público)” (TEDH, Sutter, sentencia del 22/II/84).

⁴⁴² La publicidad es necesaria como freno a un poder del que es muy fácil abusar, señala Jeremy BENTHAM (*Tratado de las pruebas judiciales*, t. I,

ces frente a eventuales presiones en cualquier sentido de los otros poderes del Estado, o de grupos políticos o sociales, contribuyendo así a la transparencia de la administración de justicia y a la confianza en el Poder Judicial⁴⁴³.

El acceso de la prensa al lugar de realización del debate, que permite conocer lo que en él ocurre a un considerable número de ciudadanos, es en la actualidad y por imperio de la normativa supranacional incorporada, un derecho de jerarquía constitucional (art. 14.1, PIDCP, y 75, inc. 22, CN) que integra el concepto de publicidad y lo enriquece en relación a su concepción histórica. Entre nosotros hoy la discusión parece acotada tan solo a la posibilidad de permitir o no el ingreso de micrófonos para radio-difusión o de cámaras de televisión al recinto de la sala de

Buenos Aires, 1959, p. 143). Un problema relativo a la exigencia de publicidad lo constituyen los llamados “tribunales sin rostro” donde predomina “el secreto de la actividad jurisdiccional, por cuanto en la generalidad de los casos, los jueces y fiscales se identifican con códigos, y las audiencias se realizan en salas equipadas de tal manera que no es posible que el procesado y su abogado vean a los magistrados, quienes se comunican con éstos por medio de micrófonos que distorsionan la voz. En algunos casos los jueces y los funcionarios de estos tribunales, e incluso los abogados defensores, están encapuchados y sólo el acusado y el abogado pueden asistir al juicio” (COMISIÓN ANDINA, *Protección*, cit., p. 158). A simple vista esto parece violatorio de la normativa supranacional (v. gr., art. 14.1, PIDCP) que sólo permite restringir la “publicidad popular” (“la prensa y el público...”), pero nunca respecto del acusado.

⁴⁴³ “La publicidad en el procedimiento de los órganos judiciales, a que se refiere el art. 6.1, CEDH, protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapase de la *fiscalización* del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la *confianza* en los tribunales de justicia en todas las instancias. La publicidad, por la *transparencia* que proporciona a la administración de justicia, ayuda a alcanzar el objeto del art. 6.1, CEDH: el proceso justo, cuya garantía se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido del Convenio” (TEDH, Sutter, sentencia del 22/II/84). En la misma dirección, Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005.

17. el juicio oral y público

audiencias durante el transcurso del debate, para transmitirlo “en vivo y en directo”⁴⁴⁴ (posibilidad que nos parece no sólo aceptable, sino conveniente, aunque deberá evitarse la transformación del juicio en un *reality show*).

La publicidad del juicio hoy sólo admite ciertas limitaciones expresas (para el público: para las partes no hay límites)⁴⁴⁵: la exclusión de la totalidad o parte de su desarrollo del público y de la prensa, por razones de moral, orden o seguridad públicos, o cuando la publicidad pueda afectar la vida privada de las partes, o

⁴⁴⁴ Algunos tribunales argentinos han entendido que resulta “suficiente la presencia en la sala de audiencias de la prensa escrita... y del público en general” para tener “por perfectamente cumplida la necesaria publicidad que es regla y principio fundamental de esta etapa del proceso” sin necesidad de que ingresen “máquinas fotográficas, grabadores, cámaras de televisión y todo otro elemento apto para el registro o reproducción auditiva o visual del debate” (Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, causa 234, del 18/II/97). Sin embargo, la Corte de Justicia de Catamarca, en el conocido caso Morales (auto n° 53 del 30/VI/96) aceptó la televisación en directo del debate, con cámaras oficiales instaladas en la sala de audiencias. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha autorizado la instalación oficial de una cámara de televisión fija en la sala de audiencias y la transmisión de las imágenes del debate que ella recoja, en monitores que se encuentran en una habitación contigua, imágenes que pueden ser libremente retransmitidas por los medios periodísticos audiovisuales (Acuerdo Reglamentario n° 331, Serie A del 11/IX/96). Puede verse FRASCAROLLI, María Susana, *Crimen, castigo y televisión*, en *La simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997, p. 443. Por nuestra parte, en el Proyecto de ley sobre *Bases uniformes para la procuración y administración de la justicia penal en la Argentina*, que presentamos en la Cámara de Diputados de la Nación (expte. n° 1581-D, 1/4/98), hemos propuesto que “para informar al público de lo que suceda en el debate las empresas de prensa, radiodifusión o televisión, o periodistas profesionales, podrán instalar en la sala de audiencias aparatos de grabación, fotografía radiodifusión, filmación, transmisión de imágenes, u otros” (art. 60).

⁴⁴⁵ “Teniendo en cuenta los términos del art. 17 CEDH, y la importancia del principio de publicidad no es posible considerar que este principio está sometido a una limitación *implícita...*” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

cuando sea “estrictamente” necesaria para salvaguardar los intereses de la justicia (art. 14.1, PIDCP)⁴⁴⁶ (véase apartado 17. d).

17. c. 5. Identidad física del juez

El principio de *identidad* física del juez exige que sea el mismo tribunal (es decir compuesto por las mismas personas) que escuchó la acusación y la defensa material del acusado, que recibió personalmente las pruebas y escuchó las razones de las partes, el que inmediatamente después dicte la sentencia que defina el juicio⁴⁴⁷. Sólo así tendrán sentido los derechos del acusado a “ser oído” y a interrogar a los testigos de cargo o a otras personas que puedan echar luz sobre los hechos, ya que ese juez es quien deberá evaluar “el valor y la credibilidad” de cada declaración (véase apartado 17. c).

17. c. 6. Continuidad

La concentración (o *continuidad*) requiere la mayor aproximación temporal posible entre los momentos en que se plantean las hipótesis de la acusación y la defensa, se recibe la prueba, se argumenta sobre su resultado y se dicta la sentencia⁴⁴⁸. Apunta

⁴⁴⁶ El Tribunal Oral Federal n° 3, en el legajo de cuestiones administrativas de la causa Telleldín, con fecha 19 de julio de 2001, sostuvo: “... más allá de que la ubicación de cámaras de televisión en la Sala dónde habrá de llevarse a cabo el contradictorio –para su transmisión al exterior– podría atentar contra la espontaneidad de los testigos, en tanto pudiesen sentirse amedrentados por la circunstancia de advertir que sus expresiones estarían siendo retransmitidas a un sinnúmero de individuos, la visualización por el público en general de las múltiples audiencias a llevarse a cabo, importaría una directa violación de lo establecido en la última parte del primer párrafo del art. 384 de la ley ritual, desde que permitiría, a quienes deban depone en una faz ulterior del juicio, observar lo que viene acaeciendo en él”.

⁴⁴⁷ En este sentido, la CSJN ha sostenido, en Fallos, 319:2720: “... un cambio de tribunal vulneraría no sólo el principio de identidad física del juzgador, sino esencialmente el derecho de los procesados que se hallan en la actualidad sometidos al proceso, de definir su situación en el menor tiempo posible”.

⁴⁴⁸ Asimismo, puede verse lo resuelto por el voto en disidencia de los jueces CAVAGNA MARTÍNEZ y FAYT en Fallos, 315:2264, y por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Pinna, 15/09/1993.

17. el juicio oral y público

a favorecer un mejor conocimiento y recuerdo de los datos probatorios y de los argumentos de los contendientes, y a evitar soluciones de continuidad entre el inicio del juicio y el dictado del fallo que comprometerían la vigencia plena de los otros caracteres (v. gr., la dispersión temporal de la atención general afectaría los fines de la publicidad; intervalos frecuentes o prolongados podrían comprometer la inmediación, etc.).

17. d. El problema de las excepciones

Sin duda que uno de los principales problemas del juicio penal en la actualidad, es el de las llamadas “excepciones a la oralidad” que, en realidad afectan, a todos los otros caracteres. Un testimonio recibido en la investigación preparatoria y sólo “leído” en el juicio, vulnera la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, pues quien recibió originalmente el testimonio, no es el juez que deberá dictar la sentencia que utilizará esos dichos como prueba⁴⁴⁹.

Lo más correcto frente al nuevo modelo constitucional de juicio, será que ninguna prueba recogida durante la etapa preparatoria (las llamadas pruebas “indirectas”) pueda dar base a la sentencia sin ser “reproducida” (en verdad debe ser “producida”

⁴⁴⁹ De este modo, la Sala II de la CNCP lleva dicho que la incorporación por lectura de absolutamente todos los testimonios de cargo producidos en la instrucción sin control de la defensa constituye una violación a garantías de rango constitucional. Ello así, por cuanto estos testimonios, acerca de los hechos que debían ser probados en la presente causa, provenientes de testigos de cargo, no pudieron ser sometidos al control “útil y eficaz” de la defensa en ningún momento durante la sustanciación del proceso (Gil Sisiniegas, 8/03/2003, voto del juez DAVID). También la Sala III de la misma Cámara, en el caso Almada adoptó este criterio (4/05/2001). La CSJN señaló que si el tribunal de juicio funda la condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad de control provoca la afectación del derecho consagrado en los artículos 8.2.f CADH y 14.3.e del PIDCP (Benítez, 12/12/2006).

pues la anterior es sólo un papel, un acta) en el juicio oral y público, ante los jueces que deben dictar el fallo (es la llamada prueba “directa”) y con plena vigencia del contradictorio entre acusación y defensa. Pero, en general, se acepta como necesario tolerar algunas excepciones⁴⁵⁰ (autorización de pruebas “indirectas”). Un caso admitido es el de la “contradicción anticipada”, es decir, la participación (o posibilidad real de participación) del acusador y la defensa en la recepción de la prueba dispuesta durante la investigación preliminar cuando aquélla fuere irreproducible (v. gr., autopsia) o presumiblemente no fuese posible realizarla en el juicio (v. gr., testigo gravemente enfermo, o que viaja al exterior), o existiere el peligro de que sea enturbiada (v. gr., testigo que podría ser amenazado). Muy excepcionalmente podrá aceptarse la utilización de prueba imprescindible realizada en aquella etapa aun sin la “contradicción anticipada”, cuando su reproducción en el juicio sea materialmente imposible por estrictas razones de emergencia no previsibles⁴⁵¹ (v. gr., testigo que

⁴⁵⁰ Si bien los elementos probatorios deben presentarse delante del acusado en audiencia pública con el fin de que exista debate contradictorio, de ello no resulta que la declaración de un testigo deba realizarse siempre en la sala y en público para que pueda servir como prueba: la utilización de ese modo de unas declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no colisiona en sí misma con los párs. 3.d y 1 del art. 6, CEDH, sin perjuicio del respeto debido a los derechos de la defensa. Por regla general, éstos exigen que se conceda al acusado ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio de cargo e interrogar a su autor ya sea en el momento de la declaración o con posterioridad (TEDH, Delta, sentencia del 19/XII/90). Pero a *nuestro parecer*, esta jurisprudencia es excesivamente tolerante. La exigencia del contradictorio respecto de la defensa se satisface siempre que en “algún momento del procedimiento” haya tenido oportunidad “útil y efectiva” para “controlar la prueba” aunque “no haya sido en la etapa de vista de causa”, señaló el TEDH, Bönish vs. Austria, del 6/V/85, según recuerda Luis M. GARCÍA (*El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos*, en “Prudentia Iuris”, n° 50, Buenos Aires, 1999, p. 83).

⁴⁵¹ Razones de “fuerza mayor”, dice ABREGÚ, *La sentencia*, cit., p. 206; “absoluta imposibilidad material...”, dice RODRÍGUEZ RESCIA, *El debido proceso*, cit., p. 353. Pero no habrá “razones de emergencia no previsibles” cuando

falleció)⁴⁵². Estos son los únicos criterios admisibles para justificar las excepciones (admisión de pruebas “indirectas”)⁴⁵³ que funcionarán como restricciones a los derechos y atribuciones

la imposibilidad de comparecencia personal del testigo *pudo ser prevista* por los órganos estatales por *aviso* –v. gr., testigo extranjero que comunicó que va a retornar a su país de origen, y lo hizo– o por el *curso natural* y ordinario de las cosas –v. gr., testigo cuya grave enfermedad consta en el proceso y fallece antes del debate–. Respecto de estos supuestos, no parece que la lectura pueda autorizarse sin vulnerar derechos de naturaleza constitucional (arts. 8.2.f CADH; 14.3.e PIDCP; 75 inc. 22 CN), pues ello importaría convalidar el fruto de la negligencia del Estado responsable de formular y sostener la acusación; ni puede tampoco achacarse a la defensa del acusado no haber requerido vías de contradicción anticipadas para asegurar, nada menos, que la admisibilidad de una prueba de cargo.

⁴⁵² Éste es “un caso bastante discutible que sólo puede atemperarse mediante una rigurosa valoración del dicho en la sentencia y la estricta aplicación de la norma. Se ha preferido sacrificar la inmediación para no perder un testimonio que podría ser muy útil para el descubrimiento de la verdad”, expresa JORGE CLARIÁ OLMEDO (*Tratado de derecho procesal penal*, t. VI, Buenos Aires, 1960/68, p. 246). Seguramente por este motivo algunos códigos procesales más modernos no lo autorizan (v. gr., CPP de Costa Rica, arts. 276 y 334); pero en la Argentina se acepta sin mayores discusiones, sin reparar que reduce indebidamente el contradictorio a lo puramente “argumental”. Así se ha dicho que teniendo en cuenta la extraordinaria situación del “fallecimiento de ambos testigos no existe objeción alguna a la incorporación al debate por lectura de los aludidos testimonios, que por lo demás han observado las formalidades de la instrucción, ya que ellos fueron evaluados por los magistrados sentenciantes de conformidad con las reglas de la sana crítica y en armonía con los demás elementos convictivos útiles” (CNCP, Sala III, 17/III/97, Suñé, José María, citado por PALAZZI, Pablo y AMADEO, Sergio, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1999).

⁴⁵³ “La Comisión ha conocido anteriormente en varias ocasiones de casos en que por unos u otros motivos (seguridad, inmunidad parlamentaria, etc.) el Tribunal no contó con pruebas directas, es decir, con pruebas practicadas en forma inmediata ante él en audiencias públicas. En tales casos, la Comisión consideró admisible, a efectos del Convenio, que se hiciera uso de pruebas indirectas, aunque advirtiendo que no fueron las únicas de que dispuso el Tribunal” (Comisión EDH, Unterpertinger, Informe del 11/X/84). Aquí también nos parece poco preciso el criterio de “tolerancia” a las pruebas indirectas.

reconocidos a los protagonistas del juicio penal, fundadas en las “necesidades de la justicia” y deben ser interpretados *restrictivamente* para evitar que en lugar de “oral” el juicio se transforme en la parodia de un juicio “leído”, violatorio de todas las demás exigencias constitucionales que hoy son letra expresa por obra de la legislación supranacional incorporada (art. 75, inc. 22, CN).

Hay que advertir, sin embargo, que las leyes procesales argentinas (y las prácticas tribunalicias) contienen muchas más excepciones (v. gr., incorporación por su lectura de la declaración prestada en la investigación preliminar por un testigo que se contradice al declarar en el juicio⁴⁵⁴; o de declaraciones prestadas por escrito por ciertos funcionarios⁴⁵⁵, etc.) que son un fiel reflejo de la cultura judicial predominante, que acuerda más valor a la investigación preliminar (sobre todo si se trata de una “instrucción jurisdiccional”) que al juicio, considerando que aquélla, gracias a las restricciones que admite al control de la defensa y a la inferioridad de condiciones en que coloca a ésta frente a la acusación⁴⁵⁶, es más idónea para el descubrimiento de

⁴⁵⁴ Adviértase que en este supuesto la lectura del acta en la que consta la declaración prestada anteriormente por el testigo no se limita a ser utilizada como medio de señalar su contradicción con la que se vierte en el debate, sino que se incorpora a él como *prueba*, aunque no haya existido control de la defensa al momento de su recepción.

⁴⁵⁵ Cf. RAZNOVICH, Leonardo J., *Radiografía del proceso civil argentino*, Buenos Aires, 1998.

⁴⁵⁶ En este sentido, la Sala I de la CNCP, en los casos Abasto (11/02/1999) y Reyna (21/03/2002), sostuvo lo siguiente: “... si aquel control ‘útil y eficaz’ no pudo cumplirse porque las declaraciones fueron recibidas en un estadio procesal en que la defensa aún no existía como parte, si el juzgado previniente no arbitró medio alguno que posibilitara un ulterior interrogatorio ni aseguró que las denunciantes permanecieran en su jurisdicción, la incorporación por lectura de los dichos inculpativos conculca los derechos que consagran la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo rango constitucional –art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional– implica que su violación sea de aquellas previstas en el art. 167, inc. 3° y 168 C.P.P.N. y que

la verdad: se trata ciertamente de un “resabio inquisitivo”. Y hay que señalar que alguna jurisprudencia supranacional es excesivamente tolerante con estos excesos⁴⁵⁷.

18. El derecho al recurso

En materia de recursos, la incorporación de la normativa supranacional, al acordar *jerarquía constitucional* (art. 75, inc. 22, CN) al derecho al recurso del condenado (derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, art. 8.2.h, CADH; derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, art. 14.5, PIDCP), exige *reexaminar* varias cuestiones. Entre ellas, pueden mencionarse las siguientes: si los recursos sólo deben concederse a favor del condenado o también puede admitirse el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria; si en caso de condena el acceso al recurso del condenado puede restringirse por criterios objetivos (v. gr., autorizarlo sólo si la pena es superior a cierto monto); si el recurso de casación al menos en su construcción tradicional, es suficiente para satisfacer la garantía acordada al condenado de recurrir contra la sentencia condenatoria (art. 8.2.h, CADH; art. 14.5, PIDCP)⁴⁵⁸; y los alcances de las condiciones formales de interposición de los recursos, entre otras.

conlleve la descalificación del acto procesal y del pronunciamiento que ha sido su consecuencia, cuando, como aquí ocurre, la prueba restante no habilita un juicio de certeza acerca de la culpabilidad del acusado”.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, TEDH, Delta, del 19/XII/90; Comisión EDH, Unterperfinger, Informe del 11/X/84. Posteriormente, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo, con un criterio más acertado, que “toda prueba debe ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado, y en vistas a la argumentación adversarial. Hay excepciones a este principio, pero no deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo” (caso P. S. c/Alemania, 20/12/2001, en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 23 de septiembre de 2002).

⁴⁵⁸ Este parece ser el criterio sostenido por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal cuando, por mayoría, se afirmó: “el Código Procesal

18. a. El concepto de recurso en el derecho argentino

En la concepción *tradicional* del recurso en el derecho procesal penal argentino, se parte de la indiscutible base de que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados. Tal posibilidad, que deriva de la *falibilidad* propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos. Ellos son así concebidos como vías procesales que se otorgan al imputado, al acusador (Ministerio Público Fiscal o querellante) y a las partes civiles, para intentar la corrección de decisiones jurisdiccionales que por ser de algún modo contrarias al derecho (constitucional, sustantivo o procesal que también estatuye sobre cuestiones fácticas y probatorias)⁴⁵⁹, ocasionan perjuicio a los intereses que encarnan o representan. Procuran la revisión por parte de un órgano jurisdiccional distinto del que las dictó (de superior jerarquía orgánica), de resoluciones que se denuncian como erróneas⁴⁶⁰ (vicia-

Penal establece límites concretos y razonables –en los términos del art. 28 de la C.N.– para posibilitar la admisibilidad de la vía casatoria, los que no vulneran garantía constitucional alguna en razón de no encontrarse vedado de esta manera el acceso a la doble instancia, sino tan sólo limitado a los supuestos de revisión jurídica –sustancial y formal– que prevé la ley adjetiva en su art. 456” (Carreras, 30/06/2004, voto de los jueces DAVID y FÉGOLI).

⁴⁵⁹ “Las causas para una posible revisión judicial son la ‘ilegalidad’, la ‘irracionalidad’ y la ‘irregularidad procesal’. La ‘ilegalidad’ es la aplicación errónea o indebida del derecho que regula la facultad de resolver y, en especial, la infracción o el incumplimiento de las normas legales aplicables; la ‘irracionalidad’ se refiere a una resolución que prescinda hasta tal extremo de la lógica o de los principios morales generalmente admitidos que ninguna persona razonable las habría tomado después de considerar la cuestión; la ‘irregularidad procesal’ consiste en el incumplimiento de los preceptos procesales, en la denegación de la justicia natural o en una injusticia procesal” (TEDH, Weeks, sentencia del 2/III/87).

⁴⁶⁰ “La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97).

18. el derecho al recurso

das por equivocadas), procurando que el tribunal del recurso las descalifique por ser tales y las *sustituya* total o parcialmente por otras, que resuelvan sobre lo mismo, pero en forma opuesta o diferente (revocación o modificación); o que, sin sustituirlas, sólo las *deje sin efecto* (anulación), lo que tratándose de la sentencia definitiva posterior al juicio, determinará, generalmente, el inmediato envío (reenvío) a otro tribunal de la misma competencia y jerarquía del que dictó la anulada, para que –previo realizar otro juicio (generalmente sólo el debate)– dicte una nueva sentencia. El recurso se concibe, así, como un *medio de control* de la corrección fáctica y jurídica (o sólo jurídica, según el tipo de recurso) de las resoluciones jurisdiccionales, acordado con sentido “bilateral”, es decir, tanto al acusador como al acusado, y con un sentido de equidad.

18. b. Efectos de la incorporación de la normativa supranacional (art. 75, inc. 22, CN)

Sin embargo, los pactos internacionales de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) como la CADH (art. 8.2.h) y el PIDCP (art. 14.5) sólo parecen tener en mira que no haya injusticia en contra del condenado⁴⁶¹, regulando el recurso como una *garantía procesal*⁴⁶² a su favor frente a la sentencia condenatoria⁴⁶³ y también

⁴⁶¹ “Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97).

⁴⁶² “La Corte considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada” (Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/07/2004). Ver también, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comunicaciones 701/96 y 1007/2001.

⁴⁶³ “El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la

contra otras decisiones jurisdiccionales importantes⁴⁶⁴ como la prisión preventiva⁴⁶⁵ (art. 7.6, CADH; art. 9.4, PIDCP), sobre todo

sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objetivo el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley, a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, 18/XI/97). Este derecho tiene tal entidad que ha llevado a la Corte Suprema a sostener que la sentencia queda firme únicamente si, luego de notificado el imputado, él decide no impugnar la sentencia. Ello es así, en razón de que “obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad que le es propia y no una potestad del defensor” (Villaruel Rodríguez, 21/09/2004, y Dubra, 21/09/2004). El juez FAYT, en ambos pronunciamientos, fue más contundente y sostuvo: “lo contrario implicaría admitir que una decisión condenatoria quedará firme con la sola conformidad del defensor”. El criterio fue reiterado, posteriormente, en Arduino, 22/03/2005.

⁴⁶⁴ En este sentido, el voto en disidencia de la doctora LEDESMA en la causa Manzi, 30/9/2004, de la Sala III de la CNCP, donde se discutía si el recurso de casación era admisible contra las resoluciones que declaraban la responsabilidad de un menor, se sostuvo lo siguiente: “...tratándose en el *sub iudice* de un auto que en el lenguaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su trascendencia, es ‘importante’, puesto que obliga al imputado a seguir vinculado al proceso y dado que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal no se encuentra previsto otro recurso que no sea el de casación contra ese pronunciamiento, a fin de garantizar el doble conforme, es que considero que por imperio de los arts. 31, 33 y 75 inc. 22 de la CN, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado”. Esta situación debería haberse zanjado con la solución de la Corte Suprema en el caso D.199.XXXIX, N 107.572C, Di Nunzio, 03/5/2005, que obliga al Tribunal de Casación a ingresar al estudio del recurso en cada oportunidad donde se encuentre una cuestión federal en juego.

⁴⁶⁵ El derecho previsto en el art. 8.2, CADH, “requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior (...) de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva...” (Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97). En nuestra jurisprudencia encontramos algunos casos en esta misma dirección. Así, a modo de ejemplo, en la

por su frecuente desnaturalización *punitiva* (adelanto de pena; pena informal, etc.) en nuestra región (véase apartado 19. b).

18. b. 1. Respaldo

Esto significa, en primer lugar, un fuerte respaldo a la normativa procesal vigente⁴⁶⁶ que procura acentuar este carácter de garantía del acusado, como la que consagra el “efecto suspensivo”, consistente en que para evitar que la posible injusticia contra aquél emanada de la resolución recurrida se comience a consolidar durante el trámite del recurso, se suspenderá (no se cumplirá) la ejecución de lo resuelto por ella durante el plazo acordado para impugnar, y si esto ocurre, la suspensión durará el tiempo que exija la sustanciación del recurso. Lo mismo ocurre con la rígida prohibición dirigida al tribunal de alzada de modificar la resolución impugnada en perjuicio del imputado, cuando hubiera sido recurrida solamente por éste, o en su interés, sin que haya recurso acusatorio; es la que se conoce como prohibición de la *reformatio in peius*, cuyo fundamento reposa en la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir (o quizás sea más gráfico hablar de “tranquilidad” para recurrir), que sólo existirá cuando sepa que el recurso solo por él intentado nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida (prohibición que alcanza al tribunal del reenvío en caso de que el recurso del acusado hubiese provocado la nulidad de una sentencia dictada luego del juicio oral y público, pues la nueva sen-

CSJN se sostuvo: “... el pronunciamiento recurrido en autos por vía de inconstitucionalidad (...) resulta equiparable a una sentencia definitiva por producir efectos de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Esto ocurre en el *sub lite*, en virtud del derecho federal invocado, pues se hallan comprometidos intereses públicos fundamentales, y toda dilación podría perjudicar la situación de los imputados –la mayoría de los cuales sufre prisión preventiva– afectando la confianza pública en el Poder Judicial (Simón, 30/09/2003). También, entre otros, el voto en disidencia de los jueces BELLUSCIO y BOGGIANO en Harguindeguy, 23/03/2004.

⁴⁶⁶ Puede consultarse AYÁN, Manuel, *Recursos en materia penal*, Córdoba, 1985.

tencia que se dicte no podrá causarle mayor gravamen que la anulada)⁴⁶⁷.

También podrá considerarse comprendida en esta concepción garantista del recurso, el llamado “efecto extensivo” consistente en que, si se acoge favorablemente la impugnación interpuesta por un imputado, este efecto benéfico se extiende al coimputado que no recurrió, salvo que se sustente en causas exclusivamente personales del recurrente (v. gr., inimputabilidad), lo que obedece a razones de equidad y coherencia jurídica que se verían comprometidas si por la mera omisión de recurrir, se consolidase para el no recurrente la situación de injusticia (común a ambos) que el coimputado logró corregir mediante su recurso. Igualmente sucede con la excepción que se reconoce a la regla que impide al tribunal del recurso reexaminar ningún aspecto de la resolución impugnada que no haya sido objeto de agravio por parte del recurrente (*tantum devolutum quantum appellatum*), cuando transponer ese límite produzca consecuencias beneficiosas para el imputado, tanto si el recurso fue intentado en favor de éste, como si lo fue en su contra.

18. b. 2. ¿Recurso acusatorio?

El hecho de que la normativa supranacional sólo se refiera al recurso como derecho del acusado (v. gr., recursos contra la prisión preventiva, art. 7.6, CADH; art. 9.4, PIDCP; contra el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, art. 8.2.h, CADH y art. 14.5, PIDCP) plantea el interrogante sobre si los códigos procesales penales pueden *también* admitir recursos a favor del acusador, es decir, en contra del acusado, especialmente cuando se trate de una sentencia absolutoria. Las respuestas no son coincidentes.

Desde el constitucionalismo existen opiniones favorables a esta última posibilidad, argumentándose que “si de lo que se trata es de arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia

⁴⁶⁷ Este criterio fue ratificado por la CSJN en Olmos, José Horacio; De Guernica, Guillermo Augusto s/estafa, 9/05/2006.

en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedente”⁴⁶⁸. La opinión contraria viene desde el procesalismo penal, uno de cuyos máximos exponentes argentinos considera que “la garantía de las convenciones establecen un derecho al recurso sólo para el condenado –y no para otras personas, menos aun para órganos estatales”, y ni siquiera a favor del “acusador privado” (víctima del delito) “admitido en el procedimiento”. Además considera que la admisión del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria no firme, sería violatorio del principio *non bis in idem*⁴⁶⁹.

No nos resulta fácil fijar una posición definitiva sobre esta controversia. Es que si por imperio de la normativa supranacional de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25, CADH)⁴⁷⁰, la razón

⁴⁶⁸ SAGUÉS, Néstor, *La instancia judicial plural en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, en “LL”, t. 1988-E-III, p. 160. Para D’ÁLBORA, FRANCISCO, el querellante debe tener derecho al recurso “con ajuste a la igualdad ante la ley reconocido por el art. 16 de la CN, en cuanto protege la actuación de las partes en el proceso” (*Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1996, p. 564). En la misma dirección, MARTÍNEZ, *¿Una oportunidad perdida?*, cit., ps. 206 y ss. El Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional (ONU, 17/VII/98) autoriza el recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria (art. 81, inc. 1.c).

⁴⁶⁹ Cf. MAIER, Julio B. J., *El recurso contra la sentencia de condena ¿Una garantía procesal?*, en “Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología”, n° 1, Córdoba (UNC), 1995, ps. 152 y 153. En igual sentido, BOVINO, Alberto, *Temas de derecho procesal guatemalteco*, Guatemala, 1996, p. 262.

⁴⁷⁰ “El derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir, y por lo tanto, que una vez creado el recurso en nuestro ordenamiento jurídico, tal garantía procesal ha de estar a disposición de todas las partes” (Superior Tribunal Constitucional de España, 27/85, del 26/II/85, citado por PALAZZI y AMADEO, *Código Procesal Penal*, citado). De tal manera, no parece coherente que se limite al querellante la posibilidad de interponer un recurso contra una sentencia contraria a su pretensión (MARTÍNEZ, *¿Una oportunidad perdida?*, cit., p. 218). De una posición contraria, PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, 2001, p. 131.

principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de cumplir con su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”⁴⁷¹ y a éstas además se les reconoce el derecho de que un tribunal competente, imparcial e independiente establezca la existencia de la violación de su derecho (por obra del delito) e imponga “las sanciones pertinentes” a “los responsables”⁴⁷², no parece sencillo admitir que los códigos procesales penales priven de la posibilidad de interponer recursos a la víctima constituida en el proceso como acusador⁴⁷³ (incluso a la posibilidad de hacerlo en interés de ésta, por el Ministerio Público Fiscal), al menos frente a la hipótesis extrema de sentencias que configuren a su respecto una *denegación manifiesta* de la “justicia” a la que tiene derecho (v. gr., parcialidad evidente de los jueces; arbitrariedad notoria de la sentencia absolutoria). Frente a la normativa supranacional y a su interpretación por los organismos regionales de protección de los derechos humanos, quizás se pudiera pensar en estos supuestos como fundamento (y a la vez como límite) de la “bilateralidad” del recurso (véanse apartado 5. b y punto 6).

Además, para sostener que el recurso del acusador contra la absolución vulnera la garantía del *non bis in idem*, habría que interpretar que la alocución “sentencia firme” (usada por el art. 8.4, CADH, como condición del funcionamiento de esta garantía), *no* está haciendo referencia a una sentencia absolutoria que fue susceptible de recursos y que luego adquirió firmeza por la no interposición de ninguno, o por el fracaso del interpuesto. Esta interpretación parece débil, pues “hablar” de *sentencia firme* constituye una clara referencia a una sentencia que, o bien era sus-

⁴⁷¹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros.

⁴⁷² Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

⁴⁷³ Podría sostenerse, entonces, que el recurso que se establece a su favor debe ser amplio (cf. CSJN, Martínez, 4/07/2006). Además, la CNCP, en pleno, ha ido más allá autorizando al pretense querellante a recurrir en casación aun cuando legalmente no se encuentre facultado para ello (Plenario n°12, del 23/06/2006).

18. el derecho al recurso

ceptible de ser recurrida y no lo fue, y por ello “quedó” firme, o bien pese a ser recurrida, resultó “confirmada” por el tribunal del recurso. Posiblemente por compartir estas ideas se haya sostenido que aquella garantía implica que “el imputado debe haber sido absuelto” y que “la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme”⁴⁷⁴; y que por firme se entiende a la sentencia que “adquiere la cualidad de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada”⁴⁷⁵.

18. c. Posibles alcances y contenidos del recurso del condenado

Otra cuestión central para resolver a la luz de la legislación supranacional hoy de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN), es el *alcance* y *contenido* del derecho al recurso⁴⁷⁶ acordado al condenado contra la sentencia del condena⁴⁷⁷; es decir, establecer si

⁴⁷⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006.

⁴⁷⁵ La protección consagrada en el artículo 8, inciso 4 (de la CADH), “se extiende implícitamente a casos en los cuales la reapertura de una causa produce los efectos de rever cuestiones de hecho y de derecho pasadas en *autoridad de cosa juzgada*” (Comisión IDH, Informe n° 1/95, caso 11.006).

⁴⁷⁶ Puede consultarse a HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *El derecho al recurso en los pactos internacionales*, en “Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal”, n° 3, Córdoba, 1998, p. 151.

⁴⁷⁷ En este sentido, se sostuvo que “es necesario superar los límites que tradicionalmente se impusieron al juez de casación para abrir el recurso y conocer todas las cuestiones planteadas; en razón del derecho al recurso instituido a favor de toda persona inculpada de delito, circunstancia que trastoca la función originariamente asignada a esta vía de impugnación. La normativa supranacional constitucionalizada (art. 75, inc. 22) lo ha instituido como salvaguarda del justiciable, conforme el art. 8.2 inc. h) CADH...” (CNCP, Sala III, Rosenthal, 12/07/2004; Stabile, 18/08/2004, y Manzi, 30/09/2004, votos en disidencia de la jueza Ángela Ester Ledesma). Este criterio fue adoptado posteriormente por la Sala IV de la CNCP en la causa López, 15/10/2004, y por la CSJN, en Casal, 20/09/2005, Martínez Areco, 25/10/2005, Salas, 14/02/2006, y Salto, 7/03/2006, entre otras. Sin embargo, para los jueces de la Sala I de la CNCP, la doctrina emanada de esos fallos de la CSJN no importa la desaparición de los recaudos comunes o propios de los recursos (Di Tocco, 28/10/2005).

debe ser amplio, abarcando por tanto las cuestiones fácticas y también las jurídicas sobre las que ella resuelve (concepto de doble instancia propiamente dicho), o restringido sólo a estas últimas⁴⁷⁸.

En la legislación procesal argentina (en su interpretación tradicional) según sea el recurso que se acepte contra la decisión condenatoria, se posibilitará un reexamen de la eficacia convictional de las pruebas en que se fundaron las conclusiones de hecho a que arribó la resolución cuestionada, y también el control de la observancia en ella del derecho constitucional, procesal o sustantivo –nota típica del recurso de apelación–, o sólo este último tipo de control jurídico –nota típica del recurso de casación–. Mediante el recurso de apelación que se acuerda contra las sentencias condenatorias dictadas en procedimientos escritos (v. gr., CPP Santa Fe, art. 420) el tribunal del recurso puede valorar de otra forma las pruebas en que se fundaron las conclusiones de hecho a que se llegó en la decisión recurrida (v. gr., que el imputado participó en el delito), y modificar total o parcialmente estas conclusiones, sustituyéndolas por otras diferentes (v. gr., que no participó), pudiendo incluso transformar la condena (que se revoca) en absolucón. En cambio, el recurso de casación que se concede contra la sentencia definitiva dictada después del juicio público y oral de instancia única, característico de la legislación argentina (v. gr., CPPN), parte de la base de la imposibilidad de modificar (“intangibilidad”) los hechos fijados por el tribunal que la dictó, porque no acepta la posibilidad de revalorar las pruebas en que se los fundó, limitando el control (y eventual corrección) sobre el fallo a la verificación del exacto encuadramiento de aquellos hechos en el derecho sustantivo (calificación legal), o al respeto de normas constitucionales o pro-

⁴⁷⁸ “... la verificación del cumplimiento de la garantía del derecho al recurso que debe observarse dentro del marco del proceso penal no depende de reglas generales u omnicomprensivas sino que ha de ser más o menos extenso o profundo según las modalidades de cada situación jurídica, lo que obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan a la materia litigiosa” (CSJN, Garzía, 7/12/2001, voto del juez FAYT).

cesales esenciales (generalmente de raíz constitucional) que rigen el procedimiento previo al dictado del fallo (v. gr., existencia de acusación previa), o su estructura interna (v. gr., obligación de motivar), cuya inobservancia podrá generar su nulidad.

18. c. 1. La “doble instancia”

En general se coincide en que el alcance del derecho al recurso acordado por la normativa supranacional equivale a la “garantía de la doble instancia”⁴⁷⁹. Pero no hay acuerdo sobre el *contenido* de esta alocución, sobre todo frente a la mayoría de los códigos procesales penales argentinos que adoptan el juicio oral y público de única instancia como procedimiento previo (imprescindible) al dictado de la sentencia condenatoria.

Si bien casi nadie se atrevió a sostener abiertamente que “doble instancia” implique que las sentencias condenatorias dictadas por tribunales de juicio oral puedan ser apeladas⁴⁸⁰ (como si lo pueden ser las del juicio escrito), o que mediante el recurso de casación se pueda revalorar libremente la prueba sobre los hechos fijados en el fallo condenatorio, permitiendo así al tribunal de alzada concluir de otro modo sobre la culpabilidad del acusado, y eventualmente absolverlo directamente por insuficiencia probatoria, lo cierto es que desde la jurisprudencia se realizan interpretaciones y desde la doctrina se formulan propuestas de muy diversos alcances, pero que tienen como base común el entendimiento de que el recurso de casación en su interpretación tradicional, ése que ha sido reiteradamente adjetivado como “de estricto rigor formal” y que respeta a rajatabla la “soberanía” del tribunal sentenciador en orden a las cuestiones fácticas resueltas “intangiblemente” por la sentencia de condena, *no salvaguarda* el

⁴⁷⁹ CSJN, Girolodi, en “LL”, t. 1995-D, p. 465.

⁴⁸⁰ Algunos sí lo hacen. Por ejemplo, BIDART CAMPOS entiende que el Pacto de San José de Costa Rica “enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa revocar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente” (*La doble instancia en el proceso penal: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica*, en “ED”, t. 118, p. 887).

derecho al recurso con los alcances consagrados por la legislación supranacional⁴⁸¹.

18. c. 1. 1. Este es –según nuestro punto de vista– la actual posición de la CSJN a partir del novedoso precedente “Casal”⁴⁸². Bajo el *argumento* de que no es posible distinguir entre “hechos” y “derecho” en una sentencia de condena, la CSJN acuerda al tribunal de casación la atribución-obligación de *revisar todo lo que sea revisable*: sólo no admite revisión de aquello que inevitablemente sea irrevisable *por imperio de la oralidad, conforme a la naturaleza de las cosas*. La revisión casatoria, entonces, *alcanza* incluso a las conclusiones de *hecho* establecidos por aquella decisión y a la prueba que fue utilizada para fundarlas, siempre que de sus *por menores existiera constancia actuada*⁴⁸³. Quedan, en principio, fuera

⁴⁸¹ La doctrina clásica del tribunal de casación ha sostenido que las discrepancias del impugnante con el modo en que el sentenciante ha valorado la prueba es materia ajena a la casación, salvo cuando hubiera arbitrariedad que deberá ser demostrada. En este sentido, a modo de ejemplo, puede verse Sala I, Fuentealba Cifuentes, 13/05/2003; Sala II, Toledo, 7/07/2003; Sala III, Porto, 16/06/2004; Sala IV, Potente, 4/12/2003. Sin perjuicio de ello, la jueza Ledesma ha sostenido, en los casos Amengual, 16/06/2004, y Maldonado, 25/04/2005 (CNCP, Sala III), que al tribunal de casación le esta vedado el control de la prueba que dependa en forma directa de la intermediación (enunciados de intermediación), como consecuencia del juicio público, pero nada impide el control de los aspectos que conforman la infraestructura racional de dicho juicio (enunciados inferenciales). También es interesante señalar que, en el precedente López (15/10/2004), la Sala IV de la CNCP afirmó: “el debido proceso forma parte de este derecho [al recurso], y la revisión de esta Cámara de Casación Penal no puede resultar limitada ni restringirse exclusivamente al derecho, sino que debe convertirse en un recurso que –sin sacrificar la intermediación– haga justicia en el caso concreto”. Estas ideas han tenido posterior acogida por la CSJN, en Casal, 20/09/2005.

⁴⁸² CSJN, Casal, 20/09/2005.

⁴⁸³ Es decir, todas las pruebas de la investigación preparatoria que se hayan introducido por la lectura –documentos, actas, pericias, declaraciones de los imputados o testigos, etc.–, las constancias sobre contenidos probatorios que se hayan consignado en el acta del debate, o en la versión taquígráfica o grabada de éste, y la descripción que la sentencia de condena haga

de esa revisión la prueba *recibida y no registrada*⁴⁸⁴, aquello que surja de *manera directa y excluyente* de una intermediación “desmagnificada” (o sea, reducida sólo a las pruebas cuyo contenido o fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la intermediación), y la derivada de las *impresiones personales de los jueces* sobre los testigos en tanto estas fueran racionalmente fundamentadas (aspecto este –el de la fundamentación– que sí entrará en el ámbito de la revisión casatoria). Siempre, según nuestro entender, dos son los principales instrumentos propuestos por la CSJN en “Casal” para lograr esta mayor amplitud en la revisión casatoria. El primero es el control del respeto a todas *las reglas de la sana crítica*, no sólo en la fundamentación general de la sentencia de condena, sino también en la asignación de la eficacia conviccional *concreta* que se reconoce a los elementos de convicción en la que aquella se funda. El segundo es el control de la *eficacia convictiva* de dicha prueba según el *método histórico* que, si al momento de cumplir con su último paso, este es la *síntesis* comparativa de las pruebas recibidas (de la que se inducirá su mayor o menor eficacia para acreditar el hecho de la acusación), las conclusiones que resulten *opinables* o *poco asertivas* deben jugar a favor del acusado por imperio del principio *in dubio pro reo*.

Resulta así que, enmarcado en el carácter de *instrumento para controlar la justicia* de la sentencia de condena que al recurso de casación le asigna, lo que “Casal” deja como saldo indiscutible es

de los contenidos probatorios sobre los que funda sus conclusiones fácticas o de los que no utiliza a tal fin.

⁴⁸⁴ La sentencia siempre deberá describir la prueba recibida aun cuando no la seleccione para fundar sus conclusiones sobre los hechos, pues sólo así podrá controlarse si esa prueba pudiera haber sido dirimente para impedir arribar a dichas conclusiones; no hacerlo es una grave omisión del tribunal que al impedir ese control, puede provocar una situación de negación del derecho al recurso, lo que no parece ser el propósito de Casal. No obstante en ciertos casos que se pudiera conocer el contenido de esa prueba (v. gr., por ser de tipo documental), la revisión casatoria podrá alcanzar a la prueba omitida.

que los tribunales que deban considerarlo *no podrán escudarse* en “cuestiones de hecho y prueba” para negar el ejercicio de su competencia funcional; y que deberán analizar si la fundamentación de la sentencia de condena respeta todas las reglas de la sana crítica (no sólo si es arbitraria o lógicamente absurda), incluso en la valoración concreta de la prueba, cuya eficacia convictiva también podrá revisarse (con los límites ya señalados).

Nuestra precedente opinión acerca de que la Corte considera incluida en la revisión casatoria el control de la eficacia convictiva de la prueba, se apoya en el esfuerzo argumental que ella realiza para “desmagnificar” los límites que a aquella revisión pueda imponerle la falta de intermediación que “sufre” el tribunal de casación, esfuerzo que sólo puede obedecer al propósito de fundamentar esa inclusión. Ello porque esta circunstancia (la falta de intermediación de éste órgano con la prueba recibida en el debate, fundante de la condena) en nada compromete la posibilidad y eficacia del control de la observancia de las reglas de la sana crítica, que puede perfectamente desarrollarse (y así lo acepta “Casal” expresamente) sin que haya intermediación entre dicho tribunal y la prueba del juicio. Y tampoco sería explicable la inclusión del *in dubio pro reo* –de la mano del método histórico– en el ámbito de la revisión casatoria, ya que la aludida garantía finca precisamente en la “impotencia convictiva” de la prueba de cargo para lograr la certeza sobre la responsabilidad penal del acusado imprescindible para el dictado de una sentencia de condena.

Lo que no queda totalmente definido es *hasta dónde* puede llegar la revalorización por la casación de la prueba recibida en el debate, pues la “desmagnificación” que “Casal” propone de los límites de la intermediación y la necesidad –que simultáneamente acepta– de respetar los caracteres del juicio oral y público, dejan una hendija para diferentes interpretaciones⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Por cierto que creemos que nuestra rebeldía a aceptar cualquier límite que se quiera imponer a la revisión casatoria con el argumento de la falta de intermediación (incluso en su versión “demagnificada”) posee su fundamento en nuestra creencia de que el *nivel de intermediación* indispensable

Sin embargo, los tribunales de casación tienden a reducir el impacto de “Casal” sobre la concepción tradicional del recurso de casación, argumentando que la doctrina emanada de este precedente “no importa la desaparición de los recaudos comunes o propios de los recursos”⁴⁸⁶. En atención a esta circunstancia es que nos sujetaremos en adelante al desarrollo de tono *controversial* seguido en el original de la primera edición, insertando en notas al pie las novedades jurisprudenciales más recientes.

18. c. 2. El recurso de casación

Antes de “Casal”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la par que declaró que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (previsto en la ley n° 48) no satisface por sí solo las exigencias supranacionales para asegurar la “garantía de doble instancia”, señaló como la “forma más adecuada de satisfacerlo” al “recurso de casación”⁴⁸⁷. Esta definición resuelve sólo parcial-

para el dictado de una sentencia condenatoria, tiene mayor intensidad que el suficiente para controlar su *sensatez global*, control que debe, inevitablemente, verificarse mediante la revalorización de la eficacia convictiva de la prueba que le dio fundamento (de la que exista constancia actuada, por cierto), revalorización que no será idónea, en principio, para autorizar la sustitución de la condena “globalmente insensata” por una absolución, pero podrá alcanzar para *anular* esa condena por infracción al principio constitucional del *in dubio pro reo* y reenviar la causa a un nuevo juicio.

⁴⁸⁶ CNCP, Sala I, Di Tocco, 28/10/2005.

⁴⁸⁷ CSJN, Girolidi, en “LL”, t. 1995-D, p. 465. Así lo entendió mucho antes Bernadette MINVIELLE (*La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y el enjuiciamiento penal*, en “Doctrina Penal”, Buenos Aires, n° 41, 1988, p. 103). Esta posición ha sido reafirmada –y ampliada– en distintos precedentes. Así, el máximo tribunal sostuvo: “... cuando ante los pronunciamientos indicados [auto de prisión preventiva, denegación de la excarcelación o de la exención de prisión] se pongan en tela de juicio la constitucionalidad de una norma o se plantee una cuestión federal sin fundamento en la arbitrariedad, deberá entender la Cámara Nacional de Casación Penal (...), pues los pronunciamientos de tal naturaleza no sólo exigen –por la gravedad que entrañan– un más amplio y explícito debate, sino, antes bien, porque la intervención de ese órgano en la pro-

mente la cuestión bajo estudio, pues *no hay dudas* sobre que debe formar parte del derecho al recurso del condenado el de lograr un contralor por parte del tribunal de alzada, de la *observancia del derecho* en la producción de la sentencia, tal como lo autoriza la actual regulación del recurso de casación en la Argentina en su interpretación tradicional; pero no responde a la pregunta sobre si *basta* esta posibilidad para satisfacer la garantía supranacional bajo estudio⁴⁸⁸.

Para una mejor comprensión de la cuestión, será útil repasar los alcances de este “control jurídico” (derecho constitucional, sustantivo y procesal) del recurso de casación, porque ellos ilustrarán también sobre sus *límites*, ya que este último aspecto es el que genera el debate.

18. c. 2. 1. El “control jurídico”

Las normas *constitucionales o procesales* cuyo respeto en la sentencia puede controlarse a través del recurso de casación, son aquellas cuya inobservancia debe acarrear, por relacionarse con

tección judicial de la Constitución Nacional (art. 28) constituye el modo de preservar el singular carácter de la actuación de esta Corte, reservada para después de agotada toda instancia judicial apta para solucionar dichos planteos” (Rocca Clement, voto de los jueces LÓPEZ y VÁZQUEZ, 30/09/2003; y Simón, 30/09/2003).

⁴⁸⁸ En este sentido, la Corte IDH afirmó: “... el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto (...) La posibilidad de ‘recurrir el fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/07/2004). Este criterio fue receptado y *ampliado* por la CSJN en los precedentes Casal (20/09/2005), Martínez Areco (25/10/2005), Salas (14/02/2006) y Salto (7/03/2006).

las “formas sustanciales” del juicio (es decir, con las garantías), alguna sanción procesal, especialmente la nulidad. Estos casos de vicio *in procedendo* pueden referirse a los sujetos del proceso (v. gr., sentencia dictada por un tribunal incompetente), o a su actuación (v. gr., realización secreta del debate), o a la omisión o defectuosa realización de actos que son presupuestos de la sentencia (v. gr., acusación nula), o a la violación de normas relacionadas con la deliberación (en especial, las de la motivación), confección o lectura de ella, o a la falta de correlación (congruencia) entre los hechos que el fallo establece como ocurridos con los que fueron objeto de la acusación.

Respecto de la motivación, el recurso de casación podrá cuestionar que hay ausencia total de fundamentos (v. gr., se resuelve así porque sí, sin invocar prueba alguna –hipótesis de gabinete–), o que los datos admitidos como probatorios no pueden ser considerados tales –no son pruebas– por su incapacidad o falta de idoneidad para generar conocimiento (v. gr., la “visión” de una pitonisa), o que la fundamentación es aparente (v. gr., el fallo no se basa en pruebas sino en opiniones o valoraciones), incongruente (v. gr., la prueba que se invoca en sustento de una conclusión no tiene relación con ella), falsa (v. gr., la conclusión se funda en una inexacta reproducción de los dichos del testigo), global (v. gr., no se especifica en qué prueba se fundamenta cada conclusión), o que es contradictoria (v. gr., el mismo hecho es afirmado y negado, simultáneamente en distintas partes de la misma resolución). También podrá recurrirse porque la fundamentación es ilegal por valerse de pruebas ilegítimamente obtenidas (v. gr., confesión arrancada por medio de apremios) o ilegalmente incorporadas al debate (v. gr., lectura de un testimonio recibido en la investigación preparatoria fuera de los casos taxativamente autorizados), o no se respetan en ella los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), o los principios incontrastables de las ciencias, o las máximas de la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica, v. gr., inercia, gravedad).

La verificación, por parte del tribunal del recurso, de la violación a disposiciones constitucionales o procesales, sólo podrá tener como consecuencia la *anulación* de la resolución impugnada y el reenvío del proceso (por lo general) a otro tribunal de sentencia para que, luego de un *nuevo* juicio, dicte una *nueva sentencia* (libre de aquellos vicios). En estas hipótesis, entonces, el tribunal de casación no puede resolver de otro modo sobre el fondo del caso: no puede ni revocar ni reformar; sólo puede anular.

La inobservancia de *normas del derecho sustantivo* en la sentencia puede consistir en no aplicar al caso una norma vigente (v. gr., por declararla inconstitucional), o en erróneas interpretaciones de la ley penal (v. gr., equivocada conceptualización de lo que es el dolo), o erróneas valoraciones jurídicas de los hechos que se tuvieron por acreditados en aquélla, que pueden manifestarse como errores en la subsunción legal, en forma individual (v. gr., se califica como robo un hecho que es hurto) o en su relación con otros (v. gr., se declara la existencia de concurso real cuando se trata de un delito continuado), si bien todos terminan expresándose como errores de aplicación de la ley penal. En estas hipótesis, el tribunal de alzada puede entrar sobre el fondo del asunto, y revocar o reformar (casar) la sentencia bajo recurso, *sustituyéndola* total o parcialmente por una nueva en sus aspectos jurídicos sustantivos que, respetando los hechos fijados en aquélla, decida (“re-decida”) el caso conforme a derecho, aplicándolo correctamente.

Resulta así *indiscutible* que todos estos aspectos que abarca el recurso de casación en su regulación legal e interpretación jurisprudencial tradicional, deben ser parte del contenido del derecho al recurso acordado por la normativa supranacional al condenado contra la sentencia que lo condenó. Pero ello, como ya anticipamos, no zanja la discusión sobre si este derecho se *agota* sólo en la posible revisión de aquellos aspectos⁴⁸⁹. Véase lo que se dice en el apartado 18. c. 1. 1.

⁴⁸⁹ La CNCP, Sala II, cree que es suficiente, pues el acceso a la doble instancia no se encuentra vedado, sino “tan sólo limitado a los supuestos de revisión jurídica sustancial y formal” (caso Santorsola, 15/IV/98).

18. c. 2. 2. Pretendidos avances

No parecieron (o no se atrevieron) transponer los límites tradicionales del recurso de casación (o sea, su acotamiento a medio de control meramente jurídico de la sentencia) algunos condicionamientos requeridos por decisiones jurisprudenciales del máximo nivel supranacional y argentino. Tal fue el caso de la Comisión IDH⁴⁹⁰ que consideró que por ser el recurso de casación “una institución jurídica que... permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los actos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h, de la Convención... en tanto no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso”. Y también fue el caso de la CSJN que señaló la necesidad “en ese campo –en el del recurso de casación– de un margen más amplio para el examen de las posibles arbitrariedades”⁴⁹¹, examen que

⁴⁹⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 24/92, del 2/X/92; cf. Comisión IDH, Informe n° 55/97, del 18/XI/97.

⁴⁹¹ CSJN, Tabarez, del 17/III/98, en “Semanario Jurídico”, n° 1214, Córdoba, 1998. Especialmente durante el año 2004, la nueva composición de la CSJN ha reafirmado este criterio en distintos precedentes. Y también ha establecido la necesidad de que todas las causas pasen primero por la CNCP (tribunal superior de la causa). Así, a modo de ejemplo, entre otras, Harguindeguy, 23/03/2004; Santos, 23/03/2004; Bartolotto, 27/05/2004; Pomponi, 27/05/2004; Atanasof, 24/08/2004; y Defensor público oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza s/recurso de casación, 5/10/2004. En el año 2005, el Alto Tribunal fue categórico respecto del rol que debe llevar adelante la casación cuando en el caso Di Nuncio (3/05/2005) entendió que “siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal”. En la misma dirección se pronunció en el fallo Leyva, 11/10/2005.

se destaca como la única vía para revisar “las cuestiones de hecho y prueba que dan fundamento a una sentencia condenatoria”⁴⁹².

Las ideas transcriptas precedentemente muestran –a poco que se las examine– que las exigencias y propuestas en ellas incluidas *no transponían* los límites del “control jurídico” de la sentencia condenatoria, pues la única relacionada con el examen de “las cuestiones de hecho y prueba”, se enfocaba sólo como un control de la posible “arbitrariedad” de la fundamentación⁴⁹³, que también es un caso de control jurídico relacionado con la observancia de exigencias constitucionales y procesales sobre la admisión y valoración de la prueba (reglas de la sana crítica racional), de las que depende la validez o la nulidad del fallo condenatorio.

18. c. 2. 3. ¿Basta con acotar la “soberanía” del tribunal del juicio sobre los hechos?

Por nuestra parte, como dijimos anteriormente, tanto el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), al consagrar el derecho del condenado a recurrir ante un tribunal superior el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, ponían en *seria crisis* la idea de que el recurso de casación, no sólo en su regulación (e interpretación) tradicional de mero control jurídico de la sentencia (véase apartado 18. c. 2. 1), sino incluso incorporando a su objeto las ampliaciones

⁴⁹² CNCP, Sala II, Santorsola, del 15/IV/98.

⁴⁹³ Esta ha sido la postura sostenida, luego de la sentencia de la Corte IDH en el caso Herrera Ulloa, por la Sala IV de la CNCP. Se sostuvo que “tales exigencias [relacionadas a la interpretación que hizo la Corte IDH sobre el derecho al recurso] no se satisfacen con la mera corrección formal del fallo, esto es, mediante un recurso de alcance reducido, sino asegurándose un margen más amplio para el examen de las posibles arbitrariedades, interpretando el recurso de casación dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo” (López, 15/10/2004). En esta misma dirección, ver el voto en disidencia del juez MITCHELL en la causa Araujo (CNCP, Sala II, 28/07/2005).

señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (antes de “Casal”, desde luego), fuera suficiente para garantizar plenamente aquel derecho (véase apartado 18. c. 2. 2).

Así lo creímos pues para cualquiera de estas posiciones siempre estaba vedada la posibilidad de controlar mediante el recurso de casación el “error de hecho”, o sea que la sentencia hubiera aceptado como verdadera la participación culpable del condenado en un delito aunque esto fuera falso (es decir, que tuviera por verdadero lo falso)⁴⁹⁴ o no existiera la contundencia probatoria legalmente exigida para condenar (véase apartados 17. b. 3 y 17. b. 4), mediante la *prohibición* de re-analizar la eficacia conviccional que el tribunal de juicio hubiera asignado a los elementos probatorios en que apoyó sus conclusiones sobre la existencia de los hechos que dio por probados. Es decir, aún con aquellos agregados, seguía en pie la prohibición de intentar demostrar que una equivocada merituación de las pruebas había llevado a que estas conclusiones fácticas fueran falsas o estuvieran insuficientemente probadas, bajo el argumento de la imposibilidad de intermediación entre el tribunal del recurso que tendría que re-analizar la eficacia conviccional de las pruebas que utilizó el tribunal del juicio en sustento de la sentencia, con estas mismas pruebas, contacto que sí existió, en cambio, entre estos dos últimos –tribunal del juicio y pruebas del debate⁴⁹⁵–. Esto llevó a decir a la

⁴⁹⁴ Si el hecho fijado es falso ¿la aplicación del derecho sustantivo podrá ser “verdadera”? Por esto es que se ha reflexionado que “la errónea determinación del hecho determinará una errónea aplicación de la ley (...) ‘de modo’ que el tribunal de casación no debe ser ajeno a este problema en los recursos por infracción de la ley...” (BACIGALUPO, Enrique, *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, en *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, 1994, p. 51).

⁴⁹⁵ Es bueno aclarar que esta argumentación nunca tuvo vigencia absoluta (y es falsa en orden a la intermediación con la prueba documental). Si bien es de peso, también es *relativa*, al punto que casi todos los códigos que aplican férreamente el recurso de casación con esta limitación, la soslayan en varios otros supuestos. Así, por ejemplo, admiten que la sentencia bajo

doctrina y jurisprudencia tradicional que el tribunal que dicta la sentencia en el modelo de juicio oral y público de única instancia es “soberano”⁴⁹⁶ en la fijación de los hechos y en la valoración de la prueba, aspectos que por lo tanto escapan a la posibilidad de control y revisión por medio del recurso de casación (lo que entraña la *paradoja* de que, si contienen errores, lo harán “soberano de la falsedad”).

Y no nos parecía sencillo aceptar sin más que semejante “soberanía” del tribunal del juicio sobre un extremo *esencial* del fallo condenatorio, como es la declaración de la existencia del hecho delictivo y la participación en él del acusado (casi el “dedo

recurso se funde en testimonios recibidos en la investigación preliminar incorporándolos al debate por su lectura; o permiten que el tribunal de casación que revoca parcialmente la sentencia a favor del imputado (v. gr., admitiendo una calificación legal más benigna), gradúe la nueva sanción que corresponda basándose en las pruebas contenidas en el expediente o reseñadas en el acta del debate o en la sentencia, pero nunca recibidas directa e inmediatamente por él. Incluso autorizan al tribunal que hace lugar a un recurso de revisión (que se admite sólo para demostrar que el hecho no existió, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena) a dictar directamente una nueva sentencia a pesar de que no intervino en el debate originario que dio base a la condena revisada. Lo cierto es que la CSJN, en Casal, del 20/09/2005, ha “desmagnificado” este límite tradicional para la revisión casatoria.

⁴⁹⁶ Cf. CNCP, Sala III, Sandez, del 12/V/95; la decisión del tribunal de juicio sobre los hechos es “soberana”, expresa VÉLEZ MARICONDE (*Derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 159). Antes de la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) participamos de esta posición. Pero nuestras reflexiones intentan clarificar el problema que *hoy* se presenta frente a los arts. 8.2.h, CADH, y 14.5, PIDCP. “En este sentido, el límite de la inmediación dado por el juicio público, no opera en cualquier caso, como un obstáculo para la apertura del recurso de casación. Ello depende de que el tratamiento del agravio no altere la inmutabilidad de los hechos que tuvo por probados el tribunal de juicio” (CNCP, Sala III, Rosenthal, 12/07/2004, voto en disidencia de la doctora LEDESMA). De esta manera, en palabras de la CSJN, “lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación” (Casal, 20/09/2005).

índice de Dios": *tú has sido*), fuera compatible con el derecho a recurrirlo ante un tribunal superior garantizado por la referida normativa supranacional⁴⁹⁷.

Ya la doctrina procuraba acotar esta "soberanía", como condición para admitir la eficacia del recurso de casación a tales fines. Así se proponía como requisito general que fuera "interpretado... con criterio suficientemente flexible"⁴⁹⁸; o se subordinaba concretamente su aptitud para satisfacer las exigencias de la normativa supranacional sobre el recurso contra la condena, a "una ampliación significativa de su objeto", consistente en la incorporación de todos los motivos que "autorizan el de revisión", o a la posibilidad de incorporar hechos nuevos o elementos de prueba nuevos, conocidos después de la audiencia del debate e, incluso, a la posibilidad de demostrar "la falsa percepción sustancial por parte del tribunal de aquéllos valorados por la sentencia, que tornen írrito el fallo"; o que éste "contiene un grueso error de apreciación de los hechos" que "lo alejan de la realidad del acontecimiento juzgado"⁴⁹⁹; o se requería que el "tribunal de casación tenga potestades para anular o corregir ... los errores graves de hecho" en la apreciación "de las pruebas", como sería el atribuirles "un contenido inexacto" o "desdeñar el verdadero"⁵⁰⁰.

18. c. 2. 4. Límite de las propuestas de ampliación

A nuestro parecer la cuestión que discutimos no alcanzaba a quedar solucionada sólo con la exigencia del control "de legali-

⁴⁹⁷ Ver, por ejemplo, CNCP, Sala II, Lobato, del 14/3/95. Por su parte, RODRÍGUEZ RESCIA expresa que la "afirmación usual de que el juez de la causa es soberano en la apreciación y valoración de la prueba, resulta claramente violatoria del derecho del imputado al debido proceso..." (*El debido proceso*, cit.). En el mismo sentido se ha expedido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (voto 1729-92, del 1/VII/92). Pero nos parece que, en ambos casos, la crítica *no va más allá* de señalar la necesidad de controlar la arbitrariedad –vicio de razonamiento– de las conclusiones fácticas, sin abarcar los defectos de apreciación sobre la eficacia conviccional de las pruebas.

⁴⁹⁸ PALACIO, *Las limitaciones*, cit., p. 461.

⁴⁹⁹ MAIER, *El recurso*, cit., p. 187.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ RESCIA, *El debido proceso*, cit., ps. 365 y 363.

dad en la producción de la prueba” o el “respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso”, o el examen de posibles arbitrariedades pues, como ya advertimos, todos estos aspectos se encontraban ya entonces contemplados en la regulación legal del recurso de casación en la Argentina (y en su clásica interpretación doctrinaria y jurisprudencial). Tampoco la solucionaba totalmente –aunque nos parecía un buen avance– la “ampliación de su objeto” a la “falsa percepción sustancial” de las pruebas, o a la posibilidad de incorporar pruebas nuevas conocidas después de dictada la condena, pues todas estas propuestas no enfrentaban un punto central: el contralor sobre si el fallo condenatorio se fundamentó en un caudal probatorio idóneo por su contundencia para sustentar *fehacientemente* la convicción judicial sobre la participación del condenado en el hecho delictivo que se le atribuye, *destruyendo así* (por ser el único modo constitucionalmente admitido) *el principio de inocencia* que asistía a éste por imperio expreso de la normativa supranacional. Es decir, todas aquellas propuestas eludían la posibilidad de controlar el respeto o la violación, en la sentencia condenatoria, del principio *in dubio pro reo*.

18. c. 2. 5. El control del *in dubio pro reo*

Hasta el fallo “Casal” de la CSJN (que admite tal revisión) se había sostenido pacíficamente que el *in dubio pro reo* es un precepto de carácter procesal, que funciona en el área de la valoración de la prueba (de incumbencia exclusiva de los tribunales de juicio), por lo que, en general, su observancia en la sentencia había escapado del control del recurso de casación⁵⁰¹. Pero nos

⁵⁰¹ Este era el criterio de todas las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal. Así, a modo de ejemplo, Sala I, Smaldoni, 10/05/2004; Sala II, Valderrama, 10/07/2001; Sala III, Acosta Florentín, 1/10/2003, y Sala IV, C., S.D., 26/12/2002. Lo resuelto por la Corte Suprema en los precedentes Casal y Martínez Areco ha efectuado un cambio en aquella doctrina ya que es la forma de hacer efectiva la garantía de revisión del fallo (CNCP, Sala II, Rocca, 16/12/2005).

pareció preciso interrogarnos sobre si una garantía ya entonces de expresa estirpe constitucional (véase apartado 9. a. 1) podía ser irremediabilmente reducida, sin desnaturalizarla en su funcionamiento práctico, a una mera regla de *autolimitación* del tribunal del juicio (sólo librada a su cumplimiento voluntario), a una suerte de “obligación natural” a cuyo “acreedor” (el acusado) se le negaba acción –en verdad, se le negaba un *recurso* (todo recurso)– para exigir su cumplimiento, sobre todo cuando también ya entonces el acceso a ese recurso era, expresamente, otro derecho de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN)⁵⁰².

⁵⁰² Son interesantes las observaciones al respecto de Maximiliano RUSCONI (*Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1997, p. 139). Por cierto que no nos pareció suficiente que la observancia del aludido principio pueda ser “indirectamente” verificado en la casación mediante el control de la motivación de la sentencia, en particular, el control de la observancia del principio lógico llamado “de razón suficiente”, que por requerir la condena *certeza* sobre los hechos de la acusación como condición de su dictado, implica que las pruebas en las que se basen las conclusiones fácticas sobre la culpabilidad a que se arriba en tal sentencia, *sólo puedan dar fundamento a estas conclusiones, y no a otras*; o, expresado de otro modo, que ellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento” (voto del juez CAFFERATA NORES en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la causa Flores, sentencia 40, del 27/XII/84). Como si así no ocurre la motivación violará el principio lógico de razón suficiente, y podrá determinar la nulidad de la sentencia (si se refiere a elementos probatorios de valor decisivo), es posible que por esta vía se controle –indirectamente– algún aspecto de la garantía del *in dubio pro reo*. La misma vía indirecta es la que incluye como supuesto de violación de la regla de la sana crítica “la valoración burda, craso error, de la prueba” (voto 6323-95 de la Sala Constitucional de Costa Rica, citada por LLOBET RODRÍGUEZ (*Código Procesal Penal*, cit., p. 746). El mismo modo “indirecto” de control de la observancia del principio *in dubio pro reo* por el tribunal de casación, proponen quienes incluyen en la competencia funcional de éste el control de la arbitrariedad en la determinación de los hechos, “cuando la valoración de la prueba fue absurda, a pesar de que la irracionalidad no surja de la sentencia” (BOVINO, *Temas*, cit.), o por su “injusticia notoria” (CPP de Guatemala); o cuando alertan sobre que “la errónea determinación del hecho...”, determinará la “errónea aplicación de la ley” (BACIGALUPO, *Presunción de inocencia*, cit.). Pueden verse los avances que propuso Máximo LANGER (*El principio in dubio pro reo y su control en casación*, en “Nueva

Propusimos, por ende, como nueva reflexión (frente a la nueva y expresa normativa de máxima jerarquía –art 75, inc. 22, CN) la hipótesis de que el fallo condenatorio el tribunal de sentencia no admitiera expresamente en la motivación que dudó (si lo hubiera admitido hubiera hecho caer la condena por una violación a la Constitución y a la ley procesal reconocida por el mismo fallo), ni pudiera invocarse la violación en la motivación de la sentencia de las reglas de la sana crítica, pero que el condenado pretendiera directamente demostrar en su recurso de casación que aquel *debió haber dudado* porque así lo imponía la insuficiencia conviccional (falta de contundencia) de la prueba del debate, y que por no haberlo hecho (por no dudar) su condena era violatoria de la garantía supranacional de presunción de inocencia (art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCP) que exige que su culpabilidad se *pruebe* más allá de cualquier duda razonable.

Reconocimos que tradicionalmente se dijo respecto a esto: “si el tribunal de mérito no ha expresado su duda, la casación no puede deducirla”⁵⁰³, posición que se fundaba en que el tribunal del recurso, por no haber tenido inmediación con las pruebas, no podía valorar su eficacia conviccional, y por tanto tampoco podía establecer si el tribunal del juicio debió o no debió dudar. Pero también señalamos como posible afirmar que no siempre sería necesaria la inmediación (o, dicho en otras palabras, siempre existiría la posibilidad de que *no fuera* necesaria intermediación alguna) para que el tribunal que entendiese en el recurso de casación advirtiera (aprehendiera) mediante una simple lectura de los argumentos del recurrente y de los fundamentos de la sentencia de condena (y otras piezas documentales, v. gr., el acta del debate), una *evidente* insuficiencia conviccional (falta de contundencia) de la prueba de cargo⁵⁰⁴, que debiera haber llevado a

Doctrina Penal”, 1998/A, Buenos Aires, ps. 215 y ss). También Mariano SILVESTRONI (*La tipicidad subjetiva y el in dubio pro reo en el recurso de casación*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1998/B, Buenos Aires, p. 601).

⁵⁰³ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de Córdoba*, cit., p. 383.

⁵⁰⁴ A pesar del criterio sostenido por las distintas Salas de la Casación respecto de que el principio *in dubio pro reo* se encuentra excluido del con-

dudar al juez sentenciante; o sea que aquel tribunal percibiera una violación manifiesta, patente, a “simple vista”, diríase que “flagrante” (que provocaba un shock de conciencia), del principio *in dubio pro reo* en el fallo condenatorio bajo control casatorio. Dijimos que en este supuesto, semejante estado espiritual (o intelectual) del juez de casación no podía carecer de todo efecto en relación al recurso intentado, si se pretendía que éste funcionara como una verdadera garantía. Afirmamos que, en tal caso, no se podía pensar en la revocación de la sentencia y el dictado directo de otra absolutoria en su sustitución, porque ello exigiría una completa revalorización de la prueba, para lo que *sí* sería necesaria la inmediación⁵⁰⁵. Pero nos pareció que tal situación al menos debería permitir la *anulación* del fallo condenatorio por violación de normas constitucionales y procesales que imponen a los tribunales de juicio la observancia del principio *in dubio pro reo* (“contracara” del principio de inocencia⁵⁰⁶) y el reenvío del

trol casatorio, se dijo: “... dicha regla debe ceder si se constata que el veredicto condenatorio reposa en una meritación defectuosa de las probanzas arrojadas al legajo, por cuanto corresponde a esta Cámara evitar como en el caso, la violación de la garantía de presunción de inocencia consagrada por la Constitución Nacional en su art. 18 y la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8° inc. 2°” (CNCP, Sala II, Helguera, 14/11/2002, voto del juez MADUEÑO). En otro precedente posterior, la misma Sala sostuvo: “... el agravio traído a estudio no versa acerca de la efectiva configuración de un estado de duda en base a la prueba reunida, sino acerca de la procedencia de aplicarlo en un estado procesal determinado, cuestión ésta que resulta a todas luces comprendida en las previsiones del artículo 456 inciso 2° del ordenamiento ritual” (Brennan, 4/05/2004). Sin embargo, luego de lo resuelto por la CSJN en el caso Casal (20/12/2005) para dar cumplimiento al art. 8.2.h de la CADH, es necesario agotar toda capacidad de revisión, “o sea (...) agotar la revisión de lo revisable”, lo que incluye el respeto del *in dubio pro reo*.

⁵⁰⁵ Dice la CSJN: “... lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación” (Casal, 20/09/2005).

⁵⁰⁶ Antes de Casal afirmamos que esta posición puede hacerse realidad en decisiones judiciales sin necesidad de ninguna reforma legislativa, pues el mandato de resolver a favor del acusado en caso de duda sobre cuestiones de hecho, es una garantía de nivel constitucional (en ciertos casos “tex-

caso a otro tribunal de juicio a fin de que, luego de un nuevo debate oral y público, y en contacto directo con la prueba, éste dicte una nueva sentencia. Esta solución, nos parecía, facilitaría que el recurso de casación pudiera dar una más cabal satisfacción a la garantía de recurrir contra la sentencia de condena prevista en la normativa supranacional (art. 8.2, CADH; art. 14.5, PIDCP), de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN), sin afectar las bases esenciales del juicio oral y público de instancia única, como son la inmediación, la identidad física del juzgador, el contradictorio de las partes, etcétera⁵⁰⁷.

18. c. 3. Anticipaciones jurisprudenciales y la nueva interpretación del la CSJN

En la primera edición de este libro, escribimos: “quizás todas estas propuestas ya estén siendo anticipadas por alguna jurisper-

tual”, como en la Constitución de Córdoba, art. 41) y la “sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...” (CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, en “JA”, t. 1992-III, p. 194).

⁵⁰⁷ Es nuestra creencia que la exigencia legal de contacto directo (inmediación) con la prueba se justifica plenamente frente a los jueces que deben valorarla para dictar una sentencia que decida sobre si los hechos de la acusación han sido o no probados en el debate, pero puede no tener los mismos alcances respecto de los jueces del recurso, siempre que a éstos sólo se les requiera controlar lo que bien podría denominarse “la sensatez global” de la convicción sobre la culpabilidad, fruto de aquella valoración probatoria, con la *única consecuencia* posible de anular la sentencia y reenviar el caso a otro tribunal de juicio para una nueva resolución (como se señala en el texto). Y también deja claro que nuestra opinión sería contraria si a la mera tarea de control precedentemente reseñada se le pretendiera añadir, en esta hipótesis, otra tarea: la de dictar una nueva sentencia sobre los hechos de la causa, “re-decidiendo” a base de una revaloración de la prueba, sobre lo ya resuelto, pero en sentido total o parcialmente diferente u opuesto. Adviértase que este *plus*, para el que (en términos generales) sí consideramos imprescindible la inmediación, no es parte de esta propuesta.

dencia. Al menos así parece admitirlo un autorizado analista de nuestra realidad judicial, cuando expresa que la casación penal, planteada en un proceso oral de ‘instancia única’ se ha ‘flexibilizado’ para ‘adecuarla’ a una especie de ‘doble instancia’⁵⁰⁸ con un contenido que cada vez más se acerca al de un recurso de apelación, con posibilidad para el control casatorio de “entrar a la cuestión de hecho” y “reexaminar pruebas”, y donde la existencia de vicios *in procedendo* o *in iudicando* como motivos de casación “se van esfumando paulatinamente”⁵⁰⁹.

Esta evolución hoy ha tenido un fuerte impulso entre nosotros pues en el precedente “Casal” ya mencionado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha emitido un fallo que –como ya se anticipó– define un nuevo perfil del recurso de casación, aproximándose de algún modo a las reflexiones que hemos consignado en los números anteriores y avanzando decididamente en otras. Véase lo que se dice en el apartado 18. c. 1. 1.

18. c. 4. Otros aspectos

Al margen de esta discusión, la jurisprudencia nacional y supranacional ha dado algunos otros pasos tendientes a precisar

⁵⁰⁸ Al votar en el caso Rosenthal, la doctora LEDESMA sostuvo que en razón de que cuando se sancionó el Código Procesal, la normativa supranacional referida al derecho al recurso no se encontraba constitucionalizada “corresponde hoy a los jueces, hasta tanto se *aggiorne* la ley procesal, realizar la interpretación más acorde al principio garantizado en nuestra Carta Magna” (CNCP, Sala III, 12/07/2004). En la misma dirección de LEDESMA, la Sala IV de la CNCP entendió: “... la garantía no se satisface con su mera enunciación sino que debe otorgarse vigencia sociológica a los derechos. Así entonces, reconocida la garantía a toda persona que resulte condenada de que debe tener acceso –como derivación del derecho de defensa– a una nueva discusión de la cuestión (en principio, lo más amplia posible), es que (...) corresponde adecuar el control casatorio garantizando una más plena revisión de la decisión recurrida de manera de conciliar mejor los principios en juego” (López, 15/10/2004). Finalmente, estos criterios fueron receptados por la Corte Suprema en los precedentes Casal (20/09/2005) y Martínez Areco (25/10/2005).

⁵⁰⁹ Cf. ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel, *Constitución y “nueva” casación en Córdoba*, en “Semanario Jurídico”, Córdoba, t. 80-1999-A, p. 177, quien en su entonces condición de fiscal general de la provincia de Córdoba, intervenía en los recursos de casación.

el alcance del derecho al recurso. Quizás el más concreto haya sido la declaración de inconstitucionalidad de los llamados “límites objetivos” al recurso, que vedan la casación en razón del “exiguo” monto de la pena⁵¹⁰ reconociendo el derecho del condenado a recurrir contra cualquier sentencia condenatoria. Se consideró así a tales límites como violatorios de la normativa supranacional⁵¹¹.

También existen definiciones acerca de la necesidad de privilegiar el derecho efectivo a recurrir (derecho al “desarrollo del recurso”) frente a los requisitos formales de interposición del recurso. Nos hemos quejado antes⁵¹² de la actitud de algunos tribunales *ad-quem* (especialmente de casación) que no ejercitan acabadamente su misión de controlar las resoluciones que se intentan someter a su reexamen, sobrevaluando la importancia de la inobservancia de ciertos aspectos formales en la interposición de los recursos. Señalamos entonces que es preciso evitar este exceso, pues si bien es cierto que los recursos deben observar condiciones formales en su presentación, no lo es menos que con ellos se procura corregir las injusticias que puedan derivarse de la inobservancia de disposiciones constitucionales, procesales y sustantivas, relacionadas con la solución del caso. Este último aspecto –concluimos– debe razonablemente prevalecer sobre el primero (sobre todo cuando se trata del imputado), pues es con-

⁵¹⁰ CSJN, Giroldi, Fallos, 318:514. Sobre estos límites objetivos a la parte acusadora hay que recordar que, en el caso Arce (Fallos, 320:2145), la CSJN estableció que, en el caso del Ministerio Público Fiscal, aquellos no eran inconstitucionales. En relación al querellante, el Alto Tribunal todavía no ha tomado una posición definitiva. Sólo se encuentran los votos del juez VÁZQUEZ en los casos Mainhard (Fallos, 324:3269) y Carro Evangelista (9/03/2004) entre otros, en los que declaró la invalidez de los límites previstos por los arts. 458, inc. 1, y 460.

⁵¹¹ La Comisión IDH declaró la existencia de violación al art. 8.2 de la CADH en dichos casos (Comisión IDH, Informe n° 24/92, del 2/X/92).

⁵¹² Voto de CAFFERATA NORES en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la causa Gómez, del 5/XI/84.

19. la privación de la libertad durante el proceso

veniente no dejarse encantar por la simetría de las formas⁵¹³ si se pretende sinceramente, a través del ejercicio de esta instancia de la potestad jurisdiccional, contribuir con el “afianzamiento de la justicia” en relación al caso concreto. Probablemente por esto es que se ha señalado que las exigencias formales de admisibilidad de los recursos deben interpretarse de la forma que sea más “favorable para su admisión y substanciación”⁵¹⁴.

19. La privación de libertad durante el proceso

La legislación supranacional incorporada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) también influye sobre la cuestión de la coerción personal del imputado durante todo el desarrollo del proceso penal (desde la investigación preliminar hasta el trámite de los recursos), especialmente sobre la detención y la prisión preventiva. Si bien no puede discutirse que aquella tolera expresamente tales manifestaciones del encarcelamiento procesal, esto sólo aparentemente resulta paradójico⁵¹⁵, pues de las explícitas disposi-

⁵¹³ Por ejemplo el “tribunal de casación, considerando los valores en juego, debe hacer abstracción del *nomen juris* dado para promover su interposición y atender a la sustancia real del planteo, a su trascendencia y procedibilidad” (CNCP, Fallo n° 96.527, del 4/XI/97, Adla 1852-1880).

⁵¹⁴ “El derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho derecho impone a los jueces y tribunales que en el control de los requisitos formales que condicionan la válida interposición de los mismos, utilicen criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso, evitando incurrir en el rigor formalista de limitarse a una aplicación automática y literal de los preceptos legales que conduzca a negar el recurso por una irregularidad formal subsanable, sin dar oportunidad al interesado de la posibilidad de proceder a su subsanación” (STC español, S. 91/94, del 21/III/94). En este sentido, en el precedente Cofré, la CSJN entendió que la manifestación *in forma pauperis* del imputado debe recibir la asistencia letrada que le permita ejercer correctamente ese derecho (23/12/2004).

⁵¹⁵ “La incorporación de los tratados internacionales ha aliviado bastante la tarea de los juristas, que ya no tendrán que valerse de ningún argumento para decir que es posible jurídicamente el dictado de la prisión preventiva”, ironiza Claudia PEREYRA (*Pactos sobre derechos humanos y proceso penal*, Córdoba, 1998, p. 33).

ciones de la CADH (art. 7), la DUDH (art. 9), la DADDH (art. XXV) y el PIDCP (art. 9) se desprende el reconocimiento al derecho a la libertad ambulatoria; se precisa que éste sólo podrá ser restringido excepcionalmente (no será la regla general)⁵¹⁶ únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano (preexistentes) por las constituciones o por las leyes⁵¹⁷ dictadas en su consecuencia, y en los casos y bajo las formas o procedimientos prescritos en ellas, fuera de los cuales la detención o prisión preventiva serán descalificadas por ilegales, y aún por “arbitrarias”⁵¹⁸

⁵¹⁶ “Puesto que no es la regla, la ley (constituciones o leyes infraconstitucionales) debe prever anticipadamente los casos y las formas en que la privación de la libertad antes de la sentencia sea procedente” (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Aguirre, sentencia n° 56, del 11/XII/97). En consecuencia, no se podrá restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar los fines del proceso (Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7/09/2004; y caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia del 24/06/2005).

⁵¹⁷ Ya en 1764, BECCARIA señalaba que la “captura” previa a la sentencia, no podrá quedar librada al arbitrio de los jueces sino que la ley debía disponer sobre ella (cf. *De los delitos y de las penas*, Colombia, 1994, p. 11). “...la detención preventiva es una necesidad del ejercicio de un deber primario del Estado impuesto por la defensa social a través de la persecución del delito y resulta consentida dentro de situaciones razonables y según la naturaleza del caso y la ilicitud de la conducta del procesado” (Fallos, 325:524, voto de los jueces FAYT y Petracchi).

⁵¹⁸ “El término arbitrario no es sinónimo de ilegal; denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98). *Resultan arbitrarias* las detenciones o encarcelamientos por casos o métodos que “aun calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o *faltos de proporcionalidad*” (Corte IDH, Gangaran Panday, del 21/I/94). “Lo ‘arbitrario’ constituye, de esta manera, un concepto más amplio, que incluye supuestos tanto de legalidad como de ilegalidad de la detención. En este orden de ideas, existen detenciones que pueden ser legales pero que devienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el ordenamiento jurídico pero contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos” (COMISIÓN ANDINA, *Pro-*

19. la privación de la libertad durante el proceso

(dando lugar a indemnizaciones⁵¹⁹, véase apartado 19.h.); que cuando estas privaciones de libertad se ordenen legítimamente, deberán ejecutarse con el debido respeto a la dignidad inherente a la persona humana (aspecto que en la práctica todavía sigue siendo una mera aspiración –véase apartado 19.g.–); y que no podrán exceder un tiempo razonable de duración (véase apartado 19.d.). Quien fuese detenido tendrá derecho a ser informado de las causas de su detención y a ser notificado sin demora de la acusación (los cargos formulados en su contra): de ello se deduce que si no hay imputación de un *delito* (acusación; cargos) no puede haber detención (será ilegal), como así tampoco si no existen *pruebas* de su comisión (será arbitraria), y siempre que la medida de coerción sea procesalmente indispensable (pues si no lo fuese también sería arbitraria) (véase apartado 19. e).

19. a. El derecho del imputado

Es así que el nuevo sistema constitucional, conformado por la Constitución y la normativa supranacional incorporada a ella a su mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN), reconoce el derecho de la persona imputada de un delito a permanecer en libertad durante el proceso, pues la Constitución Nacional, en su artículo 14, le garantiza el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, lo mismo que el PIDCP, art. 9. 1, y la CADH, art. 7, establecen más expresamente. Tal derecho es *permanente*

tección, cit., p. 106). "... se ha de destacar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto..." (Fallos, 325:1855).

⁵¹⁹ Sin embargo, la CSJN ha entendido que la indemnización por la privación de libertad no es automática como consecuencia de una decisión desincriminatoria, "la absolución del imputado obedeció a que el tribunal declaró la nulidad del auto de allanamiento y, como consecuencia, la de los actos posteriores a aquél, por lo que no se puede deducir que la resolución haya importado reconocer la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva" (Cura, Carlos Antonio c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Est. Nacional) s/daños y perjuicios, del 27/05/2004).

pues lo acompaña (podríamos decir) en todos los momentos de su existencia, *incluso* mientras se desarrolla el “juicio previo”. Y esto último es así porque en virtud del principio de inocencia (art. 18, CN, a *contrario sensu* y expresamente los arts. 8.2, CADH, y 14.2, PIDCP) que se reconoce a favor del imputado, éste debe ser *tratado* como tal durante todo el proceso, lo que significa no sólo la prohibición de restringirlo en sus derechos⁵²⁰ a título explícito de pena antes de la sentencia de condena (posterior al juicio) sino también (y quizás principalmente) la prohibición de pretender castigarlo *informal* o *anticipadamente* con medidas de coerción procesal antes de su dictado (el del fallo condenatorio)⁵²¹. Y como el principio de inocencia, no es sólo “presunción de no culpabilidad”, sino también “presunción de *no peligrosidad*”⁵²² tampoco será legítimo aplicar cautelas procesales para

⁵²⁰ En este sentido, se ha señalado: “... la privación del sufragio a un ciudadano –encarcelado pero no condenado aún– constituye una restricción inadmisibles de un derecho fundamental que no guarda relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario” (Fallos, 325:524, voto de los jueces FAYT y PETRACCHI).

⁵²¹ La utilización de la prisión preventiva como sanción penal anticipada ha sido declarada ilegal por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha señalado que la limitación de la libertad personal durante el proceso *motivada en el reproche* o *la repulsa social de ciertas conductas* –por más aberrantes que puedan ser, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, *importa alterar arbitrariamente* los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada (22/12/98, Nápoli, Érika E. y otros, en “LL”, 1999-B, p. 662), pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena *presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad* (CSJN, Hernández, 21/03/2006).

⁵²² Cf. FERRAJOLI, *Derecho*, cit., p. 553. Sobre la inconstitucionalidad de utilizar la prisión preventiva como una medida de seguridad, cf. CAFFERATA NORES, José I., *Derecho Procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, p. 86. Coincidentemente ROXIN expresa que el peligro de reiteración como fundamento del encarcelamiento durante el proceso admite varias objeciones, en espe-

19. la privación de la libertad durante el proceso

neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva, posibilidad que es el fundamento de las medidas de seguridad (v. gr., la reclusión por tiempo indeterminado, art. 52, CP)^{523/524}.

cial que “no se trata de un caso de aseguramiento del proceso sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad” y que “se impone una privación de libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera” (ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000, ps. 261-262).

⁵²³ Sin embargo, y equivocadamente a nuestro juicio, se han aceptado criterios absolutamente ajenos a los textos supranacionales para justificar la prisión preventiva, como “el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido” o “la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (Comisión IDH, Informe n° 2/97), confusión que también se advierte en la afirmación, sólo aparentemente limitativa, de que “la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente” (es decir, que podría *también* basarse) “en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). La jurisprudencia local ha corregido estos desvíos destacando que no es aceptable que “en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar”, como lo admitiera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos su Informe N° 2/97, amenaza derivada de “la extrema gravedad de los hechos que se le imputan y el alto grado de sensibilidad social que los mismos hubieran ocasionado, conduzcan a que su libertad pudiera exacerbar las legítimas demandas de justicia de la sociedad, conduciendo a los protagonistas a desbordes indeseados” como interpreta el doctor Eduardo Rafael RIGGI (CNCP, Sala III, Castells, 11/08/2005). Es inadmisibles este criterio aunque se lo considere “realmente excepcional, sólo aplicable ante supuestos en los que la posibilidad de desorden se explique (aun cuando no se justifique) por la confrontación del dolor y estupor social que el delito produjo con las aspiraciones de justicia de los ciudadanos, desprovistas de intencionalidades políticas u otras semejantes, y debe durar tanto como el tiempo que le irroque al Estado el generar los mecanismos que prudentemente conduzcan a evitar o reducir en sus consecuencias el posible disturbio al que alude la Comisión. Y es que no resulta prudente ni ajustado al más mínimo sentido de justicia sostener que una persona pueda ser privada de su libertad por que otras amenazan con

Aunque si bien el sistema constitucional admite que, como pena por la comisión de un delito, se le restrinja a un individuo la libertad por él reconocida y garantizada, pone como condición que la decisión en tal sentido sea *precedida* por un *juicio* cuya decisión final (sentencia de condena) así lo disponga: nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18, CN, que también hace referencia a las *cárceles* en una implícita referencia a las penas de encierro). La cuestión, en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad sin límites o su restricción por obra de la pena. Y como esta sanción sólo se concibe *después* del juicio previo, *durante* la tramitación de éste será operativo el derecho a la libertad ambulatoria. Esto permite

hacer uso ilegítimo de la fuerza en caso de que el órgano jurisdiccional no resuelva como a ellos les parece” (del voto del doctor RIGGI en la citada causa Castells). La imposibilidad de aceptar este criterio encuentra su fundamento no sólo en el principio de inocencia, sino en que si la pena no puede legalmente imponerse o individualizarse en base a “la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar”, mucho menos podrá justificar el encarcelamiento procesal, que sólo se legitima cuando sea imprescindible para la justa aplicación de aquélla. En el mismo sentido corrector, la doctora Ana María CAPOLUPO de DURAÑONA Y VEDIA señaló (CNCP, Sala III, Castells, 11/08/2005): “... la posibilidad de una eventual reiteración delictiva en el futuro no puede erigirse, por principio, como un baremo a tener en cuenta para justificar el encarcelamiento preventivo en un proceso penal. Son, en su caso, las fuerzas del Estado encargadas de la prevención de delitos, y no los magistrados que tienen por misión juzgar los casos llevados a juicio, quienes deben encargarse de impedir riesgos de tal naturaleza con las herramientas legales a su alcance”. Esta interpretación ha sido expresamente receptada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJCba, Sala Penal –de feria–, Toledo, Sentencia n° 1, del 06/01/2006), en un caso en que, *sin existir regulación legal alguna que lo autorice*, se fundó el encarcelamiento en la necesidad de evitar la futura reiteración delictiva, lo que fue reprobado por este tribunal. Véase CAFFERATA NORES, José I., *La excarcelación*, t. I., Buenos Aires, 1998, ps. 30 y siguientes.

⁵²⁴ Lo expuesto se puede seguir sosteniendo aun después del precedente Gramajo de la CSJN (5/09/2006) que parece limitarse a un análisis del artículo 52, CP, en orden a los supuestos de “multireincidencia” de delitos menores o medianos frente al principio de proporcionalidad.

19. la privación de la libertad durante el proceso

afirmar que el *estado normal* (por así llamarlo) de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada a prisión, es el que le permita su libre locomoción (art. 14, CN). Lo dicho sirve para fundamentar por qué la privación de libertad procesal será *excepcional*, es decir, por qué no podrá “ser la regla general”, como dispone el PIDCP, art. 9.3.

19. b. La prisión preventiva como cautela procesal excepcional

Tratando de darle contenido a esta “excepcionalidad” hemos señalado⁵²⁵ que la finalidad constitucional de “afianzar la justicia” (preámbulo de la CN) hacia la que se orienta el “juicio previo”, requiere que no se impida ni se obstaculice su realización, que sus conclusiones se asienten sobre la verdad, y que se cumpla realmente lo que en él se resuelva. Si el imputado que fuera culpable, *abusando* de su derecho a la libertad, pudiera *impedir* la condena falseando las pruebas⁵²⁶, o no compareciendo al proce-

⁵²⁵ Cf. CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, cit., t. I, ps. 4 y siguientes.

⁵²⁶ Si bien no hay referencia alguna en la normativa supranacional al peligro de entorpecimiento de la investigación como razón de la prisión preventiva, la jurisprudencia supranacional la ha aceptado, sin mayores disquisiciones, quizás porque la entiende como un modo de asegurar la comparecencia y aseguramiento del acusado “en cualquier otro momento de las diligencias procesales” (art. 9.3, PIDCP), que siendo de contenido probatorio, pudieran verse frustradas si aquél permaneciera en libertad (v. gr., un caso sería el riesgo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados por el acusado, siempre que las autoridades judiciales demuestren que existen motivos fundados para temer esas amenazas; pero terminados los interrogatorios, la privación de libertad deberá cesar –Comisión IDH, Informe n° 2/97–). Alberto BINDER considera que esta causal no tiene asidero (*Introducción al derecho*, cit., p. 199). Parece pensar lo mismo Alberto BOVINO (*Problemas*, cit., p. 181). La jurisprudencia supranacional ha sostenido que si bien “la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva (...) no es legítimo invocar las ‘necesidades de la investigación’ de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97). La Corte IDH señaló que no se puede “restringir la libertad del

so (no hay juicio penal en rebeldía)⁵²⁷ o eludir el *cumplimiento* de la pena que se le pueda imponer, fugando luego del fallo, la justicia, lejos de ser afianzada, sería *burlada*. Es sólo para evitar tales peligros que se autoriza el “arresto” del sospechoso (arts. 18 y 69, CN), su detención (art. 7, CADH), su prisión preventiva (art. 9.3, PIDCP)⁵²⁸.

La privación de la libertad durante el proceso penal –que sólo se debe poner en manos de órganos judiciales⁵²⁹ (única “autori-

detenido más allá del límite estrictamente necesario para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de la investigación” (Corte IDH, Suárez Rosero, 12/XI/97).

⁵²⁷ Esto es expresión del derecho de “hallarse presente en el proceso” consagrado por el art. 14.3.d, PIDCP. Sobre las causales que autorizan el encarcelamiento preventivo, cf. Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004; y caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/06/2005. “Hoy se admite, casi sin discusión, que el Estado únicamente tendrá derecho a restringir la libertad de una persona durante el proceso cuando pueda fundarse racionalmente que su soltura obstaculizará la investigación o que se fugará para no cumplir pena” (CNCP, Sala I, Chiaradia, 22/04/2005). De tal modo, ni el *quantum* de la pena o la gravedad de la imputación por sí solos son suficientes para fundar la denegatoria de la excarcelación (CNCP, Sala III, Fernández Alegría, 16/06/2005). Tampoco podrá serlo la aislada referencia a condenas que no se encuentran firmes (CNCP, Sala IV, L., W. F., 25/04/2005).

⁵²⁸ La CSJN sostuvo: “... el juez penal no tuvo en cuenta que aun cuando el tiempo de duración del proceso pudiese considerarse razonable en virtud de su complejidad y de la naturaleza del delito imputado, ello no justificaba de por sí el mantenimiento de una medida de tal gravedad pues, al faltar tan sólo la producción de una prueba (...) el magistrado penal tenía ya a su alcance pautas objetivas y subjetivas (...) para presumir, fundadamente que [el imputado] no intentaría eludir la acción de la justicia” (Fallos, 322:2683).

⁵²⁹ La normativa supranacional tolera la detención por autoridad administrativa, pero impone su control judicial, acordando al detenido el derecho a lograr que un juez verifique sin demora la legalidad de la detención y ordene la libertad si fuere ilegal (cf. PIDCP, art. 9; CADH, art. 7). En la Argentina parecemos más exigentes pues, al menos en la letra de las leyes, la aprehensión policial se autoriza por razones de urgencia.

19. la privación de la libertad durante el proceso

dad competente” en el “juicio previo”)– resulta así una medida *cautelar*⁵³⁰ excepcional⁵³¹ dirigida a neutralizar los peligros graves (por lo *serios y lo probables*) que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de su finalidad de afianzar la justicia⁵³². Esta conclusión que sólo era una interpretación (correcta) de la Constitución Nacional antes de la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), hoy es un texto constitucional expreso: el encarcelamiento durante el proceso “no debe ser la regla general” y sólo tiende a asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (reza el art. 9.3, PIDCP)⁵³³.

⁵³⁰ “La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (Corte IDH, Suárez Rosero, del 12/XI/97).

⁵³¹ “Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa” (Comisión IDH, Informe nº 12/96, caso 11.245). Por su parte, la Sala III de la CNCP, en el precedente Langer, afirmó: “... el derecho constitucional de ‘*permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal*’, emanado de los arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., sólo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causa ciertas, concretas y claras, en orden a que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.). Estas causales son las constitutivas del ‘*periculum en mora*’ o necesidad de su adopción y ‘*fumus bonis iure*’ verosimilitud del derecho, que deben darse de forma conjunta” (14/10/2004). En el mismo sentido, CNCP, Sala IV, Beraja, 26/05/2005. La Sala I, por su parte, mantuvo el criterio en la causa Chiaradia, 22/04/2005.

⁵³² “La existencia de peligro procesal (...) *no se presume*. Si se permitiera una presunción tal, la existencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno” (CNCP, Sala III, Méndez, 5/07/2004). El mismo criterio fue mantenido, entre otras, en la causa Machieraldo, 22/12/2004; y Fernández Alegría 16/06/2005.

⁵³³ “... la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y (...) a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consa-

Aunque hasta ahora el propósito cautelar constituye la mejor justificación esgrimida a su favor⁵³⁴, se sigue discutiendo si es suficiente argumento frente al principio de inocencia⁵³⁵, cuyo origen histórico fue precisamente el de evitar que la prisión preventiva fuese utilizada como pena (v. gr., Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, art. 9): existen incluso autorizadas opiniones que sostienen que “toda la coacción procesal (incluyendo la prisión y la detención preventiva) tiene carácter penal, y que la misma y el principio de inocencia son, en definitiva, incompatibles”⁵³⁶. Para amortiguar estas críti-

gra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia...” (Fallos, 325:524, voto de los jueces FAYT y PETRACCHI).

⁵³⁴ Me afianzo en esta concepción “procesalista” del encarcelamiento preventivo, porque creo que es el mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica autoritaria, que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o, como mucho, en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito; cultura en la que bastante tiene que ver la deformada percepción (o convicción) de que la instrucción (investigación penal preparatoria) es la parte central del proceso, que el juicio es una etapa cuasidecorativa, y que la sentencia definitiva cuando llega (en lo que no hay demasiado interés) llega “tarde, mal o nunca” (cf. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, cit., p. 192).

⁵³⁵ “En todos los casos de privación de libertad deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto de la libertad individual” (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97).

⁵³⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio, *Prólogo*, en DOMÍNGUEZ, VIRGOLINI y ANNICHIARICO, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Buenos Aires, 1984. RIEGO señala que las “medidas de coerción procesal suelen constituir, en su conjunto, una buena parte del total de la punición utilizada por el Estado en el control de la criminalidad” (*El sistema procesal*, cit., p. 312), fenómeno propio del “modelo alternativo” de proceso penal definido por CASSEL (*El derecho internacional*, cit.). Debe aceptarse, sin embargo, que el argumento sobre que el art. 18 de la CN, al establecer el poder de “arresto” proporciona justificación constitucional a la prisión preventiva, hoy se respalda en las disposiciones de las convenciones internacionales incorporadas a nuestra

19. la privación de la libertad durante el proceso

cas se enfatiza también en la interpretación (y aplicación) restrictiva de la coerción personal del imputado durante el proceso⁵³⁷, y en el carácter irretroactivo de las normas que la autorizan (sólo por las causas y en los casos fijados *de antemano* por “leyes preexistentes”, art. 7.2, CADH; art. 9.1, PIDCP).

19. c. La extrema necesidad

Por cierto hay que enfatizar que si la extrema *necesidad* de evitar riesgos para aquellos objetivos (los del art. 9.3 del PIDCP) es la *única* razón que puede invocarse para justificar la detención o

Constitución (art. 75, inc. 22) que al condicionar y limitar al encarcelamiento del imputado antes de la condena, están –implícitamente– justificándolo institucionalmente (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 9; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7). No desconocemos que nuestra posición “reduccionista” sobre el encarcelamiento durante el proceso procura ser hoy conceptualmente superada por una tendencia “abolicionista”, que lo considera violatorio del principio constitucional de inocencia. Sus sostenedores (cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 557); sin embargo, aceptan “la detención (del imputado) *por el tiempo estrictamente necesario– horas o al máximo días, pero no años para interrogarlo...*”. Nos parece que si cualquier restricción a la libertad de una persona por necesidades del proceso en curso contra ella, previa a una sentencia de condena, es inconstitucional, será tan inconstitucional si dura unas horas o días, como si dura años, pues el derecho a la libertad habrá sido afectado sin condena, por más que lo haya sido mínimamente: se tratará, entonces, sólo *de la menor o mayor dimensión* de la violación al principio de inocencia. La discusión más bien debe desplazarse hacia otros ángulos, como la verificación concreta de una necesidad procesal del encierro de tal intensidad que sea insustituible por otra medida de menor afectación, y la limitación a la duración temporal del encarcelamiento, puntos de los que nos ocupamos en el texto. Lo que sí resulta inconstitucional es la posibilidad de que el fiscal que lleva adelante la investigación preparatoria pueda ordenar la prisión preventiva, en lugar de solicitarla al juez, como lo autorizan el CPP de Córdoba (art. 336, cuya redacción –agregada en el trámite legislativo– no es la que propuso el Proyecto del PE que dio base a este Código, que se inclinó por la solución correcta) y varios de los que le siguen.

⁵³⁷ TEDH, Silver, 25/III/83, “Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva...” (CSJN, Fallos, 316:942).

la prisión preventiva, si no existen tales riesgos, o existiendo pueden neutralizarse de otra forma⁵³⁸, por ejemplo, mediante las garantías⁵³⁹ a que hace referencia el art. 9.3, PIDCP, tales medidas carecerán de justificación frente al sistema constitucional⁵⁴⁰.

538 “En tales circunstancias el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculpado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). La CSJN ha dicho: “... le asiste razón al recurrente en cuanto se ha configurado un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un período de 1 año, 6 meses y 16 días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento...” (Fallos, 322:2683).

539 “La finalidad de la garantía es asegurar la comparecencia del acusado en el juicio y no la reparación del perjuicio causado. Su cuantía, por tanto, debe considerarse principalmente en relación al interesado, a sus medios de vida, a sus lazos con quienes pueden afianzarle y, en resumen, a la confianza que se tenga en que la perspectiva de pérdida o de ejecución de la garantía, en el supuesto de no comparecer en el juicio, será freno bastante para eliminar cualquier idea de fuga” (TEDH, Neumeister, sentencia del 27/VI/68).

540 “Dado que la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley formal, las normas procesales en la materia dictadas por el Congreso de la Nación son inmediatamente reglamentarias del art. 18 de la Constitución Nacional” (CNCP, Fallo n° 96.527, del 4/XI/97). Si “el Sr. Juez de grado dispuso la prisión preventiva del imputado por estricta aplicación del art. 316 del C.P.P.N. con el único razonamiento de que la penalidad de los hechos por los que se dictó su procesamiento impiden que el nombrado transite el proceso en libertad, ha efectuado una interpretación *iuris et de iure* de la disposición procesal y por ende inconstitucional” (CNCP, Sala I, Barberá, 10/11/2003, voto del juez BRUZZONE). Por su parte, el juez DONNA sostuvo: “... no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales”. También la CSJN ha mantenido un criterio similar en el fallo Estévez. En dicho precedente, el tribunal sostuvo que “la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado” (Fallos, 320:2105).

19. la privación de la libertad durante el proceso

Es que la privación de libertad procesal sólo puede autorizarse cuando sea *imprescindible*, y por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa⁵⁴¹. El criterio de necesidad influye tanto en la imposición⁵⁴² como en el mantenimiento de la medida de coerción. En cuanto aquélla *desaparezca*, por desaparición de las razones que la determinaron (v. gr., la prisión preventiva dura el tiempo previsto como pena máxima para el delito imputado –ejemplo extremo–), o por su atenuación (v. gr., la disminución de la amenaza penal por el transcurso del tiempo de encierro)⁵⁴³, la prisión preventiva deberá cesar o ser sustituida por otra medida más leve⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ De este modo, “el tribunal sólo podrá disponer una medida cautelar máxima –encarcelamiento– en la medida que dé razones suficientes para justificar la presunción contraria al principio de permanencia en libertad” (CNCP, Sala III, Méndez, 5/07/2004). El mismo criterio fue mantenido, entre otras, en la causa Machieraldo, del 22/12/2004.

⁵⁴² La decisión de rechazar un pedido de nulidad del decreto que ordena la detención del imputado, por importar, sin más ni más, el mantenimiento de la privación cautelar de la libertad del penalmente perseguido, es una resolución *equiparable* a una sentencia definitiva y, por tanto, impugnabile en casación. Aquella decisión debe estar fundada, fundamentación que debe proyectarse en forma *autónoma* sobre la prueba de la existencia del hecho y además sobre las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal, de modo *simultáneo* (cf. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal –de feria–, Toledo, sentencia n° 1, del 06/01/2006).

⁵⁴³ “El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). Y “se debe tener también en cuenta que el peligro de fuga disminuye necesariamente a medida que transcurre el tiempo de la detención, porque el ahorro probable de la duración de la prisión preventiva para el cumplimiento de la pena de privación de la libertad que el interesado presume que se le imponga, le presentará esta hipótesis como menos terrible y atenuará la tentación de huir” (TEDH, Neumeister, sentencia del 27/VI/68).

⁵⁴⁴ Cuando “el mantenimiento de la detención no está motivado más que por el temor de que el acusado evite mediante la huida su comparencia ulterior ante la jurisdicción, la puesta en libertad del acusado debe ser concedida si es posible obtener de él garantías que aseguren su comparencia” (TEDH, Wemhoff, sentencia del 27/VI/68).

19. d. Plazo razonable de duración

Además, la situación de privación de libertad del imputado, no sólo exige que su caso se atienda con prioridad⁵⁴⁵, sino que no podrá exceder un término *razonable*⁵⁴⁶ para llegar a pronunciar una sentencia a salvo de los riesgos que puedan obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria (riesgos que dieron base a su imposición)⁵⁴⁷, para así evitar que por su excesiva duración se convierta en una pena anticipada⁵⁴⁸, afectando gravemente el derecho de defensa del acusado y el principio de inocencia establecido a su favor. Es el derecho a ser *juzgado en un tiempo razonable o ser puesto en libertad* (art. 7.5, CADH; 9.3, PIDCP)⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ De conformidad “con lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención ADH, una persona acusada, que está detenida, tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245).

⁵⁴⁶ “... la permanencia en prisión preventiva durante casi doce años supera cualquier criterio de proporcionalidad, por flexible que sea” (Fallos, 324:3788, voto en disidencia de los jueces PETRACCHI y BOGGIANO).

⁵⁴⁷ “El mantenimiento del encierro cautelar dispuesto en el marco de un proceso de naturaleza penal debe encontrar fundamento, para estar justificado normativamente, en la necesidad de neutralizar riesgos procesales y, además, que esa medida debía resultar indispensable para cumplir con tal objetivo...” (CNCP, Sala III, Acosta, 1/09/2005). En el mismo sentido, cf. CNCP, Sala IV, Costa Tornero, 6/09/2005, y CNCP, Sala I, Chiaradia, 22/04/2005.

⁵⁴⁸ “... el carácter excepcional de la garantía constitucional reconocido al beneficio excarcelatorio (...) exige que su limitación se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley (...). Cuando ese límite es transgredido, la medida preventiva (...) se transforma en una pena, y el fin de seguridad en un innecesario rigor” (CSJN, Fallos, 322:2683).

⁵⁴⁹ “Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). En esta dirección, cf. CSJN, Gómez Cruz, 29/11/2005.

19. la privación de la libertad durante el proceso

Es por esto que desde nuestro punto de vista (que no parece ser compartido por la jurisprudencia supranacional), se *impone* la limitación de su duración por el *mero* transcurso de ciertos plazos que deben ser fijados por la ley procesal⁵⁵⁰ (y con independencia de la subsistencia de las causas –riesgos– que la motivaron⁵⁵¹) considerados *razonables* para concluir el proceso con el resguardo de los fines que la medida de coerción tutela. La autorización del encarcelamiento procesal y su limitación temporal, son *dos caras* de la misma moneda: la primera implica la segunda; la autorización se corresponde con la limitación.

La jurisprudencia supranacional ha sostenido como fundamento de la razonabilidad del plazo máximo de duración, que al sobrepasar la prisión preventiva el límite que éste impone “aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia”, la que “se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla”, no sólo por que se está “privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados, sino por su consecuencia natural de sospecha indefinida y conti-

⁵⁵⁰ “Este carácter razonable del mantenimiento de la detención de un acusado debe apreciarse en cada caso siguiendo las circunstancias de la causa. Las circunstancias susceptibles de ser tenidas en consideración son de una extrema variedad. De ello se deduce, en la apreciación del carácter razonable de una detención, la posibilidad de grandes *divergencias* de opinión” (TEDH, Wemhoff, sentencia del 27/VI/68). Variando posiciones anteriores, la Comisión IDH señaló la posibilidad “de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso”, aclarando también que la duración de la prisión preventiva podrá no ser razonable, aun *antes* del vencimiento del plazo (Comisión IDH, Informe n° 2/96). Si tal limitación legal no existiera, la Corte IDH ha sostenido que se deben tomar en cuenta “tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales” (Corte IDH, Suárez Rosero, del 12/XI/97).

⁵⁵¹ Así lo establece expresamente el CPP de Córdoba, en el art. 283, inc 4.

nua”⁵⁵². Añade que otra “consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa porque, en algunos casos, aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa... aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos”, “disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos”⁵⁵³. También advierte (en realidad denuncia) que “aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes”⁵⁵⁴. Y para que no queden dudas establece que la *limitación temporal está establecida, no en el interés de la justicia, sino en el interés del acusado*⁵⁵⁵.

19. e. Presupuestos

Tal como está diseñada expresamente en el nuevo sistema constitucional, la coerción personal del imputado (medida cautelar) presupone la existencia de *pruebas de cargo* en su contra de la comisión de un delito (*fumus boni iuris*) y además, la existencia del grave *peligro* de que, si no se impone la coerción, aquél frustrare algunos de los fines del proceso (*periculum mora*): éstos son los requisitos de cualquier medida *cautelar* (v. gr., el embargo), sobre los que conviene enfatizar, precisamente para resaltar que ésta es la *verdadera naturaleza* de la coerción procesal, y son los que en verdad evitarán que sea ilegal o arbitraria⁵⁵⁶. La jurisprudencia

⁵⁵² Cf. Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245.

⁵⁵³ Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245.

⁵⁵⁴ “Existe en este tipo de casos una especie de presión sobre el magistrado que evalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad” (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97).

⁵⁵⁵ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98.

⁵⁵⁶ Es arbitraria la resolución que “omite enunciar cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que le permitieron sospechar que Méndez habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de la sola mención a la condena no firme impuesta a la procesada...” (CNCP, Sala III, Méndez, 5/07/2004).

19. la privación de la libertad durante el proceso

supranacional ratifica la línea de los códigos procesales que reglamentan estos aspectos exigiendo su *concurrencia simultánea* (no basta con uno de ellos; deben verificarse los dos). En cuanto a lo primero (*fumus boni iuris*), se establece en general como presupuesto de la coerción, la necesidad de *pruebas* sobre el acaecimiento del hecho delictuoso y la participación punible del imputado⁵⁵⁷, porque sólo la existencia (y consistencia) de aquéllas mostrará como posible la condena, cuyo justo dictado es precisamente lo que las medidas de coerción procuran asegurar (es la aparente existencia del “derecho de punir” del Estado). Por cierto que mientras más fuerte sea la restricción que importan o mayor sea la extensión en el tiempo de la privación de libertad, mayor será la entidad probatoria que se requerirá. La jurisprudencia supranacional ha sostenido que como “la efectividad de las garantías judiciales debe *ser mayor* a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva”⁵⁵⁸, la sola sospecha “resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de libertad, por lo que los magistrados actuantes deben producir otros *elementos adicionales* para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto límite de tiempo”⁵⁵⁹. Estas exigencias tienen por fin, como ya se dijo, evitar la utilización

⁵⁵⁷ “La detención de una persona sólo puede justificarse si existe sospecha de que haya participado en la comisión de una conducta contraria a bienes jurídicos estimados como socialmente valiosos en una sociedad democrática” (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98). “Ciertamente, el apartado 1.c) CEDH autoriza el arresto y la detención de una persona para su puesta a disposición de la autoridad judicial competente por la mera existencia de ‘razonables sospechas’ de que el individuo arrestado ‘ha cometido una infracción” (TEDH, Stögmüller, sentencia del 10/XI/69); “... el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la exigencia de ‘peligro en la demora’. De ahí que entre los caracteres de la prisión preventiva, se encuentren la necesidad de un mínimo de prueba, la interpretación restrictiva, la subsidiaridad de la medida y el favor libertatis, con fundamento en la previsión de los arts. 14 y 18 de la C.N.” (CNCP, Sala III, Méndez, 5/07/2004). El mismo criterio fue mantenido, entre otras, en la causa Machieraldo, 22/12/2004.

⁵⁵⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97.

⁵⁵⁹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 11/III/97.

arbitraria de las atribuciones coercitivas de los tribunales, que no se justifican sino como un modo de cautelar el cumplimiento de una pena⁵⁶⁰ que *sólo las pruebas* pueden hacer avizorar como de probable imposición⁵⁶¹ (v. gr., art. 9.1, PIDCP).

Respecto a lo segundo (*periculum mora*) los códigos procesales individualizan las hipótesis en las que consideran que habrá riesgos para los fines del proceso si la coerción no se dispone *tempesivamente*, a la vez que instituyen y *regulan* las medidas coercitivas encaminadas a neutralizarlos, las que tienen diferente intensidad, deben ser proporcionales a la gravedad del peligro y deben haber sido fijadas “de antemano” por la ley preexistente (art. 7.2, CADH). Para dar por existentes los riesgos procesales (no deben presumirse sino que deberán ser demostrados)⁵⁶² que justifican aquellas restricciones, se consultan tanto pautas objeti-

⁵⁶⁰ En este sentido, cf. CSJN, Hernández, 21/03/2006.

⁵⁶¹ La detención será arbitraria si fuese dictada en ausencia de pruebas que sustenten suficientemente la existencia del hecho y la participación del imputado (cf. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Aguirre, sentencia n° 56, del 11/XII/97).

⁵⁶² La Comisión IDH dijo: “si los magistrados que entienden en una causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento la prisión se vuelve injustificada” (Informe n° 2/97). Esta exigencia debe abarcar también a las leyes procesales que no podrán consagrar delitos inexcarcelables (Corte IDH) ni consagrar presunciones *iure et de iure* en tal sentido (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Aguirre, sentencia n° 56, del 11/XII/97). Pero se advierte que el Congreso Nacional se ha hecho eco de la tendencia actual (y siempre latente) de hacer imposibles las excarcelaciones por la vía de *aumentar desproporcionadamente* los mínimos o los máximos de las escalas penales. No es que por razones de política criminal se quisiera punir más severamente ciertos ilícitos y para ellos se aumente fuertemente la escala penal de la pena privativa de libertad con que se los conmina; se trata en cambio de fijar una escala severísima *sólo* para *ahuyentar cualquier posibilidad de excarcelación* (propósito que muchas veces se expresa con total desenfado), de modo que la prisión preventiva funcione *como un modo inmediato y aleccionador de represión del delito*.

19. la privación de la libertad durante el proceso

vas (vinculadas a la gravedad de la posible pena a imponer⁵⁶³ y a las modalidades de ejecución –v. gr., que no sea posible su ejecución condicional–), como subjetivas (relacionadas a la personalidad del imputado). En tal sentido la jurisprudencia supranacional ha expresado que “la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia”, pero aclarando que esta “presunción no puede basarse únicamente en esa consideración, pues hay otras consideraciones posibles. Éstas se refieren especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza... que pueden confirmar que existe peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional”. También hay que tener en cuenta “el interés del individuo que ha delinquirido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad...”, para la cual deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculgado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación”⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Ésta es la llamada “prohibición de exceso”. Cf. HASSEMER, Winfried, *Críticas al derecho penal hoy*, Buenos Aires, 1995, p. 121. Se ha denunciado, sin embargo, que “la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una *justificación para la pena anticipada*, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención” (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). Pero lo inverso, es decir, la falta de “proporcionalidad” con el peligro de “daño jurídico” será un caso de *arbitrariedad*.

⁵⁶⁴ Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245. El criterio de que la gravedad de la amenaza penal no es suficiente por sí sola para inducir de ella el peligro de fuga o entorpecimiento fue sostenido por la CNCP, Sala III, en la causa Machieraldo, 22/12/2004, que ha exigido que la denegatoria de libertad especifique “cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que le permitieron sospechar que el imputado habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de *la sola mención a la penalidad del delito atribuido*”.

19. f. Control de legalidad

La normativa supranacional prevé el control judicial⁵⁶⁵ de la privación de libertad (v. gr., art. 7.6, CADH; art. 9.4, PIDCP), lo que implica que el detenido sea “llevado ante un juez, sin demora” (art. 7.5, CADH; art. 9.3, PIDCP)⁵⁶⁶ obligación que no puede evitarse “con fines de investigación”⁵⁶⁷; aquel tendrá derecho a avisar de su situación y el lugar en que se encuentra⁵⁶⁸, no pudiéndose restringir su comunicación con el “mundo exterior” salvo cuando expresamente se encuentre

⁵⁶⁵ La normativa supranacional asegura el control de legalidad de la privación de libertad “por parte de una autoridad judicial distinta a la que ordenó la medida” (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, causa Aguirre, sentencia n° 56, del 11/XII/97). Cf. VÉLEZ, Víctor María, *La situación del aprehendido en el art. 278 del Código Procesal Penal*, “Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal”, n° 1, Córdoba, 1996. Resulta interesante señalar dos criterios diferentes esbozados por la CSJN respecto requisito del doble conforme del control judicial en los casos de prisión preventiva. En primer lugar, en el caso Garzía (7/12/2001), el juez FAYT Sostuvo que “la intervención de la instancia casatoria es ineludible, en atención a la aptitud de los recursos previstos para obtener aquella reparación, que pueden ser planteados ante los jueces especializados”. Este criterio fue mantenido por la Corte, entre otros, en los precedentes Simón, 30/09/2003, y Harguindéguy, 23/03/2004. Por otro lado, se afirmó: “... el fallo del tribunal *a quo* produjo un agravio de tal magnitud en el ámbito de los derechos humanos fundamentales del procesado que constituye cuestión constitucional suficiente para habilitar la intervención de esta Corte” (CSJN, Trusso, 12/08/2003, voto del conjuer Jorge Oscar MORALES).

⁵⁶⁶ La Comisión IDH califica de “excesivamente dilatado” un término de siete días para la presentación ante el juez (Informe sobre Cuba, 1983) El CPP de Córdoba exige que la presentación no exceda de seis horas (art. 278).

⁵⁶⁷ Cf. RIEGO, *El sistema procesal*, cit., p. 288.

⁵⁶⁸ Cf. Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, ONU, Doc. A/43/49, 1988. El CPP de Córdoba dispone que cualquier persona que tenga relación de parentesco o amistad con el detenido podrá presentarse ante el juez, proponerle un defensor y requerir su inmediato comparendo (arts. 118 y 278).

19. la privación de la libertad durante el proceso

autorizado por ley⁵⁶⁹, pero nunca respecto al defensor. Dicho control abarcará que aquella restricción “sólo se realice en las situaciones previstas”⁵⁷⁰, y exigirá al juez que oiga por sí mismo al detenido⁵⁷¹, que examine las circunstancias favorables y adversas a la detención y que decida mediante criterios ajustados a derecho si existen motivos que la justifiquen y ordene la puesta en libertad si no existen tales razones. La legalidad de la medida de coerción no “se determina solamente según el derecho interno, sino también a la vista “de los textos de normativa supranacional...”, de los principios generales que los informan y “de la finalidad de las restricciones que permiten”⁵⁷². El órgano de control “no debe poseer meras facultades consultivas, sino también la competencia para resolver sobre la legalidad de la prisión y ordenar la puesta en libertad si fuera ilegal”⁵⁷³.

19. g. Cumplimiento

Por imperio de disposiciones del sistema constitucional (arts. 18 y 75, inc. 22, CN), la prisión preventiva debe ejecutarse con pleno respeto por la dignidad humana⁵⁷⁴ lo que exige su control

⁵⁶⁹ *La incomunicación* es una medida excepcional para asegurar los resultados de una investigación y sólo puede aplicarse si es decretada de acuerdo con las condiciones establecidas de antemano por la ley (cf. Corte IDH, Suárez Rosero, del 12/XI/97).

⁵⁷⁰ Cf. Comisión EDH, McGoff, Informe del 15/VII/83.

⁵⁷¹ Cf. Comisión EDH, McGoff, Informe del 15/VII/83.

⁵⁷² Cf. TEDH, Weeks, sentencia del 2/III/87.

⁵⁷³ Cf. TEDH, Weeks, sentencia del 2/III/87.

⁵⁷⁴ “El aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva (...) representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye (...) violación a la disposición del art. 5 de la Convención que reconoce el derecho a la integridad personal” (Corte IDH, Godínez Cruz, sentencia del 20/I/89; similares conceptos ha vertido en la causa Suárez Rosero del 15/XI/97). Entre nosotros, especialmente en relación al “hacinamiento” este tema ha sido objeto de especial consideración por la CSJN, “Recurso de

judicial *in situ*⁵⁷⁵, pues si las penas no pueden ser crueles, inhumanas o degradantes (art. 5.2, CADH) mucho menos podrá serlo la medida que sólo procura cautelar su imposición; y como derivación del principio de inocencia debe ser cumplida en establecimientos diferentes a los de penados (art. 10.2.a, PIDCP), sin que pueda imponérseles a los afectados obligaciones especiales (v. gr., trabajo obligatorio) (art. 6, CADH).

19. h. Indemnización

En virtud de la incorporación de la aludida normativa supranacional a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) actualmente se consagra el derecho “efectivo” de quien haya sido ilegalmente detenido o preso, a obtener reparación⁵⁷⁶ (art. 9.5, PIDCP), lo que comprenderá la indemnización⁵⁷⁷ de los daños ocasionados por el encarcelamiento preventivo en los supuestos

hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, del 3/05/2005.

⁵⁷⁵ Siendo presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba reimpulsé un sistema de visitas periódicas a las cárceles de encausados para verificar “las condiciones de alojamiento de los detenidos” e informarles sobre “el estado y la marcha del proceso”, a cargo de los magistrados que estaban interviniendo en ellos y bajo la supervisión del Tribunal Superior (acuerdo reglamentario n° 2, del 29/2/84). Hoy el tema a profundizar es el límite entre las atribuciones del juez responsable de la prisión preventiva o de la ejecución de la pena y las del juez del “hábeas corpus correctivo”. Cf. CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, del 3/05/2005.

⁵⁷⁶ No parece ser igual en Europa ya que “cuando queda firme la absolución del acusado o se desiste de las actuaciones, el Convenio no garantiza ningún derecho a una indemnización por la prisión provisional decretada con arreglo a derecho” (Comisión EDH, Lutz, Englert y Nölkenbockhoff, Informe del 18/X/85).

⁵⁷⁷ La Constitución de la provincia de Córdoba de 1987 (art. 42) y su Código Procesal Penal de 1991 (art. 300) establecen la posible indemnización de la prisión preventiva en caso de sobreseimiento o absolución. Puede verse mi Informe a la Convención Constituyente de Córdoba en “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba”.

19. la privación de la libertad durante el proceso

de sobreseimiento o absolución (incluso dictados por duda) o de arbitrariedad judicial⁵⁷⁸ (por falta de la necesidad concreta prevista en el art. 9.5, PICCP), reparación también admitida para el caso de revisión de condenas (art. 10, CADH; art. 14.6, PIDCP). Si hoy no se indemniza la prisión preventiva de quien resulta sobreseído o absuelto, es sólo porque inconscientemente se la considera una justa contrapartida de la sospecha (menor o mayor) que permitió el avance del procedimiento, lo que es jurídicamente inadmisibles, porque si el imputado era inocente antes de la sentencia y siguió siéndolo después de ella, ¿qué otra justificación que no sea aquélla podrá intentarse (o inventarse) para negarle la reparación de tan grave daño que el Estado le ha ocasionado?⁵⁷⁹. Quizá éste sea el punto en donde se advierte con

⁵⁷⁸ Decisión “arbitraria” es la “contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, dictada solo por la voluntad o el capricho” según el Diccionario de la Lengua Española. También lo será por su falta de *proporcionalidad* (cf. Corte IDH, Gangaran Panday, sentencia del 21/1/94).

⁵⁷⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “... la indemnización por la privación de libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionable infundado o arbitrario, más no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en el que se dicta– de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado es el autor” (Cura, 27/05/2004). Por su parte, el juez VÁZQUEZ afirmó: “solamente puede considerarse que ha mediado ‘error judicial’ cuando el auto que dispuso la prisión preventiva resulta palmariamente contradictorio con los hechos comprobados de la causa o insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación. Para que la absolución posterior abra la instancia resarcitoria es menester que concurra la demostración de una absoluta y manifiesta inocencia liminar, vale decir que el auto de prisión preventiva, aun confirmado en las instancias superiores o proveniente de éstas, carezca de sustento lógica en las constancias de la causa (Fallos, 321:1721, 325:1855, 326:820). Piensan lo contrario CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y sobre limitaciones jurisprudenciales*, en “Pensamiento Penal y Criminológico”, Revista de Derecho Penal Integrado, n° 2, Córdoba, 2001, p. 263, quienes argumentan, comentando el art. 42 de la Constitución cordobesa y el art. 300 del CPPCb: “Si los jueces se apartan evidentemente de

mayor claridad la inquisitiva concepción dominante sobre que la prisión preventiva es una “*pena por la sospecha*”⁵⁸⁰, concepción que no por extendida –y muchas veces hipócritamente escondida– será tolerable frente al principio de inocencia⁵⁸¹.

20. Ejecución penal

La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos incorporada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) se extiende a la etapa procesal de ejecución de sentencia (pues

estos estándares, y disponen la prisión preventiva sin que exista el caudal probatorio exigido por la Constitución Provincial o este Código para disponerla, o su imposición o prolongación no resulta absolutamente imprescindible para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley, o se desarrollan procedimientos innecesariamente espectaculares para llevarla a cabo, o se la ejecuta con rigores innecesarios, la prisión preventiva podrá ser tachada de ‘arbitraria’, y por lo tanto ser indemnizable en los términos de este artículo, en caso de sobreseimiento o absolución (al menos), cualquiera sea el motivo por el que estas resoluciones se dictaron. Es que aun cuando no se trate de casos de ‘inocencia liminar y manifiesta’ se tratará igualmente de una imposición ‘arbitraria’ (si se quiere por ‘irrazonable’ o ‘falta de proporcionalidad’) del encarcelamiento procesal”.

⁵⁸⁰ Ésa es la idea que subyace en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica (art. 271) que dispone la indemnización a cargo del Estado para quien ha sido sometido a prisión preventiva “y luego es sobreseído o absuelto, con plena demostración de inocencia”. La distinción entre el absuelto por duda y el absuelto con plena demostración de culpabilidad es “totalmente violatoria de la presunción de inocencia” dice, con toda razón, LLOBET RODRÍGUEZ (*Código Procesal Penal*, cit., p. 584). Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitió la indemnización de la prisión preventiva de quien luego resultó favorecido por una sentencia de absolución, porque ésta no descalificó la “medida cautelar” adoptada sobre la base “de semiple-na prueba o indicios vehementes” (CSJN, Balda, en “LL”, del 25/4/90). La admiten sólo en caso de “inocencia manifiesta” o sea, cuando la prisión preventiva ha sido dictada “a raíz de un error palmario o inexcusable”, los vocales FAYT, BELLUSCIO y PETRACCHI.

⁵⁸¹ No nos parece tampoco razón suficiente para el rechazo que el absuelto deba ser sujeto pasivo de “una carga general de contribución al logro del objetivo de afianzar la justicia”, como sostiene el vocal BOSSERT en el aludido caso Balda (en “LL”, del 24/IV/90).

20. ejecución penal

rige “durante el proceso” art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP), especialmente cuando se trate de penas privativas de la libertad⁵⁸²; su mayor impacto es la de incorporar expresamente a los derechos de los condenados la “garantía judicial”, pues “la justicia no puede detenerse en las puertas de las cárceles”⁵⁸³. Esto impone “la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial”⁵⁸⁴, sobre todo cuando se trate de la pena de prisión o reclu-

⁵⁸² “... toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal...” (Corte IDH, Neira Alegría, del 19/I/95). “La Corte ha especificado que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los detenidos. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. Mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal” (Corte IDH, caso Raxcaco Reyes vs. Guatemala, 15/09/2005). En la misma dirección, cf. Corte IDH, caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. República Bolivariana de Venezuela, 5/07/2006. En el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la ocasión de referirse a las condiciones de detención y al modo de su control en la provincia de Buenos Aires, en el precedente V.856.XXXVIII, Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus, 3/05/2005.

⁵⁸³ “Nada autoriza, en los casos correspondientes, a que se deje a los presos sin la protección del art. 6 CEDH” (TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84). Este mismo criterio fue sostenido por el juez BOGGIANO en el fallo Romero Cacharane (CSJN, 9/03/2004), cuando afirmó: “el ingreso a la prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional”.

⁵⁸⁴ Pues “las garantías deben ser (...) *judiciales*...” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/I/87). “Este principio llamado de ‘judicialización’ significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomará la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución (...) este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del

sión, procurando a través de la intervención de los jueces, garantizar el derecho del penado de “recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad” (art. XXV, DADDH), respetuoso de la “dignidad inherente al ser humano” (art. 10.1, PIDCP). Y porque no se puede admitir la tortura⁵⁸⁵ ni penas “cruces”, “inhumanas”⁵⁸⁶ o “degradantes” (art. 5, DUDH)⁵⁸⁷, un juez

proceso penal se extiendan hasta su agotamiento” (CSJN, Romero Cacharane, voto del juez FAYT; este criterio también lo encontramos en el voto concurrente del juez BOGGIANO). En consecuencia, deben regir durante la última etapa del proceso penal el derecho a acceder a los tribunales de justicia, a contar con un juez natural, independiente e imparcial, a una defensa eficaz, a que exista igualdad de trato por parte del juzgador, a que sus planteos sean resueltos en un plazo razonable, a un recurso efectivo y a que se respete su intimidad. A su vez, se aplicarán durante la ejecución de la pena los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación y celeridad. También tendrá vigencia el *in dubio pro libertatis*. Sólo de esta manera el actual sistema de ejecución se adecuará a las normas constitucionales (CARGIA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal*, en “Icaro”, Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, n° 1, Buenos Aires, 2006, p. 323). Los citados autores explican cómo funciona la oralidad en esa etapa en *La oralidad de las decisiones durante la ejecución de la pena*, “Sistemas Judiciales”, n° 11, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2006, ps. 68 y ss. Respecto del *in dubio pro libertatis*, ver MARTÍNEZ, Santiago, *La vigencia del in dubio pro libertatis en la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿una consecuencia del régimen progresivo?*, en “JA”, 2006-III, número especial Ejecución Penal, 2/08/2006, ps. 16 y siguientes.

⁵⁸⁵ Tortura es la “aplicación intencional” a una persona de “sufrimientos físicos o mentales con cualquier fin”, según el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Pero no se considerarán torturas, los dolores o sufrimientos que sean consecuencia, únicamente, de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1.1 *in fine*).

⁵⁸⁶ Existe ya jurisprudencia en el país, fundada en la normativa supranacional, que ha hecho cesar por este motivo la prisión de condenados afectados de vih (v. gr., TOC Federal de Mar del Plata, Monteverde, del 25/IV/96).

⁵⁸⁷ En este sentido, la Corte IDH ha entendido que las condiciones en que se encuentran los condenados bajo una amenaza constante de ser llevados a la horca constituyen tratos crueles inhumanos o degradantes en

20. ejecución penal

debe controlar y asegurar que no tenga semejantes características la ejecución⁵⁸⁸ de las que se admitan legalmente (ni que tampoco las tenga el régimen disciplinario inherente a las privativas de libertad)⁵⁸⁹.

Además, según la normativa supranacional, la pena (entendida como “medida represiva”⁵⁹⁰, como “un castigo”⁵⁹¹ por el

razón de que se hallan viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica (cf., caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad Tobago, 21/06/2002). De ello, puede derivarse que toda presión psicológica por parte del Estado que sufra un interno debe ser considerada como un agravamiento de las condiciones de detención.

⁵⁸⁸ Tomando en cuenta la dura crítica de Michel FOUCAULT: “Todas las violencias y arbitrariedades son posibles en la prisión, aunque la ley diga lo contrario, porque la sociedad no sólo tolera, sino que exige, que al delincuente se lo haga sufrir” (en “Clarín”, Suplemento Zona, 26/5/1999). En ella o en casi todas ellas “domina la intención primordial: que constituyan lugares infernales (...) que impere, sin agotarse nunca, el llanto y crujir de dientes (...) con variaciones mayores o menores”, denuncia Sergio GARCÍA RAMÍREZ (*Itinerario de la pena*, Córdoba, 1999, ps. 37-38). Ya hemos dicho que hoy el tema a profundizar es el límite entre las atribuciones del juez responsable de la prisión preventiva o de la ejecución de la pena y las del juez del “hábeas corpus correctivo”; cf. CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, del 3/05/2005. Sobre el alcance de este fallo, ver BERTOLINO, Pedro J., *Desde un hábeas corpus correctivo hacia el proceso penal estatalmente debido*; y SALT, Marcos G., *El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial?*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 12, 2005, ps. 1184 y siguientes.

⁵⁸⁹ “En el ámbito penitenciario hay razones de hecho y políticas que justifican un régimen disciplinario especial; por ejemplo, consideraciones de seguridad y orden, necesidad de reprimir a la mala conducta de los presos con toda la rigidez posible, la existencia de sanciones a la medida de las que los tribunales ordinarios no pueden disponer, y el deseo de las autoridades penitenciarias de tener cara alta para asegurar la disciplina en sus establecimientos” (TEDH, Campbell, del 25/VI/84).

⁵⁹⁰ El Tribunal EDH ha entendido que la privación de libertad puede imponerse como *medida represiva* (cf. TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84).

⁵⁹¹ “La prisión se impone *como un castigo* por el hecho inmutable de que la persona enjuiciada ha sido declarada culpable de un delito” (Comisión EDH, Weeks, Informe del 7/XII/84). *Severo castigo* que se impone a los que

delito) o más bien, su ejecución, tiene por fin esencial la reforma y la “readaptación social” del condenado (art. 5.6, CADH; art. 10.3, PIDCP)⁵⁹². Sea que ello implique intentar “neutralizar los factores negativos de su personalidad para lograr su readaptación a la vida social”⁵⁹³, o bien “ofrecerle medios para obtener un

han sido condenados, dice, al pasar, la Comisión IDH (Informe n° 12/96, 11.245).

⁵⁹² Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de trato o pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas (Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia del 25/11/2005).

Por otra parte, en algunos fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal puede encontrarse un interesante criterio según el cual podrían dejarse de lado los límites legales objetivos si lo que se encuentra en juego es el ideal resocializador previsto constitucionalmente. Así, en el precedente Silber del 19/03/2002, la Sala I sostuvo: “... la concesión de la libertad condicional dispuesta por el *a quo* no hallará remedio en esta instancia; ello así, porque un nuevo encarcelamiento, ahora por tiempo breve (...) a más de ser desaconsejable desde el punto de vista de la política penitenciaria, conspiraría contra los fines que inspiran el instituto previsto en el art. 13 del Cód. Penal, *id est* el favorecimiento de la reinserción social de quien se encuentra cumpliendo condena” (en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 19 de diciembre de 2002, p. 26, publicado luego en “LL”, 2003-A). En este mismo sentido, pueden encontrarse los votos de la doctora LEDESMA en las causas Sobrero, 27/04/2004, y Roldán, 17/05/2004. Con base en esta jurisprudencia, es posible sostener que la reinserción social del condenado debe valorarse por sobre cualquier límite legal objetivo (cf. GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, “Silber”: un fallo ejemplar en materia de resocialización, en “LL”, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 19 de diciembre de 2002, p. 28).

⁵⁹³ MARCHIORI, Hilda, *Institución penitenciaria*, Córdoba, 1985.

20. ejecución penal

grado mayor de propia dignidad, una mejor aptitud para resolver sus conflictos que pueda incidir en una conducta futura de abstención delictiva”⁵⁹⁴, o quizás “permitirle la posibilidad de abandonar el rol que motivó su selección criminalizante, saliéndose del estereotipo selectivo del poder punitivo, reduciendo así su nivel de vulnerabilidad frente a éste”⁵⁹⁵, lo cierto es que la autoridad judicial a cargo de la ejecución de la pena, ahora por disposiciones de nivel constitucional, no puede desentenderse del logro de uno de los objetivos declamados de ésta: procurar que el penado (por convencimiento y no por escarmiento) no cometa nuevos delitos (objetivo en el que además coinciden con diferentes argumentos, motivaciones y procedimientos, casi todas las teorías al respecto)⁵⁹⁶. Es que si la teoría sobre el fin de la pena debe quedar siempre referida al fin del derecho penal, y éste procura principalmente la protección de bienes jurídicos, amenazando con la pena su vulneración, para evitar que esta vulneración ocurra, su imposición concreta y su ejecución deben perseguir un similar propósito preventivo: evitar que vuelvan a ocurrir esas vulneraciones a bienes jurídicamente protegidos, al menos por obra del penado.

Lo expuesto necesariamente traerá aparejada la extensión, al ámbito de la ejecución, de la vigencia de los derechos reconocidos al condenado en las etapas procesales anteriores⁵⁹⁷ a su condena, como el de contar con un defensor, el *in dubio pro interno*,

⁵⁹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y Estado de derecho*, en “Ciencias Penales”, Costa Rica, año 8, n° 12.

⁵⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio, *Los objetivos del sistema penitenciario*, citado.

⁵⁹⁶ No obstante hay quienes denuncian –no sin argumentos– que el tratamiento (y los beneficios que conlleva para atenuar el rigor de la ejecución penal, o anticipar su cesación) es sólo una herramienta para mantener la disciplina en las cárceles (a los internos “les conviene” portarse bien allí dentro, para poder disfrutar de los beneficios inherentes a su buen comportamiento).

⁵⁹⁷ Cf. SALT, Marcos, *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1996/B, Buenos Aires, ps. 661 y ss.; y RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, 1999.

etc., derechos que, como lo asisten durante todo el proceso (art. 8.2, CADH⁵⁹⁸), también tendrán vigencia durante la ejecución (que es una etapa del proceso) y deberán ser judicialmente garantizados.

⁵⁹⁸ Uno de los problemas que se ha presentado con mayor asiduidad respecto de los derechos de los reclusos está referido a la imposibilidad de revisión de las resoluciones de los jueces de ejecución penal. En el ámbito federal, el legislador ha previsto el recurso de casación contra estos precedentes. Generalmente, la Cámara de Casación Penal no abría los recursos o sólo lo hacía cuando entendía que la cuestión en debate se vinculaba con el título ejecutivo de la condena. Sobre la posición que tenían las distintas salas del tribunal casatorio respecto del tema, cf. GARCÍA YOMHA, Diego, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 17, Buenos Aires, 2004. Sin embargo, lentamente la casación fue ampliando el criterio de admisibilidad de los recursos. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo Romero Cacharane sostuvo que, también en el ámbito de la ejecución de la pena, “el recurso de casación es un instrumento operativo de la garantía prevista en el inc. h del punto 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (voto de los jueces MAQUEDA y ZAFFARONI. Los demás votos concurrentes se dirigen en la misma dirección). Para un análisis del precedente de la Corte Suprema ver ALDERETE LOBO, Rubén, *La judicialización y el principio de legalidad en la etapa de ejecución penal. A propósito del fallo “Romero Cacharane” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 2, Buenos Aires, 2004; SERGI, Natalia, *Comentario al Fallo “Romero Cacharane” de la Corte Suprema de Justicia*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2004/B, Buenos Aires, 2004; GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La doctrina del fallo “Romero Cacharane” y un esperado reconocimiento de los derechos de las personas privadas de libertad*, en “JA”, 2005-I, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2005.

Índice de autores citados

- ABREGÚ, Martín, *La sentencia*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993.
- ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997.
- ALBANESE, Susana, *Garantías judiciales*, 2ª ed., Buenos Aires, 2007.
- ALDERETE LOBO, Rubén, *La judicialización y el principio de legalidad en la etapa de ejecución penal. A propósito del fallo "Romero Cacharane" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", n° 2, Buenos Aires, 2004.
- ÁLVAREZ, Alejandro, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Buenos Aires.
- BACIGALUPO, Enrique, *Presunción de inocencia*, in dubio pro reo y recurso de casación, en *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, 1994.
- BALCARCE, Fabián, *La duración razonable del proceso*, en "Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal", n° 1, Córdoba (UNC), 1996.
- BAUMAN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1986.
- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, Colombia, 1994.
- BELING, Ernest, *Derecho procesal penal*, trad. de GOLSDCHMIDT y NÚÑEZ, Córdoba, 1943.
- BERTOLINO, Pedro J., *Desde un hábeas corpus correctivo hacia el proceso penal estatalmente debido*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", n° 12, 2005.
- BERTOLINO, Pedro, *El debido proceso penal*, La Plata, 1980.
- BERTOLINO, Pedro, *La víctima en el proceso penal*, Buenos Aires, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y los derechos humanos*, en ABREGÚ y COURTIS, *La aplicación...*, cit.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, 1986.
- BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica*, en "ED", t. 118.
- BIELSA, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. II, Buenos Aires.

índice de autores citados

- BINDER, Alberto, *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993.
- BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1996.
- BOVINO, Alberto, *El debate*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal*.
- BOVINO, Alberto, *Temas de derecho procesal guatemalteco*, Guatemala, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y Estado de derecho*, en "Ciencias Penales", Costa Rica, año 8, n° 12.
- CAFFERATA NORES, José I., *¿Se terminó el "monopolio" del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?*, en "LL", Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/IX/98.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I., *Informe a la Convención Constituyente de Córdoba*, en "Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba", 1987.
- CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al derecho procesal penal*, Córdoba, 1994;
- CAFFERATA NORES, José I., *La excarcelación*, t. I., Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I., *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1988.
- CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y sobrelimitaciones jurisprudenciales*, en "Pensamiento Penal y Criminológico", Revista de Derecho Penal Integrado, n° 2, Córdoba, 2001.
- CAFFERATA NORES, José I. y otros, *En torno al querellante particular*, Córdoba, 2003.
- CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de Córdoba. Comentado*, t. II, Córdoba, 2003.
- CARGÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal*, en "Icaro", Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, n° 1, Buenos Aires, 2006.
- CARRARA, Franciso, *Programa de derecho criminal*, t. II, Bogotá, 1972.

índice de autores citados

- CARRIÓ, CAFIERO y LLAMOSAS, entre otros, *La justicia en la transición democrática argentina*, Córdoba, 1998.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III y t. VI, Buenos Aires, 1960-1968.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Protección de los derechos humanos: definiciones operativas*, Lima, 1997.
- CORVALÁN, Víctor; DE OLAZÁBAL, Julio; RÍOS, Ramón y VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *El anteproyecto del Código Procesal Penal para Santa Fe*.
- D'ÁLBORA, Francisco J., *Curso de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1984.
- DE LA RÚA, Fernando, *El recuso de casación*, Buenos Aires, 1968.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, Costa Rica, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en "Revista Guatemalteca de Ciencias Penales", año III, n° 5, Guatemala, 1994.
- FERRER, Carlos e IRIARTE, Ricardo M., *El principio acusatorio en el nuevo Código de Procedimiento Penal de Córdoba*, en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Córdoba, 1993.
- FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, 1934.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Buenos Aires, 1990.
- FRASCAROLI, María Susana, *Crimen, castigo y televisión*, en *La simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.
- FRASCAROLI, María Susana, *Justicia penal y medios de comunicación*, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Itinerario de la pena*, Córdoba, 1999.
- GARCÍA YOMHA, Diego, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 17, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La doctrina del fallo "Romero Cacharane" y un esperado reconocimiento de los derechos de las personas privadas de libertad*, en "JA", 2005-I, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/2/2005.
- GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La inconstitucionalidad del mecanismo de consulta y la participación del querellante en el proceso penal*, en AA.VV., *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2007.
- GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *"Silber": un fallo ejemplar en materia de resocialización*, en "LL", Suplemento de Jurisprudencia Penal, 19/12/2002.

índice de autores citados

- GARCÍA, Luis M., *El derecho a recurrir contra la sentencia en la C.A.D.H. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", n° 9, Buenos Aires, 2005.
- GARCÍA, Luis M., *El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos*, en "Prudentia Iuris", n° 50, Buenos Aires, 1999.
- GARGARELLA, Roberto, *¿Inmunidades parlamentarias para el poder?*, en "Clarín", 5/V/1999.
- GARRO, Juan Manuel, *El Ministerio Fiscal y el querellante particular*, en *Ponencias al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*.
- GELSI BIDART, Adolfo, *Proposiciones acerca del abogado hoy*, en *Hacia una justicia más efectiva*, XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho procesal*, t. II, Madrid, 2005.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Publicidad periodística e imparcialidad*, en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, 1997.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y su derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, 2002.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *El derecho al recurso en los pactos internacionales*, en "Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal", n° 3, Córdoba, 1998.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano y ZURUETA, Federico, *La prescripción en el proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2006.
- HASSEMER, Winfried, *Críticas al derecho penal hoy*, Buenos Aires, 1995.
- ILANUD, *El Ministerio Público en América Latina*, Costa Rica, 1991
- ILANUD, *El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial*, Costa Rica, 1992.
- IPPOLITO, Franco, *Independencia judicial y transición política*, en *Justicia para todos*, El Salvador, 1997.
- JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina, *El Ministerio Público Fiscal*, Córdoba, 1987.
- JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina, *El nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (Reflexiones críticas)*, Córdoba, 1996.
- JOSÉ DE CAFFERATA, Cristina, *Teoría general de la defensa y connotaciones en el proceso penal*, t. I, Córdoba, 1987, 1993 y 1995.
- LANGER, Máximo, *El principio in dubio pro reo y su control en casación*, en "Nueva Doctrina Penal", 1998/A, Buenos Aires.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Código Procesal Penal*, Costa Rica, 1998.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1999/2003.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, 1996.
- MAIER, Julio B. J., *El recurso contra la sentencia de condena ¿Una garantía procesal?*, en "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", n° 1, Córdoba (UNC), 1995.

índice de autores citados

- MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Buenos Aires, 1978/1982.
- MAIER, Julio B. J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993.
- MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Igualdad, castigo y confianza*, inédito.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, 1951.
- MARCHIORI, Hilda, *Institución penitenciaria*, Córdoba, 1985.
- MARTÍNEZ, Santiago, *Delegación de funciones y rol de los jueces en un Estado Democrático de Derecho*, en "LL"; *Justicia y Estado de Derecho*, 1993.
- MARTÍNEZ, Santiago, *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", n° 1, Buenos Aires, 2006.
- MARTÍNEZ, Santiago, *El querellante en el proceso penal:... y después de Santillán ¿qué? Acerca de las posibles consecuencias del fallo "Santillán" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 10 A, Buenos Aires.
- MARTÍNEZ, Santiago, *La acusación como presupuesto procesal y alegato absoluto del Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2003.
- MARTÍNEZ, Santiago, *La víctima y el juicio abreviado*, Buenos Aires, 2004.
- MARTÍNEZ, Santiago, *La vigencia del in dubio pro libertatis en la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿una consecuencia del régimen progresivo?*, en "JA", 2006-III, número especial Ejecución Penal, 2/8/2006.
- MARTÍNEZ, Santiago, *Ocaso y fin de la doctrina "Marcilese". Crónica de un final anunciado* en *Jurisprudencia Argentina 2005-II*, Fascículo 9, junio de 2005.
- MARTÍNEZ, Santiago, *¿Una oportunidad perdida? Reflexiones acerca del fallo "Mainhard" de la CSJN y el límite a la facultad recursiva del querellante*, en "¿Más Derecho?", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 3, Buenos Aires, 2003.
- MÉNDEZ, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en ABREGÚ y COURTIS, *La aplicación de los tratados*.
- MINVIELLE, Bernadette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y el enjuiciamiento penal*, en "Doctrina Penal", Buenos Aires, n° 41, 1988.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1916.
- MONTERO, Jorge R. y otros, *Vigencia del principio acusatorio en la actividad probatoria durante el juicio común*, en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, 1993.

índice de autores citados

- NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de Córdoba (Anotado)*, Córdoba, 1978.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Córdoba, 1974.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. act., Córdoba, 1999.
- NÚÑEZ, Ricardo, *¿Son ilimitadas las facultades del Congreso?*, en "Doctrina Penal", n° 10, Buenos Aires, 1987.
- ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel, *Constitución y "nueva" casación en Córdoba*, en "Semanao Jurídico", Córdoba, t. 80-1999-A.
- PALACIO, Lino Enrique, *Las limitaciones del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el Pacto de San José de Costa Rica a la persona inculpada de delito*, en LL, t. 1995-D.
- PALAZZI, Pablo y AMADEO, Sergio, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1999.
- PASTOR, Daniel R., *El encarcelamiento preventivo*, en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, 2002.
- PASTOR, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en "Nueva Doctrina Penal", 2005/A, Buenos Aires.
- PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, 2001.
- PEREYRA, Claudia, *Pactos sobre derechos humanos y proceso penal*, Córdoba, 1998.
- PIERINI, Alicia, *Los derechos humanos en la consolidación democrática*, trabajo presentado en la Universidad de Londres en enero de 1998.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, 1997.
- RAZNOVICH, Leonardo J., *Radiografía del proceso civil argentino*, Buenos Aires, 1998.
- RIEGO, Cristian, *El sistema procesal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos*, en *Sistema jurídico y derechos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, serie publicaciones 6, Santiago de Chile, 1996.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, 1999.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela", n° 110.

índice de autores citados

- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000.
- RUSCONI, Maximiliano, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1997.
- SAGUÉS, Néstor, *La instancia judicial plural en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, en "LL", t. 1988-E-III.
- SALT, Marcos G., *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Nueva Doctrina Penal", 1996/B, Buenos Aires.
- SALT, Marcos G., *El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial?*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", n° 12, 2005.
- SCHMIDT, Eberhard, *Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993.
- SERGI, Natalia, *Comentario al Fallo "Romero Cacharane" de la Corte Suprema de Justicia*, en "Nueva Doctrina Penal", 2004/B, Buenos Aires.
- SILVESTRONI, Mariano, *La tipicidad subjetiva y el in dubio pro reo en el recurso de casación*, en "Nueva Doctrina Penal", 1998/B, Buenos Aires.
- SUPERTI, Héctor, *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*, Rosario, 1998.
- SOLIMINE, Marcelo, *Limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, Buenos Aires, 1996.
- TRAVIESO, Juan, *Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas*, en ABREGÚ y COURTIS, *La aplicación...*, cit.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, 1985.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho procesal penal*, Santa Fe, 1998.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Reflexiones en torno a la acción procesal*, en *Simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997.
- VÉLEZ, Víctor María, *La situación del aprehendido en el art. 278 del Código Procesal Penal*, "Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal", n° 1, Córdoba, 1996.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, Córdoba, 1982.
- VIVANCO, Miguel, *El futuro del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH-, Costa Rica, 1998.
- VIVAS Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba, 1999.
- ZACHARÍAS, citado por Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Buenos Aires, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Prólogo*, en DOMÍNGUEZ, VIRGOLINI y ANNICHIARICO, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Buenos Aires, 1984.

índice de autores citados

- ZAFFARONI, Eugenio R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1984.
- ZIFFER, Patricia S., *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, 2005.

Índice de fallos citados

Cámara 9ª en lo Criminal de Córdoba, Buonanotte, 17/07/2004.
Cámara 7ª en lo Criminal de Córdoba, Sengiali, 3/03/2005.
Cámara 10ª en lo Criminal de Córdoba, Sansinena, 13/09/2004.
Cámara de Acusación de Córdoba, Bianco, 7/03/2005.
Cámara del Crimen, Sala I, Sayar, 28/10/2004.
Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital
Federal, Sala I, causa n° 29.796, 25/IX/98.

CNCP, Sala III, Sandez, 12/V/95.
CNCP, Sala I, Furguuelle, 27/V/96.
CNCP, Sala I, Moreno Ocampo, 22/XI/96.
CNCP, Sala III, Suñé, 17/III/97.
CNCP, Sala II, Santorsola, 15/IV/98.
CNCP, Sala I, Iglesias, 25/IX/98.
CNCP, Sala II, Santorsola, 15/IV/98.
CNCP, Sala III, Suñé, José María, 17/III/97.
CNCP, Sala II, Pinna, 15/09/1993.
CNCP, Sala II, Lobato, del 14/3/95.
CNCP, Sala III, Barbieri, 5/10/1998.
CNCP, Sala I, Abasto, 11/02/1999.
CNCP, Sala I, Arancibia Clavel, 5/04/1999.
CNCP, Sala II, Ricciardelli, 16/06/1999.
CNCP, Sala II, Palavecino, 22/12/2000.
CNCP, Sala II, Ferro, 16/03/2001.
CNCP, Sala III, Almada, 4/05/2001.
CNCP, Sala II, Valderrama, 10/07/2001.
CNCP, Sala I, Silber del 19/03/2002.
CNCP, Sala I, Reyna (21/03/2002.
CNCP, Sala II, Levin, 24/10/2002.
CNCP, Sala II, Helguera, 14/11/2002.
CNCP, Sala IV, C., S.D., 26/12/2002.

índice de fallos citados

CNCP, Sala II, Gil Sisniegas, 8/03/2003.
CNCP, Sala IV, Villalba, 14/03/2003.
CNCP, Sala IV, Hollo, 2/04/2003.
CNCP, Sala I, Fuentealba Cifuentes, 13/05/2003,
CNCP, Sala IV, Villalba, 14/06/2003.
CNCP, Sala III, A. A., M., 25/06/2003.
CNCP, Sala II, Toledo, 7/07/2003.
CNCP, Sala III, Acosta Florentín, 1/10/2003.
CNCP, Sala I, Álvarez, 30/09/2003.
CNCP, Sala I, Barberá, 10/11/2003.
CNCP, Sala IV, O., D. F., 28/11/2003.
CNCP, Sala III, Sanfurgo Ocampo, 4/12/2003.
CNCP, Sala IV, Potente, 4/12/2003.
CNCP, Sala II, Lecuona, 12/12/2003.
CNCP, Sala II, Valdivieso, 12/12/2003.
CNCP, Sala II, Pontoriero, 19/12/2003.
CNCP, Sala III, Rivero, 5/03/2004.
CNCP, Sala III, Guzmán, 11/03/2004.
CNCP, Sala III, Torres, 11/03/2004.
CNCP, Sala II, Alderete, 2/04/2004.
CNCP, Sala III, Spiguel, 3/05/2004.
CNCP, Sala II, Brennan, 4/05/2004.
CNCP, Sala I, Smaldoni, 10/05/2004.
CNCP, Sala III, Medán, 19/05/2004.
CNCP, Sala II, Pérez, 28/05/2004.
CNCP, Sala III, Porto, 16/06/2004.
CNCP, Sala III, Palacios, 22/06/2004.
CNCP, Sala II, Carreras, 30/06/2004.
CNCP, Sala IV, Biraghi, 2/07/2004.
CNCP, Sala III, Méndez, 5/07/2004.
CNCP, Sala III, Rosenthal, 12/07/2004.
CNCP, Sala III, Amrein, 5/08/2004.
CNCP, Sala III, Stabile, 18/08/2004.
CNCP, Sala II, Morris Doogatz, 24/08/2004.
CNCP, Sala III, Cristaldo, 25/08/2004.
CNCP, Sala IV, Díaz, 30/08/2004.
CNCP, Sala III, Macchioli, 14/09/2004.
CNCP, Sala III, Manzi, 30/09/2004.
CNCP, Sala III, Langer, 14/10/2004.
CNCP, Sala IV, López, 15/10/2004.
CNCP, Sala III, Machieraldo, 22/12/2004.

índice de fallos citados

- CNCP, Sala III, Cerrato, 15/02/2005.
CNCP, Sala IV, González, 9/03/2005.
CNCP, Sala IV, Pic, 10/03/2005.
CNCP, Sala II, Sanabria Cáceres, 14/03/05.
CNCP, Sala III, Huaman Narciso, 14/03/2005.
CNCP, Sala I, Lherman, 7/04/05.
CNCP, Sala I, Chiaradia, 22/04/2005.
CNCP, Sala IV, L., W. F., 25/04/2005.
CNCP, Sala IV, Schuster, 10/05/2005.
CNCP, Sala III, Díaz, 19/05/2005.
CNCP, Sala IV, Beraja, 26/05/2005.
CNCP, Sala III, Carrizo, 30/05/2005.
CNCP, Sala IV, Tizón, 31/05/2005.
CNCP, Sala I, Linares, 6/06/2005.
CNCP, Sala III, Fernández Alegría, 16/06/2005.
CNCP, Sala III, Munson, 30/06/2005.
CNCP, Sala III, T.M.A., 5/07/2005.
CNCP, Sala III, Fole Caballo, 7/07/2005.
CNCP, Sala II, Araujo, 28/07/2005.
CNCP, Sala III, Castells, 11/08/2005.
CNCP, Sala II, López, 12/08/2005.
CNCP, Sala III, Acosta, 1/09/2005.
CNCP, Sala IV, Costa Tornero, 6/09/2005.
CNCP, Sala II, Aceto, 14/09/2005.
CNCP, Sala III, Fuks, 26/09/2005.
CNCP, Sala I, Di Tocco, 28/10/2005.
CNCP, Sala II, Baza, 23/11/2005.
CNCP, Sala III, Chabán, 24/11/2005.
CNCP, Sala II, Herrera, 16/12/2005.
CNCP, Sala II, Rocca, 16/12/2005.
CNCP, Sala III, Ochoa, 2/02/2006.
CNCP, Sala II, Telleldín, 19/05/2006.
CNCP, Sala I, Encina, 10/11/2006
CNCP, Sala III, Miere, 9/03/2007.
- CNCrim. y Corr. Federal, Sala I, Crespi, 13/07/2004.
CNCrim. y Corr. Federal, Sala I, Suárez Mason y otros, 1/04/2005.
- CNCrim. y Corr., Sala de Feria "A", Godoy, 15/07/2005.
CNCrim. y Corr., Sala I, Ascolece, 30/12/200.
CNCrim. y Corr., Sala I, Krassnov, 29/5/2001.

índice de fallos citados

- CNCrim. y Corr., Sala IV, Alderico, 22/08/2001.
CNCrim. y Corr., Sala I, Sánchez, 29/9/2001.
CNCrim. y Corr., Sala I, Rodríguez, 13/02/2003.
CNCrim. y Corr., Sala I, Iglesias, Marcelo y otra, 26/9/2003.
CNCrim. y Corr., Sala I, Cevallos, 8/03/2004.
CNCrim. y Corr., Sala I, Frirdlaender, 23/03/2004.
CNCrim. y Corr., Sala VI, Piza, 25/02/2005.
CNCrim. y Corr., Sala VI, Quintero, 3/2005.
CNCrim. y Corr., Sala VI, López, 16/03/2005.
CNCrim. y Corr., Sala VI, Romero, 19/04/2005.
CNCrim. y Corr., Sala V, Chabán, 4/05/2005.
CNCrim. y Corr., Sala I, Solís, 27/07/2005.
CNCrim. y Corr., Sala I, Alexander, 23/8/2005.
CNCrim. y Corr., Sala I, Caratozzolo, 22/11/2005.
CNCrim. y Corr., Sala IV, López, 26/12/2005.
- Comisión EDH, Informe del 30/III/63.
Comisión EDH, Informe 7138/75, del 5/VII/77.
Comisión EDH, Informe del 12/V/82 (sentencia del 28/V/84).
Comisión EDH, Informe del 5/V/83 (sentencia del 12/II/85).
Comisión EDH, Informe del 15/VII/83 (sentencia del 2/X/84).
Comisión EDH, Informe del 15/VII/83 (sentencia del 26/X/84).
Comisión EDH, Informe del 21/VII/84.
Comisión EDH, Informe 12/VII/84 (sentencia del 30/IX/85).
Comisión EDH, Informe del 11/X/84 (sentencia del 24/XI/86).
Comisión EDH, Informe del 7/V/85 (sentencia del 27/XI/87).
Comisión EDH, Informe del 18/X/85 (sentencia del 25/VIII/87).
- Comisión IDH, Informe 24/98, del 7/IV/98.
Comisión IDH, Informe 74/90, caso 9859.
Comisión IDH, Informe 24/92, casos 9328, 9329, 9742 y otros, Villalobos (Costa Rica), resolución del 2/X/92 (1993).
Comisión IDH, Informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.145 y otros, Mendoza vs. Uruguay (1993).
Comisión IDH, Informe 27/94, caso 11.084, Salinas vs. Perú (1995).
Comisión IDH, Informe 28/96, caso 11.297, Hernández Lima vs. Guatemala (1997).
Comisión IDH, Informe 34/96, causas 11.228, 11.229, 11.231 y 11.182, Meneses Reyes vs. Chile (1997).
Comisión IDH, Informe 35/96, caso 10.832, Luis Lizardo Cabrera vs. República Dominicana, del 7/IV/98.

índice de fallos citados

- Comisión IDH, Informe 55/97, Juan Carlos Abella vs. Argentina, del 18/XI/97.
- Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218, Arges Sequeira Mangas vs. Honduras, del 18/II/98.
- Comisión IDH, Informe 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546 y otros vs. Chile, del 7/IV/98.
- Comisión IDH, Informe anual 1985.
- Comisión IDH, Informe 1/95, caso 11.006, García vs. Perú (1995).
- Comisión IDH, Informe 10/95, caso 10.580, Manuel Stalin Bolaños vs. Ecuador (1996).
- Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970, Raquel Martín de Mejía vs. Perú (1996).
- Comisión IDH, Informe 12/96, caso 11.245, Jorge A. Giménez vs. Argentina (1996).
- Comisión IDH, Informe 1/97, caso 10.258, Manuel García Franco vs. Ecuador, del 18/II/98.
- Comisión IDH, Informe 2/97, caso 11.205, 11.236, 11.239, 11.242 y otros, Jorge L. Bronstein vs. Argentina, del 11/III/97.
- Comisión IDH, Informe 105/99, caso 10.194, del 29/09/1999.
- Comisión IDH, Informe 36/00, caso 11.101, del 13/04/2000.
- Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/04/2000.
- Comisión IDH, Informe 71/00, caso 11.676, del 3/10/2000.
- Comisión IDH, Informe 111/00, caso 11.031, del 4/12/2000.
- Comisión IDH, Informe 66/01, caso 11.992, del 14/06/2001.
- Comisión IDH, Informe 127/01, caso 12.183, del 3/12/2001.
- Comisión IDH, Informe 23/02, caso 11.517, del 28/02/2002.
- Comisión IDH, Informe 55/02, caso 11.765, del 21/10/2002.
- Comisión IDH, Informe 56/02, caso 12.158, del 21/10/2002.
- Comisión IDH, Informe 58/02, caso 12.275, del 21/10/2002.
- Comisión IDH, Informe 59/02, caso 12.347, del 21/10/2002.
- Comisión IDH, Informe 77/02, caso 11.506, del 27/12/2002.
- Comisión IDH, Informe 78/02, caso 11.335, del 27/12/2002.
- Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, del 11/03/2004.
- Comisión IDH, Informe 33/04, caso 11.634, del 11/03/2004.
- Comisión IDH, Informe 40/04, caso 12.053 del 12/10/2004.
- Comisión IDH, Informe 41/04, caso 12.417, del 12/10/2004.
- Comisión IDH, Informe 92/05, caso 12.418, del 24/10/2005.

Corte de Justicia de Catamarca, auto n° 53, del 30/VI/96.

Corte EDH, Kolk and Kislyiy vs. Estonia, del 17/01/2006.

índice de fallos citados

- Corte EDH, S. c/Alemania, 20/12/2001.
- Corte IDH, Godínez Cruz, sentencia del 20/I/89, Ser. C, No. 5 (1989).
- Corte IDH, Gangaran Panday, sentencia del 21/I/94.
- Corte IDH, Neira Alegría y otros, sentencia del 19/I/95.
- Corte IDH, Schmidt, 13/XI/95, citado por SOLIMINE, *Libertad bajo caución y situación procesal*.
- Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95.
- Corte IDH, Genie Lacayo, sentencia del 29/I/97.
- Corte IDH, Loayza Tamayo, sentencia del 17/IX/97.
- Corte IDH, Suárez Rosero, sentencia del 12/XI/97.
- Corte IDH, Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, 31/01/2001.
- Corte IDH, Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad Tobago, 21/06/2002.
- Corte IDH, Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. República Bolivariana de Venezuela, 5/07/2006.
- Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88, Serie C, n° 4 (1988).
- Corte IDH, Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, 1/03/2005.
- Corte IDH, Durand y Ugarte, 16/08/2000.
- Corte IDH, Durand y Ugarte, 16/08/2000.
- Corte IDH, Cantoral Benavides, 18/08/2000.
- Corte IDH, Ivcher Bronstein, 6/02/2001.
- Corte IDH, Barrios Altos, 14/03/2001.
- Corte IDH, Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 17/6/2005.
- Corte IDH, Cantos, 28/11/2002.
- Corte IDH, Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25/11/2003.
- Corte IDH, Maritza Urrutia vs. Guatemala, 27/11/2003.
- Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/07/2004.
- Corte IDH, 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004.
- Corte IDH, Tibi vs. Ecuador, 7/09/2004.
- Corte IDH, De la Cruz Flores vs. Perú, 18/11/2004.
- Corte IDH, Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004.
- Corte IDH, Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005.
- Corte IDH, Yatama, 23/06/2005.
- Corte IDH, Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/06/2005.
- Corte IDH, Masacre de Mapiripan vs. Colombia, 15/09/2005.
- Corte IDH, Raxcaco Reyes vs. Guatemala, 15/09/2005.
- Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005.
- Corte IDH, Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005.

índice de fallos citados

- Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25/11/2005.
Corte IDH, *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, 28/11/2005.
Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*, 1/02/2006.
Corte IDH, *Baldeón García vs. Perú*, 6/04/2006.
Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26/09/2006.
Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, del 29/11/2006.
Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31/01/2006.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-2, Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), del 24/IX/82, Ser. A, n° 2 (1982).*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-13/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CADH), del 16/VII/93, Ser. A, n° 13 (1993).*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87.*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5, del 13/XI/85.*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH, del 9/III/86, Ser. A, n° 6 (1982).*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH), del 30/I/87, Ser. A, n° 8 (1987).*
Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, CADH), del 10/VIII/90, Ser. A, n° 11 (1990).*
- CSJN, *Sanmartino*, 7/V/51.
CSJN, *Ekmekdjian c/Sofovich, JA*, t. 1992-III, p. 194.
CSJN, *Bramajo*, 12/IX/96.
CSJN, *Arce*, 14/X/97.
CSJN, *Tabarez*, 17/III/98.
CSJN, *Santillán, LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 28/IX/98.
CSJN, *Acosta*, 22/XII/98, *JA*, n° 6148.
CSJN, *Giroldi*, 7/IV/1995.
CSJN, *Montenegro, LL*, t. 1988-D, p. 225.
CSJN, *Balda, LL*, 25/4/90.
CSJN, *González*, 1/09/1992.
CSJN, *Gortán*, 22/12/1994.
CSJN, *Nápoli*, 22/12/98.
CSJN, *Felicetti*, 21/12/2000.
CSJN, *Abraham Jonte*, 7/12/2001.
CSJN, *Garzía*, 7/12/2001.

índice de fallos citados

CSJN, Trusso, 12/08/2003.
CSJN, Álvarez, 30/09/2003.
CSJN, Rocca Clement, 30/09/2003.
CSJN, Simón, 30/09/2003.
CSJN, Vázquez Ferrá, 30/09/2003.
CSJN, Mostaccio, 17/02/2004.
CSJN, Igualt Pérez, 17/02/2004.
CSJN, Mostaccio, 17/02/2004.
CSJN, Carro Evangelista, 9/3/2004.
CSJN, Romero Cacharane, 9/03/2004.
CSJN, Harguindeguy, 23/03/2004.
CSJN, Santos, 23/03/2004.
CSJN, Sobrero, 27/04/2004.
CSJN, Roldán, 17/05/2004.
CSJN, Laglaive, 27/05/2004.
CSJN, Bartolotto, 27/05/2004.
CSJN, Blanco, 27/05/2004.
CSJN, Cura, 27/05/2004.
CSJN, Pomponi, 27/05/2004.
CSJN, Fariña Duarte, 6/07/2004.
CSJN, Agüero, 19/08/2004.
CSJN, Arancibia Clavel, 24/08/2004.
CSJN, Atanasof, 24/08/2004.
CSJN, Jofré, Teodora, 24/08/2004.
CSJN, Aquino, 21/9/2004.
CSJN, Dubra, 21/09/2004.
CSJN, Villarroel Rodríguez, 21/09/2004.
CSJN, Waltta, 21/09/2004.
CSJN, Defensor público oficial, 5/10/2004.
CSJN, Borda, 16/11/2004.
CSJN, Núñez, 16/11/2004.
CSJN, Quiroga, 23/12/2004.
CSJN, Munson, 3/03/2005.
CSJN, Arduino, 22/03/2005.
CSJN, Federación de Empresarios, 19/04/2005.
CSJN, Di Nuncio, 3/05/2005.
CSJN, Nunzio, 3/05/2005.
CSJN, Verbitsky, 3/05/2005.
CSJN, Llerena, 17/05/2005.
CSJN, Bassa, 7/06/2005.
CSJN, Simón, 14/06/2005.

índice de fallos citados

CSJN, Alas, 30/08/05.
CSJN, Casal, 20/09/2005.
CSJN, Leyva, 11/10/2005.
CSJN, Martínez Areco, 25/10/2005.
CSJN, Gómez Cruz, 29/11/2005.
CSJN, Salas, 14/02/2006.
CSJN, Salto, 7/03/2006
CSJN, Hernández, 21/03/2006.
CSJN, Nicolini, 28/03/2006.
CSJN, Cristalux S.A., 11/04/2006.
CSJN, Olmos, 9/05/2006.
CSJN, Del'Olio, 11/07/2006.
CSJN, Dieser, 8/08/2006.
CSJN, Gramajo, 5/09/2006.
CSJN, Schenone, Carlos, 3/10/2006).
CSJN, Benítez, 12/12/2006.
CSJN, Juri, del 27/12/2006.
CSJN, Martínez, 4/07/2006.

CSJN, Fallos, 143:8.
CSJN, Fallos, 143:10.
CSJN, Fallos, 135:31.
CSJN, Fallos, 135:31.
CSJN, Fallos, 243:5.
CSJN, Fallos, 192:152.
CSJN, Fallos, 255:91.
CSJN, Fallos, 237:158.
CSJN, Fallos, 212:188.
CSJN, Fallos, 252:193.
CSJN, Fallos, 5:459.
CSJN, Fallos, 299:221.
CSJN, Fallos, 245:429
CSJN, Fallos, 239:459.
CSJN, Fallos, 234:482.
CSJN, Fallos, 294:434
CSJN, Fallos, 316:442.
CSJN, Fallos, 199:617.
CSJN, Fallos, 325:524.
CSJN, Fallos, 326:820.
CSJN, Fallos, 316:942.
CSJN, Fallos, 300:1102.

índice de fallos citados

CSJN, Fallos, 309:1689.
CSJN, Fallos, 321:1721.
CSJN, Fallos, 315:1771.
CSJN, Fallos, 325:1855.
CSJN, Fallos, 318:1894.
CSJN, Fallos, 325:2005.
CSJN, Fallos, 325:2019.
CSJN, Fallos, 320:2105.
CSJN, Fallos, 320:2145.
CSJN, Fallos, 315:2264.
CSJN, Fallos, 325:2322.
CSJN, Fallos, 311:2502.
CSJN, Fallos, 322:2683.
CSJN, Fallos, 319:2720.
CSJN, Fallos, 324:3269.
CSJN, Fallos, 321:3555.
CSJN, Fallos, 324:3788.

ETD, Glaser vs. Reino Unido, 19/09/2000.

ETD, Guichon vs. Francia, 21/03/2000.

ETD, Stoidis vs. Grecia, 17/05/2001.

Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica, Voto 1729-92, del 1/VII/92.

Suprema Corte de los Estados Unidos, Pointer vs. Texas 380, US 400, 1965.

Suprema Corte de los Estados Unidos, Bruton vs. United States 391 US 123, 1968.

Suprema Corte de los Estados Unidos, Idaho vs. Wright 497, US 805, 1990.

Superior Tribunal Constitucional de España, 27/85, del 26/II/85, citado por PALAZZI, Pablo y AMADEO, Sergio, *Código Procesal Penal de la Nación*.

Superior Tribunal Constitucional de España, 91/94, del 21/III/94, citado por PALAZZI, Pablo y AMADEO, Sergio, *Código Procesal Penal de la Nación*.

TEDH, Neumeister, Bönish vs. Austria, sentencia del 27/VI/68.

TEDH, Wemhoff, sentencia del 27/VI/68.

TEDH, Stögmüller, sentencia del 10/XI/69.

TEDH, Delcorut, sentencia del 17/I/70.

índice de fallos citados

- TEDH, Klass, sentencia del 6/IX/78.
TEDH, Schiesser, sentencia del 4/XII/79.
TEDH, Eckle, sentencia del 15/VII/82.
TEDH, Piersack, sentencia del 1/X/82.
TEDH, Foti, sentencia del 10/XII/82.
TEDH, Silver y otros, sentencia del 25/III/83.
TEDH, Sutter, sentencia del 22/II/84.
TEDH, Campbell, sentencia del 28/VI/84.
TEDH, Malones, sentencia del 2/VIII/84.
TEDH, De Cubber, sentencia del 28/X/84.
TEDH, Bönish vs. Austria, 6/V/85.
TEDH, Monnel y Morris, sentencia del 2/III/87.
TEDH, Weeks, sentencia del 2/III/87.
TEDH, Schoenberg, sentencia del 20/VI/88.
TEDH, Kostovski, sentencia del 20/XI/89.
TEDH, Delta, sentencia del 19/XII/90.
TEDH, Ludi, sentencia del 15/VI/92.
- TOC 23, Gortán, 22/12/1994.
TOC 23, Martínez, 27/08/2002.
- Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, causa 15.423, 14/06/2005.
Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, causa 15.423, 14/06/2005.
- Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Monteverde, 25/IV/96.
Tribunal Oral Federal n° 3, causa Telleldín, 19/7/2001.
- Tribunal Oral Criminal n° 7, causa n° 94.703, Adla, LI-C, 1400, del 24/IV/96.
Tribunal Oral Criminal n° 17, Jorge Barrita y otros s/extorsión y homicidio, causa 234, del 18/II/97.
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “Gómez”, del 5/XI/84.
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “Flores”, del 27/XII/84.
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “Aguirre”, del 11/XII/97.
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, acuerdo n° 1, del 29/III/84.
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, acuerdo n° 2, del 29/II/84.
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, acuerdo n° 331, del 11/IX/96.

índice de fallos citados

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal –de feria–, Toledo,
Sentencia nº 1, del 6/01/2006.

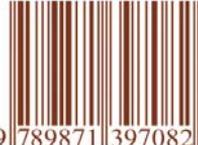
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Correa,
22/02/2005.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sent. nº 14,
21/3/2003.



Editores del Puerto

ISBN 978-987-1397-08-2



9 789871 397082